

RIDT[®]

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

ANO IV / DEZEMBRO 2024 / ESPECIAL / 2184-8815

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretor Fundador / Founding Director
Pedro Romano Martinez (1959-2023)

Diretor
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora
Cláudia Madaleno

Secretária-Geral
Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta
Maria Leonor Ruivo

Propriedade
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
NIPC 504992392

Morada IDT / Sede de Redação
Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade
Semestral

Nº Registo ERC
127529

Depósito Legal
480082/21

ISSN
2184-8815

Conceção Gráfica e Paginação
22 Design e Comunicação
www.vinteedois.pt

Director
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director
Cláudia Madaleno

Secretary-General
Sara Leitão

Deputy Secretary-General
Maria Leonor Ruivo

Ownership
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
ID No. 504992392

Address IDT / Head Office
Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicity
Semiannual

ERC Registration No.
127529

Legal Deposit
480082/21

ISSN
2184-8815

Graphic Design and Pagination
22 Design and Communication
www.vinteedois.pt



EDITORIAL

A Revista Internacional de Direito do Trabalho publica um Número especial, inteiramente dedicado ao seu Diretor e Fundador, Professor Doutor Pedro Romano Martinez, que nos deixou prematuramente em outubro de 2023.

Este número integra os estudos de membros do Conselho Científico da RIDT ^{1/2}, reunindo dezenas de textos de autores de vários países, da Lusofonia e da Europa. A rápida adesão com que os membros do Conselho Científico responderam ao convite para participar nesta obra, bem como o entusiasmo com que enviaram os seus trabalhos, são ilustrativos da imensa inspiração e exemplo que o nosso Mestre constitui para milhares de juristas, espalhados por todo o mundo.

Com esta iniciativa pretendemos recordar o nosso Professor, apesar de continuar a fazer parte do nosso dia-a-dia pelo exemplo que se manterá eternamente.

Luís Gonçalves da Silva
Cláudia Madaleno

* * * * *

The International Labour Law Review is publishing a special issue entirely dedicated to its Director and Founder, Professor Pedro Romano Martinez, who left us prematurely in October 2023.

This issue includes studies by members of RIDT's Scientific Council ^{3/4}, bringing together dozens of texts by authors from various countries, both Lusophone and European.

The prompt response of the members of the Scientific Council to the invitation to participate in this issue, as well as the enthusiasm with which they submitted their work, illustrate the immense inspiration and example that our Professor sets for thousands of jurists around the world.

With this initiative, we intend to remember our Professor, who continues to be part of our daily lives by setting an everlasting example.

Luís Gonçalves da Silva
Cláudia Madaleno

¹ Atendendo a que apenas são publicados textos dos membros do Conselho Científico, o presente número é publicado sem *peer review*.

² Excepcionalmente, este número será ainda objeto de publicação em papel, que terá lugar em 2025.

³ Since only texts by members of the Scientific Council are being published, this issue is without *peer review*.

⁴ Exceptionally, this issue will also be published in print in 2025.



ÍNDICE / INDEX

ALEMANHA

Wolfgang Däubler

The forgotten prohibitions of discrimination

9

BRASIL

Estêvão Mallet

Risco de adoecimento e indenização por dano moral

39

Otávio Pinto E Silva

Ainda guardo renitente um velho cravo para mim: O trabalho sob demanda de aplicativos no Brasil de 2024

91

Thereza C. Nahas

Reorganização empresarial e desorganização do Direito do Trabalho - Reflexões sobre a crise brasileira

109

CABO VERDE

Geraldo Da Cruz Almeida

O trabalho portuário no Direito do Trabalho cabo-verdiano

149

ESPANHA

Alberto Arufe Varela / Jesús Martínez Girón

El derecho de seguridad social de la Unión Europea

199

Jesús Cruz Villalón

El impacto sobre las relaciones laborales del reglamento de la Unión Europea de inteligencia artificial

223

GUINÉ-BISSAU

Manuela Manuel Lopes Mendes

O contrato trabalho doméstico uma novidade à luz do novel Código do Trabalho - Guiné-Bissau

259

ITÁLIA

Giuseppe Ludovico

O direito à desconexão na disciplina italiana do teletrabalho

291

PORTUGAL

André Pestana Nascimento / António Castro Caldas

A compensação de antiguidade do trabalhador-administrador: Punição fiscal

325

António José Moreira

Tempo de trabalho, dignidade e exploração laboral

403

António Menezes Cordeiro

O Código Romano Martinez

431

António Monteiro Fernandes Breves observações sobre os direitos fundamentais nas relações de trabalho	445
António Nunes de Carvalho Revisitando o regime de horários flexíveis na parentalidade - Notas sobre as recentes orientações jurisprudenciais	465
Apelles J. B. Conceição O regime de reforma dos administradores das sociedades anónimas (breves notas)	561
Benjamim Mendes Algumas reflexões sobre o prémio de assinatura de contrato de trabalho	621
Cláudia Madaleno Direito a informação do trabalhador: Novidades da Agenda do trabalho digno	643
Daniela Sousa Marques / Catarina Levy Osório Existirá um verdadeiro direito de oposição dos trabalhadores à transmissão da posição de empregador no contrato de trabalho? Uma perspectiva comparada entre os ordenamentos jurídicos de Portugal e de Angola	751
Guilherme Dray Igualdade retributiva: A diretiva da transparência remuneratória e o regime nacional	783
Joana Vasconcelos Pacto de não concorrência e desvinculação unilateral do empregador	895

João Leal Amado <i>A ticket to hell: Anotação ao acórdão da Relação de Évora, de 18/12/2023</i>	919
José João Abrantes Breve reflexão sobre poderes do empregador, direitos fundamentais e despedimentos por causas objetivas	951
Júlio Manuel Vieira Gomes Um envolvimento (muito) débil - A comissão de trabalhadores em Portugal	967
Luís Gonçalves da Silva Agenda do trabalho digno e trabalhadores economicamente dependentes	1055
Luís Menezes Leitão Trabalho igual e trabalho de valor igual	1121
Margarida Seixas Raúl Ventura juslaboralista	1139
Maria Leonor Ruivo Requisitos formais e substanciais da contratação a termo resolutivo no regime jurídico do serviço doméstico	1197
Paula Borges Santos O corporativismo como alvo móvel: O caso da solução corporativa autoritária em Portugal	1273

Paula Ponces Camanho Revisitando a “acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho” - Algumas notas	1313
Paula Rosado Pereira Mobilidade internacional de trabalhadores dependentes - Aspetos fiscais	1335
Paula Vaz Freire Diferenças salariais e segmentação do mercado de trabalho	1359
Pedro Madeira de Brito O valor da causa no Código de Processo do Trabalho e o acesso à justiça laboral	1397
Sara Leitão A reforma do trabalhador por velhice e os seus efeitos na relação laboral	1437
Teresa Coelho Moreira <i>It's the end of the work as we know it (and I feel fine)?</i> Inteligência artificial e Direito do Trabalho	1461
Vítor Palmela Fidalgo A titularidade sobre o resultado da atividade laboral: O direito à patente	1505
Estatutos Editoriais da RIDT	1566
<i>Editorial Statutes of RIDT</i>	1568
Conselho Científico / <i>Scientific Council</i>	1570



ALEMANHA





THE FORGOTTEN PROHIBITIONS OF DISCRIMINATION

Wolfgang Däubler¹

Summary: 1. Introduction; 2. Focus on specific prohibitions of discrimination; 3. Reach of the prohibitions of discrimination; 3.1 Inclusion of indirect discrimination?; 3.2 Justification of unequal treatment; 3.3 Prohibitions of discrimination in private law relationships; 4. “Political or any other opinion”; 5. Social Origin; 6. Property; 7. Other status.

Abstract:

The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union provide an extensive catalogue of features that must not be used as a ground for discriminatory treatment. However, some of these features have received little attention so far. In this study, we propose to analyse some of these forgotten prohibitions of discrimination, focusing on the following grounds for discrimination: “political or any other opinion”, “social origin”, “property” and “other status”.

1. Introduction

If one were to ask a German legal expert where to look for the German anti-discrimination law, he or she might spontaneously - maybe a bit surprised at being asked - refer to the General Equal Treatment Act (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, hereinafter AGG). Notwithstanding initial resistance², this has now become a

¹ The present article was translated from German by André Holzer.

² For example, SÄCKER, *ZRP* 2002, 286 ff. which is entitled “Vernunft statt

recognised integral part of German law. It refers to a total of eight “disallowed features” that must not be used as a ground for discriminatory treatment: “race” and ethnic origin, gender, religion and belief, disability, age, and sexual identity. Discriminations on other grounds like union activity, social origin, or infringement of the general principle of equal treatment are not covered. Prohibitions provided elsewhere, however, remain unaffected in accordance with Article 2(3) AGG.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter CFR) recognises numerous other features that must not serve as grounds. In its Article 21(1), in addition to “race” it alludes to colour, although this is basically just for clarification purposes. However, besides the ethnical origin, “social origin” is also covered, the latter being absent in AGG. “Genetic features” must also not serve as grounds, and likewise “language”. Apart from belief, “political or any other opinion” is also mentioned. Membership of a national minority is another disallowed feature. And, lastly, no person must be discriminated against on the grounds of “property” or “birth”. Furthermore, this catalogue of features is not of ultimate significance since it starts with the little words “such as”. The question remains open which characteristics or behaviours might be covered additionally.

The CFR is applicable to the organs of the Union, in accordance with Article 51(1), but to the Member States only when they are implementing Union law. For example, it should be taken into

Freiheit!” - Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner (“Reason instead of Freedom!” - The Virtue Republic of the New Jacobins). In contrast, with pleasant objectivity, REICHOLD/HAHN/HEINRICH, *NZA* 2005, 1270, and REICHOLD *JZ* 2004, 384 ff.

consideration regarding the relevant directive³ for the procedure of collective redundancy, but not *prima facie* as part of an examination as to the substance of individual dismissals. The scope of application of Article 21 thus turns out to be relatively narrow - so far, in the practical experience of labour law protection against discrimination, it leads a shadowy existence.

Article 14 of the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) includes an almost identical catalogue. There is a difference insofar as no mention to “belief” is made. Moreover, the non-exhaustive character of the feature catalogue is emphasised in the way that also “other status” is explicitly included among the protected features. The ECHR’s importance is furthermore enhanced by the first sentence of Article 52(3) CFR, whereupon corresponding rights in the CFR have the same “meaning and scope” as the human rights guaranteed by the ECHR. An interpretation given by the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) is thus binding upon the jurisdiction within the European Union. In accordance with the second sentence of Article 52(3) CFR, the Union has the only option to provide more extensive protection, i.e. to adopt more favourable provisions.

Article 14 ECHR, like the other rights conferred by that convention, applies on the domestic level with the status of a statutory right. However, there is a restriction to the extent that only discriminations regarding the “enjoyment of the rights and freedoms” of the ECHR are recognised. In this respect, Article 14 is of an accessory nature. Since the ECHR makes no mention of a fundamental right to

³ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, *OJ L 225/16*, changed by directive of 6 October 2015, *OJ L 263/1*

freedom of occupation, neither - unlike Article 2(1) of the Basic Law for the German Federal Republic (Grundgesetz, hereinafter GG) - of a general freedom of action, as a result the prohibition of discrimination, particularly as far as paid employment is concerned, may turn out to be of little practical importance. This, however, is counteracted by ECtHR case law, in which the right to respect for private and family life, in accordance with Article 8 ECHR, is interpreted widely. For instance, the exclusion from access to Bar membership is regarded as an interference in private life⁴ according to Article 8 ECHR, because this influences the building of social relations and the social identity of the individual. The same was even more assumed when a Lithuanian law deprived a specific group of persons - namely former employees of the Soviet KGB - of the possibility of seeking employment in various parts of the public service and the private economy.⁵ An unlawful interference into the right of Article 8 ECHR is not required; it is sufficient that “private life” is affected in one way or another.⁶ Contrary to first appearances, Article 14 ECHR thus gains considerable scope.

2. Focus on specific prohibitions of discrimination

It is not intended here to simply “work off” the catalogues of Articles 21 CFR and 14 ECHR in a sort of commentary. This would be

⁴ ECtHR judgement of 28 May 2009 - no. 26713/05, NJW 2010, 3419 - Bigaeva

⁵ ECtHR judgement of 27 April 2004 - no. 55480/00, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61942%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61942%22]}) - Sidabras

⁶ ECtHR judgement of 7 October 2010 - 30078/06, *OstEurR* 2010, 457 Ls 1 - Markin: “Although Article 14 ECHR does not require any infringement of another right of the Convention, it is only applicable if the relevant facts fall into the scope of another human right”.

quite useless simply because some individual features can easily be subsumed under the commonly recognised ones; for example, “colour”, and presumably “language” too, are comprised by the “ethnic origin”. Hence, in the following a focus shall be given to four features that fall at least partially outside the range so far considered.

- The “political or any other opinion” included in both catalogues does not fall, at least partly, within the domain of “religion and belief”. This applies also if, when considering the text of EU Directive 2000/78/EC in languages other than German, political convictions are included in “belief”,⁷ but even in this case it is deemed necessary that it is about a “firm conviction” like that of a pacifist; less strongly anchored conceptions are not enough.⁸
- The “social origin” is not included, not even partially, in the catalogue of AGG, a feature that can be found both in Article 21 CFR and in Article 14 ECHR. Here the main issue is a relatedness with the social standing of the forebears,⁹ in particular the parents.
- The “property” feature constitutes also a “novelty”. The term refers especially to the general prohibition to make certain entitlements dependent on certain property, e.g. to exclude indebted persons from the usage of certain means of

⁷ DÄUBLER, NJW 2006, 2608. Cf., for example, French “convictions”, Spanish “convicción”, Portuguese “convicções”, Italian “convinzioni personali”

⁸ In this regard, cf. DÄUBLER, in: DÄUBLER/BECK (eds.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG*, 5th ed., Baden-Baden 2022, Article 1 AGG recitals 74 with further references.

⁹ MOHR, in: FRANZEN/GALLNER/OETKER (eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (European Labour Law Commentary, hereinafter: *EuArbRK*), 4th ed., München 2022, Article 21 CFR recitals 64

transport or to deprive them of suffrage.

- Finally, the “other status” as set out in Article 14 ECHR is dealt with, a feature that should also not be an issue. Does this concern only personal characteristics, like a (less charming) appearance, or are other circumstances included as well?

3. Reach of the prohibitions of discrimination

Prior to focussing on the possible practical significance of the aforementioned prohibitions of discrimination, some preliminary questions which are relevant for all the features referred to in Articles 21 CFR and 14 ECHR, respectively, have to be addressed.

3.1. Inclusion of indirect discrimination?

An “indirect discrimination” exists if no allusion to specific features according to Articles 21 CFR or 14 ECHR is made, but when a “neutral” rule exists that nevertheless is predominantly to the detriment of certain bearers of a feature. The best-known example is a bias against part-time employees, which mainly affects (in a negative way) women. It is also necessary to consider cases where schematic equal treatment (without reference to disallowed features) is observed, but where nonetheless certain bearers of features are particularly discriminated. For instance, as a result of a “school entry test” equal for all children, Roma gypsy children turn out to be placed in special schools quite frequently, thus restricting

significantly their educational opportunities.¹⁰ Indirect discrimination as a concept has been recognised early on by the Court of Justice of the European Union (hereinafter CJEU)¹¹ and is today considered a safe asset within the anti-discrimination law.¹² It was justified by the notion of the “effet utile” and protection against avoidance.¹³ The ECtHR has also followed - albeit with some delay - this concept.¹⁴ Other human rights systems share the same notion.¹⁵ This does not rule out the possibility of delimitation problems in particular cases.¹⁶

3.2. Justification of unequal treatment

Although the prohibitions of discrimination in accordance with Article 21 CFR and Article 14 ECHR do not recognise a legal reservation, there is consensus on the need for grounds of justification for unequal treatment. If, for example, any age-related regulation was to be declared inadmissible, then quite a few unintended effects would be felt, like the cessation of the age of majority or the statutory retirement age. Uncertainties exist only with respect to the requirements for such a justification. For instance - to make use of some wording of German law -, is a “genuine and determining

¹⁰ Example according to ECtHR judgment of 13 November 2007 - 57325/00, NVwZ 2008, 533 - D.H.

¹¹ CJEU 12 February 1974 - 152/73, AP no. 6 regarding Article 177 of the Treaty establishing the European Economic Community (EEC) - Sotgiu, item 11

¹² See, for example, CJEU 24 November 2016 - C-443/15, NZA 2017, 233.

¹³ CJEU 8 July 1999 - C-203/98, Slg. 1999, I-4899 - Commission v Belgium

¹⁴ ECtHR 6 January 2005 - No. 58641/00 - Hoogendijk

¹⁵ Cf. the references in PETERS/ALTWICKER, in: DÖRR/GROTE/MARAUHN (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3rd ed., Tübingen 2022, chapter 21 recitals 94.

¹⁶ See the instructive note on the judgment by REICHOLD/REBSTOCK, ZESAR 2021, 520

occupational requirement” according to Article 8 AGG required, or is any “objective ground” enough?

Regarding the CFR, Article 20 contains an explicit guarantee of the universal principle of equal treatment, couched in the words “Everyone is equal before the law”. If the limits prescribed and taken for granted therein were to be applied to the features referred to in Article 21 CFR, the latter, alongside Article 20, would cease to have its own scope of application. Article 21 only retains its significance if greater demands are being placed on unequal treatments.¹⁷ It seems reasonable to suppose a succession of stages in such a way that an indirect discrimination on grounds of one of the features according to Article 21 CFR depends on less serious requirements than a direct connection with a disallowed feature.¹⁸ However, the requirements still need to be (slightly) stricter than under the general principle of equal treatment. All this is considered exactly in this way regarding Article 14 ECHR.¹⁹

The gradation in itself does not yet specify which circumstances may justify an unequal treatment. In the first place, a precondition is that the norm-setter pursues a “legitimate aim” which for its part has nothing to do with the prohibitions of discrimination. Here any concern of common interest can be considered (e.g. road safety).²⁰ The purpose does not necessarily need to be identified explicitly, but rather may be deduced from the context.²¹ In the second place, the

¹⁷ Appropriately GRASER/REITER, in: VON DER GROEBEN/SCHWARZE/HATJE (eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7th ed., 2015, Article 21 CFR recitals.

¹⁸ In this sense, GRASER/REITER (see above fn.16) Article 21 CFR recitals 7 ff.

¹⁹ Cf. ECtHR 15 February 2001 - No. 42393/98, NJW 2001, 2871

²⁰ CJEU 22 May 2014 - C-356/12, juris - Glatzel

²¹ JARASS, *Charta der Grundrechte der EU*, 4th ed. 2021, Article 21 recitals 27

purpose in question must be pursued through proportionate measures. In case it can also be achieved by means of a comparatively minor deviation from the principle of equal treatment, then this less far reaching option must be applied.²² This complies with the principle of necessity and presupposes the appropriateness of the measure. In addition, a reasonable relationship must exist between the pursued purpose (e.g. protection against infectious diseases) and the unequal treatment. From this, it is clear that a differentiation has to be made between the individual prohibitions of discrimination. While a reference to an unchangeable personal feature such as skin colour is hardly conceivable, this is clearly different in the case of property.²³ For instance, according to the ECtHR, there was clearly a lack of sufficient reasons to restrict the German child allowance to those foreign citizens who held a limited or unlimited residence permit.²⁴ Legal goods at stake were also weighed up in the case of a complainant who plainly failed to show up for work due to a Muslim holiday and was unwilling to provide proof of his Muslim faith.²⁵

²² CJEU 22 November 2005 - C-144/04, NZA 2005, 1345 - Mangold; CJEU 29 April 2015 - C-528/13, *EuGRZ* 2015, 287 - Léger

²³ GRASER/REITER (see above fn. 16) Article 21 CFR recitals 8

²⁴ ECtHR 25 October 2005 - No. 59140/00, *NVwZ* 2006, 917 - Okpysz

²⁵ ECtHR 13 April 2006 - No. 55170/00, NZA 2006, 1401 - Koteski

3.3. Prohibitions of discrimination in private law relationships

EU law can rely on a comparatively long tradition according to which prohibitions of discrimination apply to private persons too, especially in the workplace. The principle of equal pay for men and women, which came into mandatory effect in 1976 through CJEU also in the relation between employer and the individual employee, played a pioneering role.²⁶ The prohibition of discrimination based on nationality of a different Member State was also extended to private subjects at an early stage, insofar as fundamental freedoms such as the free movement of workers²⁷, the freedom of establishment²⁸ or the freedom to provide services across borders²⁹ were at issue. Where prohibitions of discrimination were laid down in directives, no direct effect on the relationship between the employer or another private law entity and the employee could take place, except for the principle of interpretation of national legal standards in accordance with the directive. In a number of cases, however, the CJEU relied on general principles of Community law, where, amongst others, the generally effective prohibition of discrimination on the grounds of age was also included.³⁰ Recently, in the context of employment relationships in the Church, the prohibition of discrimination according to Article 21 CFR was applied to the ecclesiastical

²⁶ CJEU 8 April 1976 - 43/75, *NJW* 1976, 2068 - Defrenne II

²⁷ CJEU 12 December 1974 - 36/74, *NJW* 1975, 1093 - Walrave and Koch; CJEU 15 December 1995 - C-415/93, *NZA* 1996, 191 - Bosman

²⁸ CJEU 11 December 2007 - C-438/05, *NZA* 2008, 124 - Viking

²⁹ CJEU 18 December 2007 - C-341/05, *NZA* 2008, 159 - Laval

³⁰ Paradigmatically, CJEU 22 November 2005 - C-144/04, *NJW* 2005, 3695 - Mangold

employer, with remarkable clearness: “As regards its mandatory effect, Article 21 of the Charter is no different, in principle, from the various provisions of the founding Treaties prohibiting discrimination on various grounds, even where the discrimination derives from contracts between individuals.”³¹

As far as Article 14 ECHR is concerned, its accessoriness comes into evidence here: if human rights apply also to relations between private persons, the prohibition of discrimination of Article 14 shall also be applicable in this respect. Concerning the freedom of association (implicitly) guaranteed by Article 11, this includes amongst others the right to be heard by the respective private or public employer.³² Private legal relations are equally affected when a trade union is engaged in collective wage negotiations with the employer, thus exercising its right to conclude collective negotiations.³³ According to recent case law, Article 11 ECHR also comprises the right to strike.³⁴ Individual union members are equally protected against their respective employer by Article 11.³⁵

Regarding the protection of privacy (in a broad sense) in accordance with Article 8 ECHR, in particular video surveillance at the workplace should be considered. In this respect, it is the ECtHR’s view that the State’s protection obligation comes into play, the expression of which is specified in detail: especially important are the

³¹ CJEU 17 April 2018 - C-414/16, NZA 2018, 569 recitals 77 - Egenberger; the wording was repeated verbatim in CJEU 22 January 2019 - C-193/17, NZA 2019, 297 recitals 77 - Cresco Investigation

³² ECtHR 2 July 2002 - 30668/96, ÖJZ 2003, 729 Tz. 42 - Wilson et al.

³³ ECtHR 12 November 2008 - No. 34503/97, NZA 2010, 1425 - Demir and Baykara, Tz.147 ff.

³⁴ ECtHR 21 April 2009 - No. 68959/01, NZA 2010, 1423 - Enerji Yapi-Yol Sen, Tz. 24

³⁵ ECtHR 24 March 2015 - No. 36807/07, NVwZ 2016, 1230 - Sezer

prior information about the possibility of surveillance, the degree of invasion of privacy, the employer's interest and the availability of less intrusive means, the consequences of the surveillance for the employee and the possibility of an effective verification of whether the employer's behaviour met those criteria and was hence lawful.³⁶ The results obtained via the protection obligation are approaching those which would lead to an immediate third-party effect. This has an impact also on legislation on protection against dismissal, which is why there are first attempts to develop a "ECtHR dismissal protection law" and subsequently systematise it.³⁷

Something similar can be stated regarding the dealing with the freedom of expression following Article 10 ECHR. Also in this respect, no third-party effect against the employer is attributed to it, however, in certain cases, the State is obliged to protect the freedom of expression against private persons as well.³⁸ As an outcome - similarly to what occurs in German law -³⁹, the employer's conflicting interests protected by fundamental rights must be taken into consideration, which is done in the context of the proportionality assessment.

³⁶ ECtHR 5 September 2017 - No. 61496/08, NZA 2017, 1443 - Barbulescu; ECtHR 17 October 2019 - No. 1874/13, *AuR* 2020, 131 - López Ribalda. With reference to the whole topic, see LÖRCHER, *AuR* 2020, 100 ff.

³⁷ DULLINGER, "Die Judikatur des EGMR als Grundlage eines (umfassenden) individuellen Kündigungsschutzes", in: FREYLER/GRÄF (eds.), *Arbeitsrecht als Richterrecht?* Baden-Baden 2023, p. 151 ff.

³⁸ ECtHR 12 September 2011 - No. 28955/05 inter alia, NZA 2012, 1421 recitals 59 - Palomo Sánchez; ECtHR 29 February 2000 - No. 39293/98 - Fuentes Bobo

³⁹ BAG (Federal Labour Court) 24 June 2004 - 2 AZR 63/03, NZA 2005, 158.

4. “Political or any other opinion”

The prohibition of discrimination on the grounds of political or other opinion is stated in Article 21 CFR immediately after “religion or belief”, thus covering features not comprised by the latter. In comparison, Article 14 ECHR lacks the reference to “belief”, thus including a wider scope.

Articles 21 CFR and 14 ECHR do not only comprise the “possession” of an opinion, but also acting based on it. In this regard, the same applies as to religion and belief. Membership of a political party and other political organisations, as well as trade unions, is therefore included. Furthermore, the expression of a certain conviction is also protected – be it as an individual or in an organisational context.⁴⁰ In such cases, however, mostly the freedom of expression according to Article 10 ECHR or the freedom of assembly and association according to Article 11 ECHR will take effect. If its limits are exceeded by the individual, then the question of discrimination no longer arises.⁴¹ If the person in question acts within the scope of the freedom of expression or assembly/association, but is nevertheless discriminated, then this constitutes a breach of the ECHR. An assessment whether an additional discrimination under Article 14 ECHR has occurred will normally not be conducted.⁴²

⁴⁰ Cf. PETERS/ALTWICKER (above fn. 14), recitals 182, also for the following.

⁴¹ See case Handyside ECtHR 7 December 1976 - 5493/72, concerning the proscription of a schoolbook on the grounds of (at that time deemed unacceptable) sexual references.

⁴² Symptomatic for instance: ECtHR 6 November 2012 - No. 47335/06 - Redfearn, wherein a dismissal on political grounds was described as an infringement of Article 11 ECHR, having been thereupon explained with reference to Article 14 ECHR: “Having regard to its findings under Article 11, the Court does not find it necessary to examine whether or not there has also been a violation of Article 14

The prohibition of discrimination applies also for those who do not hold a particular political or other opinion but behave indifferently or “neutrally”; any compulsion whatsoever to adopt a particular opinion or to become a member of an organisation with an orientation would equally constitute a breach of Article 21 CFR or Article 14 ECHR, respectively.

The ECtHR’s case law in this regard is not particularly extensive. In one case from Armenia, the applicant failed because according to the Court he had not submitted in a sufficiently substantiated manner that he was ill-treated by the police as a member of an opposition party on the grounds of his political opinion.⁴³ Worth mentioning, however, is the Redfearn case:⁴⁴ a driver of white skin was responsible for transporting children with physical and/or mental disabilities, the majority of which were Asian in origin; furthermore, he had been nominated for the award of “first-class employee” by his supervisor, who was of Asian origin, too. When he stood as a candidate as a local councillor for the British National Party and was elected in a forthcoming local election, he was dismissed by his employer: his continued employment could give rise to “considerable anxiety” among passengers and their carers. Concern was also expressed that this circumstance could possibly lead to the loss of the employer’s contract with Bradford City Council. No specific allegation of misconduct has been made; nor were there any complaints about his working behaviour. The English Courts confirmed the dismissal, but not the ECtHR: in the given case, the freedom of association was threatened

of the Convention read together with Articles 10 and 11.”

⁴³ ECtHR 2 October 2012 - No. 40094/05 - Virabyan

⁴⁴ ECtHR 6 November 2012 - No. 47335/06 - Redfearn

in its substance, hence the State's obligation to protect the individual concerned. Since the State failed to do so, there has been a violation of Article 11 ECHR. However, it was expressly left out if there was also a breach of Article 14 ECHR.

Even though the ruling followed a path based on the right to freedom rather than on the right to equality, it is remarkable in that it allows for drawing conclusions about political opinions worthy of protection. In this respect, there is clearly a great deal of openness, which also includes positions that are taboo in the national context. This becomes clear from this and other rulings.⁴⁵ Only Article 17 ECHR represents a limitation according to which the rights under the ECHR must not be used as a means of abolishing the rights and freedoms set out in the Convention. This was assumed in relation to an organisation which not only denied the right to existence of the State of Israel, but also propagandised its violent destruction and the expulsion or killing of its inhabitants.⁴⁶

The political opinions thus defined must not originate disadvantages at least if there are no actions that would endanger the legal interests of third parties or the general public. This obviously did not hold true in the case of the driver Redfearn, which is why the Court of Justice emphasised in a comparatively plain manner: "The Court is struck by the fact that these complaints were in respect of prospective problems and not in respect of anything that the applicant had done or had failed to do in the actual exercise of his

⁴⁵ See for example ECtHR 30 January 1998 - 133/1996/752/951 - United Communist Party of Turkey: the dissolution constituted a breach of Article 11 ECHR, since the party had not even started its activities; whether there was an infringement of Article 14 was not elaborated.

⁴⁶ ECtHR 12 June 2012 - 31098/08 - Hizb ut-Tahrir

employment”.⁴⁷ Even in the case of the Turkish Communist Party⁴⁸ there was no underlying concrete behaviour. Contrary to what at times happened in German case law,⁴⁹ the ECtHR only sees as a reason for restrictions - apart from the extreme situation of Article 17 ECtHR - if a particular action is present; the abstract suspicion that members of certain organisations might do bad or evil things is not sufficient.

While the concept of political opinion generally does not raise many doubts, this may be different for “other” opinions. Certainly, these comprise convictions which exist in the society and are related with political opinions, but do not have the view on the “whole” as do the latter: the animal rights activist is covered, as is the pro-life activist⁵⁰ or the promoter of German dialects. But the boundaries are not always evident. Whoever considers Bayern Munich to be the best football club in the world, manifests this believe in their spare time through clothes and words, and for this reason is not given a job in Dortmund: can Article 14 ECHR be invoked, because there has been a discrimination on the grounds of an opinion? It would be no surprise, if this question - should it ever arise in practice - were to be definitively decided only by the CJEU or by the ECtHR.

⁴⁷ ECtHR 6 November 2012 - No. 47335/06 - Redfearn recitals 45

⁴⁸ See fn. 45 above.

⁴⁹ in the case of civil servants, sufficient grounds for dismissal were that, in addition to being a member of the DKP (German Communist Party), they had to present an undisputed legal candidacy for that party in municipal or state elections: BVerwG (Federal Administrative Court) 10 May 1984 - 1 D 7/83, NJW 1985, 503 - Meister.

⁵⁰ See ECtHR 21 June 1988 - No. 10126/82 - “Ärzte für das Leben” (Doctors for the right to life)

5. Social Origin

The discrimination feature “social origin” has received little attention so far. The commentaries either contain “explanations” without an own meaning⁵¹ or restrict themselves to stating that it is only about the “social status” of the forebears.⁵² Often reference is made to times when origin from nobility conferred great and inalienable advantages, stating also that such unjust privileges do not longer exist nowadays. No mention is made regarding the possible consequences of a different social background in the present.

Not long ago, a quite simple case was made up in the German legal literature.⁵³ A bank clerk with “very humble background” has to look after a considerable number of wealthy customers who often had inherited their assets. Unfortunately, he does not really master the necessary casual “small talk”: he has no relation with golf, prefers folk music over classical music, and never has he taken a sea voyage to the Caribbean. The communication remains therefore emotionless and at times a bit monosyllabic; two customers want a different consultant. He is then transferred to a position that entails less responsibility but also less payment. Could he defend himself against this before the labour court by arguing that he had been discriminated against in violation of Article 14 ECHR, furthermore

⁵¹ LEHNER, in: MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/RAUMER (eds.), *EMRK Kommentar*, 5th ed., 2023, Art. 14 recitals 29: The feature of social origin corresponds to that of origin in Article 3(3) GG.

⁵² HÖLSCHIEDT, in: MEYER/HÖLSCHIEDT (eds.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5th ed., Baden-Baden 2019, Article 21 recitals 45; JARASS (above fn. 20) Article 21 recitals 20

⁵³ JENS SCHUBERT, *NZA* 8/2019 p. III

restricting him also in his social relations protected by Article 8 of the ECHR?

Cases such as these, linked directly with circumstances that arise from social origin will be relatively rare and even rarer to prove. But to ignore them completely would nevertheless be inappropriate. What is of incomparably more significance, however, are indirect discriminations. A recent study conducted by the Hans Böckler Foundation has shown that 74 percent of children whose parents went to university attend university as well, compared to only 21 percent of working-class children.⁵⁴

The study describes equally the specific obstacles which the second group has to overcome, and which start well before the university entrance level. Thus, 81 percent of children of parents with academic background achieve upper secondary education (usually the secondary school leaving examination “Abitur”), while only 45 percent of the children of non-academic families obtain the same qualification.⁵⁵ During the course of study further difficulties arise related to social background.⁵⁶

This is only the most frequently cited and possibly also the most thoroughly studied example. In addition to education, nationality and gender, social origin also plays an important role in the composition of the top manager ranks.⁵⁷

⁵⁴ <https://www.boeckler.de/de/boeckler-impuls-arbeiterkinder-an-der-universitaet-zum-akademiker-7688.htm>

⁵⁵ Böckler *Impuls* issue 07/2010

⁵⁶ BARGEL/BARGEL, *Ungleichheiten und Benachteiligungen im Hochschulstudium aufgrund der sozialen Herkunft der Studierenden*, Düsseldorf 2010, available at https://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_202.pdf

⁵⁷ HARTMANN, in: STICHWEH/WINDOLF (eds.), *Inklusion und Exklusion: Analysen zur Sozialstruktur und zur sozialen Ungleichheit*, 2009, p. 71 ff.

In all cases, the question is not if there are binding rules that require a social selection. Rather, rules are, in principle, equal for all - but taking into account different starting conditions, affect in a negative way certain people which originate from the lower 50 or 60 percent of society. There are no discernible justifications for this indirect discrimination. The removal of discrimination on the grounds of social origin is probably an even bigger undertaking than achieving equality for women in working life, as this would call into question positions of influence and dominance that are even stronger than in the latter case, meaning that countless measures would be needed to address structural deficits.

What is not admissible is a strategy of concealing within the legal scholarly discussion. After all, the problems exist and cannot be simply retouched away. If the discrimination shows through in a particularly visible manner on a case-by-case basis, one should not shy away from taking the matter to the courts and awake the prohibition of discrimination from its slumber.

6. Property

The prohibition of being discriminated on the grounds of “property” is considered a “peculiarity” of Article 14 ECHR without major importance in case law.⁵⁸ Others point out that property is an “ambiguous term” which nevertheless would include also immaterial values.⁵⁹ In the case of property-related decisions by the State, property

⁵⁸ LEHNER, in: MEYER-LADEWIG, (above fn.50), Article 14 recitals 29

⁵⁹ HÖLSCHIEDT, in: MEYER/HÖLSCHIEDT, (above fn.51) Article 21 CFR recitals 50

must be “adequately taken into account”.⁶⁰ Typically, it does not appear that concrete consequences are discussed.

Certainly, the observation that property is not identical to tangible assets, but comprises all goods with economical value, is true. That is not a matter of protecting wealthy people in relation to those without (significant) wealth. As with other prohibitions of discrimination, the aim is to protect the potentially weaker: lack or modest amount of property must not lead to discrimination. The ECtHR, for instance, maintains that, in principle, everyone must have access to the courts, notwithstanding the possibility of the Member State to provide for exceptions for certain areas, such as libel actions, based on limited resources; legal aid or other means are, in principle, necessary, but not without exception.⁶¹ To completely forego them would imply a discrimination on the grounds of (insufficient) property.

The ECtHR also considers that favouring particularly well-off citizens may, too, constitute discrimination. In one case, the ECtHR proved to be quite generous.⁶² The island of Guernsey had enacted legislation which resulted in 90 percent of all housing being available only to those persons who had received a residence entitlement by the islands Housing Authority, in particular persons who were born on Guernsey or had otherwise strong connections or associations with the island. The most expensive 10 percent of housing (calculated according to their rateable value) were exempted from this legislation, thus being available to other people too. This did especially benefit

⁶⁰ *EuArbRK-MOHR*, Article 21 recitals 74; equally *JARASS* (above fn.20) Article 21 recitals 23

⁶¹ ECtHR 5 May 1993 - No. 21325/93 - *Steel and Morris*

⁶² See judgment ECtHR 24 November 1986 - No. 9063/80 - *Gillow*

wealthy interested parties, however, this did not lead to the presumption of discrimination against other interested parties: by means of the system of residence entitlements, State policy would protect the poorer sections of the population; given the State's broad margin of discretion, it seemed not unreasonable to exclude the upper 10 percent from the scheme. The actual problem of discrimination - referring to the financial situation of interested parties - was not addressed.

A case decided much later dealt with the forced exchange of Greek government bonds for bonds with lower nominal value ("debt relief"), where no distinction was being made between private persons and institutional investors.⁶³ The indirect discrimination of small investors was justified in view of the circumstances: It would have been difficult to identify all the investors concerned and to make a clear and detailed distinction between the two groups. Moreover, the announcement of the exclusion of small investors could have led to circumvention schemes; besides, quick action would have been necessary. Here, too, one can see a certain reluctance to alter the existing situation, especially since it was understandable also for the private investor that they had embarked on a risky business.

In a third ruling, the court reached a different conclusion, and considered the favouring of major owners a discrimination set out in Article 14 ECHR.⁶⁴ In this particular case, owners of landholdings up to 20 hectares were forced to be members of a hunters' association, even though they themselves would not have exercised their hunting

⁶³ ECtHR 21 July 2016 - 63066/14, *NVwZ-RR* 2017, 849 - *Mamatas*

⁶⁴ ECtHR 29 April 1999 - 25088/94, *NJW* 1999. 3695 recitals 118 ff. - *Chassagnou inter alia*.

rights, on ethical grounds for instance. Owners of landholdings with more than 20 hectares were not subject to this constraint, but could freely dispose of their hunting rights, exercise them or establish a wildlife sanctuary instead. According to the ECtHR, no objective or reasonable justification had been given for this difference in treatment, which is why the rule was considered a violation of the Convention.

Therefore, Article 14 prohibits, in principle, treating the big ones better than the small ones, the rich better than the less rich or the poor. According to this approach, the progressive tax system is definitely in conformity with the Convention, since it places a greater burden in terms of percentage on people with higher incomes than those with lower incomes. The question of where to draw the upper limit from which there is no further tax rate increase is at the discretion of the national legislator.

However, further discussion is required regarding the regulation of Section 13b of the German Inheritance and Gift Tax Act (*Erb-schaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz*, hereinafter *ErbStG*): any shareholder of more than 25 percent of a public limited company is largely exempt from inheritance tax, provided that the company continues for at least five years. Persons who hold less than 25 percent must pay the full inheritance tax rate even if they, conjointly with others, successfully attempt to continue the business (or if anyway the continuation is obvious for every economically minded person). In such a case, what is the objective reason for excluding smaller or small shareholders from preferential treatment?

7. Other status

Features not expressly referred to in Article 14 ECHR or in Article 21 CFR have not played so far a major role in case law and literature. It is generally agreed that at least person-related features are covered which are comparable to those explicitly referred.⁶⁵ For instance, the obligation for trainee lawyers to undertake gratuitously criminal defence, which exists in Belgium, was assessed by the ECtHR in the light of Article 14 ECHR. The court concluded, however, that the absence of such obligations in the case of physicians, pharmacists, veterinarians, and dentist was not discriminatory against trainee lawyers, since the situation of the other liberal professions was different.⁶⁶ Another important application was the weaker status of unmarried fathers compared to divorced fathers, regarding their biological children: the parental access rights under German law at the time, in the case of children born out of wedlock, were fundamentally dependant upon the mother's goodwill and could only be imposed if this was demonstrably in the best interest of the child. This was qualified as a violation of Article 14 ECHR, without considering which of the features mentioned therein was affected.⁶⁷ The case where the landlord of residential premises is in a worse position than the landlord of other premises with regard to the exclusion of the enforceability of eviction orders is included, according to

⁶⁵ JARASS, (above fn. 20), Article 21 recitals 24

⁶⁶ ECtHR 23 November 1983 - No. 8919/80, *EGMR-E 2*, 295 ff. recitals 42 ff. - van der Mussele

⁶⁷ ECtHR 11 October 2001 - No. 34045/96 - Hoffmann; equally ECtHR 8 July 2003 - 30943/96 - Sahin

German understanding, to the general principle of equality - in this respect, Article 14 was not violated.⁶⁸

In this context, also the external appearance of a person should be considered. For example, in examinations, the type of clothing must not, in principle, exert influence on the evaluation,⁶⁹ the same possibly being relevant for the assessment of applicants. Furthermore, a ruling of the Marburg Labour Court should be recalled,⁷⁰ according to which it may constitute an infringement of the general right of personality if someone is not retained as an employee after expiration of their temporary work contract, on the grounds of their corpulence, even though no doubts exist about their suitability for the work performed hitherto, which is still necessary. In extreme cases, obesity may amount to a (simple) disability if - unlike the case mentioned before - participation in working life is impaired.⁷¹ In this respect, the French law is more precise in its contours, where discriminations on the grounds of “physical appearance” are expressly prohibited.⁷² The same could easily be defended within the framework of Article 14 ECHR and Article 21 CFR.

Little attention has been paid until now to the question which decision-making criteria actually remain if the existing catalogue of grounds of discrimination was to be significantly expanded, considering its openness. Ultimately this depends on the nature and scope

⁶⁸ ECtHR 28 September 1995 - No. 12868/87 - Spadea und Scalabrino

⁶⁹ Berlin Administrative Court (VG Berlin) 19 February 2020 - VG 12k 529.18, *AuR* 2020, 233

⁷⁰ 13 February 1998 - 2 Ca 482/97, *NZA-RR* 1999, 124

⁷¹ CJEU 16 October 2014 - C-354/13, *NZA* 2015, 33, confirmed by CJEU 18 January 2018 - C-270/16, *NZA* 2018, 159

⁷² LE FRIANT, *AuR* 2003, 53; AUZÉRO/BAUGARD/DOCKÈS, *Droit du travail*, 31st ed., Paris 2018, recitals 725 (“apparence physique”)

of limits; if an “objective reason” or a “non-arbitrary decision” is enough, then the status quo remains virtually unchanged. If the requirements of justification were to be set much higher, or even demanded “indispensability”, selection decisions would be legally unassailable only in case they are made anonymously and based exclusively on performance criteria. By doing so, market principles would be taken to extremes, for it would ultimately be the market who decides what to qualify as “performance”. The individuality of the individual and its specific value would fall by the wayside. Considering the level of protection against discrimination outlined here, we are far from such dangers: it is all about establishing equal opportunities for those who are potentially disadvantaged.⁷³

Bibliography

AUZÉRO/BAUGARD/DOCKÈS, *Droit du travail*, 31st ed., Paris 2018.

BARGEL/BARGEL, *Ungleichheiten und Benachteiligungen im Hochschulstudium aufgrund der sozialen Herkunft der Studierenden*, Düsseldorf 2010, available at https://www.boeckler.de/pdf/p_arbp_202.pdf.

DÄUBLER, “Weltanschauung auf europäisch”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 59, no. 36, 2006, p. 2608.

⁷³ WENDELING-SCHRÖDER, *NZA* 2004, 1320 (regarding AGG)

DÄUBLER/BECK (eds.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG*, 5th ed., Baden-Baden, 2022.

DÖRR/GROTE/MARAUHN (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3rd ed., Tübingen 2022.

DULLINGER, “Die Judikatur des EGMR als Grundlage eines (umfassenden) individuellen Kündigungsschutzes”, in: FREYLER/GRÄF (eds.), *Arbeitsrecht als Richterrecht?* Baden-Baden 2023

FRANZEN/GALLNER/OETKER (eds.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4th ed., München, 2022.

VON DER GROEBEN/SCHWARZE/HATJE (eds.), *Europäisches Unionsrecht*, 7th ed., 2015.

JARASS, *Charta der Grundrechte der EU*, 4th ed. 2021.

LE FRIANT, “Rechtstechniken im Kampf gegen die Diskriminierungen: Die Lage in Frankreich”, *Arbeit und Recht*, vol. 51, no. 2, 2003, pp. 51 et seq.

LÖRCHER, “Elektronische Überwachung am Arbeitsplatz und Europäische Menschenrechtskonvention - Von Bărbulescu zu López Ribalda” *Arbeit und Recht*, Vol. 68, no. 3, 2020, pp. 100 et seq.

MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/RAUMER (eds.), *EMRK Kommentar*, 5th ed., 2023.

MEYER/HÖLSCHIEDT (eds.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5th ed., Baden-Baden 2019.

REICHOLD, “Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit – arbeitsrechtliche Erfahrungen mit Diskriminierungsregeln” *Juristenzeitung*, no. 8, 2004, pp. 384 et seq.

REICHOLD/HAHN/HEINRICH, “Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, no. 22, 2005, pp. 1270 et seq.

REICHOLD/REBSTOCK, “Sozialpolitik: Zuschlag Arbeitsentgelt / Arbeitnehmer mit Behinderung”, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 11/2021, pp. 515 et seq.

SÄCKER, “«Vernunft statt Freiheit!» — Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner: Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, pp. 286 et seq.

SCHUBERT, “Für eine Auslegung des § 1 AGG «plus legem»”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, n.º 8, 2019, III.

STICHWEH/WINDOLF (eds.), *Inklusion und Exklusion: Analysen zur Sozialstruktur und zur sozialen Ungleichheit*, 2009.

WENDELING-SCHRÖDER, “Grund und Grenzen gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote im Zivil- und Arbeitsrecht”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, n.º 23, 2004, pp. 1320 et seq.



BRASIL





RISCO DE ADOECIMENTO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (*) (**)

RISK OF SICKNESS AND NON-MATERIAL DAMAGES

Estêvão Mallet^(*)**

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil e indenização; 3. Dano e indenização; 4. Dano hipotético e indenização; 5. Dano moral e indenização; 6. Relevância do dano e indenização; 7. Gravidade do evento e indenização do dano moral; 8. Dano emocional por receio de adoecimento e indenização; 9. Dano emocional por receio de adoecimento e a jurisprudência estrangeira; 10. Dano emocional por receio de adoecimento e a jurisprudência brasileira; 11. Conclusão.

Resumo:

O artigo examina os pressupostos para o surgimento da obrigação de indenizar, concentrando-se, particularmente, na existência de dano, para afastar a configuração dessa obrigação no caso de dano meramente hipotético. Trata, a seguir, da indenização do dano moral, considerando indenizável apenas aquele que se mostre relevante. Por fim, examina-se a indenizabilidade ou não do dano relacionado com o receio de contrair-se alguma doença, à luz da jurisprudência brasileira e estrangeira.

(*)O presente texto foi escrito para homenagear o Prof. Dr. Pedro Romano Martinez, que o autor teve o privilégio de conhecer e com quem pôde conviver, durante largos anos, privando de sua inteligência, cultura, alegria e amizade. Sua presença será sempre lembrada com saudade e sua perda, muito sentida.

(**)Exceto quando o contrário estiver expressamente indicado, todas as referências a dispositivos legais remetem à legislação brasileira.

(***)Livre-docente em Direito do Trabalho e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.

Abstract:

The article examines the preconditions that give rise to the obligation to indemnify, focusing particularly on the existence of damage, in order to rule out such obligation in case of merely hypothetical damage. Next, it analyses the moral damage indemnification, considering only the damage which is reasonably indemnifiable. Finally, it examines whether the damage is indemnifiable related to the fear of contracting a disease, in light of Brazilian and foreign case law.

1. Introdução

Pretende-se avaliar, no presente texto, se o receio de sofrer um dano, como o temor de violência durante o roubo que atinge o empregado que trabalha diariamente com o transporte de valores, o receio de explosão que pode ferir ou matar o empregado cujo posto de trabalho encontra-se ao lado do depósito de produtos inflamáveis ou, ainda, o medo de contrair uma doença, para quem trabalha em um hospital, basta, por si só, para justificar o deferimento de indenização por dano moral. Não se irá discutir a pertinência de indenização quando o dano - o roubo, a explosão ou o adoecimento, nas situações mencionadas - de fato se materializa, algo mais estudado na doutrina. O ponto a ser desenvolvido é outro. Envolve a hipótese em que o evento (roubo, explosão ou contágio) não se produz e, ainda assim, o pedido de indenização é deduzido, com fundamento, porém, na alegação de medo ou de angústia de sua ocorrência, apresentando-se sob a forma de pretensão ao recebimento de indenização por dano moral, cujo caráter imaterial e intangível torna mais difícil a definição precisa de sua caracterização ou de seus contornos.

Para os efeitos do presente estudo, portanto, não releva se a doença cujo contágio se teme é profissional ou não. O que importa é, apenas, o receio desse contágio, receio que pode fazer com que se venham a levar a juízo numerosos pedidos de indenização, especialmente diante da pandemia que se espalhou entre 2020 e 2023.

2. Responsabilidade civil e indenização

É bem sabido que a obrigação de indenizar, fundada na responsabilidade civil, em regra supõe a conjugação de certos elementos mínimos ou pressupostos, que a doutrina assim costuma indicar: a) ação ou omissão do agente; b) culpabilidade, c) dano e d) nexo causal entre a conduta e o dano¹. Há quem identifique cinco elementos, e não quatro, a saber, a) o fato, b) a ilicitude, c) a imputação do fato ao lesante, d) o nexo de causalidade e, por fim, e) o dano². Por vezes, fundem-se os dois primeiros elementos em um único. Passa-se a falar em ação ou omissão *lato sensu* culposa, atitude culposa ou dolosa ou, simplesmente, em fato gerador do dano, remanescendo os dois outros elementos³. Também há quem considere apenas dois

¹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil - Responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 1987, vol. IV, n. 8, p. 14, Carlos Roberto Gonçalves, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 11, p. 33 e segs., e Pietro Perlingieri, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 895. Em sistemas de *common law*, os mesmos elementos são referidos como “*duty, breach, causation, and damage*” (cf. Simon Deakin, Angus Johnston e Basil Markesinis, *Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 74).

² Antunes Varela (Das obrigações em geral, Coimbra, Almedina, 2008, vol. I, n. 149, p. 526). Na jurisprudência portuguesa: “São requisitos da responsabilidade civil extracontratual: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano, o nexo de causalidade entre o facto e o dano.” (Trib. Central Administrativo Norte, Proc. n. 2016:00373.13.5BEPRT.E2, Rel. Luís MIGUEIS GARCIA, ac. de 05.02.2016).

³ É a taxonomia adotada por Geneviève Viney em seu texto *La responsabilité: conditions*, Paris, LGDJ, 1982, n. 246, p. 303. Essa opção parece contar com mais

elementos, *dommage* e *faute*, o último compreendendo, porém, a culpabilidade e a imputação⁴. Trata-se de variações teoricamente admissíveis. O resultado, no fundo, é sempre o mesmo e não muda.

Se não há ação ou omissão culposa ou dolosa - e, bem entendido, não é o caso de responsabilidade objetiva⁵ - não há obrigação de indenizar⁶. É o que se extrai da referência, no art. 186 do Código

favor da jurisprudência nacional, como mostram os seguintes arestos: “A responsabilidade civil do empregador pela indenização decorrente de dano moral pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam a prática de ato ilícito ou com abuso de direito (culpa/dolo), o dano propriamente (prejuízo material ou o sofrimento moral) e o nexo causal entre o ato praticado pelo empregador ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador.” (TST - 5ª T., RR: n. 51400-52.1999.5.15.0032, Rel. Min. Gelson de Azevedo, julg. em 24.05.2006 in DJ de 23.06.2006); “Responsabilidade civil. Pressupostos. O direito ao pagamento da indenização por danos morais exige a ocorrência de três pressupostos: a verificação de uma conduta antijurídica por parte do empregador, a existência de dano, substanciada na lesão a um bem jurídico do empregado, e o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorreu da conduta antijurídica. Ausentes estes pressupostos, não há obrigação de indenizar.” (TRT - 3ª Reg., 5ª T., RO n. 0010205-76.2017.5.03.0069, Rel. Manoel Barbosa da Silva) e “Recurso ordinário da reclamante. Pressupostos da responsabilidade civil. O reconhecimento da obrigação do empregador indenizar os danos sofridos por seus empregados está condicionado à comprovação da existência simultânea do dano, do nexo causal entre esse dano e a atividade profissional e, nos termos do disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, da atitude culposa ou dolosa do empregador. Assim, inexistindo culpa da ré na ocorrência do infortúnio trabalhista, restam incabíveis as indenizações pleiteadas. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (TRT - 17ª Reg., RO n. 00014025820165170002, Rel. Marcello Maciel Mancilha, julg. em 08.11.2018 in DJ de 23.11.2018).

⁴ Colin e Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, tome deuxième, 1953, ns. 296 e 305, a p. 212 e 218, respectivamente.

⁵ Cujas hipóteses encontram-se, em linhas gerais, no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

⁶ “Responsabilidade civil - Indenização por danos morais - Causa de pedir substanciada no fato de ter sido a inscrição nos cadastros de inadimplentes realizada sem prévia notificação do consumidor - Inocorrência na hipótese - Correspon-dência devidamente encaminhada ao endereço fornecido pelo devedor - Exercício regular do direito da ré no que toca à negatificação - Ausência de culpabilidade - Requisitos do art. 186 do atual Código não demonstrados - Dever de indenizar afastado - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do Código Civil.” (TJ - SC, 3ª Câ. Dir. Cív., AC n. 2006.047035-3, Rel. Marcus Tulio Sartorato, julg. em 29.05.2007) e

Civil, ao ilícito - pressuposto no art. 927 para a obrigação de indenizar - como o ato decorrente de “ação ou omissão voluntária” (conduta dolosa) ou “negligência ou imprudência” (conduta culposa).

De igual modo, ausente nexos entre o dano e a conduta do agente, tampouco se lhe pode imputar responsabilidade, por maior que seja o prejuízo sofrido⁷. Como escreve um autor, “*(e)l daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción*”⁸. Toda a

“Ação de indenização Acidente de trânsito Responsabilidade civil - Inexistência de prova que demonstre que a culpa pelo atropelamento foi do réu Ônus que cabia ao autor Art. 333, I, do CPC - Inquérito policial arquivado a pedido do Ministério Público por ausência de culpabilidade do réu Sentença mantida...” (TJ - SP, 33ª Câmara. Dir. Priv., Ap. n. 0012874-83.2002.8.26.0604, Rel. Cristiano Ferreira Leite, jul. em 18.04.2011 in DJ de 19.04.2011).

⁷ Cf., ilustrativamente: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Energia elétrica. Avaria em equipamentos. Dano material. Ausência de nexos causal. Ausência de nexos de causalidade. Não restou comprovado o nexos de causalidade entre a alegada oscilação no fornecimento de energia elétrica e os danos nos equipamentos do autor. Parte autora deixou de juntar aos autos os supostos laudos indicando que a causa das avarias teriam sido oscilações na rede de fornecimento de energia elétrica. Ação improcedente.” (TJ - RS, 10ª Câmara. Cív., Ap. Cív. nº 70079984894, Rel. Catarina Rita Krieger Martins, jul. em 25.04.2019); “Apelação cível. Responsabilidade civil objetiva. Contrato de transporte de pessoas. Queda de passageiro. Danos morais. Ausência de nexos causal entre a conduta do preposto da concessionária e a queda. Pretensão indenizatória afastada. Manutenção da sentença. A responsabilidade civil, mesmo na modalidade objetiva, necessita da presença do nexos causal entre a conduta do agente e o resultado danoso. Ausência de nexos causal que infirma a pretensão indenizatória do consumidor. Verificação dos fatos pela gravação em vídeo da parte interior do veículo que o coletivo desenvolveu o percurso com normalidade. Freada brusca não verificada. Passageira que caiu sozinha. Suposto mal estar súbito. Ausência de nexos causal que afasta o dever de indenizar. Manutenção da sentença. Incidência de honorários recursais. Conhecimento e desprovisionamento do recurso.” (TJ - RJ, 22ª Câmara. Cív., Ap. n. 00410884820128190210, Rel. Rogério de Oliveira Souza, jul. em 05.02.2019) e “Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Epidemia de dengue no município de Cruzeiro que vitimou o autor. Alegação de omissão do Poder Público na adoção de medidas de prevenção e combate à doença. Ausência de nexos causal entre a omissão alegada e o dano sofrido. Improcedência da ação mantida. Recurso conhecido e não provido.” (TJ - SP, 2ª Câmara. Dir. Púb., Ap. n. 0000394-39.2014.8.26.0156, Rel. Vera Angrisani, jul. em 08.03.2016 in DJ de 11.03.2016).

⁸ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, n. 580, p. 265.

complexidade que esse elemento suscita, e ela é enorme e está explicitada em diferentes teorias para a determinação do nexo causal e de sua extensão - como as da condição, da última condição, da causalidade adequada, do escopo da norma e da causalidade humana -, não tem escapado à jurisprudência⁹ e à doutrina, especialmente a mais recente¹⁰. Mas esse elemento não precisa ser considerado para o enfrentamento do problema proposto no presente estudo¹¹.

⁹ Valha a advertência de Lord Bingham of Cornhill no célebre julgamento da então *House of Lords* em *Fairchild Estate v. Glenhaven Funeral*: “*The problem of attributing legal responsibility where a victim has suffered a legal wrong but cannot show which of several possible candidates (all in breach of duty) is the culprit who has caused him harm is one that has vexed jurists in many parts of the world for many years. As my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry shows (see paras 157-160 below) it engaged the attention of classical Roman jurists. It is indeed a universal problem calling for some consideration by the House, however superficially, of the response to it in other jurisdictions.*” (*Fairchild*, [2002] UKHL 22; a passagem transcrita está no n. 23 da decisão).

¹⁰ Cf. a profunda obra de Rui Soares Pereira, *O nexo de causalidade na responsabilidade delitual - Fundamentos e limites do juízo de condicionalidade*, Coimbra, Almedina, 2017, *passim*. Para a exposição das diferentes teorias há pouco mencionadas no presente artigo, consulte-se de p. 261 a p. 486. Vale a pena, também, a leitura do texto de Fernando Noronha, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil* in *Revista dos Tribunais*, vol. 816, outubro de 2003, reproduzido em Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil*, São Paulo, RT, 2010, vol. I, p. 539 e segs., além do artigo de Jamie Cassels e Craig Jones, *Rethinking ends and means in mass tort: probabilistic causation and risk-based mass tort claims after Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 82, 2003, n. 3, *passim*.

¹¹ Como mera curiosidade, ligada aos tempos atuais, menciona-se que a jurisprudência já negou a existência de relação de causalidade imputável ao fabricante de telefone celular em acidente sofrido por motorista que, ao ter a sua atenção atraída por sinal sonoro em seu aparelho telefônico, procurando ler a mensagem recebida, se distrai e colide o veículo. O tribunal enfatiza, na decisão, que “*no authority indicates to us that Texas courts, contemplating reasonable persons and ordinary minds, would recognize a person’s induced responses to her phone as a substantial factor in her tortious acts and therefore hold the phone’s manufacturer responsible*”. O precedente, da *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, formou-se em *Kimberly Meador et alii v. Apple, Incorporated*, n. 17-40968.

O dano - esse sim cujo exame precisa ser mais detido, diante do objeto da investigação proposta no presente texto - talvez seja o mais fundamental dos três elementos.

3. Dano e indenização

Os arts. 186 e 927, *caput*, ambos do Código Civil, sujeitam a obrigação de reparar a que tenha o agente causado “dano a outrem”. Sem dano, não existe responsabilidade civil. Um autor chega a escrever: “*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*”¹². Prossegue diferenciando a responsabilidade civil da penal também por conta desse elemento, uma vez que “*la responsabilité pénale peut...exister indépendamment d’un préjudice; ainsi il y a responsabilité en cas de simple tentative*”¹³. Antunes Varela anota: “para haver obrigação de indenizar, é condição essencial que haja *dano*, que o fato ilícito culposos tenha causado um prejuízo a alguém. Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras do trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruuiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. Este surge apenas quando ao facto ilícito sobrevém um *dano*”¹⁴. A doutrina nacional segue a

¹² Henri Lalou, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1932, n. 135, p. 73.

¹³ Henri Lalou, *La responsabilité civile cit.*, n. 135, p. 73.

¹⁴ Das obrigações em geral cit., vol. I, n. 171, p. 597/598.

trilha com a seguinte proposição: “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”¹⁵.

A própria etimologia da palavra indica que “indenizar” quer dizer afastar o dano, fazer indene¹⁶. Logo, se não há dano, não há o que indenizar. É, pois, um verdadeiro truísmo a afirmação de que “não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano”¹⁷. Silvio Rodrigues é peremptório: “a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano...pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém”¹⁸.

Em jurisprudência de direito comum, sempre se ressalta a necessidade de primeiramente apurar-se a existência de prejuízo, para apenas depois, verificado o dano, atribuir-se responsabilidade por sua reparação¹⁹. A jurisprudência trabalhista não diverge²⁰.

¹⁵ Sérgio Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2007, p. 70. Cf., ainda, Rui Stoco, Responsabilidade civil, São Paulo, RT, 1999, p. 64, e, a despeito do título, José Luiz Gavião de Almeida, Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2020, São Paulo, tese (s.e.p.), 2011, especialmente p. 173 e p. 187, *verbis*: “sem prejuízo...não há o que afastar, não há o que reparar, não há como aplicar o instituto da responsabilidade civil”.

¹⁶ Eduardo J. Couture, *Vocabulário Jurídico*, Montevideo, Martin Bianchi Altuna, 1960, p. 343.

¹⁷ José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, 1944, II, n. 224, p. 282.

¹⁸ Direito Civil - Responsabilidade civil, São Paulo, Saraiva, 1987, vol. IV, n. 8, p. 19.

¹⁹ “Acidente do trabalho - Direito comum - Ausência de dano - Recurso improvido. A prova da existência do dano é pressuposto essencial e indispensável para a procedência da ação indenizatória. Ainda que se comprove a violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa ou dolo por parte do empregador, nenhuma indenização será devida, desde que dela não tenha decorrido prejuízo.” (TJ - SP, 26ª Câ. Dir. Privado, Ap. n. 833728-0/3, Rel. Renato Sartorelli, julg. em 26.05.2008).

²⁰ “Não há como reconhecer responsabilidade da reclamada sem a verificação do dano, requisito essencial para configurar a responsabilidade subjetiva.” (TST - 2ª T., AIRR n. 12858-45.2016.5.15.0039, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, decisão monocrática de 28.10.2020); “Indenização por danos materiais. Indevida. Contrato em vigor. Ausência de prejuízo material. A pensão mensal, na forma de indenização por danos materiais e lucros cessantes em razão de perda ou redução de

4. Dano hipotético e indenização

O dano que se indeniza é o dano concreto, real, ainda que futuro, ou seja, aquele que, conquanto ainda não produzido, vai acontecer. Os irmãos Mazeaud situam bem a questão quando escrevem: “*il importe peu que le préjudice dont se plaint la victime soit déjà réalisé ou qu’il doive seulement se produire dans l’avenir*”²¹. Mas, como prosseguem, prejuízo futuro não é o mesmo que prejuízo eventual. Daí dizerem que “*n’y a-t-il pas à distinguer entre le préjudice actuel*

capacidade laborativa, ainda que arbitrada em parcela única, tem a mesma função do salário, qual seja, garantir a subsistência do trabalhador, contudo, o autor continua laborando e percebendo a mesma remuneração, sem qualquer redução de natureza material, não fazendo jus, portanto, à indenização cominada, que, eventualmente, apenas seria possível após a rescisão contratual. Recurso ordinário da reclamada a que se dá parcial provimento.” (TRT - 2ª Reg., 3ª T., proc. n. 1001573-60.2017.5.02.0008, Rel. Margoth Giacomazzi Martins in DEJT de 03.12.2019). No mesmo sentido: “Doença ocupacional. Indenização por dano material. Ausência de prova do prejuízo. Indevida. Inexistindo prova de que o trabalhador tenha permanecido com quaisquer sequelas do acidente do trabalho sofrido, não se tem presente o direito do empregado à indenização por dano material (pensão mensal vitalícia).” (TRT - 4ª Reg., 8ª T., proc. n. 00202056820165040611, Rel. João Paulo Lucena, julg. em 27.08.2017). Para citar mais um exemplo, há também, julgado do Tribunal do Trabalho da 20ª Região, em que, apesar do reconhecimento de irregularidade cometida pela reclamada, considerou-se não haver prejuízo ao reclamante, a impossibilitar-se o deferimento de indenização: “Indenização pelo não cadastramento na RAIS. Ausência de demonstração de prejuízo. Reforma da sentença. Não obstante comprovado que a Reclamada não cumpriu obrigação que a ela competia, referente ao cadastramento do Autor na RAIS, não restou demonstrado que a omissão patronal causou-lhe prejuízo, mormente porque, ante o reconhecimento, neste processo, de percepção de remuneração superior a dois salários mínimos, não faria jus o Reclamante ao abono do PIS, nos termos da legislação vigente. Recurso conhecido e provido, no particular...Sentença que se mantém pelos seus próprios fundamentos, a teor do artigo 895, § 1º, inciso IV, da CLT.” (TRT - 20ª Reg., 1ª T., proc. n. 00015336220155200009, Rel. Katia Alves de Lima Nascimento, publ. em 08.03.2016).

²¹ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 1957, tome premier, n. 216, p. 270.

et le préjudice futur, mais entre le préjudice certain et le préjudice éventuel hypothétique”²².

Prejuízo hipotético ou eventual não é sinônimo, portanto, de lucro cessante, nem prejuízo concreto é sinônimo de dano emergente. São conceitos distintos e inconfundíveis. O lucro cessante pode ser presente ou futuro e será indenizável, ou não, consoante a expectativa real de sua realização²³. Adriano De Cupis exemplifica o dano eventual com “*la semplice minaccia di far saltare un edificio*”, algo que, prossegue, “*non basta per far risarcire il danno, meramente eventuale, della distruzione*”²⁴.

Danos que apenas possam vir a ocorrer, a partir de uma elucubração ou especulação, rodeada de incertezas, enquanto não se configuram, são juridicamente irrelevantes. “*La mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento*”²⁵. Não importa tenha havido culpa ou até mesmo dolo do agente, que pretendeu, por exemplo, destruir bem de terceiro. Nem releva que se tenham iniciado atos tendentes à concretização do dano. Se o próprio dano não veio a produzir-se, por qualquer razão que seja, a sua conduta é anódina, como

²² *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle cit.*, n. 216, p. 270.

²³ Adriano De Cupis, *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 155 e segs.

²⁴ *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile cit.*, p. 157.

²⁵ Jorge Bustamente Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil cit.*, n. 3240, p. 170, e Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil - Contratos em espécie e responsabilidade civil*, São Paulo, Atlas, 2001, n. 36.1.7, p. 510.

frequentemente se ressalta em jurisprudência²⁶. “(U)n préjudice hypothétique ne sera... pas indemnisé”, lê-se na doutrina canadense²⁷.

Não se indeniza a mera intenção de causar dano ou o puro descumprimento de obrigação legal, ainda que possa, em um caso ou outro, satisfeitos os pressupostos específicos, caracterizar-se ilícito penal (crime ou contravenção), cujos fundamentos são outros, sem embargo da utilização, outrossim, de remédios típicos ou atípicos,

²⁶ “Nem todo dano é ressarcível, mas somente o que preencher os requisitos de certeza e atualidade. Assim, não se indeniza o simples risco ou o dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar, como pretende a apelante, mas somente o dano certo e efetivo” (1º Trib. Alçada Civil - SP, 6ª Câmara, Proc. n. 9011715-33.1993.8.26.0000, Rel. Carlos Roberto Gonçalves, julg. em 24.02.1994); “Acidente do trabalho - Direito comum - Incapacidade não reconhecida pela perícia - Improcedência da ação - Recurso desprovido. Para viabilizar a procedência da ação indenizatória, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. A reparação civil depende não só da configuração de conduta contra ius, mas, também, da prova efetiva dos ônus, já que não se repõe dano hipotético. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.” (TJ - SP, 26ª Câmara. Dir. Privado, Proc. n. 9214168-02.2002.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, julg. em 04.07.2005 in DJ de 27.07.2005); “...o dano hipotético não dá ensejo à indenização.” (STJ - 3ª T., REsp n. 1.660.167/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 25.04.2017 in DJe de 02.05.2017) e “1. In casu, a despeito do reconhecimento da inadequação da cobrança impugnada, a conduta da concessionária não avança à ofensa de bens da personalidade porquanto ausente qualquer evento especialmente gravoso; 2. Ameaça de desabastecimento e de negativação do nome da consumidora que não se consumaram, tratando-se portanto, de dano hipotético não indenizável; 3. Recurso a que se nega provimento.” (TJ - RJ, 25ª Câmara. Cív., Ap. n. 00147513120178190021, Rel. Luiz Fernando de Andrade Pinto, julg. em 05.08.2019) e “Ação cominatória - Pedido de indenização por danos materiais - Inserção de gravame sobre veículo do autor, porém, em nome de terceiro desconhecido - Réu que não comprovou fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do demandante - Tutela provisória deferida para autorizar o licenciamento do veículo independente de constar “intenção de gravame” - Ação julgada parcialmente procedente - Pedido indenizatório rejeitado - Apelo do autor - Danos materiais exigem prova do efetivo prejuízo econômico - Autor que não se desincumbiu do seu encargo probatório - Mero temor e danos hipotéticos não indenizáveis - Recurso desprovido.” (TJ - SP, 24ª Câmara. Dir. Priv., Ap. n. 1013961-92.2017.8.26.0002, Rel. Jonize Sacchi de Oliveira, julg. em 23.11.2017 in DJ de 28.11.2017).

²⁷ Marel Katsivela, *La notion de dommage dans le cadre du délit de négligence (common law) et de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel (droit civil) au Canada: une étude en droit compare* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 96, 2018, p. 619.

de natureza preventiva²⁸. Afinal, como já dito, sem dano, não há o que tornar indene. Yves Chartier adverte, a propósito: “*que, pour être réparable, le préjudice doive être certain, relève tout simplement du bon sens*”²⁹. E os autores italianos escrevem: “*il pericolo di danno, di per sé, esula dall’ambito della tutela risarcitoria...*”³⁰. A jurisprudência é tranquila e não mostra nenhum dissídio no assunto³¹. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

²⁸ Cesare Salvi, *Risarcimento* em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, XL, 1989, p. 1.090.

²⁹ *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, n. 15, p. 21.

³⁰ Cesare Salvi, *Risarcimento cit.*, p. 1.090.

³¹ “Apelação cível. Indenizatória. Pretensão de reparação por dano moral. Inseto em fralda infantil. Produto não utilizado pela genitora da autora, menor impúbere. Elemento fundador da responsabilidade civil (dano) ausente. Hipótese de dano hipotético. Improcedência mantida. 1. O dano hipotético não é indenizável. Doutrina e jurisprudência sobre o tema; 2. Na hipótese dos autos, ainda que evidenciada a existência de inseto na fralda infantil, não houve a utilização do produto, tampouco prejuízo à saúde da autora; 3. Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator” (TJ - RJ, 25ª Câ. Cív., Ap. n. 00157717220128190202, Rel. Luiz Fernando de Andrade Pinto, julg. em 31.01.2018 in DJ de 01.02.2018) e “Apelação cível. Responsabilidade civil. Relação de consumo. Ação de indenização por danos morais. Aquisição de medicamento em farmácia. Cartela com comprimido pela metade. Ingestão do produto. Inocorrência. Vício de qualidade. Art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Caso de substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou restituição da quantia paga. Solução não alvitrada pelo consumidor. Risco à saúde. Inexistência. Dano hipotético ou potencial. Indenização incabível. O dano indenizável deve ser certo e atual, inadmitindo-se a reparação daquele meramente hipotético. O consumidor que, ao abrir a caixa de medicamento comprado em farmácia, constata que o produto contém vício de qualidade, deve postular sua substituição ou troca por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou a restituição da quantia paga, como faculta o art. 18 do CDC, que disciplina a responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Improcedência da ação.” (TJ - RS, 9ª Câ. Cív., Ap. Cív. n. 70056430077, Rel. Miguel Ângelo da Silva, julg. em 29.04.2015 in DJ de 04.05.2015). Sempre no mesmo sentido: “...A indenização por danos materiais se constitui em uma obrigação de compensação dos prejuízos de natureza patrimonial decorrentes da conduta ilícita praticada pela parte adversa, sendo imprescindível a prova efetiva da sua ocorrência, não podendo se referir a dano hipotético...” (TJ - MG, Proc. n. 10024141532341001, Rel. José de Carvalho Barbosa, julg. em 26.09.2019 in DJ de 04.10.2019); “Civil e processual civil. Dano moral. Ação de indenização. Falha na prestação de serviço. Elementos fundadores da responsabilidade civil (dano e ato ilícito) ausentes. Dano hipotético. Recurso desprovido. 1)

“...5. O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação firme de que é necessária a efetiva comprovação da ocorrência dos lucros cessantes e dos danos emergentes, não se admitindo indenização baseada em cálculos hipotéticos nem cálculos por presunção ou dissociados da realidade...” (STJ - 3ª T., REsp n. 1.496.018/MA, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. em 17.05.2016)³²

Não contraria o exposto a tese, hoje dominante, da indenizabilidade da perda da chance. Bem vistas as coisas, o dano, nesse caso, não é hipotético, mas atual. Consiste exatamente na chance perdida, que é uma realidade concreta, não o que se poderia obter, caso o evento passível de ocorrer, tivesse se verificado. Flávio da Costa Higa enuncia de maneira irresponsável a equação ao anotar: “a indenização corresponde à chance (certa) e não ao resultado buscado (incerto)”³³.

O dano hipotético não é indenizável. 2) Sem ato ilícito, não se funda a responsabilidade civil estatal. 3) *In casu*, o dano é incerto, porque só haveria falha no serviço se a gravidez aludida no exame de beta HCG realizado pela autora fosse confirmada por outros exames, imprescindíveis para confirmação cabal da existência da gestação. 4) Recurso desprovido.” (TJ - AP, Câm. Única, Ap. n. 00020265120168030001, Rel. Eduardo Contreras, julg. em 22.10.2018) e “...7. O dano material não restou comprovado nos autos, sendo incabível a condenação com base em dano hipotético. 9. Apelação da ré parcialmente provida. 10. Apelação da autora improvida.” (TRF - 3ª Reg., 2ª T., Ap. Cív. n. 2000.03.99.021924-9, Rel. Cotrim Guimarães, julg. em 30.11.2010).

³² DJe 06.06.2016. Há precedente interessante que negou indenização por defeito de fabricação de airbags, defeito que poderia levar ao acionamento acidental do equipamento, o que, todavia, jamais ocorreu. A ementa registra: “Ação de indenização por danos morais. Compra e venda de veículo que apresentou falha no sistema de airbags. Sentença de improcedência. Laudo pericial conclusivo. Ausência de prova de vício do produto. Inexistência de circunstâncias, no momento do acidente, aptas a provocar o acionamento do dispositivo de segurança. Dano hipotético não indenizável.” (TJ - SP, 25ª Cam. Dir. Priv., Ap. n. 0003424-73.2009.8.26.0248, Rel. Azuma Nishi, julg. em 09.02.2017 *in* DJ de 10.02.2017).

³³ Responsabilidade civil - A perda de uma chance no Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 64.

Se a própria chance é meramente hipotética, não há dano³⁴. Quando o banco, de maneira ilícita e ilegal, nega empréstimo a cliente, não se vai indenizar a perda decorrente de não ter ele apostado o valor em bilhete de loteria, que lhe poderia propiciar prêmio elevado. A utilização do dinheiro para a aposta e a obtenção do prêmio são resultados meramente hipotéticos, incertos e aleatórios, não indenizáveis, portanto³⁵.

Já em matéria trabalhista, conhecem-se atividades que envolvem risco, mais ou menos elevado, de acidente ou de lesão.

³⁴ É o que se infere do precedente abaixo, embora não se tenham utilizado, na redação da ementa, as expressões mais adequadas: “III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável...” (STJ - 3ª T., REsp n. 1.104.665/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. em 09.06.2009 *in* DJe de 04.08.2009). De modo muito próximo, mencionando a chance como “um bem jurídico autônomo pertencente ao patrimônio do lesado”, Nuno Santos Rocha, A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano, Coimbra, Almedina, 2015, p. 92.

³⁵ O exemplo, que pode parecer surpreendente, não é gratuito, ainda que tenha sido mais avivado o colorido do caso concreto examinado em litígio judicial. O caso real envolveu alegação de impossibilidade de ganho com o exercício de atividade agrícola, pela negativa do empréstimo. A decisão tem a seguinte ementa: “Direito civil. Responsabilidade civil. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Dano moral *in re ipsa*. Quantificação do dano. Reiteração da conduta e negativa de empréstimo. Valor indenizatório majorado. Dano material. Ausência de impugnação específica. Lucros cessantes não comprovados. Dano hipotético. 1. A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, por si só, gera o dever de indenizar o dano moral daí decorrente...5. Pela recusa do empréstimo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) o prejuízo material não é o valor do empréstimo solicitado, que não pertenceria ao apelante, mas sim os lucros cessantes oriundos da aplicação do dinheiro na atividade por ele desempenhada. Então, cumpriria ao apelante apresentar elementos de convencimento do magistrado acerca do que razoavelmente deixou de lucrar em sua atividade agrícola em virtude da recusa do empréstimo. 6. Condenar a CEF a pagar indenização por dano material sem esta comprovação seria condenar com base em dano hipotético, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, que exige dano direto, com suporte na realidade fática. 7. Apelação parcialmente provida.” (TRF - 3ª Reg., 2ª T., Ap. Cív. n. 2005.61.27.001875-9, Rel. Cotrim Guimarães, julg. em 04.05.2010).

O trabalho em contato com inflamáveis, explosivos ou na atividade de transporte de valores são bons exemplos. O simples exercício dessas atividades não dá ao empregado o direito de receber, além do adicional previsto em lei - se e quando for o caso -, indenização, por conta do risco gerado. Os tribunais já se depararam com pedido de indenização por transporte de valor, diante do risco de assalto, embora jamais ocorrido. O pedido, formulado sob a forma de indenização de dano moral, tem sido negado³⁶.

Assim como não se indeniza dano não verificado, não se impõe custeio vitalício de plano de saúde pela empresa, depois de extinto o contrato de trabalho, por conta de risco hipotético de adoecimento. Fazê-lo implicaria criar obrigação sem nenhuma previsão em lei, o que, nem é preciso dizer, não tem cabimento, diante do art. 5º, inciso II, da Constituição³⁷. Consoante adverte Pontes de Miranda, “(s)e ao Estado importa que se faça, ou não se faça alguma coisa, que o diga em lei”³⁸. Mais adiante, aduz: “só a lei limita a atividade humana”³⁹. Jorge Miranda enfatiza que “não tem

³⁶ “Transporte de valores. Indenização por danos morais. Indevida. Não há dúvida de que o transporte de valores pode tornar o empregado mais sujeito ao risco de assaltos. Contudo, a mera possibilidade de vir a ser assaltado não configura dano moral, porque esse risco não pode ser equiparado a um evento danoso efetivamente ocorrido, capaz de ensejar reparação: enquanto aquele fica no campo da abstração, este, seja físico ou moral, enseja concretude.” (TRT - 12ª Reg., 6ª Câ., RO n. 0001192-80.2014.5.12.0013, Rel. Teresa Regina Cotosky, julg. em 26.09.2017 in DJ de 19.10.2017).

³⁷ Lembre-se a advertência muito justa de Justice Frankfurter, “*If one man can be allowed to determine for himself what is law, every man can. That means first chaos, then tyranny*” (*United States v. United Mine Workers of America* (330 U.S. 258), decidido em 1947; a passagem transcrita encontra-se à p. 312).

³⁸ Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo V, p. 3.

³⁹ Comentários à Constituição de 1967 cit., tomo V, p. 5.

apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem de haver lei”⁴⁰. Em outros termos, não se legitima a exigência feita no silêncio da lei. A obrigação deve estar prevista em lei, determinada por lei. Se o que existe é omissão, não se pode impor o fazer ou o não fazer.

A obrigação que a lei impõe é tão somente a de realização de exame médico periódico, nos termos dos arts. 168 e 200, inciso VI, da CLT e disposições correlatas, com direito, em certos casos e observadas determinadas condições, de permanência temporária em plano de saúde, desde que suportado o ônus respectivo pelo empregado⁴¹. Não se encontra, no ordenamento jurídico nacional, obrigação, imposta ao empregador ou tomador de serviço, de pagamento de plano médico a ex-empregado ou trabalhador, por conta de risco de desenvolvimento de doença.

É natural, portanto, que a jurisprudência sempre afaste pedido de plano de saúde vitalício, até mesmo quando ocorrido algum acidente de trabalho ou contraída doença, sob o fundamento de que “(a)o reclamante é garantida a manutenção do convênio médico fornecido pela empresa durante a vigência do contrato de trabalho, não havendo amparo legal para o deferimento do benefício em caráter vitalício”⁴².

⁴⁰ Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, tomo IV, p. 293.

⁴¹ Lei n. 9.656/1998, arts. 30 e 31.

⁴² TRT - 15ª Reg., 1ª T. 2ª Câmara, RO n. 0010446-24.2017.5.15.0002, Rel. José Otávio de Souza Ferreira, julg. em 19.11.2019. Ainda no mesmo sentido: “...No caso em apreço, o contrato de trabalho não se encontra suspenso em razão de aposentadoria por invalidez, razão pela qual, não há que se falar em manutenção do convênio médico (inteligência da Súmula 440 do C. TST). Ademais, não há previsão legal ou normativa para a manutenção do plano de saúde pelo empregador.” (TRT - 2ª Reg., 2ª T., RO n. 1002087-82.2017.5.02.0373, Rel. Sônia Maria Foster do Amaral in DJ de 11.04.2019. Sempre no mesmo sentido: “Não obstante partilhar esta Relatora do entendimento da Súmula 440 do C. TST que trata de forma

5. Dano moral e indenização

Depois de certa hesitação, que grassou no passado e tanto ocupou a doutrina⁴³, consolidou-se, especialmente com o advento da Constituição de 1988 e as disposições dos incisos V e X do seu art. 5º, a tese da indenizabilidade do dano moral, tese definitivamente consagrada pela Emenda Constitucional n. 45, com a alteração do art. 114 e a previsão do inciso VI. Não é preciso insistir em ponto que está bem assente. Sem embargo, afirmar a possibilidade teórica de indenização de dano moral não resolve todos os problemas. Antes ao contrário, é apenas o início de uma série de outras dificuldades.

Uma primeira, que não é preciso considerar de forma mais detida, por conta do objeto do estudo proposto, envolve o montante da indenização. Definido o dano moral como todo aquele que envolve lesão não-patrimonial, torna-se ontologicamente impossível estabelecer quantificação precisa, com base em critérios objetivos⁴⁴. Como já se disse com todo acerto, “*per la misurazione del danno non*

favorável a manutenção do convênio médico, o fato é que se conclui que para a manutenção do plano de saúde do trabalhador deve ocorrer a suspensão do contrato de trabalho por enfermidade/aposentadoria por invalidez, o que, não ocorreu nestes autos. Ademais, afora que desatendidos os requisitos dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/96, a condenação de manutenção de plano de saúde vitalício, cujo encargo do pagamento recai exclusivamente sobre a empregadora, carece de amparo legal ou normativo.” (TRT - 2ª Reg., 4ª T., RO n. 1001409-02.2017.5.02.0718, Rel. Ivani Contini Bramante *in* DJ de 02.10.2018).

⁴³ Para a exposição do problema, cf. José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil cit., n. 227, p. 302.

⁴⁴ O que, todavia, não é incongruente com a ideia de pagamento de uma soma em decorrência do dano. Como observa corretamente um autor, “(*l’incommensurabilité ne pose pas de problème à la justification du droit à la réparation.*” (Nicolas Prévile-Ratelle, *La souffrance et l’incommensurabilité* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 91, 2013, n. 1, p. 159).

patrimoniale non può darsi alcun metro obiettivo”⁴⁵. O Tribunal Federal suíço, a seu turno, assinalou: “(e)n raison de sa nature, la détermination du tort moral échappe à toute fixation selon des critères mathématiques”⁴⁶.

A tentativa de estabelecer parâmetros para a indenização do dano moral, feita pelo Código Civil brasileiro, em nada auxilia. A referência, no parágrafo único do art. 953, à fixação equitativa do valor, “na conformidade das circunstâncias do caso”, é tão vaga e imprecisa que não serve de critério seguro para determinação de valores. E a enorme resistência à aplicação dos parâmetros do art. 223-G, § 1º, da CLT, cuja inconstitucionalidade parcial veio a ser afirmada, em interpretação conforme⁴⁷, mostra ainda a magnitude dessa dificuldade.

Outra questão - essa sim relevante para o enfrentamento do problema suscitado - diz com a delimitação do dano indenizável. Em outros termos, diante da natureza essencialmente subjetiva e intangível do dano moral, quais as situações que podem ser consideradas e quais as outras que não o podem ser? Quem pode reclamá-lo e quem não está autorizado a fazê-lo, ainda que possa sofrer, de alguma forma, lesão?

Claro está que admitir reivindicação por conta de qualquer dano moral, independentemente do contexto, da conduta, da sua gravidade, da extensão da lesão, abre as portas para todo o tipo de ação, inclusive as mais oportunistas e exageradas. O cotidiano está repleto

⁴⁵ Alberto Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 168. Cf., ainda, sobre a questão, Cesare Salvi, *Risarcimento cit*, p. 1.099 e seguintes.

⁴⁶ ATF 116 II 733, decisão da 1ª Corte Civil, de 11.12.1990.

⁴⁷ Cf. ADIns ns. 5.870, 6.050, 6.082 e 6.069, Rel. Min. Gilmar Mendes.

de situações em que desejos, aspirações e vontades são frustrados, agravos são produzidos, por diferentes motivos, nem sempre legítimos. A queda de energia elétrica impede o consumidor de assistir ao seu programa preferido de televisão. O atraso do transporte coletivo gera algum incômodo a quem dele se serve, sem dúvida. A morte de um ator famoso ou de um esportista conhecido pode causar tristeza em número considerável ou enorme de pessoas.

A ocorrência de dano, sob a perspectiva moral, em cada um dos casos mencionados, parece inegável. No entanto, soa intuitivamente exagerado acolher pedido indenizatório em todas eles ou qualquer um deles⁴⁸. A consagração da indenizabilidade do dano moral faz com que logo surja, pois, a “necessidade de evitar que um número demasiado grande de pessoas tome assento ‘à mesa do ressarcimento’... ou de conferir a uma multidão de pressurosos lesados uma indenização”⁴⁹.

Nada muda no campo trabalhista. Considere-se o acidente que vitima um trabalhador, como o cobrador de coletivo que, em assalto, é baleado e vem a falecer⁵⁰. Poderão todos os seus colegas de

⁴⁸ Veja-se, a propósito do atraso do ônibus: “Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais. Empresa de transporte terrestre. Atraso de ônibus. Mero aborrecimento cotidiano. Ausência de comprovação da ocorrência de transtornos extraordinários. Dano moral não configurado. Sentença reformada.” (TJ-PR - 1ª Turma Recursal, Proc. n. 0001384-29.2014.8.16.0117/0, Rel. Letícia Guimarães, julg. em 06.08.2015 in DJ de 19.08.2015).

⁴⁹ Delfim Maya de Lucena, Danos não patrimoniais - O dano morte, Coimbra, Almedina, 2006, p. 19.

⁵⁰ Trata-se, infelizmente, de situação que não é incomum. O exemplo não pretende discutir o direito da própria vítima, quando não há a morte, ou de seus próximos, no caso contrário, a indenização, direito que a jurisprudência tem reconhecido: “Embargos de declaração em recurso de revista regido pela Lei 13.015/2014. Responsabilidade civil objetiva. Atividade de risco. Cobrador de ônibus. Assaltos. No caso, este Colegiado conheceu do recurso de revista da Reclamante por divergência jurisprudencial e, no mérito, deu-lhe provimento para, reconhecendo a responsabilidade objetiva da Reclamada, julgar procedente o pedido

trabalho na empresa ou de profissão na localidade ou no país reclamar indenização, sob o argumento de que sofreram abalo com o receio de que se lhes passe o mesmo? Os tribunais já responderam negativamente a essa indagação⁵¹.

Sob outra perspectiva, tendo em conta não a abrangência subjetiva do dano, mas a sua extensão objetiva, pense-se na dispensa do empregado. Ainda que dela decorra, na grande maioria das vezes, sofrimento, angústia ou mal-estar, não há, só por isso, fundamento bastante para o deferimento de indenização⁵², nem quando se segue

de indenização por danos morais em razão dos assaltos sofridos no exercício da função de cobrador de ônibus...” (TST - 5ª T., ED-RR n. 5209420165200008, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, julg. em Data de Julgamento: 20/02/2019, DEJT de 22.02.2019).

⁵¹ Confira-se a decisão da *Supreme Court of Appeals of West Virginia* em *State ex rel., Maxxim Shared Services, LLC, v. Honorable Warren R. McGraw*, processo n. 19-0415, de 14.11.2019, disponível em <https://law.justia.com/cases/west-virginia/supreme-court/2019/19-0415.html>; acesso em 21.03.2024.

⁵² “Recurso ordinário interposto pela reclamante. Indenização por danos morais. Dispensa imotivada de empregada gestante. A mera inobservância de obrigações trabalhistas - no caso, a garantia provisória no emprego da trabalhadora gestante - não enseja, por si só, o reconhecimento de dano moral. O dano moral somente se concretiza quando demonstrada a conduta discriminatória perpetrada pelo empregador ou exposição do empregado a situação humilhante, vexatória ou de constrangimento exacerbado, circunstâncias essas não comprovadas no presente caso, inexistindo prova oral ou documental nesse sentido. Precedentes do C. TST. Recurso ordinário improvido, no tópico.” (TRT - 2ª Reg., 6ª T., Proc. n. 10009845820165020443, Rel. Jane Granzoto Torres da Silva, DJ de 20.02.2020).

à rescisão contratual quadro depressivo⁵³ ou quando envolve contrato com larga duração⁵⁴.

Aliás, a jurisprudência vai além, para negar o cabimento de indenização mesmo quando a dispensa realiza-se sob alegação de justa causa, sendo requalificada judicialmente, por ter sido mal aplicada

⁵³ “I) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DISPENSA IMOTIVADA - DEPRESSÃO - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 421 E 422 DO CC, 1º, III, E 5º, V E X, DA CF NÃO CONFIGURADA...6. A CLT autoriza a dispensa imotivada, como legítimo exercício do direito potestativo do empregador de romper o contrato de trabalho, devendo arcar com o pagamento das verbas rescisórias próprias dessa modalidade de dispensa (art. 477). 7. Qualquer dispensa não se faz sem traumas, mas o simples sofrimento moral decorrente da ruptura não autoriza a imposição de indenização por dano moral, pois do contrário se estaria criando nova forma de estabilidade no emprego, calcada na proteção contra o perfeito equilíbrio psicológico do trabalhador. 8. Ademais, estudos demonstram que a depressão é hoje a principal doença mental da terceira idade, sendo também um dos mais importantes sintomas psicológicos que atinge as pessoas na idade adulta, não só por sua grande frequência, mas também por suas importantes conseqüências sobre todo o organismo. É uma situação que pode se confundir com uma série de doenças. Não é incomum o ser humano mostrar-se vulnerável diante de eventos marcantes que ocorrem no transcurso da sua vida, tais como a desilusão amorosa, a perda de um ente querido, ou, na aposentadoria, fato que altera toda a dinâmica da rotina pessoal do trabalhador. 9. A simples dispensa não pode, no entanto, ser responsabilizada por quadro depressivo, que, no caso, não decorreu da atividade laboral, conforme prova pericial. 10. Assim, em conclusão, não havendo a ocorrência de lesão a algum dos bens constitucionalmente garantidos (intimidade, vida privada, honra e à imagem), não há como prosperar o presente pedido de indenização por dano moral, valendo ressaltar que não encontra amparo no princípio da razoabilidade a tese de que ante o mero rompimento do contrato de trabalho, em caso de não haver motivação para a dispensa, o empregador venha a ser condenado a pagar, além das verbas rescisórias próprias da dispensa imotivada (que já é uma sanção), a indenização por danos morais, na medida em que a eventual depressão decorrente de dispensa não autoriza dano moral. Agravo de instrumento desprovido” (TST - 4ª T., AIRR n. 1162740-98.2000.5.09.0651, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho *in* DEJT de 10.08.2007).

⁵⁴ Ao examinar pedido de dano moral formulado por trabalhador dispensado após 27 anos de prestação de serviço, o Tribunal Superior do Trabalho resolveu: “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. A mera dispensa sem justa causa não caracteriza ato ilícito ou abuso de direito pelo empregador a ensejar reparação por dano moral, visto que inexistente ofensa à imagem ou honra do empregado quando o empregador exerce de forma regular o seu direito potestativo de dispensar sem motivação o empregado. Recurso de revista não conhecido.” (TST - 6ª T., RR n. 71900-80.2009.5.04.0005, Rel. Min. Aloysio Correa da Veiga *in* DEJT de 02.12.2011).

pelo empregador, quer dizer, por ter sido ilegalmente utilizada⁵⁵. Nega indenização, igualmente, em caso de comunicação de ilícito a autoridade policial, para investigação⁵⁶.

⁵⁵ “Dano moral. O empregador tem a faculdade de imputar faltas ou converter sobre a classificação do fato à tipificação legal. Discutir o fato concreto não pode ser considerado o exercício irregular de um direito e assim ser havido como causa de um dano moral. O que o empregador não pode fazer é urdir um fato inexistente, para sustentá-lo como causa de rescisão do contrato.” (TRT - 2ª Reg., 6ª T., RO n. 00588200200902008, Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro, Ac. n. 20030547070 *in* DOE 24.10.2003); “Indenização por danos morais. Reversão da justa causa em dispensa imotivada. Necessidade de comprovação dos requisitos. Não configuração. A reversão da dispensa por justa causa em juízo não gera, por si só, o dever de reparação por danos morais, sendo necessária a comprovação do efetivo prejuízo de ordem moral suportado pelo empregado decorrente da prática de ato ilícito pelo empregador. Ainda que a referida modalidade de dispensa tenha causado inegável dissabor à obreira, a reversão da justa causa tem consequências jurídicas próprias, dentre elas, a reparação do prejuízo material suportado, por meio do reconhecimento da dispensa injusta e do consequente deferimento das verbas rescisórias inerentes a esta modalidade de rescisão contratual...” (TRT - 3ª Reg., 2ª T., RO n. 0010684-02.2017.5.03.0156, Rel. Maristela Iris S. Malheiros) e “Dispensa com justa causa. Conversão para dispensa imotivada. Indenização por danos morais indevida. A reversão da dispensa com justa causa para dispensa imotivada, por entender o julgador que as provas produzidas no feito são insuficientes para caracterizar a conduta faltosa do trabalhador, não é bastante para autorizar, em processo judicial, a condenação do empregador por indenização por danos morais. Recurso não provido.” (TRT - 1ª Reg., 4ª T., RO n. 00101198420155010343, Rel. Luiz Alfredo Mafra Lino, julg. em 24.01.2017 *in* DJ de 02.02.2017).

⁵⁶ “Dano moral. Comunicação de fato à autoridade policial. Ato lícito. Reparação afastada. Não enseja reparação de dano moral a comunicação de fato à autoridade policial para investigação de eventual ilícito, notadamente quando a indicação dos envolvidos está calcada em evidências concretas. A reparação de dano, no nosso ordenamento, pressupõe, sempre, ato ilícito, contexto no qual não se insere, claro, o exercício regular de um direito.” (TRT - 3ª T., RO n. 01334200205202009, Rel. Eduardo de Azevedo Silva *in* DOE de 23.08.05).

6. Relevância do dano e indenização

Percebe-se, pelo exposto no tópico anterior, que é necessário introduzir, em matéria de dano moral, dada a sua enorme dose de subjetividade e indeterminabilidade, um elemento de contenção, a fim de que não seja todo e qualquer dissabor, frustração ou interesse contrariado, de quem quer que seja ou em qualquer contexto em que ocorra, razão suficiente para reclamar indenização, abrindo-se o que nos tribunais de *common law* usa-se chamar de *flood of litigation*⁵⁷. Daí encontrar-se no direito comparado, correntemente, o estabelecimento de limites mínimos para a dedução de pedido de indenização por dano moral.

Em Portugal, por exemplo, a previsão está positivada no art. 496º, n. 1, do Código Civil:

“Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.”

Para que haja dano moral indenizável, segundo a letra clara da lei portuguesa, é preciso fato significativo e sério, revestido de real e concreta importância. A disposição transcrita leva ao seguinte comentário de Pires de Lima e Antunes Varela: “os simples incômodos ou contrariedades não justificam a indemnização por danos não patrimoniais”⁵⁸.

⁵⁷ William P. Statsky, *Torts - Personal Injury Litigation*, NY, Delmar, 2011, p. 140.

⁵⁸ Código Civil anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, vol. I, p. 499. E a jurisprudência acrescenta: “Pese embora a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, no contexto das relações contratuais, mormente em caso de cumprimento defeituoso, não constitui “dano moral” o facto de a compradora ter sentido

Não discrepam o direito suíço ou o francês. O primeiro, no *Code des Obligations*, condiciona o cabimento de reparação moral a “*que la gravité de l’atteinte le justifie*”⁵⁹. Em França, a doutrina admite a reparação do dano moral “*quand il paraît sérieux et réel*”⁶⁰.

Na Argentina, o Código Civil limitava a amplitude subjetiva do dano moral ao estabelecer, no art. 1.078, na redação dada pela Lei n. 17.711, de 1968, que “*(l)a acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos*”. O propósito da norma era claramente o de suprir uma lacuna e evitar a multiplicação de pleitos. Sem a previsão, alertava a doutrina, “*cada muerte hubiera podido originar una cantidad muy indefinida y numerosa de demandas contra el responsable*”⁶¹. A limitação permaneceu no Código Civil e Comercial de 2015, ainda que ligeiramente ampliada, para compreender agora, nos termos do art. 1.741, “*los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible*”. No plano objetivo, os tribunais do país excluem a indenização de incômodos menores, com a afirmação de que o dano moral “*no*

tristeza e consternação por não poder usar o bem adquirido em plenitude, como consequência do incumprimento da vendedora.” (Trib. Rel. Porto, Proc. n. 2005:0554845.C2, Rel. Caimoto Jácome, ac. de 28.11.2005). Na fundamentação, o julgado registra, para negar a indenização do dano moral: “Na verdade, só são indenizáveis os danos não patrimoniais que afectem profundamente os valores ou interesses da personalidade física ou moral. No caso, não ocorre uma grave lesão de valores não patrimoniais, pelo que o dano sofrido pela autora (tristeza, consternação), não sendo suficientemente relevante, não se mostra ressarcível no âmbito do artº 496º, nº 1, do CC.”

⁵⁹ Art. 49, n. 1.

⁶⁰ Planiol e Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 1932, tome deuxième, n. 252, p. 100.

⁶¹ Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1998, *Obligaciones*, tomo II, n. 176.

involucra las simples molestias o contrariedades pequeñas y triviales, como sucede con la transitoria privación de un vehículo cho-cado”⁶².

Na Itália, o problema mostrou-se um pouco mais complexo, mas o resultado alcançado foi, ao fim e ao cabo, o mesmo. A limitação ao cabimento de pedido de compensação por dano moral figurava no texto original do *Codice Civile*, que a circunscrevia aos casos taxativamente previstos em lei, nos termos do art. 2059:

“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”

Era uma forma, bastante radical - e, na verdade, profundamente contraditória, como mostrou a doutrina⁶³ -, de evitar a litigiosidade excessiva ou, em outros termos, de estabelecer “la ‘certeza’ dell’antigiuridicità”⁶⁴.

⁶² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, Ramirez, Caledonia C/Kilian, Miguel Roberto, decisão de 13.09.1989. De igual modo, para negar dano moral a criança de dois anos, envolvida em acidente, mas sem repercussão anímica identificada: “En el caso de una niña de corta edad (2 años), que si bien no ha padecido lesión física alguna, fue despedida del vehículo como consecuencia de un impacto, y que a raíz de las lesiones sufridas por su madre en el mismo accidente, se vió privada del cuidado de ésta durante el período de internación, ante la dificultad que implica ponderar la relevancia de estos hechos en la esfera íntima de la menor, cobra importancia el informe del perito psicólogo. Si éste manifiesta que no encontró en la niña ninguna patología de orden psíquico, interpretando su comportamiento como normal a su edad, cabe concluir que el hecho no tuvo consecuencias en la esfera psíquica, lo que implica que el suceso dañoso no provocó padecimientos importantes en el ámbito espiritual de la niña, razón por la cual no procede el reclamo por el daño moral.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, Starosta, Eduardo D. y otro C/Citati, Eduardo, decisão de 26.02.1991).

⁶³ Veja-se a crítica irresponsável de Guido Gentile: “non si capisce, quando ad ogni effetto si enuncia il principio che l’entità della colpa è irrilevante nella misura del risarcimento, come invece la sua rissarcibilità possa essere condizionata a quella entità colposa che realizza gli estremi del reato.” (Danno alla persona em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, XI, 1962, p. 664).

⁶⁴ Davide Messinetti, *Danno giuridico* em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè,

O teor exageradamente reducionista do dispositivo, no entanto, dava margem a vários questionamentos - e algumas tentativas de fuga⁶⁵ -, o que o colocou sob crescente pressão, até que se tornou inevitável a sua cabal superação. Com a famosa sentença n. 26972/2008, a Corte de Cassação, por meio de sua Seção Unida, com uma leitura constitucional do dispositivo legal, abandonou a taxatividade⁶⁶. Não o fez, todavia, para abrir indiscriminadamente a porta para toda e qualquer reivindicação de dano não patrimonial, por quem quer que seja, como se poderia imaginar. Antes ao contrário, a própria decisão ressaltou, no seu item 3.11, que *“la gravità dell’offesa costituisce requisito ulteriore per l’ammissione a risarcimento dei danni non patrimonial ala persona...”*⁶⁷. A nova limitação posta implica o seguinte, como registra a mesma decisão, pouco a seguir: *“il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio”*⁶⁸.

A proposição sobre a relevância da lesão reaparece nos pronunciamentos posteriores da jurisprudência italiana, como a sentença n. 3720/2019 da mesma Corte de Cassação, em que se enuncia que *“la tutela risarcitoria è data, oltre che nei casi determinati dalla legge,*

Varese, *Aggiornamento*, 1997, p. 514.

⁶⁵ Cf. Francesco D. Busnelli e Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli 2013, p. 88 e seguintes.

⁶⁶ Para o exame da sentença e dos seus principais *dicta*, cf. Mario Barcellona, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Torino, UTET, 2011, p. 798 e seguintes.

⁶⁷ A passagem transcrita encontra-se à p. 36, da decisão, a qual se acha disponível, na íntegra, em <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=11303&dpath=document&dfile=13112008130852.pdf&content=Corte%2Bdi%2BCassazione%2C%2B%2BSentenza%2Bn%2E%2B26972%2F2008%2C%2Ble%2BSS%2E%2BUU%2E%2Bin%2Btema%2Bdi%2Bdanno%2Besistenziale%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>; acesso em 22.03.2024.

⁶⁸ *Idem*, p. 36.

solo nel caso di grave e seria violazione di specifici diritto inviolabili dela persona”⁶⁹.

A doutrina canadense, em estudo de 2018, indica que “(c)oncernant le préjudice moral, la common law n’indemnise pas de simples désagréments, angoisses ou craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter comme le stress et l’inquiétude, la peine (grief), une nuit blanche...”⁷⁰. O texto prossegue: “*parmi les désagréments ordinaires que la common law n’indemnise pas, on retrouve celui du chagrin des proches du fait de la mort de la victime directe*”⁷¹. É possível encontrar precedente que nega indenização por morte de parente. No caso *Reidy et al. v. McLeod et al.*, 1986 CanLII 2556 (ON CA), examinado pela Corte de Apelação de Ontario, a decisão rejeita o pedido de indenização, com a seguinte fundamentação: “*In the present case, there can be no question of the enormous grief and mental anguish suffered by the parents and brothers and sisters of the deceased boys. But losses of this kind are non-compensable. Details of the quality of family life and the relationship of family members do not in themselves form a basis of recovery under s. 60; they are significant only in so far as they furnish an evidentiary foundation for assessing compensation for the loss of care, guidance or companionship that will likely be*

⁶⁹ Decisão publicada em 08.02.2019, disponível para consulta pública em <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/applicazione/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=/20190208/snciv@s30@a2019@n03720@tS.clean.pdf>; acesso em 22.03.2024.

⁷⁰ Marel Katsivela, *La notion de dommage dans le cadre du délit de négligence (common law) et de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel (droit civil) au Canada: une étude en droit compare cit.*, p. 609.

⁷¹ Marel Katsivela, *La notion de dommage dans le cadre du délit de négligence (common law) et de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel (droit civil) au Canada: une étude en droit compare cit.* p. 612.

suffered by reason of the death. This assessment must be made in as objective and unemotional a manner as possible in these sad cases”.

Nos Estados Unidos, a doutrina justifica a limitação subjetiva à concessão de indenização a quem não foi diretamente atingido pelo evento ou não guarda relação próxima com a vítima nos seguintes termos: *“It would be an entirely unreasonable burden on all human activity if the defendant who has endangered one person were compelled to pay for the lacerated feelings of every other person disturbed by reason of it, including every bystander shocked at an accident, and every distant relative of the person injured, as well as all his friends. And probably the danger of fictitious claims, and the necessity of some guarantee of genuineness, are even greater here than before. It is no doubt such considerations that have made the law extremely cautious in extending its protections to the bystander”*⁷².

No Brasil, recentemente o Tribunal Superior do Trabalho negou direito a indenização a trabalhador que prestava serviço em mina, atingida por rompimento de barreira com resíduos, mas não estava no local na data do evento, nada sofrendo, em consequência. O

⁷² W. Prosser and W. Keeton, *Prosser and Keeton on Torts*, West Group, 1984, § 54, p. 366. Na jurisprudência norte-americana, *Hislop v. Salt River Project Agric. Improvement and Power Dist.*, 5 P.3d 267 (Ariz. Ct. App. 2000) afastou o direito a indenização por acidente reclamada por colega de trabalho e amigo da vítima; *Batista v. Backus*, 28 Conn. L. Rptr. 624 (Conn. Super. Ct. 2000) negou o mesmo direito a amigo da vítima; *Michaud v. Great N. Nekoosa Corp.*, 715 A.2d 955 (Me. 1998) negou a indenização a colega de trabalhador que se afogou ao reparar um dique; *Nugent v. Bauermeister*, 489 N.W.2d (Mich. Ct. App. 1992) recusou indenização a menor que viu o seu melhor amigo morrer atropelado por um carro; *Hinojosa v. S. Texas Drilling & Expl., Inc.*, 727 S.W.2d 320 (Tex. App. 1987) não concedeu indenização a trabalhador que viu seu colega sofrer acidente.

pedido, como seria de se prever, envolveu a alegação de sofrimento e angústia, pelo risco corrido pelo trabalhador, que somente não veio a falecer por encontrar-se em férias na data da tragédia⁷³.

7. Gravidade do evento e indenização do dano moral

O que se percebe, pela rápida e sumária resenha de direito comparado feita - suficiente para o desenvolvimento do argumento -, é que há uma verdadeira regra geral, por vezes expressa, por vezes implícita, por vezes posta pela jurisprudência, de que “somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado”⁷⁴. Pontes de Miranda, sempre muito adiante do seu tempo, já havia assinalado o ponto, ao dizer: “o que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade..., além da ilicitude”⁷⁵. Tem toda pertinência a máxima romana, de validade genérica no campo do Direito: *de minimis non curat praetor*.

A jurisprudência, inclusive a de Direito Comum, reiteradas vezes enuncia a mesma conclusão, nos mais variados contextos⁷⁶. Algumas

⁷³ A decisão registra, na parte que interessa: “O fato de o reclamante prestar serviços na Mina, por si só, não lhe assegura o direito ao recebimento de indenização por danos morais. Não há registro pelo TRT de que o Autor tenha sofrido dano de ordem psíquica, íntima ou subjetiva, em decorrência do rompimento da barragem. O dissabor vivenciado pela parte, ou o desconforto no sentido de que poderia ter morrido no acidente, não é causa para a ocorrência de dano moral.” (TST - 2ª T., RR n. RR - 10584-84.2020.5.03.0142, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, julg. em 10.04.2024 *in* DJe de 10.05.2024).

⁷⁴ Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil cit., p. 342.

⁷⁵ Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, tomo 26, § 3.108, n. 2, p. 34.

⁷⁶ “Indenização por danos morais. Disparo indevido de alarme na saída do supermercado. Dispositivo de uso comum nos dias atuais. Fatos esclarecidos devidamente pelos funcionários da ré, que não cometeram qualquer abuso. Ocorrência

vezes, a ênfase é posta na necessidade de aceitar, no âmbito das relações interpessoais, certos incômodos ou desconfortos, sob pena de levar-se à ruptura social. Em um caso, houve o “rompimento de cano de esgoto cloacal”, durante “uma semana”. Privilegiou-se, ainda assim, a “vida em condomínio”, de que inevitavelmente decorrem incidentes, como sabe qualquer um⁷⁷.

Até eventos que são manifestamente ilícitos e geram, inegavelmente, sentimentos negativos, com desdobramentos psicológicos potencialmente relevantes, como a infidelidade conjugal⁷⁸, são tratados com cuidado e parcimônia. Um autor escreve que “a descoberta da infidelidade pode ser uma das mais sofríveis e devastadoras vivências”⁷⁹. Ainda assim, os tribunais já negaram indenização por

que causou simples aborrecimento para os autores. Indenização indevida. Recurso do réu provido, prejudicado o dos autores.” (TJ - SP, Ap. Civ n. 123.069-4/6, rel. Des. Oswaldo Breviglieri *in* DJ de 28.5.2002) e “Direito civil. Reserva de unidade imobiliária. Inadimplemento contratual. Danos morais. Mero incômodo ou frustração. Não configuração. I - O mero inadimplemento contratual não constitui fato gerador de dano moral, na medida em que não tem aptidão para ofender os atributos da personalidade de forma a ensejar a compensação pecuniária. II - A autora, por certo, experimentou aborrecimentos, porque pretendia adquirir uma unidade habitacional e não obteve êxito. Contudo, a situação descrita não é suficiente para caracterizar dano moral, principalmente considerando que não foi relatada a prática de qualquer ato desrespeitoso ou humilhante por parte dos réus ou de constrangimento capaz de ofender sua dignidade. III - Negou-se provimento ao recurso.” (TJ - DF, 6ª T. Cív., Proc. n. 0012328-07.2016.8.07.0009, Rel. José Divino, julg. em 13.06.2018 *in* DJE de 19.06.2018, p. 357/375).

⁷⁷ “Recurso inominado. Condomínio. Indenizatória por danos morais e obrigação de fazer. Alegação de rompimento de cano de esgoto cloacal e transtornos geradores de danos morais. Realizado o conserto em uma semana. Não comprovação de que os transtornos superaram o mero incômodo da vida em condomínio. Danos morais não configurados. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (TJ - RS, 1ª Turma Recursal, Rec. Cív. n. 71007746340, Rel. Mara Lúcia Cocco Martins Facchini, julg. em 26.06.2018 *in* DJ de 02.07.2018).

⁷⁸ Cf. art. 1.566, inciso I, do Código Civil.

⁷⁹ Ballone GJ, Depressão Pós-Traição *in* PsiquWeb, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.net>, 2016; acesso em 26.02.2020.

dano moral no caso⁸⁰ ou, na jurisprudência estrangeira, em caso de abalo psicológico decorrente da ruptura da relação conjugal⁸¹.

Mesmo quando estão em causa a saúde e o direito a tratamento médico - direitos fundamentais, previstos na própria Constituição⁸² - , a indenizabilidade do dano moral não se apresenta de maneira indiscriminada⁸³.

⁸⁰ “Processual civil. Apelação cível em ação de indenização por dano moral. Infidelidade conjugal. Aflição, aborrecimento e angústia inerente a ruptura da sociedade familiar. Dano moral não comprovado. Sentença mantida. 1) A infidelidade conjugal, ainda que praticada no recinto do lar do casal, per si, não remete a ocorrência do abalo moral indenizável. 2) O mero descumprimento do dever legal de fidelidade recíproca entre o casal caracteriza mero aborrecimento, não configurando, em princípio, dano moral; salvo se da infração resultar circunstância que atinja a dignidade da parte, o que não se concretizou no caso concreto em que a exteriorização dos fatos envolvendo a infidelidade conjugal, teria ocorrido por iniciativa da apelante que propalou para familiares e amigos um evento restrito a intimidade do casal. 3) Recurso não provido.” (TJ - AP, Proc. n. 00005016820158030001, Rel. Carlos Tork, julg. em 28.03.2017).

⁸¹ Na jurisprudência portuguesa: “...6. O mero desgosto pela ruptura da relação conjugal como projecto de vida não traduz particular sofrimento a merecer tutela nos termos do n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil. 7. Mesmo que tal inclua uma patologia depressiva, se não demonstrada a sua natureza definitiva com danos que transcendam os resultantes daquele mero desgosto.” (Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n. 2009:464.09.7YFLSB.A5, Rel. Sebastião Póvoas, ac. de 08.09.2009).

⁸² Art. 196.

⁸³ “Apelação cível. Obrigação de fazer. Operadora de plano de saúde. Negativa de autorização. Procedimento não previsto na regulamentação. Prestação do tratamento por ordem judicial. Construção jurisprudencial. Mero incômodo ou desvio de tempo útil. Indenização por danos morais. Descabimento. 1. A relação entre segurado e plano de saúde submete-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, salvo os administrados por entidades de autogestão, nos termos do Enunciado número 608 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. O rol de procedimentos e eventos em saúde listados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, constante na RN número 428/2017 é exemplificativo. 3. Não é cabível a condenação por danos morais quando a seguradora/operadora de saúde recusa a cobertura de tratamento amparada em cláusula contratual e em previsão legal, sendo devida a prestação, contudo, por construção jurisprudencial. 4. Meros aborrecimentos, desvio de tempo útil e incômodo resultantes do descumprimento contratual, por si sós não violam direitos da personalidade e não ensejam condenação por danos morais. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJ - DF, 8ª T. Cív., Proc. n. 0706265-23.2019.8.07.0007, Rel. Eustáquio de Castro, julg. em 12.02.2020 in DJE de 18.02.2020).

Idêntica diretriz em torno da indenizabilidade restrita prevalece nos Tribunais do Trabalho - não só os nacionais⁸⁴ -, nos mais variados contextos:

“Dano moral. Descumprimento de obrigação. O não cumprimento de obrigação contratual, por si só, não enseja reparação por danos morais, notadamente quando o próprio contrato ou o ordenamento já contêm as sanções e as reparações daí decorrentes. A reparação de dano moral não decorre de qualquer aborrecimento, de qualquer adversidade, nem de transtornos, pois a isso estamos todos sujeitos no dia a dia. Faz parte da própria condição humana. Não se exclui a possibilidade de danos morais no descumprimento contratual. Mas, nessa hipótese, é mister que se tenha, ao lado da prestação em si mesmo considerada (e não satisfeita), um outro interesse que dessa satisfação decorre e que não é passível de avaliação pecuniária.” (TRT - 2ª Reg., 3ª T., RO n. 02309200031502005, Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva, Ac. n. 20040222599)⁸⁵

⁸⁴ “A vergonha sentida pelo trabalhador perante os seus colegas, em virtude do despedimento ilícito, não configura um dano moral suficientemente grave para justificar a tutela do direito, pelo que não é um dano ressarcível (art. 496º, 1 do C. Civil)”. (Trib. Rel. Porto, Rel. Fernanda Soares, julg. em 25.09.2006).

⁸⁵ DOE de 25.05.04. Sempre no mesmo sentido: “Restou demonstrado nos autos que a ré dispensou o autor por consumir cerveja da marca concorrente. A alegação do autor de que sofreu certo constrangimento, em decorrência das frases que alegou terem sido proferidas pelo preposto da Reclamada...não é suficiente para configurar dano moral...Para que seja concedida uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado, a gravidade do dano moral há de ser tal, não o configurando mero dissabor, aborrecimento ou desconforto emocional” (TRT - 3ª Reg., 8ª T., RO n. 01355.04.114.03.00.2, Rel. Juiz Paulo Maurício Ribeiro Pires, DJMG de 09.04.05, p. 23 *in* Revista Nacional do Direito do Trabalho, vol. 87, p. 145. Sempre no mesmo sentido, ainda: “Inadimplemento de verbas rescisórias. Dano Moral. Não configuração. O dano moral é a lesão imaterial que fere a personalidade, o bom nome do ofendido ou o sentimento de estima da pessoa provocado por fato de outrem. A exposição do ofendido a vexames ou constrangimentos juridicamente relevantes é que dá nota ao dano moral. O inadimplemento das verbas rescisórias é lesão patrimonial que tem critérios de indenização expressamente definidos pela lei. Nesse

8. Dano emocional por receio de adoecimento e indenização

Tudo o que se disse no item anterior sublinha a importância de se ter cuidado com o tratamento de pedidos de danos por sofrimento emocional, receio ou angústia, quando relacionados com a possibilidade de um evento, inclusive o de desenvolvimento de alguma doença, por conta da exposição a risco de contágio ou a agentes químicos, insumos ou produtos. Há aspectos importantes que tornam a situação particularmente delicada.

Em primeiro lugar, a intensidade do receio varia muito. Alguns, mesmo sem razões objetivamente relevantes, terão certa fobia e poderão mesmo ser tratados como hipocondríacos. Outros, ao contrário, terão muito mais resistência e manifestarão certo desinteresse pelo risco. Há, assim, elevada e incontornável dose de subjetividade na matéria.

Em segundo lugar, o risco concreto de desenvolvimento de certas doenças pode ser estatisticamente mais elevado ou menos elevado, de acordo com um longo rol de fatores, como condições pessoais, antecedentes familiares, hábitos, tempo de exposição ou de exercício da atividade profissional, condições em que se dá a exposição etc. Assim, à incerteza sobre o sofrimento em si, sua existência ou real importância, soma-se a dúvida sobre a própria possibilidade de ocorrência do evento que alegadamente o provoca. Tratar indistintamente todas as situações *à la légère*, presumindo amplamente o

sentido, a demora do pagamento dos haveres trabalhistas ou o reconhecimento dos débitos em juízo não geram danos morais” (TRT - 2ª Reg., 8ª T., Proc. RO n. 01692200244102000, Rel. Juiz Rovirso Aparecido Boldo, Ac. n. 20040228970 in DOE de 25.05/2004).

sofrimento, pelo mero fato do exercício de certo trabalho, não guarda nenhuma relação com a realidade. Simon Deakin, Angus Johnston e Basil Markesinis advertem que “*the simple truth is that no jurisdiction could afford to treat emotional injuries on the same basis as physical injuries*”⁸⁶.

Em terceiro lugar, o tempo transcorrido entre a exposição ao risco e a apresentação do pedido de indenização em juízo é um dado relevante para avaliar a real seriedade deste último. A jurisprudência invoca o princípio da imediatidade para aferir a real existência, ou não, de dano moral, de modo a dar algum contorno um pouco mais objetivo ao conceito⁸⁷. Ação muito tardiamente intentada, anos depois da exposição ao risco ou mesmo passadas décadas, mostra que o seu móvel verdadeiro não é o sofrimento, mas a busca de oportunidade para ganho financeiro indevido⁸⁸.

A ideia da “escassa emoção”, por conta da reação tardia, ou a necessidade de “medida enérgica” para caracterização do dano moral são bem justas e pertinentes. Envolvem a investigação, em concreto, da seriedade da alegação de abalo moral, para evitar pedidos

⁸⁶ *Tort Law cit.*, p. 234.

⁸⁷ Confira-se o seguinte precedente: “Indenização por dano moral. Falta de imediatidade. Indeferimento. Na análise de alegado dano moral é perfeitamente invocável o princípio da imediatidade, pois se há uma dor, um sofrimento ou um abalo emocional, mas estes não chegam a inibir a continuidade da relação entre as partes, não se cogita de dano moral. Transcorrido considerável lapso de tempo desde a ocorrência do apontado ato danoso isto demonstra, no mínimo, ou uma escassa emoção de quem depois se diz ofendido, ou, então, o demérito que o fato tem sob sua ótica, inviabilizando, assim, reparação indenizatória.” (TRT 9ª Reg., 1ª T., RO nº 01220-2004-071-09-00-0, Ac. nº 29155-2005, 1ª T., Rel. Ubirajara Carlos Mendes *in* DJPR de 11.11.2005).

⁸⁸ “Dano moral. Reação tardia. Descaracterização. Não cabe confundir prazo prescricional com insurgimento contra ato atentatório à honra que supõe medida enérgica, mas também oportuna, sob pena de só revelar a busca de uma indenização.” (TRT - 2ª Reg., 8ª T., Autos n. 20010369079, Ac. n. 20020259225, Rel. José Carlos da Silva Arouca *in* DOE de 22.04.2002).

abusivos. É algo que em outros sistemas jurídicos igualmente se vê. Os tribunais franceses, por exemplo, controlam a pertinência das ações de indenização por dano moral verificando se está demonstrada “*une douleur réelle et suffisamment profonde*”⁸⁹. Deixa-se aos tribunais apurar “*si cette condition est remplie*”⁹⁰. A omissão prolongada é mesmo prova da insinceridade da alegação de abalo profundo, pânico ou aflição, insinceridade que certa feita foi assim tratada nos tribunais, em contexto de risco hipotético de acidente:

“...3. Sentir-se angustiado por se saber que eventual sinistro poderia ter acontecido constitui-se manifestação de exacerbada sensibilidade, senão oportunismo incompatível com o sentido ético do processo; e não dano moral.” (TJ - SP, 29ª Câm. Dir. Priv., proc. n. 9050406-57.2009.8.26.0000, Rel. Reinaldo Caldas, julg. em 14.12.2010).

Finalmente, admitir amplamente o cabimento de indenização, pela mera possibilidade de adoecimento ou de ocorrência de um evento danoso, leva, ao fim e ao cabo, a reparar-se dano que não ocorreu e que pode nem mesmo ocorrer.

⁸⁹ Mazeaud e Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle cit.*, tome premier, n. 325-2, p. 407.

⁹⁰ Mazeaud e Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle cit.*, tome premier, n. 325-2, p. 408. Em caso de envio de correspondência de evidente mau gosto, por conter contraceptivo e “três preservativos musicais”, de que teria decorrido vergonha perante familiares e obrigação de deixar o lar conjugal, o pedido de indenização por dano moral foi rejeitado, *inter alia*, pelo seguinte motivo: “...a carta foi postada em 23.06.1993, fls. 17, enquanto a ação foi proposta em 08.07.1998, fls. 02, portanto, transcorridos mais de cinco anos, o que é incompatível com quem teria sido atingido em seu âmago moral...” (TJ - SP, 4ª Câm. Dir. Priv., Ap. 156.290-4/0-0, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, julg. em 27.04.2006 in

Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1618128&cdForo=0>; acesso em 23.03.2024).

9. Dano emocional por receio de adoecimento e a jurisprudência estrangeira

Os tribunais estrangeiros costumam ser bastante reticentes no deferimento de indenização por receio de desenvolvimento de doença ou, de modo mais geral, pelo temor de ocorrência de um dano.

Na Argentina, por exemplo, já se decidiu que *“(e)l daño potencial no constituye un daño actual que genere responsabilidad, de tal manera, corresponde rechazar el reclamo indemnizatorio del daño moral efectuado contra el fabricante y la proveedora de insumos para su elaboración de gaseosas por el padre que dio a su hijo menor una bebida contaminada con hidrocarburo, pues aun cuando esa mera entrega hubiera constituido un riesgo de generar un daño en la salud del niño, como éste no la ingirió, sino al sentir el mal gusto la escupió, no se produjo secuela física alguna, por lo que el daño no se concretó”*⁹¹.

Nas cortes de *common law*, sempre houve elevada resistência à indenização do chamado *emotional distress*⁹². O risco de abusos - ponto já lembrado linhas atrás para o dano moral em geral - é muito elevado. Já se disse - e não soa exagerada a proposição - que *“(f)rom chili peppers to hot dogs, recent studies show that the places where we live, the air we breathe, the way we communicate, the foods we eat to stay healthy, the way we clean our teeth, and even the way we control reproduction are somehow linked to cancer. With no end*

⁹¹ *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, Sala F, Dube, Mario Daniel C/ Coca Cola de Argentina S.A., decisão de 20.05.12008.

⁹² Edward J. Kionka, *Torts - Injuries to Persons and Property*, St. Paul, West Publishing, 1977, § 8-19, p. 335, e Simon Deakin, Angus Johnston e Basil Markesinis, *Tort Law cit.*, p. 96.

*in sight to such studies, the public's fear of cancer seems likely to increase, and a potential flood of toxic tort litigation looms. It is conceivable that everyone could be a fear-of-cancer plaintiff*⁹³. Em clássico julgamento, a Corte Suprema da Pennsylvania recusou possibilidade de indenização de dano moral por receio de adoecimento, com o seguinte fundamento: *"To allow recovery for fright, fear, nervous shock, humiliation, mental or emotional distress with all the disturbances and illnesses which accompany or result therefrom where there has been no physical injury or impact, would open a Pandora's box...For every wholly genuine and deserving claim, there would likely be a tremendous number of illusory or imaginative or "faked" ones"*⁹⁴. Por isso, durante muito tempo negou-se, pura e simplesmente, a possibilidade de indenização. Se hoje ela é admitida, continua a ser excepcional.

Em caso julgado em 2024, a Corte de Apelações para o Sétimo Circuito também afastou a indenização por risco de adoecimento, decorrente de consumo de produto contaminado. Tratou-se, no caso, de alimentação infantil, cuja qualidade poderia ser questionada, diante de relatório da Agência Federal responsável por inspecionar a atividade (FDA) e da conduta do próprio fabricante, que retirou do mercado lote de mercadoria, indenizando os consumidores que a compraram. O Tribunal, ao negar o pedido, partiu de premissa diversa da tese da inexistência de pressuposto material para a reparação do dano. Considerou que o mero risco de adoecimento não confere interesse de agir (*"standing"*) para o ajuizamento de pedido de

⁹³ Eric Scott Fischer, *Potter v. Firestone and the infliction of emotional distress* em *Tort & Insurance Law Journal*, vol. XXX, n. 4, Summer 1995, p. 1.078.

⁹⁴ *Bosley v. Andrews*, 393 Pa. 161 (1958).

indenização. A decisão assinala, em passagem paradigmática: “*The potential risk of contamination is not enough to confer standing*”⁹⁵. Pouco antes, o acórdão aduz: “*Plaintiffs’ alleged injury is hypothetical or conjectural*”.

Já a Corte de Apelações da Califórnia, em outro caso célebre, mais recente, relacionado como receio de desenvolvimento de câncer, enunciou a seguinte condição para o acolhimento do pedido de indenização por dano moral, sob a forma de *emotional distress*: “*a plaintiff must do more than simply establish knowledge of a toxic ingestion or exposure and a significant increased risk of cancer. The plaintiff must further show that based upon reliable medical or scientific opinion, the plaintiff harbors a serious fear that the toxic ingestion or exposure was of such magnitude and proportion as to likely result in the feared cancer*”⁹⁶.

Há, ainda um importante precedente, da Suprema Corte dos Estados Unidos, que definiu a jurisprudência em matéria de indenização por receio de adoecimento. Trata-se do julgamento proferido em *Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley*⁹⁷. O autor da ação (Buckley), na condição de montador de tubagens, alegou trabalhar em ambiente em que ficou exposto a poeira potencialmente causadora de câncer. Por conta de notícia que chegou ao seu conhecimento sobre os riscos relacionados com o produto em causa,

⁹⁵ *Economic Loss Plaintiffs v. Abbot Laboratories*, n. 23-2525, decisão de 02.04.2024, disponível em <https://media.ca7.uscourts.gov/cgi-bin/OpinionsWeb/processWebInputExternal.pl?Submit=Display&Path=Y2024/D04-02/C:23-2525:J:Brennan:aut:T:fnOp:N:3189705:S:0>; acesso em 03.04.2024.

In Re: Recalled Abbott Infant Formula Products Liability Litigation,

⁹⁶ *Potter v. Firestone Tire & Rubber Co.* (1993), 25 Cal. Rptr. 2d 550, 6 Cal. 4th 965, 863 P.2d 795.

⁹⁷ 521 U.S. 424.

divulgada para a formação de ação coletiva, passou a temer o desenvolvimento da doença, cuja gravidade, em tese, não se discute. Propôs a ação com fundamento no *Federal Employers Liability Act* (FELA), para ser indenizado por esse dano psicológico, conquanto estivesse perfeitamente são⁹⁸.

A Corte Suprema rejeitou o pedido. Na fundamentação, afirma que os precedentes normativos e jurisprudenciais sobre indenização em matéria trabalhista não incluem “*a simple physical contact with a substance that might cause a disease at a substantially later time - where that substance, or related circumstance, threatens no harm other than that disease-related risk*”⁹⁹. Diz ainda a decisão, tendo em conta pronunciamento anterior, que previsão ampla de ressarcibilidade de dano, no caso em questão, põe relevantes problemas que não podem ser ignorados, como “*(a) special “difficult[y] for judges and juries” in separating valid, important claims from those that are invalid or “trivial,” Gottshall, 512 U. S., at 557; (b) a threat of “unlimited and unpredictable liability,” ibid.; and (c) the “potential for a flood” of comparatively unimportant, or “trivial,” claims, ibid. apart from Buckley’s own testimony, there was virtually no evidence of distress*”¹⁰⁰. Por fim, há ainda a seguinte advertência: “*(t)he large number of those exposed and the uncertainties that may surround recovery also suggest what Gottshall called the problem of ‘unlimited and unpredictable liability.’*”¹⁰¹.

⁹⁸ Idem, p. 424.

⁹⁹ Ibidem, p. 430.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 433.

¹⁰¹ Ibidem, p. 435.

10. Dano emocional por receio de adoecimento e a jurisprudência brasileira

No Brasil, ainda que a discussão sobre indenização por risco de adoecimento seja mais recente, a jurisprudência segue também a linha da cautela e da prudência. Há vários precedentes a negar indenização por dano moral decorrente da “possibilidade de surgimento de patologias ou problemas genéticos futuros”, em virtude da exposição a substâncias tóxicas. Dois deles são transcritos a seguir:

“Responsabilidade civil - Indenização por danos morais - Contaminação de área supostamente utilizada para descarte de resíduos químicos derivados de petróleo - Ausência de dano atual, porém alegada a possibilidade de surgimento de patologias ou problemas genéticos futuros, decorrentes da exposição a estas substâncias - Apenas o dano hipotético não configura o dever de indenizar...” (TJ - SP, 1ª Câm. Dir. Púb., Ap. n. 0004283-08.2010.8.26.0587, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, julg. em 01.07.2014)¹⁰²

“Ação de indenização por danos materiais e morais - Contaminação de área supostamente utilizada para descarte de resíduos químicos derivados de petróleo - Danos que não restaram comprovados - Prova pericial realizada pelo IMESC no âmbito judicial, sob o crivo do contraditório, que afastou o nexo de causalidade entre os males alegados pelos autores e a atividade das empresas rés - Alegação de possibilidade de surgimento de patologias ou problemas genéticos no futuro - Dano hipotético que não configura o dever de indenizar - Precedentes deste Tribunal em casos semelhantes

¹⁰² DJ de 10.07.2014.

envolvendo a mesma área - Recurso improvido” (TJ - SP, 3ª Câmara Extraord. Dir. Púb., Ap. n. 0001161-21.2009.8.26.0587, Rel. Eutálio Porto, julg. em 29.09.2015)¹⁰³

Há também julgados que negam indenização por risco de adoecimento, em casos de servidores públicos sujeitos a “exposição contínua e permanente a inseticidas de alta toxicidade”. Funda-se a negativa na afirmação de que “a mera possibilidade de adquirir uma patologia futura não caracteriza violação do patrimônio imaterial da parte autora em grau suficiente para configurar a existência de um dano moral. Está-se diante de mera possibilidade, não de um dano concreto à saúde da parte autora”. A ementa toda tem a seguinte redação:

“Agente de saúde pública. FUNASA. Indenização por danos morais. Improvimento. Trata-se de ação ajuizada por servidor da FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA, em que busca a reparação por danos morais em razão da exposição contínua e permanente a inseticidas de alta toxicidade. No entanto, a mera possibilidade de adquirir uma patologia futura não caracteriza violação do patrimônio imaterial da parte autora em grau suficiente para configurar a existência de um dano moral. Está-se diante de mera possibilidade, não de um dano concreto à saúde da parte autora. É necessária a comprovação da efetiva violação da integridade com contaminação ou intoxicação das substâncias químicas utilizadas, o que no caso, não ocorreu.” (TRF - 4ª Reg., 3ª T., Ap. Cív. n. 5000537-68.2015.4.04.7102, Rel. Marga Inge Barth Tessler, julg. em 17.09.2019)¹⁰⁴

¹⁰³ DJ de 29.09.2015.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, ainda: “Direito administrativo. Ação indenizatória.

Em outro tribunal, também prevaleceu a mesma solução. Conquanto longa, a ementa merece ser transcrita, ao menos na parte que interessa para a questão em estudo:

“Administrativo. Pedido indenização por danos morais e materiais. Intoxicação pelo uso e contato direto com inseticidas. Ausência de comprovação da ocorrência do dano (problemas de saúde), assim como do nexo causal com a atividade profissional desempenhada junto a ré. Legitimidade passiva "ad causam" da FUNASA...3. Hipótese em que o autor que busca a condenação da FUNASA ao pagamento de indenização por danos biológicos, ocasionados a sua saúde, em virtude de contato contínuo, durante toda a sua vida

Agente de saúde pública. FUNASA. Alegado contato com pesticidas. Dano moral. Inocorrência. O mero risco da potencialidade nociva de pesticidas não é suficiente para causar danos morais a agente de saúde pública que deles faz uso no exercício de sua atividade. É necessária comprovação da efetiva violação da integridade mediante contaminação ou intoxicação pelas substâncias químicas utilizadas. Precedentes do tribunal.” (TRF - 4ª Reg., 3ª T., Ap. Cív. n. 5003523-58.2016.4.04.7102, Rel. Vânia Hack de Almeida, junt. aos autos em 12.12.2018) e “Agente de saúde pública. FUNASA. Indenização por danos morais. Improvimento. 1. Narra o autor que foi admitido na Superintendência de Campanhas de Saúde Pública, vinculada ao Ministério da Saúde, para exercer a função de Agente de Saúde Pública, na qual permaneceu até o ano de 1990, quando foi criada a Fundação Nacional da Saúde, passando então a integrar os quadros desta. Trabalhava no combate de insetos vetores de endemias, por meio da borrifação de pesticidas organoclorados, organofosforados e piretróides, altamente nocivos à saúde humana. Aduz que não teve treinamento adequado para manipulação e borrifação desses inseticidas altamente tóxicos, tampouco lhe foi fornecido Equipamento de Proteção Individual. Diz que diversas patologias são causadas pela exposição a pesticidas, esclarecendo, entretanto, que o dano moral não decorre de sua intoxicação efetiva, mas sim do sofrimento, temor e angústia que vem passando diante da possibilidade de que venha a desenvolver tais doenças. 2. No caso concreto, além da potencialidade do surgimento de doenças, para as quais não foi comprovada a relação direta com o manuseio de agentes nocivos, o autor também justifica o pleito indenizatório em face do sofrimento (temor, angústia), ao qual está submetido, pela possibilidade de vir a desenvolver alguma doença grave. Todavia, também esse temor não caracteriza violação ao direito patrimonial do demandante, em grau suficiente para autorizar a indenização pleiteada, que pressupõe o efetivo dano à saúde.” (TRF - 4ª Reg., 3ª T., Ap. Cív. n. 5001633-45.2016.4.04.7115, Rel. Marga Inge Barth Tessler, junt. aos autos em 05.12.2018).

laboral, com o inseticida DDT, o que lhe acarretou uma provável redução da expectativa de vida, bem como redução da qualidade de vida. Fundamenta seu pedido no art. 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X da Constituição Federal, e artigo 949 do Código Civil. Busca indenização por danos 4. Consoante dicção do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, ou seja, desnecessária a prova da culpa em caráter subjetivo. Modalidade de responsabilidade, a qual se submete a FUNASA, na qual incumbe ao postulante demonstrar, segundo o estabelecido pelo art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal os seguintes fatos constitutivos de seu direito: a) a existência efetiva dos danos; b) a conduta omissiva ou comissiva atribuída ao ente da administração pública, ou algum de seus servidores; c) o nexo de causalidade entre a conduta do ente público e o dano ocasionado, de forma a constatar juridicamente a obrigação de indenizar por parte do pólo passivo. 5. Possibilidade de ocorrência de danos efetivos à saúde do autor, em decorrência do manuseio por ele de produtos inseticidas, que não restou demonstrada. Configuração do dano que só se faria a comprovação através de perícia médica, cujo laudo fosse taxativo ao afirmar que o autor realmente apresenta algum tipo de enfermidade, ou de incapacidade laboral, ou de alguma sequela passível de ocasionar a alegada diminuição da qualidade de vida do servidor ou diminuição de sua expectativa de vida. 6. Ausência de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano alegado. Ausência de comprovação de como uma relação de causa e efeito, que o dano ocorrido guarda correlação com uma conduta - ação ou omissão da Administração. Ausência de comprovação de ação ou omissão

estatal, nem de comprovação da existência do dano (caso estivesse existido este, em momento algum restou comprovado nos autos). 7. Impossibilidade de se imputar à ré a responsabilidade administrativa alegada pelo autor, já que não se encontram nos autos provas suficientes, embora ofertada a oportunidade para tanto à parte autora, da efetividade do dano alegado e do nexo de causalidade entre a conduta e o suposto dano. Manutenção da sentença. Apelação improvida.” (TRF - 5ª Reg., 3ª T., Proc. n. 0800220-50.2011.4.05.8100, Rel. Geraldo Apoliano)¹⁰⁵

Esse último julgado chama a atenção para um ponto que o faz ainda mais significativo. Por estar em causa servidor público, a responsabilidade aplicável é de natureza objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição. Em tese, torna-se muito mais fácil, portanto, a obtenção de reparação. Afinal, basta a prova do dano e do nexo causal, sendo irrelevante apurar a culpabilidade¹⁰⁶, mesmo em caso de conduta meramente omissiva, ou seja, a não adoção de providências suficientes para evitar a lesão ao direito¹⁰⁷. Ainda assim, nega-se a indenização pelo receio de adoecimento. O resultado decorre do fato de estar ausente o dano, pressuposto mais elementar,

¹⁰⁵ DJe de 09.05.2013.

¹⁰⁶ “1. A responsabilidade civil do Estado em caso de atos comissivos é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, razão pela qual não há necessidade de comprovar a culpa do Estado...” (TJ - RR - 2ª T. Cív., Ap. Cív. n. 0807584-49.2017.8.23.0010, Rel. Jefferson Fernandes da Silva, 01.03.2019 *in* DJe de 15.03.2019).

¹⁰⁷ Foi o que o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE n. 841.526/RS, com a seguinte ementa: “1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.” (Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 30.03.2016 *in* DJe de 01.08.2016). A decisão constitui o tema 592 de repercussão geral.

como já visto, para que surja a obrigação de indenizar. É a razão que já levou a jurisprudência a também negar indenização a empregado, por risco de acidente:

“Danos morais. Situação de periculosidade. Mero risco de acidente. Ausência de dano. Indenização indevida. A mera exposição à situação de periculosidade sem proteção adequada, quando devidamente comprovada por meio de perícia técnica necessária (CLT, art. 195), ensejaria o pagamento de adicional de periculosidade (art. 193, I, CLT), mas não, por si só, indenização por danos morais, cujo deferimento exige, dentre outros pressupostos para responsabilização civil do empregador (arts. 186, 187 e 297 do Código Civil), a presença de destruição efetiva (dano) - e não mera possibilidade ou receio de que venha a acontecer - de um bem jurídico imaterial do empregado. Indenização por danos morais indevida. Sentença mantida.” (TRT - 9ª Reg., 6ª T., RO n. 0000264-79.2015.5.09.0013, Rel. Sueli Gil El Rafihi, julg. em 26.04.2017)

11. Conclusão

Não se pode indenizar o mero sentimento de angústia ou ansiedade, por risco de evento futuro, como, por exemplo, o adoecimento, sem nenhuma demonstração da seriedade da alegação. É preciso demonstrar a existência real do dano, o que nada tem de impossível quando em causa lesões psicológicas, que podem ser comprovadas por especialistas. Admitir o cabimento de indenização com base em mera alegação - especialmente no cenário recente, de grave pandemia, em que praticamente todos, senão todos mesmo, estiveram

expostos a risco de contágio - abre a porta para “‘*unlimited and unpredictable liability.*’ ”, como assinalado pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em *Metro-North Commuter Railroad Co. v. Buckley*¹⁰⁸.

São Paulo, junho de 2024.

Bibliografia

Almeida, José Luiz Gavião de, Responsabilidade sem dano no Código Civil de 2020, São Paulo, tese (s.e.p.), 2011;

Alsina, Jorge Bustamante, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997;

Ballone, GJ, *Depressão Pós-Traição in PsiqWeb*, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.net>;

Barcellona, Mario, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Torino, UTET, 2011;

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1998, *Obligaciones*, tomo II;

¹⁰⁸ 521 U.S. 424, p. 435.

Busnelli, Francesco D., e Patti, Salvatore, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli 2013;

Cassels, Jamie e Jones, Craig, *Rethinking ends and means in mass tort: probabilistic causation and risk-based mass tort claims after Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 82, 2003, n. 3;

Cavaliere Filho, Sérgio, Programa de responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2007;

Chartier, Yves, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983;

Colin, Ambroise, e Capitant, Henri, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, tome deuxième, 1953;

Couture, Eduardo J., *Vocabulário Jurídico*, Montevideo, Martin Bianchi Altuna, 1960;

Deakin, Simon, Johnston, Angus e Markesinis, Basil, *Tort Law*, Oxford, Clarendon Press, 2003;

De Cupis, Adriano, *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1946;

Dias, José de Aguiar, Da responsabilidade civil, Rio de Janeiro, Forense, 1944, II;

Fischer, Eric Scott, *Potter v. Firestone and the infliction of emotional distress* em *Tort & Insurance Law Journal*, vol. XXX, n. 4, Summer 1995;

Gentile, Guido, *Danno alla persona* em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, XI, 1962;

Gonçalves, Carlos Roberto, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 11;

Katsivela, Marel, *La notion de dommage dans le cadre du délit de négligence (common law) et de la responsabilité extracontractuelle du fait personnel (droit civil) au Canada: une étude en droit compare* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 96, 2018;

Kionka, Edward J., *Torts - Injuries to Persons and Property*, St. Paul, West Publishing, 1977;

Lalou, Henri, *La responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1932;

Lucena, Delfim Maya de, *Danos não patrimoniais - O dano morte*, Coimbra, Almedina, 2006;

Mazeaud, Henri, e Mazeaud, Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 1957, tome premier;

Messinetti, Davide, *Danno giuridico* em *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, *Aggiornamento*, 1997;

Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, tomo IV;

Noronha, Fernando, O nexo de causalidade na responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, vol. 816, outubro de 2003;

Pereira, Rui Soares, O nexo de causalidade na responsabilidade delitual - Fundamentos e limites do juízo de condicionalidade, Coimbra, Almedina, 2017;

Perlingieri, Pietro, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014;

Planiol, Marcel, e Ripert, Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 1932, tome deuxième;

Préville-Ratelle, Nicolas, *La souffrance et l'incommensurabilité* em *La Revue du Barreau Canadien*, vol. 91, 2013, n. 1;

Prosser, W. e Keeton, W., *Prosser and Keeton on Torts*, West Group, 1984;

Pontes de Miranda, Francisco C., Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo V;

_____, Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, tomo 26;

Ravazzoni, Alberto, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1962;

Rocha, Nuno Santos, A ‘Perda de Chance’ como uma nova espécie de dano, Coimbra, Almedina, 2015;

Rodrigues, Silvio, Direito Civil - Responsabilidade civil, São Paulo, Saraiva, 1987, vol. IV;

Salvi, Cesare, *Risarcimento em Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, XL, 1989;

Statsky, William P., *Torts - Personal Injury Litigation*, NY, Delmar, 2011;

Stoco, Rui, Responsabilidade civil, São Paulo, RT, 1999;

Varela, Antunes, Das obrigações em geral, Coimbra, Almedina, 2008, vol. I;

Venosa, Sílvio de Salvo, Direito Civil - Contratos em espécie e responsabilidade civil, São Paulo, Atlas, 2001;

Viney, Geneviève, *La responsabilité: conditions*, Paris, LGDJ, 1982.





AINDA GUARDO RENITENTE UM VELHO CRAVO PARA MIM: O TRABALHO SOB DEMANDA DE APLICATIVOS NO BRASIL DE 2024

*I STILL KEEP RENITENT AN OLD CARNATION FOR MYSELF:
WORK-ON-DEMAND APPS IN BRAZIL OF 2024*

Otavio Pinto e Silva¹

Sumário: 1. Introdução; 2. As transformações na legislação trabalhista do Brasil;
3. Conclusão; 4. Bibliografia.

Resumo:

O artigo examina os rumos do direito do trabalho no Brasil, à vista do uso intensivo da tecnologia e seus reflexos nas relações de trabalho. É analisado o projeto de lei encaminhado pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva ao Congresso Nacional em 05 de março de 2024, que dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte.

Abstract:

The article examines the course of the labor law in Brazil, in light of the intensive use of technology and its effects on labor relationships. It is analyzed the bill introduced by President Luís Inácio Lula da Silva to the National Congress on March 5th, 2024, which states about the labor relationship intermediated by app-based transportation companies.

¹ Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e advogado em São Paulo (Brasil)

Tanto Mar

Foi bonita a festa, pá
Fiquei contente
Ainda guardo renitente
Um velho cravo para mim
Já murcharam tua festa, pá
Mas certamente
Esqueceram uma semente
Em algum canto de jardim
Sei que há léguas a nos separar
Tanto mar, tanto mar
Sei também quanto é preciso, pá
Navegar, navegar
Canta a primavera, pá
Cá estou carente
Manda novamente
Algum cheirinho de alecrim
(Canção de Chico Buarque de Holanda)

1. Introdução

Em 2024 completam-se 60 anos do golpe que instaurou a ditadura no Brasil, mas também os 50 anos da Revolução dos Cravos em Portugal. E foi nessa oportunidade que a Revista Internacional de Direito do Trabalho, publicação periódica eletrônica do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, decidiu dedicar um

número especial de Homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez, que precocemente nos deixou.

Cabe então fazer uma breve reflexão sobre os rumos atuais do direito do trabalho no Brasil, à vista das transformações políticas e sociais enfrentadas nos últimos tempos e o uso intensivo da tecnologia, com os reflexos nas relações de trabalho, especialmente tendo em vista a prestação de serviços via demanda de aplicativos.

2. As transformações na legislação trabalhista do Brasil

A proteção dos direitos humanos é uma diretriz constitucional, eis que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da Constituição).

A Constituição ainda prevê, no artigo 170º, ao abrir o capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Um tema que ganhou grande projeção com o desenvolvimento da inteligência artificial e sua aplicação ao mundo do trabalho foi o da natureza da relação jurídica mantida entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços: estaríamos diante da tradicional relação de

emprego, mas apenas com novas características, decorrentes do desenvolvimento da tecnologia? Ou seria necessária uma atualização da legislação trabalhista, para regular novas formas jurídicas de prestação de serviços?

Cogita-se que o tradicional conceito de subordinação jurídica precise agora ser repaginado, a fim de se admitir que a sujeição da atividade do trabalhador ao poder de comando do empregador possa se caracterizar pela via dos algoritmos, o que permitiria aplicar a legislação trabalhista já existente à relação jurídica regida pela inteligência artificial.

Assim, os defensores da tese da chamada “subordinação algorítmica” lembram a norma do artigo 6º da CLT para sustentar que não se pode fazer distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. E invocam a previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo consolidado, no sentido de que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Trata-se, portanto, de um estimulante desafio que atualmente se apresenta para os estudiosos e pesquisadores do direito do trabalho: a busca do papel que esse ramo do direito pode assumir no Século XXI, diante das novas dinâmicas de trabalho que atingiram toda a sociedade.

Pesquisa desenvolvida por Renan Bernardi Kalil, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

identificou duas formas de trabalho por ele classificadas como próprias do “capitalismo de plataforma”: o *crowdwork* e o trabalho sob demanda por meio de aplicativos.

O trabalho de pesquisa buscou averiguar se o direito do trabalho tradicional protege de forma adequada os trabalhadores que desempenham atividades nas plataformas digitais, tendo se valido de dois estudos de caso: um de *crowdwork* (com a plataforma Amazon Mechanical Turk) e o outro de trabalho sob demanda por meio de aplicativos (com a plataforma Uber).

Renan Bernardi Kalil identificou quatro características principais da atividade dos trabalhadores que usam essas tecnologias das plataformas digitais: (i) a existência de uma certa autonomia para determinação da carga horária e da jornada de trabalho; (ii) uma relação direta entre dependência econômica e precariedade jurídica; (iii) o gerenciamento da força de trabalho pelo algoritmo, mas com intensidades variáveis de coordenação e controle em cada plataforma; e (iv) uma acentuada desigualdade econômica entre trabalhadores, plataformas e tomadores de serviços .

Essa análise teórica é de fundamental importância no mundo digital e em especial para a definição de quais serão os rumos do mercado de trabalho brasileiro após a experiência da Reforma Trabalhista de 2017 que, infelizmente, não trouxe a prometida melhoria das condições de acesso aos postos de trabalho, não conseguindo colaborar na redução da desigualdade social e do desemprego, ao contrário do que se apregoou à época.

A avaliação do modo de execução das atividades laborais sujeitas à uma organização por meio da inteligência artificial passa hoje por

valoração jurisprudencial: diante do conceito de relação de emprego previsto na legislação brasileira, casos de prestação de serviços passaram a ser frequentemente debatidos em ações judiciais na Justiça do Trabalho do Brasil, trazendo insegurança jurídica, o que demonstra a necessidade de o direito oferecer respostas adequadas às desafiadoras demandas trazidas pelas inovadoras formas de trabalho.

Um caminho possível é o de reconhecer que o trabalho sob demanda por meio de aplicativos permite classificar os trabalhadores em três categorias diferentes: (i) autônomos; (ii) subordinados; (iii) parassubordinados. Para cada grupo, um conjunto distinto de direitos.

É indispensável a reflexão acerca do aumento do rol de sujeitos protegidos pelo Direito do Trabalho, partindo da constatação de que a classificação tradicional (empregados e autônomos) é insuficiente: essa distinção acaba por não tutelar adequadamente uma série de trabalhadores que estão em situação de vulnerabilidade socioeconômica e dependem do trabalho prestado para a garantia de sua sobrevivência.

O que se constata hoje no Brasil é uma tentativa de “fuga” do direito do trabalho: a cada vez mais, as empresas se utilizam de mecanismos alternativos de contratação do trabalho humano, com a crescente utilização da figura do prestador de serviços por meio de pessoas jurídicas.

Em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2018 (Leading Case: RE 958252), ficou estabelecida a seguinte tese:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do

objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”

Essa diretriz está definida como o Tema 725 de repercussão geral, de observância obrigatória para todas as instâncias do Poder Judiciário, e tem sido usada para sustentar a validade dos meios alternativos de contratação de trabalho pela via de pessoas jurídicas.

Em outro caso, na ADPF 324, Suprema Corte assentou a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim ou meio, com a fixação da seguinte tese:

“1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”

Ou seja, a jurisprudência do mais elevado tribunal brasileiro, a quem compete a guarda da Constituição, se consolidou no sentido de validar as formas de contratação de serviços que ficam à margem da relação de emprego tradicional.

Valerio De Stefano anota que a inteligência artificial trouxe novos mecanismos ao empregador para exercer sua autoridade e desenvolver a gestão das atividades dos trabalhadores. Ele aponta que é função do Direito do Trabalho limitar essa autoridade e estabelecer os contornos fáticos das prerrogativas do empregador, para proteger o ser humano e a dignidade dos trabalhadores: abordagens baseadas nos direitos humanos para a regulamentação do trabalho vão além

da questão do rendimento do trabalho, a fim de tutelar a privacidade dos trabalhadores contra monitoramento eletrônico invasivo.

Conclui destacando o papel crucial da regulação coletiva e dos parceiros sociais na governança da automação e do impacto da tecnologia no local de trabalho. Sublinha que o regulamento de despedimento coletivo e o envolvimento dos representantes dos trabalhadores na gestão e prevenção de perdas de empregos é crucial, de modo que os atores coletivos devem participar ativamente na governança dos sistemas de gestão com aprimoramento tecnológico, para garantir uma abordagem vital do "ser humano no comando".

Nesse contexto, ganha então cada vez mais relevância o debate sobre a nova regulamentação das relações de trabalho, em especial quando envolvem o uso da tecnologia.

Projeto de lei encaminhado pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva ao Congresso Nacional em 05 de março de 2024 dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículos automotores de quatro rodas e estabelece mecanismos de inclusão previdenciária e outros direitos para melhoria das condições de trabalho.

Apresentado como uma forma moderna de assegurar a inserção de novas categorias de trabalhadores no mundo do trabalho, com alguma proteção social, o projeto foi objeto de muitas críticas, vindas tanto de apoiadores do governo quanto da oposição, tornando incerta sua aprovação.

A proposta considera como empresa operadora de aplicativo de transporte remunerado privado individual de passageiros a pessoa

jurídica que administra aplicativo ou outra plataforma de comunicação em rede e oferece seus serviços de intermediação de viagens a usuários e a trabalhadores previamente cadastrados.

O trabalhador que preste o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículo automotor de quatro rodas, com intermediação de empresa operadora de aplicativo, será considerado, para fins trabalhistas, **trabalhador autônomo por plataforma** e seu trabalho será regido pela lei sempre que prestar o serviço, desde que com plena liberdade para decidir sobre dias, horários e períodos em que se conectará ao aplicativo.

Algumas das características dessa forma de trabalho seriam as seguintes:

I - Inexistência de qualquer relação de exclusividade entre o trabalhador e a empresa operadora de aplicativo, assegurado o direito de prestar serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículo automotor de quatro rodas, com intermediação de mais de uma empresa operadora de aplicativo no mesmo período

II - Inexistência de quaisquer exigências relativas a tempo mínimo à disposição e de habitualidade na prestação do serviço

III - Período máximo de conexão do trabalhador a uma mesma plataforma não poderá ultrapassar doze horas diárias

A proposta de lei prevê ainda que o trabalhador será representado por sindicato que abranja a respectiva categoria profissional, e as empresas operadoras de aplicativos serão representadas por entidade sindical da categoria econômica específica, com as seguintes atribuições:

I - Negociação coletiva;

II - Celebração de acordo ou convenção coletiva; e

III - Representação coletiva dos trabalhadores ou das empresas nas demandas judiciais e extrajudiciais de interesse da categoria

Se convertido em lei, o projeto autorizaria as empresas operadoras de aplicativos a implementar as seguintes práticas, sem que isso configure relação de emprego nos termos do disposto na CLT:

I - Adoção de normas e medidas para garantir a segurança da plataforma, dos trabalhadores e dos usuários, para coibir fraudes, abusos ou mau uso da plataforma, observadas as regras previamente estipuladas nos termos de uso e nos contratos de adesão à plataforma

II - Adoção de normas e medidas para manter a qualidade dos serviços prestados por intermédio da plataforma, inclusive suspensões, bloqueios e exclusões, observadas as regras previamente estipuladas nos termos de uso e nos contratos de adesão à plataforma

III - Utilização de sistemas de acompanhamento em tempo real da execução dos serviços e dos trajetos realizados

IV - Utilização de sistemas de avaliação de trabalhadores e de usuários; e

V - Oferta de cursos ou treinamentos, bem como quaisquer benefícios e incentivos aos trabalhadores, de natureza monetária ou não, ainda que de caráter continuado.

Todos esses dispositivos do projeto de lei foram severamente questionados tendo em vista o conteúdo do artigo 9º da CLT, quando prevê que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Vale dizer, as críticas vão no sentido de que se a nova legislação vier a seguir os parâmetros

propostos, estaria aberta a via para fraudar a aplicação das regras tradicionais de proteção do trabalho.

Anote-se que o projeto trata também da exclusão do trabalhador do aplicativo de transporte remunerado privado individual de passageiros, ao estabelecer que somente poderá ocorrer de forma unilateral pela empresa operadora de aplicativo nas hipóteses de fraudes, abusos ou mau uso da plataforma, desde que garantido o direito de defesa, conforme regras estabelecidas nos termos de uso e nos contratos de adesão à plataforma.

Propõe-se ainda permitir ao trabalhador o acesso às informações sobre os critérios de oferta de viagens, pontuação, bloqueio, suspensão e exclusão da plataforma, em linguagem clara e de simples entendimento, e também aos critérios que compõem o valor de sua remuneração, por meio de relatório mensal que detalhe a soma do tempo trabalhado, a remuneração total, a remuneração específica dos serviços realizados em horários de alta demanda, o valor médio da hora trabalhada e sua comparação com a remuneração mínima estabelecida no projeto de lei.

Aspecto que dominou os debates é o referente à remuneração mínima do trabalhador: em conformidade com a proposição, a remuneração será proporcionalmente equivalente ao salário-mínimo nacional, acrescido do ressarcimento dos custos incorridos pelo trabalhador na prestação do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros.

Observe-se que o valor do salário mínimo no Brasil, vigente no ano de 2024, é de R\$ 1.412,00 (ou seja, o equivalente a cerca de 260

euros) para uma jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Sendo assim, se aprovada a lei dos aplicativos de transportes a remuneração mínima teria o valor horário de R\$ 32,10 (cerca de seis euros).

O valor da remuneração seria assim composto: R\$ 8,03 (cerca de um euro e cinquenta centavos), a título de retribuição pelos serviços prestados, e R\$ 24,07 (cerca de quatro euros e cinquenta centavos), a título de ressarcimento dos custos incorridos pelo trabalhador na prestação do serviço de transporte.

O projeto prevê que deve ser contabilizado, para fins desse cálculo, somente o período entre a aceitação da viagem pelo trabalhador e a chegada do usuário ao destino.

Caso o valor recebido pelas horas trabalhadas, calculado na forma prevista na lei, seja inferior ao valor horário estabelecido, a empresa deverá apurar e realizar o repasse complementar da diferença.

Para fins previdenciários, pretende-se que o trabalhador seja considerado contribuinte individual, sendo que a sua contribuição será calculada mediante a aplicação da alíquota de 7,5% sobre o salário-de-contribuição (correspondente a 25% do valor bruto auferido no mês).

Por sua vez, a empresa operadora de aplicativo de transporte remunerado privado individual de passageiros deveria contribuir à alíquota de 20%, incidente sobre o salário de contribuição do trabalhador, sendo vedado às empresas operadoras de aplicativo limitar a

distribuição de viagens quando o trabalhador atingir a remuneração horária mínima.

Buscou-se estabelecer, por fim, que as empresas operadoras de aplicativos têm o dever de diligência na adoção de medidas para prevenir abusos aos direitos dos trabalhadores, inclusive nos casos em que o cadastro de trabalhadores na plataforma for efetuado por terceiros.

O que se depreende dessa iniciativa governamental foi exatamente a preocupação de estabelecer uma regulamentação própria para o trabalho prestado via demanda de aplicativos, mas a forma como a proposta foi recebida demonstra a complexidade do tema e a extrema dificuldade de conciliar os interesses de trabalhadores, empresas e consumidores dos serviços.

Importante salientar que há questionamentos técnicos quanto à viabilidade dos mecanismos de inclusão previdenciária previstos no projeto: em reportagem do jornal Valor Econômico, em que foram solicitadas informações ao governo a respeito da proposta, a Secretaria de Regime Geral de Previdência Social esclareceu que não foi responsável pela elaboração dos estudos e notas técnicas que embasaram a apresentação do projeto de lei.

Vale dizer, o governo enviou o projeto sem nenhuma estimativa do impacto orçamentário da medida. Após questionamentos, informou à imprensa que deve arrecadar R\$ 279 milhões por ano (cerca de 50,7 milhões de euros) com as contribuições.

Esse valor levaria em conta pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que apontou a existência de 778 mil

peessoas em 2022 cuja principal atividade profissional estava ligada a transporte de passageiros por meio de aplicativos.

Em audiência pública na Câmara dos Deputados, o secretário do Regime Geral de Previdência Social, Adroaldo Portal, admitiu a preocupação com o impacto para a sustentabilidade do regime previdenciário, pois a modalidade de contribuição, do ponto de vista atuarial, não se sustentaria.

De toda forma, o desafio está lançado e precisa ser enfrentado pelo parlamento, pois não parece ser adequado deixar ao arbítrio do Judiciário a decisão sobre a existência ou não de relação de emprego tradicional nessas novas formas de trabalho.

Com efeito, a Justiça do Trabalho no Brasil tem sido constantemente chamada a resolver causas que discutem a forma da relação jurídica existente na prestação de serviços por demanda de aplicativos, com diferentes interpretações dadas aos casos concretos, que resultam também em divergências quanto ao tipo de proteção atribuída aos trabalhadores.

Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, o professor Pedro Romano Martinez analisa as diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito e demonstra que é por meio da argumentação jurídica, constante da decisão judicial, que se cria a convicção de justeza no destinatário, de modo que o argumento é um meio de fundamentação da relação entre a premissa e a conclusão, para que não seja uma mera opinião.

Vale lembrar sua observação final: “só mediante uma decisão fundamentada em critérios jurídicos se confere certeza na aplicação do direito

e razoabilidade da solução do caso concreto. e, deste modo, em harmonia com a segurança jurídica, prossegue-se a justiça”.

É preciso dizer que o modelo brasileiro de tutela jurisdicional exige que toda decisão seja devidamente fundamentada (artigo 93, IX, da Constituição), mas a argumentação jurídica ainda é muito conflitante quando se trata da definição de quais os direitos aplicáveis aos trabalhadores que prestam serviços com o uso dos aplicativos.

Diante da existência de decisões da Justiça do Trabalho brasileira reconhecendo a existência de vínculo de emprego nesses casos, o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação Constitucional 60.347, ajuizada por Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda., contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais).

Nesse julgamento, o STF reiterou seu entendimento no sentido de que a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção, sustentando a tese de que o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170).

Sendo assim, a visão preponderante foi a de que a proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego.

Mas ficou ressaltado pelos julgadores que isso não afasta a possibilidade de comprovação de fraude. Obviamente, se comprovado que uma relação jurídica se firmou somente para não pagar direitos trabalhistas e não respeitar a correspondente tributação, em casos

de simulação ou fraude, pode o Judiciário reconhecer a situação e determinar as consequências jurídicas específicas.

3. Conclusão

A questão que remanesce, portanto, como um “cravo renitente”, é a de qual modelo de proteção se pretende garantir aos trabalhadores brasileiros que atuam nessas novas modalidades de prestação de serviços, quando suas atividades são intermediadas por plataformas, com o uso de tecnologia.

O Supremo Tribunal Federal atuou no sentido de afastar a existência de um vínculo de emprego tradicional, o que impede a aplicação de uma série de direitos trabalhistas próprios dessa modalidade de relação jurídica.

O governo brasileiro procurou dar um passo com a apresentação de um projeto de lei que, no entanto, inicialmente não foi bem recebido por parcelas expressivas da sociedade.

O desafio está com o Congresso Nacional, que deverá então debater o tema e estabelecer o conteúdo de um modelo jurídico que permita o cumprimento da função essencial do direito do trabalho, qual seja, a proteção à pessoa humana que trabalha.

Enfim, “esqueceram uma semente, em algum canto de jardim”.

4. Bibliografia

KALIL, Renan Bernardi. A Regulação do Trabalho via Plataformas Digitais. São Paulo: Blucher, 2020. In: <https://openaccess.blucher.com.br/article-list/9786555500295-476/list#undefined>

MARTINEZ, Pedro Romano. Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, RFdul/IIIR, 2020, vol. 2, p. 583-607

STEFANO, Valerio De. “Negotiating the algorithm”: Automation, artificial intelligence and labour protection. Genebra: INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2018

Valor Econômico - Proposta para aplicativos compromete Previdência, 10/06/2024



REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL E DESORGANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO - REFLEXÕES SOBRE A CRISE BRASILEIRA

*BUSINESS REORGANIZATION AND DISORGANIZATION OF LABOR LAW -
REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN CRISIS*

Thereza C. Nahas¹

Sumario: 1. Considerações preliminares; 2. Breves considerações sobre direitos fundamentais; 3. Formas atuais de organizações empresariais; 4. Reorganização empresarial e desorganização do direito do trabalho; 5. Empresas complexas; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

Resumo:

As constantes mudanças nas organizações empresariais e as transformações geracionais reclamam a atualização das regras e disciplina no direito do trabalho que não se acomoda ao modelo que serviu de formação para a fixação dos direitos mínimos dos trabalhadores. O núcleo duro dos direitos fundamentais deve ser protegido, considerando, sobretudo, as expectativas dos trabalhadores e com atenção a uma sociedade cada vez mais globalizada e em transformação constante ante os contundentes impactos da tecnologia cada vez mais avançada. A proteção ao trabalhador deve ir além dos limites traçados pelo contrato subordinado, bem como harmonizar-se com as novas formas de organização empresarial cada vez mais complexas.

Abstract:

The constant changes in business organizations and generational transformations demand the updating of rules and discipline in labor law that does not

¹ UOC - Universitat de Catalunya. Tnahas70@gmail.com.

accommodate the model that served as training for the establishment of minimum workers' rights. The hard core of fundamental rights must be protected, taking into account, above all, the expectations of workers and with attention to an increasingly globalized and constantly changing society in the face of the overwhelming impacts of increasingly advanced technology. Worker protection must go beyond the limits set by the subordinate contract and be in line with the new forms of business organization that are becoming increasingly complex.

Palavras-chaves: empresas complexas, direitos fundamentais, harmonia e desenvolvimento entre o social e o econômico, direitos e liberdades fundamentais.

Keywords: complex enterprises, fundamental rights, harmony and development between social and economic aspects, fundamental rights and freedoms

1. Considerações preliminares

Tradicionalmente o estudo do direito do trabalho preocupa-se com a posição do trabalhador em uma relação de trabalho subordinada. Um dos temas mais instigantes e contraditórios que tem provocado discussões intensas na doutrina e jurisprudência brasileiras está, justamente, fundado no impacto que a tecnologia teria sob a relação trabalhista e o aprofundamento da precarização do trabalhador em razão dos novos tipos contratuais. O quadro desenhado pelos protecionistas mais radicais retrataria algoritmos, robôs e todo tipo de recurso de inteligência artificial, esmagando o direito do trabalho e multinacionais da tecnologia explorando todos os campos públicos e privados em um ambiente absolutamente desregulado e suscetível ao poder econômico.

Há um misto de sentimento de incredulidade e suspeita de que a Corte Constitucional brasileira estaria contribuindo para o fim do direito do trabalho, bem como para o desmoronamento dos alicerces do sistema protetivo que foi construído no sistema nacional ao longo

da década de 40 com aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (daqui por diante, CLT) e definitivamente levado ao *status* de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 (daqui por diante, CF/88).

A reforma laboral de 2017, apontada por muitos como um instrumento de violação às regras consolidadas e início da abertura indiscriminada da exposição das fragilidades do sistema legislativo e jurisdicional, teria sido a peça que faltava para a derrocada do sistema nacional de proteção ao trabalhador.

Por outro lado, há os que sustentam a necessidade de atualizar o direito laboral nacional, que deve adequar-se aos novos tipos contratuais e as novas relações entre trabalhadores e empregadores. O direito do trabalho brasileiro deve modernizar-se e adaptar-se aos novos tempos².

Afinal, há algum eixo de convergência nos extremos das posições que aparecem no cenário em que se discute as relações de trabalho atuais?

2. Breves considerações sobre direitos fundamentais

O primeiro ponto a considerar e que seve a constatação de que o social e econômico devem convergir, é que as posições extremas dos debates sobre a tutela dos trabalhadores e liberdade econômica tem por fundamento, os direitos fundamentais com especial referência a CF/88. Além disso, cada dia é mais crescente, a orientação de decisões através do controle de convencionalidade, bem como o respeito

² MIGALHAS: Para ministra Peduzzi, STF tem sido sensível as novas formas de trabalho (29/11/2023), disponível em Para Peduzzi, STF tem sido sensível a novas formas de trabalho - Migalhas, acesso em 22/4/2024.

a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (daqui por diante, CIDH ou Carta) e referência a alguma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui por diante, Corte IDH ou Corte). Observo que este último instrumento vem sendo exposto mais a menudo, nas decisões dos Tribunais Superiores e em matéria criminal, previdenciária e administrativa³ do que no âmbito das 1ª e 2ª instâncias dos Tribunais do Trabalho que julgam com fundamento nos instrumentos do sistema interamericano de direitos humanos de forma muito pontual e tímida.

O sistema americano, conserva uma mesma base de proteção aos direitos sociais e econômicos, através da regra insculpida no art. 26 CIDH. A formação da estruturação dos direitos humanos e fundamentais se deu, especialmente no pós 2ª Guerra Mundial, período este que coincide com um importante desenvolvimento econômico e social seja pela busca de um ambiente de paz e prosperidade, seja pela necessária conservação e alcance da dignidade do ser humano, ou mesmo pelos

³ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (daqui por diante por sua sigla STJ) é a mais rica na observância das decisões de âmbito internacional, especialmente no que concerne as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui por diante por sua sigla Corte IDH). O Supremo Tribunal Federal (daqui por diante por sua sigla STF), também tem sido atento aos entendimentos da Corte IDH, especialmente no que se refere ao respeito ao núcleo essencial da proteção a direitos fundamentais e a vedação do retrocesso. O Tribunal Superior do Trabalho (daqui por diante por sua sigla TST) é o Tribunal onde se observa uma maior escassez de citações. A tendência que se espera é de um aumento da interpretação entrelaçada no direito nacional com o interamericano, especialmente após o Conselho Nacional de Justiça (daqui por diante por sua sigla CNJ) ter se declarado o guardião das decisões da Corte IDH. De toda sorte, o próprio CNJ, em decisões importantes, não fez qualquer referência a interpretação da cláusula de não retrocesso como ocorreu no caso das audiências telepresenciais e processo eletrônico que o CNJ julgou o procedimento contra os objetivos das próprias regras do CNJ e sem qualquer consideração ao direito fundamental do acesso à justiça. Sobre o tema, ver Nahas, Thereza Christina, “Pós-Pandemia”: A Encruzilhada do Acesso à Justiça no Marco do PJE no Brasil, *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*: São Paulo, vol. 233, jan/fev 2024.

avanços tecnológicos que foram desenvolvidos no ambiente de guerra⁴. Igualmente, o clima das Américas não era distinto e, paralelo ao nascimento da Organização das Nações Unidas (daqui por diante, por sua sigla ONU) se formava a Organização dos Estados Americanos (daqui por diante, por sua sigla OEA)⁵. Tem início, com a instituição destas organizações, um novo sistema ético, fundado na pessoa humana e em sua dignidade. Mas é evidentemente, que as questões econômicas não poderiam ser rechaçadas ou afastadas, de modo que

“no plano normativo internacional, prevaleceu a tese dos países do bloco ocidental, liderado pelos Estados Unidos, de cingir os direitos humanos em dois pactos distintos (PIDCP e PIDESC) em razão do modo diferenciado de implementar direitos “civis e políticos” (auto-executáveis), daqueles considerados “econômicos sociais e culturais” (normas programáticas)”⁶.

⁴ “Cuando la Segunda Guerra Mundial estaba a punto de terminar en 1945, las naciones estaban en ruinas y el mundo quería la paz. Representantes de 50 países se reunieron en San Francisco en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional del 25 de abril al 26 de junio de 1945. Durante los siguientes dos meses, procedieron a redactar y luego firmar la Carta de la ONU, que creó una nueva organización internacional, las Naciones Unidas, que, se esperaba, evitaría otra guerra mundial como la que acababan de vivir” (ONU: Historia de las Naciones Unidas, disponível em [Historia de las Naciones Unidas | Naciones Unidas](#), acesso em 16/4/2024).

⁵ “A OEA foi fundada em 1948 com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA que entrou em vigor em dezembro de 1951. Posteriormente, a Carta foi emendada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967 e que entrou em vigor em fevereiro de 1970; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985 e que entrou em vigor em 1988; pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993 e que entrou em vigor em janeiro de 1996; e pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992 e que entrou em vigor em setembro de 1997.” (OEA, quem somos, disponível em [OEA: Quem Somos \(oas.org\)](#), acesso em 14/4/2024)

⁶ DIAS BARROS, Alan & LOPES DE OLIVEIRA, Gleydson Kleber, *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da Programaticidade a Juridicidade* in *O Desafio dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (2019), Fortaleza: FB Editora, p. 11.

Com isso nasce a natureza de direitos fundamentais do direito econômico e social, o que não quer dizer que, a busca pela convivência harmoniosa com os direitos sociais tenha sido alcançada com a publicação e vigência daqueles pactos internacionais ou mesmo com a adoção, em 1969, da CIDH que inseriu, como já disse, a solitária cláusula do art. 26⁷ que trata da necessária harmonia entre aqueles direitos bem como a vedação do retrocesso.

A preocupação com a tutela dos direitos fundamentais ganha inúmeros instrumentos no âmbito internacional. Cito, especialmente, dois paradigmas, que vão servir de suporte a interpretação para harmonizar os direitos econômicos e sociais no âmbito das Cortes supranacionais que são a Carta Social Europeia, chamada de *Carta Social da Europa*, aprovada em 18/10/1961, atualizada 1996, e que representa o instrumento mais importante e completo destinado a tutela direitos sociais⁸. E, no âmbito americano se aprovou em 4/6/2012 a Carta Social das Américas que reafirma os compromissos que os Estados assumiram na ratificação da Carta da OEA e da CIDH. Como todos os instrumentos internacionais desta natureza, em ambos se vê a reiteração do caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos e seu papel essencial para o desenvolvimento social. Na Carta Social das Américas, em um dos *considerandos* reafirmou-se que, para o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais é necessário a adoção progressiva de medidas dos Estados membros assim como a cooperação regional e internacional.

⁷ A expressão é de COURTIS, Cristian in *Protección Internacional de Derechos Humanos - Nuevos desafíos* (2005) Editorial Porrúa, México.

⁸ YouTube: Carmen Salcedo habla sobre la Carta Social Europea, disponível em <https://youtu.be/vTpDbwF3GPK?si=noL9B9lcd-an0o03>.

Portanto, para se interpretar reformas e decisões dos Tribunais, é necessário considerar tais parâmetros, sob pena de tornar a proteção a direitos fundamentais dos trabalhadores, um discurso retórico, além de impactar fortemente a economia e provocar o efeito dominó da desigualdade social e pobreza.

Cumprе lembrar que, no sistema constitucional brasileiro, a conciliação entre as duas liberdades se faz presente no art. 170 que deve conjugar-se com o art. 7º da CF/88. O segundo, é que, passados mais de cem anos da inauguração da Organização Internacional do Trabalho (daqui por diante, OIT) e os mais de 75 anos de formação do bloco americano, os pontos de divergência que se vê na tutela das duas liberdades, guardam idênticas dificuldades que apresentaram no século passado e, também, sob o discurso da revolução trazida pelas máquinas de produção, subsistindo as semelhantes dificuldades em se conciliar a tutela das questões sociais e econômicas especialmente em razão da evolução social e, incrementada, pela quebra de fronteiras e mobilidade do capital e de pessoas, facilitada pela tecnologia e pela globalização⁹.

Há que pontuar que o direito supranacional especialmente de natureza trabalhista, passou a ter um protagonismo maior especialmente nos períodos de crises e pós-crise, o que se acentuou no período pandêmico da COVID-19 e que provocou uma união mais estreita entre diversos povos no mundo, não verificada com a mesma grandeza na crise de 2008 cujos impactos econômicos e seus desdobramentos, não obstante provocarem algumas ações globais comuns,

⁹ NAHAS, Thereza C, Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur (2016), ed. Bomarzo, Albacete (Espanha).

isso ocorreu de forma distinta e mais desordenada nas diversas partes do mundo e, também, em períodos de tempos diferentes.

Ratifica esta afirmação o fato de que, no Brasil, as discussões em torno do teletrabalho foram aprofundadas e ganharam o protagonismo que era necessário, durante e pós pandemia. No mesmo dia-pasão as questões relacionadas ao trabalho em plataformas digitais, mas especificamente às relativas a transporte de pessoas e coisas, irrompeu na mesma época. Não obstante, ambas as situações merecessem ir além da situação de trabalho em períodos de crise, não se chegou, até o momento, a um consenso sobre a regulamentação (ou não) destas relações e, tampouco, sobre a necessária transição do trabalhador do mundo analógico ao digital, ou do trabalho típico as situações atípicas. Não quero dizer que antes não houvesse reflexões sobre o trabalho com uso da tecnologia da comunicação e informação (daqui por diante, por sua sigla, TIC), mas sim que o movimento brasileiro, no âmbito das relações de trabalho ainda é tímido, partindo sempre do núcleo duro da Consolidação das Leis do Trabalho (daqui por diante por sua sigla, CLT) da década de 40 e limitado a organização empresarial da mesma época, ambos incompatíveis as situações atuais.

Há um apego injustificável, especialmente no âmbito da jurisprudência trabalhista, em reconhecer a relação de trabalho linear e subordinada, desprezando-se outras formas de trabalho não convencionais que continuam regulamentadas em zonas cinzentas e marginalizadas, não obstante a CF/88 refira-se a necessária proteção

ao trabalho (e não necessariamente do tipo contratual subordinado)¹⁰.

Uma parcela importante da jurisprudência trabalhista, considera a CLT o único instrumento para a tutela das relações do trabalho e as várias divergências jurisprudências no âmbito de mesma Turma julgadora no âmbito dos Tribunais levam as empresas ao ápice da insegurança, impossibilitando o cálculo do risco econômico de suas ações e aumentando absurdamente os custos de suas atividades e administrações. Tudo isso viabiliza, muitas vezes de maneira inconsciente e não desejada, a suposta fraude com suporte no sistema protetivo. É possível concluir que a legislação e a jurisprudência contraditória, viabilizam o descumprimento (voluntário ou involuntário) do sistema de proteção e do equilíbrio entre o social e o econômico, assim como incrementam a litigiosidade e o assoberbamento do volume de causas nos Tribunais. Ou seja, o que poderia ser objeto de diálogo social acaba nas mãos do Judiciário numa verdadeira roda vida cuja pacificação de conflitos e equilíbrio das relações jurídicas se tornam cada vez mais difíceis em se alcançar.

¹⁰ A sentença que representa um marco nas discussões quanto a subordinação do trabalho nas empresas de plataformas de transporte foi a proferida no processo ACPCiv 1001379-33.2021.5.02.0004, da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo, em 14/9/2023. O maior impacto se deu pelo montante da indenização fixada em 1 bilhão de reais e a declaração de vínculo de subordinação para todos aqueles que prestam serviços por meio da plataforma de modo indiscriminado e em abstrato. A íntegra da sentença se pode ver em 3438631369_uber.pdf (uol.com.br), acesso em 24/4/2024.

É neste cenário absolutamente turbulento, que assistimos a um dos maiores embates jurídicos em âmbito dos três poderes. O STF com fundamento naquilo que se fixou com o Tema 725¹¹ e visando acabar com a divergência de decisões no âmbito do Judiciário Trabalhista, aumenta a esfera da interpretação do julgamento que teve como fundamento a licitude e alcance da terceirização, para simplesmente afirmar que há outras formas de contratos de trabalho que não somente o contrato subordinado.

Não pretendo aqui, entrar no âmbito da discussão de *subordinação* e *autonomia* das relações trabalhistas, mas sim deitar os olhos sobre a impossibilidade de se cumprir o modelo tradicional pela estrutura organizacional que as empresas apresentam, especialmente as multinacionais e de tecnologia. Isto é, o contrato de trabalho, de qualquer natureza, é um negócio jurídico entre duas partes e o estudo e solução sobre contradições e divergência de interesses não pode ser logrado se os projetos e estudos se centram unicamente em uma das partes deste contato, ignorando as peculiaridades de cada situação e característica da outra parte do vínculo que repousa aquele negócio.

3. Formas atuais de organizações empresariais

A vulnerabilidade do trabalhador não decorre da tecnologia e da ganância das empresas, mas é resultado de fatores vários e de

¹¹ Tese do Tema 725: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

distintas naturezas, como por exemplo, a ausência de políticas públicas de educação e formação do trabalhador; da omissão das representações sindicais em preocupar-se com formação, atualização e inclusão dos trabalhadores frente a crescente onda de reestruturação empresarial, bem como de negociar efetivamente no interesse dos trabalhadores e situações jurídicas não regulamentadas no contrato de adesão regulado na CLT; e, por fim, políticas desenvolvidas pelo Estado para os processos de transição econômica e do mercado laboral.

Em nenhum momento da história a tecnologia foi estranha ao direito do trabalho. Na 1ª revolução industrial o direito do trabalho acompanhou as formas de organização empresarial e foram estabelecidas regras adequadas a estrutura vertical empresarial e a relação linear entre trabalhador e empregador. Assim nasceu a CLT, embora com alguns anos de atraso, mas adequada para o Brasil da década de 40, em uma economia impactada pelo clima favorável do crescimento econômico resultante do pós-guerra e por importantes medidas que Getúlio Vargas adotava nas áreas de transportes e energia, bem como com a abertura de portos e usinas hidrelétricas, aspirações para abertura de um mundo “moderno”¹².

¹² “Em novembro de 1937, o presidente Getúlio Vargas dissolve o Congresso e as Assembleias Legislativas Estaduais, ordena o fechamento dos partidos, passa a perseguir seus opositores e outorga uma nova Constituição, instituindo o Estado Novo. Dois anos depois, cria o Departamento de Imprensa e Propaganda, órgão responsável pela censura aos meios de comunicação e pela propaganda oficial. A despeito desse regime ditatorial, vigente até 1945, Vargas é um estadista hábil e carismático que governa com o apoio de amplos setores da sociedade, inclusive dos militares e em especial da classe trabalhadora, cujos sindicatos mantêm atrelados ao Estado. Entretanto, ante a onda de redemocratização que varre o mundo ao final da Segunda Guerra Mundial, o Estado Novo torna-se politicamente insustentável e Vargas é deposto pelos chefes das Forças Armadas em 29 de outubro de 1945. Então, José Linhares, presidente do Supremo Tribunal Federal, assume o

Todavia, na década de 60/70 verifica-se uma profunda mudança nas relações econômicas globais que são impactadas pela expansão tecnológica adquirida especialmente por ocasião de alguns fatos históricos importantes como a Segunda Guerra, a Guerra Fria e a crise do petróleo, fatores estes que vão refletir de modo crucial na tomada de decisão das empresas e nas suas organizações horizontal, bem como na formação em grande escala de grupos empresariais diversificados.

É certo que entre novembro de 1966 a fevereiro de 1974 o Brasil atingiu recordes históricos especialmente pela notável confiança no setor industrial. A partir deste momento, a economia brasileira ainda apresentou um índice elevado, o que se deu

“até o início dos anos 1980 quando a indústria iniciaria uma fase bem menos favorável. O bom resultado pode ser atribuído aos planos promovidos pelo governo em prol da industrialização, tais com o PED e o I PND, associados à política monetária expansionista, fortes investimentos públicos com recursos internos e externos e crescimento da produção. Somam-se a estes fatores a política de contenção de salários, tendência que seria pouco

governo interinamente. O declínio da ditadura do Estado Novo, porém, é anterior à queda de Vargas. Desde o início de 1945, cedendo à pressão da sociedade civil organizada, o governo vinha liberalizando o regime. A legislação trabalhista é ampliada e sistematizada, com a instituição do salário-mínimo e do imposto sindical (1940), da Justiça do Trabalho (1941) e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (1943), que reúne todas as resoluções tomadas desde 1930 na área trabalhista. A educação profissional e as necessidades sociais dos trabalhadores são contempladas com a criação do sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Social da Indústria (Sesi) e Serviço Social do Comércio (Sesc)” (CÂMARA DOS DEPUTADOS: registro das sessões- década de 40, disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/visitantes/panorama-das-decadas/decada-de-40>, acesso em 23/4/2024).

sustentável em um ambiente democrático. A situação começou a mudar em 1978, após a segunda crise do petróleo. Com a pressão de preços da *commodity* se espalhando para outros preços nas economias desenvolvidas, as taxas de juros internacionais começaram a se elevar, numa espiral que culminou em forte aceleração da inflação brasileira e um início de dificuldades no pagamento das dívidas contraídas nos anos anteriores, boa parte delas a juros flutuantes. A década de 1980 seria ruim para a economia brasileira, com muitas idas e vindas, além dos malfadados planos econômicos que buscavam conter, sem sucesso, a escalada inflacionária (...) A confiança industrial só retornaria a níveis mais altos de forma consistente na década de 2000, entre 2004 e 2013, sendo o ponto mais alto alcançado em fevereiro de 2010”¹³

Não obstante, se vê avanços no setor econômico e na estruturação empresarial. As reformas necessárias na estruturação do contrato de trabalho, suas cláusulas e a formação de trabalhadores foram temas que não se desenvolveram e, sob as conturbações de um regime ditatorial e na transição dele, o que se alcançou foi inserir na Carta Constitucional um rol de direitos trabalhista que, em razão da geografia que optou o legislador, permite que qualquer matéria contratual, como por exemplo, hora extra e relação de trabalho, possa chegar às instâncias superiores isto é, ao STF, como vem ocorrendo com as divergências que se assistem por exemplo, em torno do chamado Tema nº 725. O sistema Constitucional não somente viabiliza a

¹³ PERIGAO, Claudia & CAMPELO JUNIOR, Aloisio, Um novo olhar sobre a economia brasileira nos anos 60 e 70 (28/10/2021) disponível em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/um-novo-olhar-sobre-economia-brasileira-nos-anos-60-e-70>, acesso em 22/4/2024.

apreciação de temas trabalhistas pelo STF como confere a este Tribunal a competência para conhecer de temas tipicamente contratuais, como por exemplo, horas extras noturnas ou mesmo a extensão do conteúdo das negociações coletivas que foi fixada no Tema 1046¹⁴.

Todavia, vieram nos anos 90, 2000, as várias integrações internacionais, abertura econômica definitiva, desenvolvimento tecnológico avançado e movimentação massiva de trabalhadores dentro e fora do país. Sem embargo, ainda assim, o direito do trabalho não foi capaz de acompanhar as movimentações e mudanças que ocorriam no mercado de trabalho, insistindo-se pela formação de uma jurisprudência, muitas vezes ativista e inflexível, cujo combate acabou por ser o pano de fundo da reforma trabalhista de 2017 que, mais além da intenção de atualizar as relações de trabalho e aumentar a empregabilidade, visou impedir a formação de regras com conteúdo de lei pelo TST. Isso não contribui, necessariamente, para a atualização do direito do trabalho, mas sim viabilizou o aumento das divergências e posições extremas sobre temas fundamentais inerentes a relação de trabalho que pouco vem aportando resultados para a efetiva tutela das *novas* e *antigas* relações entre trabalhador e empregador.

Assim, ante a inércia do TST em discutir o tema sobre a descentralização produtiva com atualidade e considerando aspectos

¹⁴ Tema 1046 - Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente. Tese: São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

fundamentais do instituto para o crescimento econômico e a efetiva tutela do trabalhador na relação da cadeia de produção e, diante da insistente e inflexível Súmula 331¹⁵, o STF, em 2019¹⁶, é que o Tema nº 725 nasceu.

A situação acabou por provocar o debate sobre novas *ou distintas formas de relações de trabalho* e *necessidade de atualização do direito do trabalho* e das *novas formas de organização empresarial*. Assim que, o STF posicionou-se quanto a questão das formas atípicas de contratação trabalhista, tema este que a Justiça laboral, ainda hoje, insiste em ignorar, assistindo-se a um verdadeiro embate entre as posições das Cortes Superiores, fato este que tem levado o STF e o STJ a entenderem que a melhor solução será a de manter a análise

¹⁵ Súmula 331: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

¹⁶ STF, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 324 DISTRICTO FEDERAL, disponível em Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), acesso em 25/4/2024.

do contrato de trabalho no seu sentido amplo e desde que não se verifique a expressa anotação de vínculo subordinado à justiça civil e não trabalhista¹⁷.

Instaurou-se a grande polêmica nacional sobre o fim do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho suscitando vários debates até que o decano Ministro Gilmar Mendes do STF questiona o tamanho da Justiça do Trabalho brasileira¹⁸, enquanto o Presidente de República afirma que “os trabalhadores brasileiros não querem mais ficar presos à CLT”¹⁹.

A reflexão que vem à mente é de saber se seria possível afirmar que o STF e o presidente da república estariam violando o art. 26 da CIDH e, assim, incentivando a precarização da relação do trabalho.

Não seria razoável em uma sociedade democrática e que tem implementado medidas para o desenvolvimento progressivo, que tal afirmação pudesse proceder, pois, desde logo, isso seria admitir que o Brasil estaria violando direitos fundamentais e os compromissos internos e internacionais assumidos pelo Estado em todos os níveis de Poder. Além disso, admitir isso seria admitir que tudo isso estaria ocorrendo sob os olhos de um Poder Legislativo inerte.

¹⁷ O STF, até a data de fechamento deste artigo, ainda não se manifestou sobre a questão da competência. Mas o Superior Tribunal de Justiça que tem a competência constitucional para decidir o conflito de competência entre a Justiça Trabalhista e Comum, decidiu que a competência para decidir a validade ou não dos negócios jurídicos contratuais em que há prestação de serviços, é da Justiça Comum (STJ, Assunto: CONFLITO DE COMPETÊNCIA n. 202726/SP (2024/0026816-6) em 15/2/2024; e Assunto: CONFLITO DE COMPETÊNCIA n. 203057/SP (2024/0050388-0) em 04/04/2024).

¹⁸ CONJUR: “É preciso Repensar o Tamanho da Justiça do Trabalho, afirma Gilmar” (1/4/2024) disponível em “É preciso repensar o tamanho da Justiça do Trabalho no Brasil, afirma Gilmar Mendes” (conjur.com.br), acesso em 2/4/2024.

¹⁹ CNN Brasil: “Trabalhadores não querem mais CLT, diz Lula” (7/3/2024), disponível em “Trabalhadores não querem mais CLT”, diz Lula | CNN Brasil, acesso em 8/3/2024.

Efetivamente, as ações e políticas de governo, tem sido estabelecidas de maneira a cumprir a Agenda 2030, entre tantos outros que o País tenta executar para alcançar o desenvolvimento humano e econômico.

4. Reorganização empresarial e desorganização do direito do trabalho

Não se pode ignorar que o Brasil ocupa a 9ª colocação na economia mundial²⁰ e parece necessário que se volte os olhos a necessária harmonia entre o social e econômico, considerando as orientações da indústria 5.0²¹ e a declaração de centenário da OIT²² que considera o ser humano no centro de todas as coisas, a proteção ambiental como elemento necessário para a conservação da vida e a tecnologia a serviço do bem-estar e da dignidade. É necessário refletir sobre o tema da proteção jurídica do trabalhador e das relações do trabalho dentro do marco jurídico da reorganização empresarial ocorrida nos

²⁰ Agência GOV: Brasil sobe em ranking e se torna a 9ª maior economia do mundo, diz o FMI (19/12/2023), disponível em “Brasil sobe em ranking e se torna a 9ª maior economia do mundo, segundo FMI – Agência Gov” (ebc.com.br), acesso em 1/4/2024.

²¹ “The Industry 5.0 Award provides a vision of the future of European industry, which aims to achieve societal goals beyond jobs and growth. Industry would become a resilient provider of prosperity, by making production more sustainable and placing the wellbeing of the worker at the centre of the production process” (tradução livre: O Prémio Indústria 5.0 fornece uma visão do futuro da indústria europeia, que visa alcançar objetivos sociais para além do emprego e do crescimento. A indústria tornar-se-ia um fornecedor resiliente de prosperidade, tornando a produção mais sustentável e colocando o bem-estar do trabalhador no centro do processo de produção) in Comissão Europeia: What is Industry 5.0? Disponível em Industry 5.0 - European Commission (europa.eu), acesso em 28/4/2024)

²² OIT: Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho, disponível em wcms_749807.pdf, acesso em 24/4/2024.

últimos anos para que se possa alcançar o perfeito equilíbrio e o alcance do trabalho decente que

“el seno de la OIT se le han atribuido los siguientes caracteres:

- trabajo productivo y seguro
- con respeto a los derechos laborales
- con ingresos adecuados
- con protección social
- con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación”²³

Mais que isso, seria compreender que o modelo contratual que se encontra na base do direito do trabalho nacional e que se implementou no século passado, não se pode ajustar as novas modalidades de negócios, embora o núcleo duro da proteção social não se alterou, apesar das evoluções tecnológicas e industriais, as aspirações dos trabalhadores são as mesmas, isto é, a busca pelo trabalho e pela vida digna que lhes permita conciliar a vida laboral com a vida privada e que a produtividade desenvolvida ao longo da vida seja recompensada pelo descanso para o qual contribuirá durante toda a sua vida e que isso não lhe seja sonegado.

Tudo isso deve somar-se a nova característica de trabalhadores que está atualmente no mercado de trabalho e aquela geração que ocupará os espaços do mercado nos próximos anos, cujas aspirações de vida e expectativas de trabalho são absolutamente distintas das

²³ RASO, Juan, Trabajo Decente y Derechos Humanos Laborales (nov/dez. 2022) Revista de direito do trabalho e seguridade social: vol. 48, n. 226.

gerações anteriores²⁴. É certo que o núcleo duro (ou núcleo essencial, expressão utilizada pelo STF)²⁵ dos direitos conquistados não se pode perder, mas os instrumentos de proteção devem ser entendidos dentro da nova ordem social e econômica, bem como a acomodação deles deve ser entendida dentro do atual contexto social e econômico, com respeito às expectativas dos trabalhadores. O sistema de proteção deve ser entendido e aplicado às *novas relações trabalhistas* e coordenado com as novas tecnologias, preservando a organização empresarial e os limites dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Lembro, ainda, que Fernando Valdés, cunhou estes movimentos de mudança e fratura do direito como a *desorganização do direito*

²⁴ ACTIVO: La generación que no se casa con el trabajo: "Estar siempre en la misma empresa es perder el tiempo" (14/4/2024) disponível em TRABAJO JOVENES | La generación que no se casa con el trabajo: "Estar siempre en la misma empresa es perder el tiempo" | El Periódico de España (epe.es), acesso em 15/4/2024.

²⁵ O STF tem atentado em vários julgados para o respeito ao núcleo essencial dos direitos sociais. Veja por exemplo: "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. EC 86/2015. PISO PROGRESSIVO PARA O INVESTIMENTO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. PARTICIPAÇÃO NO RESULTADO OU COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. DIREITO SOCIAL À SAÚDE E VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. A Constituição atribuiu ao legislador ordinário a competência para definir critérios para a alocação de recursos orçamentários em ações e serviços de saúde, com cominações específicas, no §§ 2º e 3º do art. 198 para a satisfação da exigência constitucional então estabelecida, matéria que, não se qualificando como cláusula pétrea, pode ser objeto de alteração pelo legislador constituinte reformador. 2. O próprio texto constitucional admite flexibilidade na fixação dos parâmetros referidos no art. 198, § 2º, CF, mediante: (a) a diferenciação de índices conforme o nível federativo; (b) a atribuição de competência à União para edição de lei complementar estipulando os patamares mínimos referidos pelo art. 198, § 2º, entre outras matérias; e (c) a obrigatoriedade de reavaliação dessa disciplina normativa a cada 5 (cinco) anos. 3. A Emenda Constitucional 86/2015, ao inovar na disciplina constitucional referente ao investimento público em ações e serviços de saúde, não vulnerou o núcleo essencial das garantias sociais previstas na Constituição em prol das políticas públicas de saúde. 4. Ação Direta julgada improcedente." (ADI 5595, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-03-2023 PUBLIC 24-03-2023).

do trabalho e chamou a atenção sobre os movimentos da década de 70, certamente um dos mais impactantes e importantes capazes de provocar o debate europeu sobre as novas formas de emprego, tema este que se assiste no Brasil neste momento, ainda que a realidade já batesse à nossa porta e insistíamos em ignorá-la. Observou o Professor e Magistrado da Sala Social do Tribunal Constitucional Espanhol que,

“unas formas de trabajo respecto de las cuales el contrato de trabajo estable y la jornada completa «deja de ser la estrella polar del Derecho del Trabajo (...) las fórmulas de ocupación estaban produciendo el doble fenómeno de «la destipificación del contrato de trabajo y de sus rasgos predominantes y hegemónicos y de descomposición de los generales, inderogables y uniformes valores normativos de tutela del orden laboral», señalando cómo las tradicionales desviaciones del contrato-tipo, «que antes no pasaban de ser figuras extravagantes en el orden político y común laboral industrial», se multiplicaban y diversificaban, adquiriendo una nueva pujanza. El pluralismo tipológico (...) «no es ya más un episodio coyuntural, sino una nueva realidad estructural que se extiende imparablemente a costa del decrecimiento del trabajo estable y protegido, mermado también por el nuevo aliento tomado por el trabajo autónomo y cooperativo»²⁶.

Toda a tecnologia adquirida e desenvolvida nos mais de 250 anos de história, contribuíram para uma realidade incontestável, isto é, estamos entrelaçados por atividades econômicas de natureza global que se rege por uma cultura e sociedade em rede que poderia ser

²⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Descentralización Productiva y Desorganización del Derecho del Trabajo* (2001), *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 2, págs. 41-64.

representada por uma enorme teia de aranha, dirigida por “*un sistema de media onipresente, único y altamente diversificado*”²⁷.

Não há outra solução que não a de valorar em que medida estas restaurações empresariais e as mudanças produzidas ao largo dos anos e depois das muitas revoluções industriais e tecnológicas, incidiram na suposta solidez do contrato de trabalho típico, inerentes as empresas verticais em que o empregador controlava todo o ciclo de produção, distribuição e venda de produtos e serviços, bem como era o organizador e detentor do tempo de trabalho.

A nota típica deste tipo contratual é a bilateralidade. As posições jurídicas do trabalhador e empregador, deveres, direitos e responsabilidade são absolutamente bem definidas. Em situação oposta, as empresas atuais são cada vez mais heterogêneas, complexas e entrelaçadas em teias de aranha que dificultam os relacionamentos. O impacto que estas empresas têm no mercado interno e internacional depende do seu tamanho e complexidade. Muitas relações empresariais ocorrem entre empresas que possuem relações complexas e que se formam em organizações verticais ou horizontais que podem se dar de maneira “*progresiva* (materia prima - producto intermedio - producto final) y *regresiva* (producto final - distribución)”²⁸.

São relações empresariais que são impulsionadas por movimentos econômicos e suas respectivas políticas de ganhos e concorrência se faz a nível global. Ainda assim, é possível constatar que a

“interdependencia de los mercados y la continua transferencia de

²⁷ *Ibidem*, p. 49 (texto original).

²⁸ Instituto Nacional de Estadística: Delineación de empresas complejas en el INE, departamento de metodología de producción estadística, disponível em https://www.ine.es/metodologia/t37/t3730200_profiling.pdf, acesso em 15/9/2023.

tecnología justifican el impulso de procedimientos más estandarizados para toda la comunidad estadística internacional. Los grandes actores económicos operan normalmente bajo estructuras jerárquicas, conformadas por grandes cantidades de unidades legales localizadas en diferentes países. Estos organigramas adoptados por los grupos empresariales difieren sustancialmente de sus estructuras operativas. La brecha creciente entre ambos conceptos organizativos hace muy complicado identificar verazmente las actividades económicas realizadas por estas grandes corporaciones y la producción realmente vendida al mercado”²⁹.

A descentralização das atividades produtivas e de serviços provocam a *disrupción* do modelo típico de empregador, isto é, o sujeito do contrato de trabalho tradicional deixou de exercer e gerir de forma direta os poderes a que se sujeita o trabalhador; some-se a isso que ele já não mais organiza e dirige por si só, a relação trabalhista. Se no modelo das contratações temporárias e terceirizadas o sentido de atividade própria e administração direta do trabalho executado pelo trabalhador se evapora, no contexto do mundo das empresas tecnológicas a situação é ainda mais complexa e nossas normas jurídicas não são suficientes e nem capazes de conferir a proteção social e trabalhista que o trabalhador necessita. No sistema deste século,

“la figura del empresario tiende a difuminarse o, al menos, a perder la transparencia que el principio de seguridad jurídica pide; a disolverse en una red de telaraña cuyo efecto social más inmediato no está siendo otro que el de acrecer la posición de fuerza de las

²⁹ *Ibidem*.

empresas ubicadas en el epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado”³⁰.

Cresce a expectativa pela concretização de um modelo de organização fundado no conhecimento e na responsabilidade como uma crescente divisão de trabalho e coordenação hierárquica baseada num entrelaçamento de relações diversas que substituem aquelas existentes no modelo taylorista-fordista. Tais relações se assemelham e chegam a confundir-se com as organizações sem hierarquia, com base em estruturas compostas por pessoas que “cooperam com uma ampla margem de autonomia em vista dos objetivos”³¹. Como lembra Giuseppe Ludovico,

“Embora não haja razão para duvidar de que esse seja o efeito mais perturbador da quarta revolução industrial no campo do trabalho subordinado, é preciso, no entanto, fugir da tentação de cair no que foi chamado de “sinédoque trabalhista”³², ou seja, o hábito de confundir todos os vínculos realizados com ferramentas tecnológicas com os vínculos caracterizados pelo paradigma colaborativo (...) Isso se deve ao fato de que (...) o principal efeito da revolução digital não é a emancipação generalizada das restrições da subordinação, mas a crescente polarização entre as pessoas com altas habilidades, que desfrutam de maior autonomia, e aquelas que veem as conotações tradicionais de subordinação se tornarem mais pronunciadas”.

³⁰ *Ibidem*

³¹ LUDOVICO, Giuseppe, A Subordinação Plural na Época Digital - Modelo Italiano (2024) Ed. RT: São Paulo, coleção *Minibooks*, coord. Thereza C Nahas.

³² Para essa expressão, veja M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, p. 516.

A sociedade atual é caracterizada como sociedade da informação, embora a transparência destas informações nem sempre viabilizam o conhecimento efetivo das relações jurídicas que se formam. Muitos dos negócios são firmados pela aparência que eles parecem ter e não por aquilo que efetivamente representam, isto é, a esfera de conhecimento pode ser ampla, ao mesmo tempo que o alcance efetivo daquilo que parece ser e das intenções que aparentam ser, são superficiais. Tal cenário que não representa necessariamente situações fraudulentas, mas sim faz parte da natureza dos novos negócios, ao somente quando se considera a parte contratante, mas também, a contratada. O universo dos negócios tecnológicos e sem fronteiras, muitas vezes se assemelha a um cenário de ilusão de ótica para todos que deles participam.

Por outro lado, há que considerar que estas relações são absolutamente importantes e necessária para o desenvolvimento interno do País, bem como para suas relações no âmbito internacional, fatores estes que, somado a outros não menos importantes, vão ser fonte de riqueza e desenvolvimento social e econômico para os Estados.

5. Empresas complexas

As organizações empresariais complexas não guardam nenhuma característica de pessoalidade e vão muito além das formações tradicionais de grupo empresariais verticais e horizontais. É certo que no modelo tradicional, ainda que se diga que o empregador é impessoal, há sempre uma identidade entre a pessoa jurídica que contrata

e seus sócios administradores, tanto que, tradicionalmente os trabalhadores se referem a eles como “patrão” ou o “dono da empresa”.

No modelo gerido pela tecnologia, os empregadores complexos sujeitam-se a inteligência artificial, algoritmos e todo tipo de ferramenta tecnológica. É uma realidade que nada se aproxima do modelo desenhado pela CLT que no art. 2º define a figura do empregador. O modelo mais próximo que poderia admitir uma interpretação sistemática, mas que conflitaria, assim mesmo, com os termos da Lei 6019/74 reformada, seria a do grupo de empresa cujo conceito trazido pela reforma trabalhista se socorreu do direito empresarial para caracterização desta figura, justamente para permitir o estabelecimento de responsabilidades solidárias. Há uma profunda mudança no tipo empresarial atual, formando-se vínculos jurídicos empresariais externos, inseguros e incertos que leva a completa ignorância sobre aquele que é o gestor do negócio, especialmente por aquele que é contratado para a prestação dos serviços ou pela execução da produção³³.

Abre-se um grande leque de diversidade na organização empresarial e a complexidade das relações jurídica, comerciais e financeiras, viabiliza a convivência de modelos de relações de trabalho que

³³ Como ensina W. Sanguinetti, “detrás de esta opción se encuentran seguramente algunas de las consideraciones que sirven para fundamentar la inclinación por la formación de redes empresariales en el ámbito interno. Entre ellas, la conveniencia de aprovechar el grado de especialización de algunos colaboradores y la mayor flexibilidad y capacidad adaptativa de las empresas medianas y pequeñas. Esa clase de factores no permiten, empero, dar una explicación convincente de por qué la fragmentación de los procesos productivos se realiza en estos casos traspasando las fronteras nacionales y sin atender a los mayores riesgos que ello puede suponer desde la perspectiva de su control” (SANGUINETI RAYOMON, Wilfredo (2022), *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, p.22).

permeiam entre o contrato tradicional, em que se situam os trabalhadores com menos grau de conhecimento e formação; até alcançar os mais desconhecidos tipos negociais sobre os quais se formam relações de trabalho atípicas (trabalhadores com maior conhecimento e formação). Estas contratações, apresentam-se, em geral, de forma virtual e num emaranhado de negócios jurídicos e fáticos difusos e impessoais. É possível identificar, assim dois tipos contratuais *guarda-chuva* diversos que vão variar dependendo do maior ou menor grau de conhecimento e formação do trabalhador: (i) os tipos tradicionais em que o negócio jurídico se assenta nas relações diretas entre trabalhador e empregador, vinculados por uma relação linear; (ii) os novos modelos de relações complexas e difusas em que muitas vezes o destinatário da prestação de serviços ou elaboração do produto está fragmentado e linhas de produção virtuais e globais de trabalhos. serviços em que o trabalhador ignora, muitas vezes, quem é a pessoa que contrata o serviço ou produto executado.

No primeiro modelo os espaços físicos comuns são cada vez mais estreitos. No Brasil, em fevereiro de 2023, 85% dos postos de trabalho subordinado e formais foram criados por micro e pequenas empresas e não pelas grandes³⁴. Nesta porcentagem estão os microempreendedores individuais (daqui por diante, por sua sigla MEI) que já somam 74,2mil, numa porcentagem de 73% maior que em 2019. Um dado interessante é que 5,7% do total de trabalhadores que tomam a forma

³⁴ ASN Nacional: Micro e pequenas empresas criaram 85% das vagas de trabalho geradas em fevereiro (14/4/2023), disponível em <https://agenciasebrae.com.br/dados/micro-e-pequenas-empresas-criaram-85-das-vagas-de-trabalho-geradas-em-fevereiro/>, acesso em 14/09/2023.

de MEI (*peças jurídicas*) são imigrantes³⁵, tema este que mereceria um estudo a parte. No outro extremo encontram-se as empresas médias e grandes com suas organizações complexas e construções tecnológicas, forma que tem crescido absurdamente na figura das *startups* que de acordo com a Associação Brasileira de Startups,

“somente entre 2016 e 2019, houve um crescimento de 207% no número de novas empresas de tecnologia, saltando de 4.151 para 12.727. Quando se fala em unicórnios - startups avaliadas em mais de US\$ 1 bilhão - os números igualmente surpreendem. O report Retrospectiva 2021 do Distrito mostra que em apenas quatro anos, já são 20 os unicórnios brasileiros, sendo que 10 deles alcançaram esse status em 2021.

O mesmo relatório apresenta um aumento de mais de 200% em relação a 2020 no volume de investimentos em startups no país, totalizando US\$ 9,4 bilhões até novembro. Essa realidade de crescimento, aliada a tantas oportunidades de novos negócios inovadores, atrai cada vez mais o interesse de investidores no capital de risco”³⁶.

As organizações verticais complexas e as horizontais se dispersam e se apresentam com tantos tentáculos que não se pode identificar com segurança a origem dos mandos ou o destino da própria organização empresarial, servindo as startups de elos da grande cadeia que se utiliza da mais ampla gama de contratações de serviços e produtos

³⁵ Fenacon: Número de empreendedores estrangeiros no Brasil cresce 73% (21/6/2023), disponível em <https://fenacon.org.br/noticias/numero-de-empreendedores-estrangeiros-no-brasil-cresce-73/>, acesso em 14/9/2023.

³⁶ STARTUPI.COM: Reports mostram o cenário dos investimentos no Brasil em 2021 (11/7/2022), notícias disponível em Reports mostram o cenário dos investimentos em startups no Brasil em 2021 | Startupi, acesso em 17/4/2024.

completamente descentralizados e difusos. Até mesmo os trabalhadores que muitas vezes estão sob uma mesma organização o num mesmo espaço físico já não tem qualquer interesse comum no sentido conceitual que se valeu o direito do trabalho para concepção das normas comuns as diversas categorias de trabalhadores. Até porque, seus interesses muitas vezes são colidentes.

É possível assim, concluir que a universalização da informática e da comunicação afetou de forma irreversível o mundo do trabalho não somente no seu aspecto econômico, mas também, social. As transformações das empresas impactam e mudam o eixo das organizações empresariais, verificando-se cada vez mais uma interdependência econômica e negocial que vai além das fronteiras internas de um único país ou organização de países, e a resposta que se chega é «la necesidad de afrontar un entorno operativo en evolución constante»³⁷. Além disso, o maior conhecimento do trabalhador e sua capacidade de dominar a tecnologia faz com que desapareça a tradicional sujeição aos poderes do empregador.

É preciso compreender a mecânica destas organizações e como, inquestionavelmente, impactam especialmente na economia nacional, uma vez que nos elos da cadeia de produção se vê um número infindável de microempreendedores individuais, empresas pequenas e, até mesmo, trabalhadores autônomos semi-dependentes que não só contribuem para esta formação, mas passam a ser a engrenagem principal para o desenvolvimento econômico e social do País.

³⁷ VALDÉS DAL-REÍ, Fernando, *opus cit.*, p. 59.

6. Conclusão

Importa, lembrar que o fato de se pleitear o respeito pelo exercício da liberdade econômica e sua importância para o desenvolvimento social, importa no cumprimento do estabelecido na Declaração da ONU sobre os princípios regentes dos direitos humanos e as empresas multinacionais³⁸; as orientações da OIT sobre cadeias globais³⁹ e a declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho⁴⁰; e, por fim, no nas recomendações da OECD fixadas no programa da diligência devida⁴¹ que estabelece a conduta responsável para as empresas e os governos. Em todos estes documentos há o estabelecimento de linhas diretivas sobre os principais âmbitos da ética das empresas, bem como a divulgação de informação dos direitos humanos, emprego e relações de trabalho e de consumo nos âmbitos da tecnologia, meio ambiente e luta contra a corrupção. Tudo para viabilizar a perfeita coordenação entre o social e o econômico, de modo que o desenvolvimento econômico e tecnológico sirva para viabilizar a vida digna e a preservação ambiental.

³⁸ ONU: Declaração da ONU sobre os princípios regentes dos direitos humanos e as empresas multinacionais (2011), disponível em Princípios da ONU para empresas e direitos humanos atingem o marco histórico de dez anos | As Nações Unidas no Brasil, acesso em 24/4/2024.

³⁹ OIT: El Trabajo Decente em las Cadenas Globales de Suministro, disponível em El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, CIT 105a reunión, 2016 (pdf 1.72 MB), acesso em 23/4/2024.

⁴⁰ OIT: Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, disponível em Microsoft Word - TEXTO DA DECLARACAO EM PORTUGUES.doc (ilo.org), acesso em 28/4/2024.

⁴¹ OECD: Responsible Business Conduct (2023) disponível em Due Diligence - Organization for Economic Co-operation and Development (oecd.org), acesso em 27/4/2024.

Dentro deste contexto é que se poderia plantear quatro considerações sobre o sistema nacional, todas necessárias e que visam contribuir para acabar com posições extremadas e equivocadas sobre a reordenação do direito do trabalho. É fundamental que se tenha em mente que, como todo negócio jurídico, o contrato de trabalho, em todas as suas formas, envolve interesses, direitos, deveres e ônus daquele que oferece a força de trabalho e daquele que utiliza desta força de trabalho, seja de modo direto ou por via reflexa de outras relações existentes para a sustentabilidade e resiliência da trabalhador e das empresas em todos os seus níveis e condições:

1. Não se pode entender a proteção do trabalhador desvinculando a situação jurídica e fática das questões econômicas, que são necessárias para o desenvolvimento sustentável do País. O Brasil tem gargalos econômicos que impedem o seu crescimento entre eles, me refiro ao déficit público e a corrupção elevada; a deficiência da habilidade da força de trabalho; desemprego; problemas no sistema previdenciário e burocracia elevada⁴². Em uma apertada síntese não é leviano afirmar que o Brasil não aproveita a tecnologia para promover o bem-estar da população e a sua melhor formação. A impotência de organizar as estruturas acaba por refletir na inercia de políticas públicas para melhoria da formação e inserção no mercado de trabalho digno. O índice de capital humano, indica que apenas 55% das crianças que nascem no Brasil atualmente serão produtivas ou terão oportunidades de

⁴² Portal da Indústria: entenda a economia do Brasil, seu contexto, atualidades e perspectivas (2023), disponível em Economia do Brasil: situação atual, contexto e perspectiva - Portal da Indústria (portaldaindustria.com.br), acesso em 23/4/2024.

competir no mercado de trabalho se conseguirem completar a educação e lograrem ter saúde, média esta que está abaixo de outros Países da América Latina e Caribe cujo índice foi fixado em 56%⁴³. Isso pode justificar a resistência em se atualizar a lei trabalhista uma vez que talvez o País não esteja preparado para a necessária linha de transição entre o modelo tradicional e o novo modelo. Também justifica a obstinação pelas regras celetistas e a impossibilidade de sua substituição. As propostas apresentadas representam sempre gotas homeopáticas que servem a causar polêmicas e controvérsias que alimentam a litigiosidade.

2. Quando a norma interna é suficiente, a busca por aplicação direta de parâmetros internacionais se torna menos intensa, de modo que o paradigma da supranacionalidade apresenta-se como fonte de interpretação. Todavia, os conflitos entre leis e regulamentos nacionais, tem viabilizado a busca por soluções absolutamente distintas importadas de países e sistemas absolutamente incompatíveis com o nacional, isto é, aplicar a casos locais, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, pode representar uma solução perigosa, uma vez que desvinculada de qualquer semelhança com o caso interno.

3. É imprescindível que o Brasil estabeleça regras e programas de desenvolvimento sustentável, e adote regras de transição adequadas sem excluir nenhuma espécie de trabalhador. Como aponto o Banco Mundial, “o Brasil poderia capacitar toda a força de trabalho para contribuir e se beneficiar ainda mais, especialmente eliminando as barreiras sistêmicas que limitam a acumulação de capital e as oportunidades de emprego entre afro-

⁴³ WOLRD BANK: Human Capital Country Brief, disponível em Brasil (world-bank.org), acesso em 24/4/2024.

brasileiros, povos indígenas, mulheres e jovens”⁴⁴. Os parâmetros mínimos já estão fixados nos compromissos internacionais que o País assumiu com a OIT e a OEA quando aderiu a tais organizações com objetivo de promover a dignidade do povo brasileiro e contribuir para o crescimento da região em igualdade e respeito aos direitos mínimos.

4. Diálogo social, transparência e segurança jurídica são as peças-chaves para cumprir com o objetivo de se equilibrar interesses sociais e econômicos. A transição da economia verde e a resiliência são fatores indispensáveis para qualquer o desenvolvimento progressivo e sustentável.

Com todas as peculiaridades que o tema suscita, outra não pode ser a conclusão que não a de que o Brasil necessita de uma reforma trabalhista completa e inclusiva. Não é verdade que o STF vem destruindo direitos. Em várias decisões tomadas pela Corte Constitucional, se pode ver a aplicação da cláusula de não retrocesso, desenvolvimento progressivo e respeito ao núcleo duro (núcleo essencial) de direitos fundamentais. A interpretação das relações de trabalho deve ser considerada dentro do sistema nacional e supranacional com respeito aos direitos e liberdades fundamentais tal como trazidas no art. 26 da CIDH.

⁴⁴ BANCO MUNDIAL: O Banco Mundial no Brasil (5/4/2024) disponível em Brasil: aspectos gerais (worldbank.org), acesso em 28/4/2024.

7. Bibliografía citada:

ACTIVO: La generación que no se casa con el trabajo: "Estar siempre en la misma empresa es perder el tiempo" (14/4/2024) disponível em TRABAJO JOVENES | La generación que no se casa con el trabajo: "Estar siempre en la misma empresa es perder el tiempo" | El Periódico de España (epe.es), acesso em 15/4/2024.

Agência GOV: Brasil sobe em ranking e se torna a 9ª maior economia do mundo, diz o FMI (19/12/2023), disponível em Brasil sobe em ranking e se torna a 9ª maior economia do mundo, segundo FMI — Agência Gov (ebc.com.br), acesso em 1/4/2024.

ASN Nacional: Micro e pequenas empresas criaram 85% das vagas de trabalho geradas em fevereiro (14/4/2023), disponível em <https://agenciasebrae.com.br/dados/micro-e-pequenas-empresas-criaram-85-das-vagas-de-trabalho-geradas-em-fevereiro/>, acesso em 14/09/2023.

BANCO MUNDIAL: O Banco Mundial no Brasil (5/4/2024) disponível em Brasil: aspectos gerais (worldbank.org), acesso em 28/4/2024.

CONJUR: "É preciso Repensar o Tamanho da Justiça do Trabalho, afirma Gilmar" (1/4/2024) disponível em É preciso repensar o tamanho da Justiça do Trabalho no Brasil, afirma Gilmar Mendes (conjur.com.br), acesso em 2/4/2024.

CNN Brasil: “Trabalhadores não querem mais CLT, diz Lula” (7/3/2024), disponível em “Trabalhadores não querem mais CLT“, diz Lula | CNN Brasil, acesso em 8/3/2024.

Comissão Europeia: What is Industry 5,0? Disponível em Industry 5.0 - European Commission (europa.eu), acesso em 28/4/2024).

COURTIS, Cristian in *Protección Internacional de Derechos Humanos - Nuevos desafíos* (2005) Editorial Porrúa, México.

DIAS BARROS, Alan & LOPES DE OLIVEIRA, Gleydson Kleber, *Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da Programaticidade a Juridicidade in O Desafio dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (2019), Fortaleza: FB Editora, p. 11.

Fenacon: Número de empreendedores estrangeiros no Brasil cresce 73% (21/6/2023), disponível em <https://fenacon.org.br/noticias/numero-de-empreendedores-estrangeiros-no-brasil-cresce-73/>, acesso em 14/9/2023.

Instituto Nacional de Estadística: Delineación de empresas complejas en el INE, departamento de metodología de producción estadística, disponível em https://www.ine.es/metodologia/t37/t3730200_profiling.pdf, acesso em 15/9/2023.

LUDOVICO, Giuseppe, *A Subordinação Plural na Época Digital - Moelo Italiano* (2024) Ed. RT: São Paulo, coleção Minibooks, coord. Thereza C Nahas.

M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, em *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1998, p. 516.

MIGALHAS: Para ministra Peduzzi, STF tem sido sensível as novas formas de trabalho (29/11/2023), disponível em Para Peduzzi, STF tem sido sensível a novas formas de trabalho - Migalhas, acesso em 22/4/2024.

NAHAS, Thereza Christina, “Pós-Pandemia”: A Encruzilhada do Acesso à Justiça no Marco do PJE no Brasil, *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social*: São Paulo, vol. 233, jan/fev 2024.

....., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur* (2016), ed. Bomarzo, Albacete (Espanha).

OEA, quem somos, disponível em OEA: Quem Somos (oas.org), acesso em 14/4/2024.

OECD: Responsible Business Conduct (2023) disponível em Due Diligence - Organisation for Economic Co-operation and Development (oecd.org), acesso em 27/4/2024.

OIT: El Trabajo Decente em las Cadenas Globales de Suministro, disponível em El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, CIT 105a reunión, 2016 (pdf 1.72 MB), acesso em 23/4/2024.

ONU: História de las Naciones Unidas, disponível em Historia de las Naciones Unidas | Naciones Unidas, acesso em 16/4/2024.

..... Declaração da ONU sobre os princípios regentes dos direitos humanos e as empresas multinacionais (2011), disponível em Princípios da ONU para empresas e direitos humanos atingem o marco histórico de dez anos | As Nações Unidas no Brasil, acesso em 24/4/2024.

Portal da Indústria: entenda a economia do Brasil, seu contexto, atualidades e perspectivas (2023), disponível em Economia do Brasil: situação atual, contexto e perspectiva - Portal da Indústria (portaldaindustria.com.br), acesso em 23/4/2024.

RASO, Juan, Trabajo Decente y Derechos Humanos Laborales (nov/dez. 2022) Revista de direito do trabalho e seguridade social: vol. 48, n. 226.

SANGUINETI RAYOMON, Wilfredo (2022), Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo, Madrid, Aranzadi.

STARTUPI.COM: Reports mostram o cenário dos investimentos no Brasil em 2021 (11/7/2022), notícias disponível em Reports mostram o cenário dos investimentos em startups no Brasil em 2021 | Startupi, acesso em 17/4/2024.

STJ: Assunto: CONFLITO DE COMPETENCIA n. 202726/SP (2024/0026816-6) em 15/2/2024.

STJ: Assunto: CONFLITO DE COMPETENCIA n. 203057/SP (2024/0050388-0) em 04/04/2024.

VALDÉS DAL-RE, Fernando, Descentralización Productiva y Desorganización del Derecho del Trabajo (2001), Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, nº 2, págs. 41-64.

YouTube: Carmen Salcedo habla sobre la Carta Social Europea, disponível em <https://youtu.be/vTpDbwF3Gpk?si=noL9B9lcd-an0o03>.

WORLD BANK: Human Capital Country Brief, disponível em Brasil (worldbank.org), acesso em 24/4/2024.



C A B O V E R D E





O TRABALHO PORTUÁRIO NO DIREITO DO TRABALHO CABO-VERDIANO

PORT LABOR IN CAPE VERDEAN LABOUR LAW

Geraldo da Cruz Almeida¹

Sumário: 1. A homenagem. 2. O tema e o seu lugar sistemático. 3. Sujeitos do trabalho portuário. 4. Natureza jurídica do contrato de trabalho portuário. 5. Modalidades do contrato de trabalho: trabalho avulso. 6. Regulamento interno. 7. Prestação do trabalho portuário. a. horário; b. deveres do trabalhador portuário; c. deveres do empregador portuário; d. retribuição; e. prescrição de créditos laborais; f. direito a férias. 8. Sanções disciplinares. 9. Antiguidade do trabalhador. Conclusão. Bibliografia referenciada no texto.

Resumo:

A despeito da tentativa da sua inserção em outros setores do Direito, o trabalho portuário tem o seu lugar sistemático no quadro de Direito do Trabalho, onde participa das suas fontes, partilha dos seus métodos de interpretação e integração e comunga de toda a dogmática específica deste setor do Direito. Trata-se de uma modalidade de contrato de trabalho em especial, cujas particularidades se revelam em razão do lugar onde o trabalho é prestado; da natureza do vínculo que se estabelece entre o empregador e o trabalhador; da jornada de trabalho; das condições de trabalho; do exercício do direito a férias, do exercício do poder disciplinar e bem assim dos modos de cessação do contrato de trabalho.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, antigo assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, Docente do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Advogado.

As referências legislativas sem indicação da origem reportam-se ao sistema jurídico cabo-verdiano. São utilizadas as seguintes abreviaturas: CNUDM = Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar; CL = Código Laboral; CR = Constituição da República; OIT = Organização Internacional do Trabalho.

Abstract:

Despite the attempt to insert it into other sectors of Law, port work has its systematic place within the framework of Labor Law, where it participates in its sources, shares its methods of interpretation and integration and shares all the dogmatic specific to this sector of Law. This is a type of employment contract in particular, whose particularities are revealed due to the place where the work is performed; the nature of the bond established between the employer and the worker; the working day; working conditions; the exercise of the right to vacation, the exercise of disciplinary power and also the methods of terminating the employment contract.

1. A homenagem

Em PEDRO ROMANO MARTINEZ reuniu-se na mesma pessoa um espírito humanista, a afabilidade no trato e um amor incondicional à ciência, ao conhecimento, à sabedoria.

À frente do Instituto de Direito do Trabalho, ROMANO MARTINEZ mobilizou toda a Faculdade de Direito de Lisboa para a causa da ciência jurídico-laboral e envolveu todo aquele que pudesse deixar o seu contributo nessa tarefa incessante de construção do bom e do justo. Nesta empreitada amou por todos e com todos, como é próprio dos espíritos universalistas.

A obra deixada imortalizou-o, pois, os Grandes Homens finam-se pela matéria, mas imortalizam-se pelo espírito.

As obras de espírito que PEDRO ROMANO MARTINEZ nos legou não-de constituir para sempre um marco intemporal e universal no domínio da ciência jurídica.

Honremos, pois, a memória de PEDRO ROMANO MARTINEZ.

2. O tema e o seu lugar sistemático

I - Propomo-nos desenvolver, em jeito desta singela homenagem, o tema do contrato de trabalho portuário que o Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez tratou, nas sucessivas edições do seu Direito do Trabalho, no quadro das situações especiais de contrato de trabalho².

O trabalho portuário surge na sistemática do seu tratado, ao lado de outros contratos de trabalho, em especial, com os quais, aliás, apresenta afinidades, tais como *o trabalho temporário*³ *o contrato de trabalho a bordo*⁴, *o contrato de trabalho com concessionários de serviços públicos*⁵, entre outros.

Neste estudo o tema é desenvolvido à luz do Direito do Trabalho Cabo-verdiano, portanto, no quadro do sistema jurídico cabo-verdiano.

II - O trabalho portuário oferece particularidades atendíveis, aliás, bem assinaladas pelo ilustre mestre⁶. A sua caracterização é feita em primeira linha pelo lugar onde o trabalhador presta a sua

² Cfr. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina/Instituto do Direito do Trabalho - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 8ª edição, 2017, pp. 723-724. Trabalhamos com esta edição, apesar da publicação da 9ª edição, à qual ainda não tivemos acesso.

³ Ob. cit. pp. 701 e segs.

⁴ Ob. cit. pp. 724 e segs.

⁵ Ob. cit. pp. 742 e segs.

⁶ Pedro Romano Martinez assinala ao contrato de trabalho portuário especificidades quanto ao tempo do trabalho de estiva, a analogia com o trabalho temporário, expressando-se igualmente o trabalho portuário sob a forma de uma relação tripartida (ob. cit. pp. 723).

atividade: *o porto*. Trata-se, portanto, de um contrato de trabalho em especial, em razão do lugar onde a atividade é desenvolvida⁷.

Alguma doutrina inscreve-o no quadro de um ramo de direito mais geral que se tem vindo a chamar Direito da Navegação (*Diritto della Navegazione*) que abrange a navegação marítima, fluvial e aérea⁸.

⁷ O Código Laboral Cabo-verdiano opera uma classificação dos contratos de trabalho em especial em três categorias: os *contratos de trabalho em especial, em razão das pessoas* (que inclui o contrato de aprendizagem - artºs 248º e segs; o trabalho de menores - artºs 260º e segs; o trabalho de mulheres - artºs. 270º e segs e o trabalho de estrangeiros - artºs 276º e segs); os *contratos de trabalho em razão do lugar* (que inclui o trabalho doméstico - artºs. 286º e segs; o trabalho temporário - artºs 294º-A e segs; o contrato de cedência de trabalhadores - artºs 295º e segs; o trabalho portuário - artºs. 309º e segs; o trabalho marítimo - artºs 325º e segs e o teletrabalho - artºs 359º-A e 359º-B e os *contratos de trabalho em razão do tempo* (que inclui o contrato a prazo). O artº. 359º-B do Código Laboral remeteu a disciplina do teletrabalho para legislação especial, impondo, estranhamente, a adoção dessa legislação no prazo de 6 meses, a contar da aprovação do diploma (referindo-se ao Decreto legislativo 1/2016, de 3 de fevereiro que introduziu a segunda revisão do Código Laboral, aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 5/2007, de 16 de Outubro). Este prazo, naturalmente, não seria respeitado, pelo que, por força da Lei de Autorização Legislativa nº. 32/IX/2018, de 8 de junho a Assembleia Nacional concedeu ao Governo autorização para legislar sobre o regime de licenciamento do trabalho temporário e o teletrabalho, com a duração de 180 dias. O regime do teletrabalho viria a ser adotado pelo Decreto Legislativo nº. 11/2018, de 5 de dezembro. Sobre os contratos de aprendizagem, trabalho de menores, trabalho de mulheres, trabalho de estrangeiros, trabalho doméstico, teletrabalho (regime anterior ao Decreto Legislativo nº. 11/2018, de 5 de dezembro) e contrato a prazo, cfr. o nosso *Direito do Trabalho cabo-verdiano I - dogmática específica - fontes, situações individuais de trabalho*, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Imprensa Nacional, Praia, 2010, pp. 725 e segs; sobre o trabalho temporário, cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Notas Críticas em torno do regime jurídico do Trabalho Temporário*, Revista Cabo-verdiana de Ciências Jurídicas e Sociais, Ano II, nº. 2 (2019). Para uma apreciação deste artigo, cfr. Benfeito MOSSO RAMOS, Texto de apresentação do nº. 2 da Revista Cabo-verdiana de Ciências Jurídicas e Sociais, Ano III, nº. 3, 2021, pp. 215 e segs.

⁸ Este setor do Direito é caracterizado como sector especial. “Uma das principais características do direito da navegação é a sua especialidade” - afirma Maria Veronica SALADINO: “porque a matéria da navegação é disciplinada por uma série de normas coordenadas que se colocam numa posição especial a respeito da disciplina comum ou geral” - https://academia.edu/4785937/DIRITTO_DELLA_NAVIGAZIONE-RIASSUNTO_COMPLETO. Este fundamento tem, todavia, natureza puramente formal. Na identificação de um setor especial há que atender a elementos

Mais restritamente tem-se falado igualmente num Direito Portuário (*Diritto Portuale*) ou Direito dos Portos que abrange o acesso à atividade portuária; às atividades de exploração e administração dos portos; ao estatuto dos bens públicos e privados adstritos a essas atividades; ao estatuto dos operadores portuários e ainda ao trabalho portuário. Estes dois setores do direito conciliam, portanto, atividades, regidas, predominantemente, ora por normas de Direito Público, ora por normas de Direito Privado, pondo, mais uma vez, em causa esta tradicional dicotomia⁹.

III - Pela nossa parte não vemos interesse científico em ligar o trabalho portuário a nenhum daqueles setores do direito. O seu lugar sistemático é em sede do Direito do Trabalho, onde participa do seu objeto, orienta-se pelos seus princípios fundamentais, partilha dos seus métodos de interpretação e integração, enfim, comunga de toda a dogmática específica deste setor do direito. Esta inserção sistemática permite ao trabalho portuário beneficiar de todo o lastro científico e metodológico, adstrito ao Direito do Trabalho, construído em torno da pessoa e em razão da pessoa que se coloca num estado de

lógicos e substantivos: *Compreensão; extensão e materialidade subjacente*. Para um aprofundamento deste ponto, cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Inserção sistemática do Direito do Trabalho*, Revista Internacional do Direito do Trabalho / ano III / Dezembro 2023 / nº. 5 / www.ridt.pt, pp. 27 de seguintes e, em particular, pp. 89 e segs.

⁹ Para uma análise aprofundada sobre a dimensão pública e privada do trabalho portuário, cfr. Francesco Alessandro QUERCI, *Lavoro Portuale*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, volume XXIII, pp. 469 e segs. Sobre a temática da natureza pública ou privada do Direito do Trabalho, cfr. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho...*, cit, pp. 48 e segs. No sentido da superação dessa dicotomia, ver sobre este ponto, Pedro GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 271 e ainda Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Inserção sistemática do Direito do Trabalho*, Revista Internacional do Direito do Trabalho / ano III / Dezembro 2023 / nº. 5 / www.ridt.pt, pp. 27 de seguintes e, em particular, pp. 84-85.

sujeição, permitindo a um terceiro realizar o aproveitamento lícito dos seus bens da personalidade, sob o controlo deste e ao seu serviço¹⁰. O seu tratamento dogmático, quer em sede do *Direito da Navegação*, quer em sede do *Direito Portuário* implicaria, necessariamente, um redirecionamento para a perspetiva dogmática que inspira o Direito do Trabalho, resultando daí um desinteresse na alocação do trabalho portuário em qualquer dos referidos setores do direito¹¹.

As especificidades da atividade laboral portuária, ditadas pelo lugar onde a mesma se desenvolve - o porto - e pelo modo de

¹⁰ Como ensina António Menezes Cordeiro, “o Direito do Trabalho, mau grado as generalizações a que dá azo, mantém-se como um direito de pessoas” - *Direito do Trabalho I...*, pp. 436. Sobre este ponto, cfr, Geraldo da Cruz ALMEIDA, *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade - esboço de uma perspetiva dogmática*, Revista Internacional de Direito do Trabalho / ANO I / 2021 / Nº. 1 / www.ridt.pt, pp. 201 e segs e, ainda, *Inserção sistemática do Direito do Trabalho*, Revista Internacional do Direito do Trabalho / ano III / Dezembro 2023 / nº. 5 / www.ridt.pt, pp. 61 e segs.

¹¹ Pode-se, aliás, questionar se aqueles setores do Direito podem ser erigidos em verdadeiros ramos do Direito. Como tem sido justamente assinalado pela doutrina, para que um certo setor do direito possa ser qualificado como um verdadeiro e próprio ramo do Direito o mesmo deve preencher e revelar-se sob uma tríplice autonomia: *autonomia material* que se traduz numa expressiva produção normativa de tal ordem que, pela afinidade do seu conteúdo (por exemplo, normas dominadas por relações de especialidade com outras normas de outros setores do Direito), seja suscetível de se diferenciarem da destes outros setores e seja capaz de permitir a inferência a partir destas normas de princípios particulares; *autonomia axiológica*, que se traduz na redução valorativa daquelas regras e princípios, a tal ponto que emerge destas regras e princípios um critério próprio do justo; *autonomia didática*, que se traduz numa produção doutrinária, conceptual, principiológica e na sua exteriorização, atendendo às suas particularidades. Sobre este ponto, cfr. Ilídio das NEVES, *Direito da Segurança Social, - princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra Editora, 1996, pp. 110 e segs. Ora, o trabalho portuário acaba por ser tributário da expressão dessa tríplice autonomia, porém, em sede do Direito do Trabalho. Não cremos que o Direito da Navegação ou o Direito Portuário preencham os requisitos que permitam considerá-los como verdadeiros e próprios ramos do Direito.

organização dessa atividade, determinam o seu tratamento como categoria especial do Direito do Trabalho¹².

IV - Porto é um espaço físico, natural ou artificial (criado pelo homem), que se comunica com as águas, cuja localização e configuração o abriga do vento, ondas ou correntes marítimas, em termos tais que lhe permite reunir as condições necessárias para garantir uma maior segurança e tranquilidade nos processos de carga e descarga de mercadorias e bem assim no trânsito e circulação de pessoas e execução de outras operações¹³.

Toda a atividade portuária opera sobre bens do domínio público, de acordo com a tradicional classificação dos bens afetos à atividade pública. Nos termos do artº. 91º nº. 6 da CR constituem bens do

¹² Em Cabo Verde o trabalho portuário encontra-se disciplinado no Título III sob a epígrafe DOS CONTRATOS EM ESPECIAL EM RAZÃO DO LUGAR, ao lado do *trabalho doméstico* (Capítulo I - artºs 286º e segs); *trabalho temporário* (Capítulo II - artºs. 294º-A e segs); do *contrato de cedência de trabalhadores* (Capítulo II (gralha no original) - artºs. 295º e segs); *trabalho portuário* (Capítulo III - artºs. 309º e segs); *trabalho marítimo* (Capítulo IV - artºs 325º e segs) e *teletrabalho* (Capítulo V - artºs 359-A e 359º-B). Pela Lei nº. 32/IV/2018, de 8 de junho a Assembleia Nacional concedeu autorização legislativa ao Governo para adotar um regime jurídico do teletrabalho. Este regime ficou consubstanciado no Decreto-legislativo nº. 11/2018, de 5 de Dezembro que regula hoje o exercício da atividade laboral em regime de teletrabalho.

¹³ O artº. 3º al. q) da Lei dos Portos de Cabo Verde, aprovada pelo Decreto-legislativo nº. 10/2010, de 1 de Novembro, define *porto* como “Os domínios aquáticos e terrestres naturais ou artificiais e as instalações fixas e flutuantes aptas para as operações de fundeio, atracação, desatracação e permanência de navios ou artefactos navais para efectuar operações de transferência de cargas entre os meios de transportes aquático e terrestre ou embarque e desembarque de passageiros, bem como outros serviços que podem ser prestados, designadamente a navios e a artefactos navais, a passageiros e a cargas”.

domínio público as águas interiores¹⁴, as águas arquipelágicas¹⁵, o mar territorial¹⁶, seus leitos e subsolos, bem como os direitos de

¹⁴ O artº 26º do Código Marítimo de Cabo Verde, aprovado pela Lei n.º 24/X/2023, de 5 de maio estabelece o seguinte: em conformidade com o disposto no artigo 50.º da CNUDM, Cabo Verde pode traçar linhas de fecho para a delimitação das águas interiores dentro das suas águas arquipelágicas a *República de Cabo Verde pode, no interior das suas águas arquipelágicas, traçar linhas de fecho para a delimitação de águas interiores*. Segue-se, portanto, que as águas interiores estão contidas nas águas arquipelágicas e a existência de águas interiores é facultativa.

¹⁵ O conceito de águas arquipelágicas tem a sua origem no artº 2º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 28 de Julho de 1994 que parece estabelecer uma relação entre águas interiores e águas arquipelágicas. Assim, o conceito de águas interiores parece estar pensado para o caso dos Estados costeiros e o conceito de águas arquipelágicas para o de caso de *Estado arquipélago*. Estabelece, com efeito, a Convenção: “A soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso de Estado arquipélago, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial” - artº. 2º. Nº. 1 da CNUDM. No nosso caso, o conceito de águas arquipelágicas vem definido no artº. 21º do Código Marítimo de Cabo Verde, nos termos seguintes: *As águas arquipelágicas de Cabo Verde compreendem toda a área marítima no interior das linhas de base arquipelágicas retas, que unam os pontos extremos das ilhas mais exteriores e dos recifes emergentes do arquipélago, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, da zona contígua, da zona económica exclusiva e da plataforma continental, determinadas pelas seguintes coordenadas de origem geodésica (Elipsoide WGS 84), validadas pelo Instituto Nacional de Gestão Territorial*. A linha de base a partir da qual se mede a largura das águas arquipelágicas, do mar territorial, da zona contígua, da zona económica exclusiva e da plataforma continental, é constituída pelas linhas retas que unem os pontos mais exteriores das ilhas e ilhéus mais exteriores - *artº 28º do CMCV*.

¹⁶ A doutrina define *mar territorial* como uma faixa de águas costeiras que alcança 12 milhas marítimas (22 quilómetros) a partir do litoral de um Estado que são consideradas parte do território soberano daquele Estado (excetuados os acordos com Estados vizinhos cujas costas distem menos de 24 milhas marítimas). A largura do mar territorial é contada a partir da linha de base, isto é, a linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro. No nosso caso, o artº. 18º do CMCV define mar territorial de Cabo Verde tem a largura de 12 (doze) milhas marítimas, medidas a partir das linhas de base definidas no artigo 28º. Isto é, a mesma linha de base utilizada para definir águas arquipelágicas é igualmente utilizada para definir mar territorial.

jurisdição sobre a plataforma continental¹⁷ e a zona económica exclusiva¹⁸.

De igual modo, está integrada nos bens do domínio público a orla marítima, definida na Lei dos Solos, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º. 2/2007, de 19 de Julho, cujo artigo 10º n.º. 1 al. f) lhe fixou a largura tradicional de 80 metros, medidos no plano horizontal, a partir da linha das máximas preia-mares.

A atividade portuária opera, assim, sobre bens do domínio público tanto marítimo como terrestres. Tais bens gozam das características de *inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade*, próprias dos bens desta natureza, o que empresta à atividade portuária características particulares. Por isso, toda a atividade portuária é desenvolvida mediante concessão dos bens do domínio público¹⁹ a uma determinada entidade que poderá ser ou não autorizada a proceder à respetiva subconcessão.

¹⁷ Segundo a CNUDM, “a plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.” Artigo 25.º (Extensão da plataforma continental) A plataforma continental da República de Cabo Verde compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do mar Territorial, até a uma distância de 200 (duzentas) milhas marítimas das linhas de base a que se refere o artigo 28º - CMCV.

¹⁸ Nos termos do artigo 32º do Código Marítimo de Cabo Verde a zona económica exclusiva da República de Cabo Verde compreende a zona marítima cujo limite interior corresponde ao limite exterior do mar territorial e cujo limite exterior corresponde a uma linha em que cada ponto se encontra a uma distância de 200 (duzentas) milhas do ponto mais próximo da linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial.

¹⁹ As bases gerais da concessão geral dos portos de Cabo Verde encontram-se fixadas pelo Decreto-lei n.º. 46/2013, de 14 de Novembro.

Como é compreensível, estas características influenciam o regime adstrito a essas atividades, incluindo a atividade do trabalho portuário.

Para além da natureza pública do espaço físico onde a atividade laboral é desenvolvida - o que implica rigorosas medidas de segurança que interferem com o trabalho portuário - outras particularidades caracterizam esta modalidade de trabalho.

Aos portos concorrem operadores, pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, de variada proveniência, que fazem circular grande número e quantidade de pessoas e bens. Esses operadores necessitam de mão-de-obra imediata para satisfação das suas necessidades. A celeridade da atividade portuária seria incompatível com um processo regular e individual de recrutamento dessa mão-de-obra, celebração de contratos, ajuste das condições de exercício da atividade, organização e disciplina do trabalho e bem assim a regulação de todas as demais consequências ligadas à execução do contrato. Tratando-se de operadores estrangeiros, muitos deles em regime de curta duração em Cabo Verde, a execução de tais tarefas não seria compatível com a celeridade com que tais operações deveriam ser realizadas.

Tudo isso requer uma organização da mão-de-obra portuária no que respeita ao seu recrutamento, à definição dos períodos de trabalho, à afetação dos trabalhadores, à natureza da atividade a desenvolver. Essa organização tem implicações nos planos disciplinar, da proteção social, do exercício do direito a férias, da antiguidade do trabalhador na empresa... o que cria particularidades apreciáveis no domínio do contrato de trabalho portuário.

V - Cabo Verde possui 9 *portos organizados*, a saber: Porto Novo na ilha de Santo Antão; Porto Grande na ilha de S Vicente; Porto do Tarrafal na ilha de S. Nicolau; Porto da Palmeira na ilha do Sal; Porto de Sal-Rei na ilha da Boa Vista; Porto Inglês na ilha do Maio; Porto da Praia na ilha de Santiago; Porto do Vale dos Cavaleiros na ilha do Fogo e Porto da Furna na ilha da Brava²⁰.

O Regulamento dos Portos de Cabo Verde foi aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 15/2010, de 20 de Dezembro, alterado pelo Decreto Regulamentar 21/2013, de 14 de Novembro²¹.

O regime do trabalho portuário é igualmente aplicável às relações de trabalho estabelecidas no quadro de espaços e instalações portuárias de uso privativo, situadas dentro ou fora da área do porto organizado, conforme estabelece o art.º 309º n.º 2 do Código Laboral.

VI - Nos portos desenvolvem-se atividades múltiplas. O Código Marítimo de Cabo Verde, aprovado pela Lei n.º 24/X/2023, de 5 de

²⁰ Fonte: www.enapor.cv.

²¹ De interesse para o trabalho portuário, estabelece este Regulamento que o horário de trabalho no porto é o fixado pelas administrações portuárias, de acordo com as necessidades, devendo as operações portuárias serem efetuadas, sempre que possível, 24 (vinte e quatro) horas por dia (art.º 6º). Daí resulta, certamente, a necessidade de organização do trabalho portuário em turnos. Igualmente de interesse para o trabalho portuário são os artigos 96º n.º 2 deste Regulamento nos termos do qual “a administração portuária deve prosseguir os objetivos da OMI e da OIT definido no Código de Práticas sobre a Segurança nos Portos, de 2004, e subseqüentes emendas, dando instruções a Governos, empregadores, trabalhadores e outros intervenientes no sentido de reduzir para os portos os riscos de atos ilícitos” e ainda o art.º 79º n.º 2 nos termos do qual se o navio sofrer danos causados por imperícia ou negligência do trabalhador portuário deve o comandante comunicá-los, de imediato e por escrito, ao operador portuário e com conhecimento à administração portuária para efeitos de assunção de responsabilidades”, sendo certo que a falta de comunicação isenta o operador portuário de quaisquer responsabilidades (art.º 79º n.º 3).

maio, distingue *serviços portuários náuticos* e *serviços portuários* em sentido estrito.

São serviços portuários náuticos os de pilotagem, reboque, amarração e desamarração de navios e outros prestados na zona portuária para facilitação de manobras de atracação, desatracação, acostagem ou fundeio (artº. 135º do Código Marítimo)²².

São serviços portuários em sentido estrito todas as atividades de carga e descarga, estiva e desestiva, transbordo, formação e decomposição de unidades de carga, receção, transporte, armazenagem e entrega de mercadorias que tenham lugar na zona portuária²³.

O trabalho portuário - entendendo-se como tal a atividade desempenhada pelo trabalhador portuário em regime subordinação jurídica - liga-se à prestação de serviços portuários em sentido estrito. Por isso, o art. 309º do CL o caracteriza como as relações de trabalho no quadro das atividades de "estiva ou desestiva, carga ou descarga de mercadorias e bem assim as operações de baldeação nos navios atracados aos cais ou fundeados ao largo e respetivas operações

²² Alguns serviços portuários náuticos são obrigatórios, nomeadamente o serviço de pilotagem. Nos termos do 2 do artº. 135º do Código Marítimo o serviço de pilotagem pode ser obrigatório, nos termos previstos no no presente Código. O serviço de reboque e o de amarração e desamarração é obrigatório em todos os portos para todos os navios de arqueação bruta superior a 2.000 (dois mil) tons (artº. 135º n.º 3).

²³ Esta distinção estava apresentada de forma mais clara na versão do Código Marítimo de 2010 (cfr. artº. 101º do Código Marítimo). Todavia, cremos que a mesma se mantém por força da interpretação sistemática do atual Código. Cfr. artº. 587º donde se pode extrair esta distinção, pelo confronto com o artº. 135º do mesmo Código. Aliás, o Livro III, Título I, Capítulo II deste Código tem por epígrafe Operações portuárias e dos Serviços portuários náuticos, deixando implícita essa distinção.

complementares”²⁴. Portanto, esta atividade pode ser prestada tanto a bordo (estiva de bordo) como em terra (estiva de terra)²⁵.

3. Sujeitos do trabalho portuário

I - O artº. 101º. nº. 2 do anterior Código Marítimo, aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 14/2010, de 15 de novembro estabelecia que as operações portuárias apenas podiam ser realizadas por sociedades ou outras pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, devidamente licenciadas para o efeito. O Código Marítimo de 2023 suprimiu esta norma e remeteu o assunto para legislação especial (artº. 134º).

Nos termos do artº. 311º do Código Laboral “podem ser criadas empresas cujo objeto seja a organização, exploração e cedência da mão-de-obra”.

As condições de acesso e permanência no sector pelas empresas de trabalho portuário são reguladas por *portaria conjunta*²⁶ dos

²⁴ Sobre a noção de operações portuárias, cfr. artº. 7º do Regulamento os Portos de Cabo Verde, nos termos do qual considera-se operação portuária a prestação de serviços portuários nas áreas de prestação de serviço público ou privativo dos portos, zonas portuárias e terminais.

²⁵ Como assinala Pedro Romano Martinez, em Portugal, a alteração introduzida pela Lei nº. 3/2013 de 14 de janeiro diminuiu a amplitude do conceito de trabalho portuário “que deixou de incluir a movimentação de cargas em cais e terminais através da utilização de trailers ou veículos pesados de transporte de mercadorias, a movimentação e arrumação de mercadorias em armazéns, parques e outras infraestruturas logísticas, ainda que integradas em zonas portuárias, e o controlo de entradas e saídas de mercadorias em portarias” - ob. cit. p. 724.

²⁶ A referência à *Portaria Conjunta* é incorreta. Na verdade, a Constituição Cabo-verdiana não acolhe esta forma de ato normativo na tipologia dos atos legislativos estabelecida de forma taxativa. O que inclui é o *Despacho Normativo* que é a forma que assume o ato normativo do Governo a que a lei não imponha a forma de Decreto Regulamentar e seja da competência conjunta de dois ou mais membros do Governo. Na verdade, nos termos do artº. 264º nº. 3 da CR “revestem a forma de portaria ou despacho normativo os regulamentos do Governo que não devam

membros do Governo responsáveis pelas áreas do trabalho e atividade portuária (artº. 311º nº. 3 do CL).

II - As bases gerais da concessão geral dos Portos de Cabo Verde foram aprovadas por Decreto-Lei nº. 46/2013, de 14 de Novembro. Nele se reconhece a ENAPOR - Empresa Nacional da Administração dos Portos, SA - como concessionária geral dos portos de Cabo Verde, incumbindo-lhe a gestão, exploração e operação portuária e serviços portuários, podendo proceder a subconcessões.

Recentemente a principal concessionária geral da atividade portuária recebeu autorização do concedente - o Estado de Cabo Verde - para proceder à subconcessão dos serviços portuários dos Portos da Praia, Palmeira, Porto Novo, Sal-Rei, Vale dos Cavaleiros, Tarrafal de S. Nicolau, Furna e Porto Inglês, conforme Resolução do Conselho de Ministros nº. 56/2020, de 27 de Março²⁷.

Assim, as relações de trabalho portuário em Cabo Verde estabelecem-se, em primeira linha, entre a ENAPOR, SA (empregador) e os

assumir a forma de decreto regulamentar ou que, nos termos da lei, sejam da competência isolada ou conjunta de um ou mais membros do Governo”. Ou seja, se o ato normativo é da competência isolada de um membro do Governo assume a forma de *portaria*. Se o ato normativo é da competência conjunta de dois ou mais membros do governo assume a forma de *despacho normativo*. A Constituição da República não prevê, portanto, a figura de *portaria conjunta*, apesar da regularidade do uso da figura.

²⁷A matéria da atividade portuária em Cabo Verde tem vindo a interessar à comunidade académica. Em 2013 Ulisses Silva CARDOSO apresentou no Instituto Universitário de Lisboa uma monografia em Gestão, sob o título *Estratégia para o desenvolvimento do setor portuário de Cabo Verde, com base nas tendências internacionais*, Fevereiro de 2013. Esta monografia poderá ser consultada em www.portaldoconhecimento.gov.cv. De igual modo, Joana Modesta NASCIMENTO apresentou em Junho de 2016, na Universidade do Mindelo - Departamento de Ciências Económicas e Empresariais um monografia intitulada *Gestão de Infraestruturas portuárias em Cabo Verde - Caso ENAPOR, SA*, Mindelo, 2016, com referências práticas sobre o trabalho portuário, pp 63 e segs. Esta monografia poderá ser igualmente consultada no mesmo sítio da internet.

trabalhadores portuários. Nesta medida, é a ENAPOR, SA quem tem a qualidade de empresa de trabalho portuário e cede trabalhadores aos operadores portuários que deles necessitem²⁸.

Os sujeitos do contrato de trabalho portuário são assim a concessionário do trabalho portuário, a ENAPOR, e o trabalhador portuário. Porém, como foi referido, a concessionária cede trabalhadores aos operadores portuários que deles necessita e, nesta medida, o contrato de trabalho portuário se converte a um contrato de trabalho tripartido.

²⁸ Em Portugal discutiu-se se um grupo de sindicatos poderia se organizar em empresa de trabalho portuário, passando a ceder trabalhadores portuários no Porto de Setúbal e outros portos do continente, ao abrigo do Decreto-Lei nº. 280/93, de 13 de agosto. Submetido o pedido de licença ao Instituto do Trabalho Portuário, entendeu-se por bem solicitar o parecer da Procuradoria-Geral da República, questionando se “face aos dispositivos legais vigentes é ou não legal a constituição e posterior licenciamento da GESPOR - Associação Empresa de Trabalho Portuário (E.T.P.), para o exercício da atividade de cedência de mão-de-obra portuária, no porto de Setúbal e noutros portos do continente, sendo certo que é constituída exclusivamente por sindicatos”. O Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República opinou no sentido negativo, considerando que “as empresas de trabalho portuário são pessoas coletivas de direito privado, cujo objeto social consiste exclusivamente na cedência temporária de trabalhadores portuários, podendo constituir-se sob forma de associação, de cooperativa ou de sociedade comercial”; que estas empresas celebram com as entidades utilizadoras contratos de utilização/cedência de mão-de-obra portuária, e com os trabalhadores contratos de trabalho temporário”, mantendo com estas “relações comerciais”; que os sindicatos se encontram sujeitos ao *princípio da especialidade*, logo, “os seus fins, tipificados na lei, não são de livre escolha dos associados, e a sua capacidade jurídica mostra-se condicionada pelos respetivos fins gerais e estatutários”; “o escopo de uma associação sindical não pode consistir no exercício de uma actividade comercial”. Que, ao estabelecer com os trabalhadores um vínculo laboral, “satisfazendo as retribuições relativas ao respetivo estatuto de trabalho, e cumprindo as respetivas obrigações fiscais e contributivas”; e ao celebrar com as entidades utilizadoras contratos de utilização/cedência de trabalhadores, delas cobrando os respectivos preços”, não só o ato de constituição da GESPOR está ferido de nulidade, por falta de capacidade, como a atividade de empresa de trabalho portuária não poderá ser-lhe licenciada, por se tratar de uma atividade comercial, vedada às associações sindicais. Sobre este parecer, cfr. Parecer da Procuradoria Geral da República - Ministério da Justiça (dgsi.pt) de 26 de agosto de 1998 (Ferreira RAMOS).

4. Natureza jurídica do contrato de trabalho portuário

I - A organização tripartida do trabalho portuário faz apelo a duas modalidades de contrato de trabalho: o contrato de *cedência ocasional de trabalhadores*, previsto nos artigos previstos nos artigos 295º e segs do Código Laboral, e o *contrato de trabalho temporário*, previsto nos artigos 294º-A e seguintes do mesmo Código²⁹.

O regime do contrato de trabalho portuário é anterior ao regime do contrato de trabalho temporário. Vem desde a aprovação do Código Laboral, sendo certo que o regime de trabalho temporário só foi introduzido com a reforma laboral operada pelo Decreto legislativo nº. 1/2016, de 3 de Fevereiro. Trata-se, portanto, de um regime coevo do contrato de cedência ocasional de trabalhadores. Todavia, o contrato de cedência ocasional de trabalhadores não é inteiramente compatível com o trabalho portuário. Requer um acréscimo temporário e excecional de atividade na empresa cessionária e pressupõe compatibilidade de objeto entre as duas empresas cedente e cessionária. Ora, não é isso que ocorre no trabalho portuário.

Assim, a doutrina juslaborista tem considerado que “o trabalho portuário se enquadra num regime análogo ao do trabalho temporário, em que há uma relação tripartida: os trabalhadores são contratados por empresas de trabalho portuário para trabalhar em tarefas portuárias de movimentação de cargas em benefício de diferentes empresas que dirigem esse trabalho”³⁰.

²⁹ Sobre esta modalidade de contrato de trabalho, cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Notas Críticas em torno do regime jurídico do Trabalho Temporário*, Revista Cabo-verdiana de Ciências Jurídicas e Sociais, Ano II, nº. 2 (2019).

³⁰ Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho* 8 edição, 2017, pp. 723. No mesmo sentido Palma RAMALHO, reconhecendo que o vínculo do trabalho portuário

II - Afigura-se-nos que se encontram aqui razões ligadas ao interesse público na organização do porto. Se o operador portuário devesse cuidar, em cada momento, do recrutamento de trabalhadores, nomeadamente em regime avulso, para satisfação das suas necessidades, isso poderia não ser compatível com a organização da atividade portuária, *maxime* do ponto de vista da celeridade dos procedimentos³¹. Pense-se numa pessoa ou entidade estrangeira que necessite da mão-de-obra portuária e nas dificuldades que teria em as obter na ausência de uma organização desses recursos humanos.

As empresas de trabalho portuário são assim reclamadas pela organização do porto e integram-se nessa organização. Por isso, o planeamento do porto não pode deixar de as levar em consideração.

5. Modalidades do contrato de trabalho: o trabalho avulso

I - O contrato de trabalho temporário é compatível, quer com a modalidade de contrato de trabalho por tempo determinado, quer com o contrato de trabalho por tempo indeterminado.

O Código Laboral prevê ainda a modalidade de contrato de trabalho portuário em regime avulso que é a situação em que o trabalhador é recrutado ao dia ou para conclusão de determinada tarefa relacionada com a movimentação de carga dentro da zona portuária

apresenta semelhanças com o vínculo de trabalho temporário, uma vez que envolve três entidades: a empresa de trabalho portuário; o trabalhador portuário e as entidades às quais são cedidos os serviços do trabalhador portuário - *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II - Situações individuais de trabalho...* pp. 387-388.

³¹ Como assinala Amadeu Ferreira ROCHA um dos ativos fundamentais da atividade portuária são os fluxos físicos dos navios e cargas no porto - in *A gestão e a concessão das áreas portuárias*, https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_gestao_e_a_concessao_das_areas_portuarias.pdf.

(artº 310º n. 2 do CL). Estas três modalidades concorrem para satisfazer as necessidades do trabalho portuário.

II - O trabalho em regime avulso, também chamado *trabalho eventual*, constitui a essência do trabalho portuário não em razão da importância prática de que se reveste, mas em razão da precariedade que lhe está associada. Não é uma modalidade de contrato de trabalho a prazo. Por isso, não se lhe aplica o regime deste (art. 310º nº 3 do CL). Trata-se de um trabalho ao dia ou para a execução de uma tarefa determinada ligada à movimentação de carga.

III - Algumas medidas legislativas visam fazer face a essa precariedade e garantir a igualdade entre trabalhadores eventuais. Assim, a lei prevê, desde logo, um serviço de inscrição de trabalhadores avulsos, em razão da sua categoria profissional e da natureza do trabalho a realizar (artº. 313º nº. 1 do CL).

Subjacente a esse serviço de inscrição de trabalhadores avulsos está a garantia de que o acesso ao trabalho portuário em regime avulso pressupõe, em primeiro lugar, a existência desse serviço e, em segundo lugar, a inscrição propriamente dita de cada trabalhador interessado.

O recrutamento do trabalhador eventual faz-se entre os inscritos junto dos serviços competentes da autoridade portuária, de acordo com a ordem de inscrição, categoria profissional e natureza do trabalho a realizar (313º nº. 1 do Código Laboral)³².

³² O Regulamento do pessoal e tráfego e estiva nos Portos de Cabo Verde, que data de 22 de Dezembro de 1984 tem algumas normas a este respeito. Estas normas, como veremos adiante, têm hoje a natureza jurídica de cláusulas contratuais, dada a forma irregular da sua aprovação. Ele estabelece que o recrutamento é uma competência do *apontador*, a ser executado à porta do recinto portuário no

IV - A inscrição pressupõe uma *ordem de inscrição* o que cria um direito especial do trabalhador portuário em regime avulso: o *direito à precedência de inscrição*. Este direito consiste na faculdade reconhecida ao trabalhador portuário em regime avulso de fazer valer perante todos os operadores portuários a sua prioridade de recrutamento face a outro trabalhador posteriormente inscrito. Este direito implica, conseqüentemente, um dever que recai sobre a entidade empregadora de ter um registo de inscrição, de apenas recrutar trabalhadores inscritos³³ e de estabelecer critérios transparentes de seleção e registo do trabalhador portuário avulso.

Este dever de respeitar a ordem de inscrição dos trabalhadores inscritos encontra-se expressamente previsto no artº. 316º nº. 1 als. b) e e) do CL. Dele resulta, conseqüentemente, um *direito de oposição*, por parte do trabalhador preterido, quer perante a entidade empregadora ou qualquer operador portuário a quem poderia prestar a sua atividade, quer perante o trabalhador favorecido, com vista ao reconhecimento do seu direito à precedência de inscrição.

V - O *direito à precedência de inscrição* é reconhecido e exercido em razão da categoria do trabalhador. Assim, haverá tantas ordens de preferência quantas as categorias estabelecidas. Todavia, no domínio do trabalho portuário tem-se admitido o regime da *polivalência funcional*, também chamado *multifuncionalidade* ou *polifuncionalidade* que consiste na faculdade de o trabalhador portuário

início de cada tarefa (artº. 18º deste Regulamento).

³³ No Direito Brasileiro fala-se no *princípio da restrição do trabalho*, que envolve a vedação à execução de serviços portuários por trabalhadores não integrantes do sistema - Cf. *Manual do Trabalho portuário e ementário*, Edição 2001 Ministério do Trabalho e Emprego, p. 7.

desempenhar funções correspondentes a diferentes categorias, desde que devidamente capacitado para o efeito³⁴.

Quando ocorrer esta situação o trabalhador avulso pode invocar o seu *direito à precedência de inscrição* em face de qualquer trabalhador independente da sua categoria.

VI - Este direito está, aliás, em conformidade com o disposto no artº. 314º nº. 1 do CL que reconhece ao empregador, em termos amplos, a faculdade de *heterodeterminação* que correspetivamente envolve a *polivalência funcional*. Nos termos deste artigo, “salvo acordo prévio em contrário, compete ao trabalhador portuário executar qualquer tipo de operação portuária adequada às necessidades de variação, tendo em conta o movimento do porto. Pode, nomeadamente, mudar de navio ou de atividade, por determinação do empregador”. Esta norma tem como consequência que este direito se presume seja qual for a categoria de trabalhadores relativamente aos quais se coloca o problema do exercício do *direito à precedência de inscrição*.

³⁴ Cf. sobre este ponto, quanto ao Brasil, César Luiz PASOLD, *O trabalho portuário avulso e a multifuncionalidade*, <http://conversandocomoprofessor.com.br>. Segundo este autor, a implantação da multifuncionalidade no Brasil depende da formação prévia do trabalhador portuário para o exercício da multifuncionalidade e ainda a verificação dos seguintes requisitos: celebração de convenção coletiva entre sindicatos patronal e sindicato representativo dos trabalhadores portuários e capacitação dos trabalhadores portuários pelo OGM0 - Órgão Gestão de Mão-de-obra do Trabalho Portuário Avulso. Sobre a história da OGM0, cf. <https://www.ogmoes.com.br/NossaHistoria.aspx>.

6. Regulamento interno

I - Nos termos do artº. 132º do CL o empregador que tenha ao seu serviço 10 ou mais trabalhadores é obrigado a elaborar um regulamento interno alusivo à organização e disciplina do trabalho (nº. 1).

O conteúdo do regulamento interno apresenta particularidades no domínio do trabalho portuário. Essas particularidades poderão ser estabelecidas tanto em sede da contratação coletiva, como no quadro de um específico regulamento interno.

II - A referência constante do artº. 312º segundo a qual “o empregador *pode* fixar por regulamento interno ...” não pretende deixar à empresa de trabalho portuário a liberdade de adotar ou não o regulamento. O que pretende é que, estando esta adstrita ao dever de adotar o regulamento, nos termos do artº. 132º do CL, deve igualmente atender, tratando-se de uma empresa de trabalho portuário, os elementos previstos no artigo 312º. Ou seja, as obrigações previstas no nº. 4 do artº. 132º do CL acrescem às obrigações previstas no artº. 312º.

A norma do nº. 4 do artº. 132º é, portanto, imperativa.

III - O artº. 312º do CL indica os seguintes elementos que poderão ser incluídos no regulamento interno de uma empresa de trabalho portuário:

- a) O regime de recrutamento que pode ser efetivo, ao dia ou para conclusão de determinada tarefa;
- b) As diferentes categorias profissionais, seu modo de recrutamento, progressão e hierarquia;

- c) As condições de contratação;
- d) A idade mínima ou máxima necessária para o desempenho de determinadas tarefas;
- e) A habilitação mínima;
- f) As tarefas que dependem de condições de saúde física ou psíquica comprovadas por certificação médica;
- g) As tarefas para cuja contratação é exigida certificação criminal ou abonação testemunhal.

IV - A atual concessionária da atividade portuária - a ENAPOR, SA - mantém em vigor um *Regulamento do pessoal e tráfego e estiva nos Portos de Cabo Verde* que data de 22 de Dezembro de 1984. Este Regulamento tem a natureza jurídica de *regulamento interno* para efeitos do disposto nos artigos 132º e 312º do Código Laboral. Foi aprovado por Portaria nº. 80/84, de 22 de Dezembro que entrou em vigor deste 1 de Janeiro de 1985, conservando a sua aplicabilidade desde essa data.

Com a aprovação do Código Laboral, pelo Decreto-legislativo nº. 5/2007, de 16 de outubro, a referida Portaria não foi revogada, mantendo-se, portanto, em vigor. Todavia, sendo o Código Laboral um diploma de hierarquia superior a referida Portaria lhe deve obediência, pelo que não pode contrariar as normas imperativas deste Código.

V - A Portaria nº. 80/84, de 22 de Dezembro é um diploma incharacterístico porque na verdade não indica a *lei de habilitação*. Tem a assinatura do Ministro dos Transportes e Comunicações mas não

invoca nenhuma norma que habilite o Ministro a adotar a referida Portaria.

Este facto põe em causa a sua legalidade. Com efeito, as Portarias são atos normativos do Governo, da competência isolada de um Ministro (artº. 264º nº. 3 da CR)³⁵. Desenvolvem competências conferidas por lei. A adoção de portarias está, portanto, vinculada ao *princípio da legalidade* que impõe a invocação da *lei habilitante*.

VI - A ENAPOR-SA é uma empresa pública de capital direta e exclusivamente detido pelo Estado, sob a forma de sociedade anónima, conforme estatutos publicado no Boletim Oficial II Série, nº. 12, de 23 de fevereiro de 2018. Reúne-se a assembleia geral sempre que o representante do acionista Estado esteja presente e delibera pelo voto que emitir, conformando-se com as orientações recebidas do membro do Governo responsável pela área das Finanças e pelo ministro responsável pelo setor portuário (artº. 15º do Estatutos).

O Conselho da Administração é composto por um Presidente, dois Administradores e um suplente, eleitos pela assembleia geral (artº. 18º dos Estatutos). Ora, é o Conselho da Administração que tem o poder de contratar trabalhadores, estabelecer as respetivas condições contratuais e exercer o correspondente poder disciplinar (artº. 19º nº. 1 al. k) dos referidos estatutos). É ainda o Conselho da Administração quem tem competência para elaborar os regulamentos relacionados com a atividade portuária ou atividades com estas diretamente relacionadas, respeitantes ao movimento de navios e de

³⁵ Sobre as portarias e a sua evolução, cf. o nosso *Estudos de Direito Cabo-verdiano e outros escritos jurídicos - A tipologia dos atos legislativos no Direito Constitucional Cabo-verdiano*, Praia, 2007, pp. 147 e segs.

mercadorias, a armazenagem e outras prestações de serviços (artº. 19º nº 1 al. q)).

Em face deste regime parece manifesto que o Governo, seja reunido em Conselho de Ministros, seja pela mão de um ministro não tem competência para aprovar o regulamento do pessoal de tráfego e estiva. Nos termos do artº. 38º do referido Estatuto da ENAPOR, SA as relações de trabalho na sociedade regem-se pelo Código Laboral e pelos regulamentos e normas específicas vigentes da ENAPOR, SA”. Ora, estas normas específicas são aprovadas pelo Conselho da Administração da ENAPOR, SA que delibera com voto de qualidade do respetivo Presidente (artº. 18º nº. 4 dos Estatutos da Empresa).

VII - Assim, afigura-se-nos que o *Regulamento do Pessoal de Tráfego e Estiva nos Portos de Cabo Verde*, aprovado por Portaria nº. 80/84, de 22 de Dezembro está ferido de ilegalidade por se tratar de matéria da competência do Conselho da Administração da ENAPOR, SA. As suas normas - aquelas que não violarem normas legais imperativas - têm hoje a natureza jurídica de *cláusulas contratuais*, uma vez que sejam apropriadas por ambas as partes, com o consentimento de ambos - empregador e trabalhador.

Algumas das suas normas são, todavia, inaplicáveis. Nomeadamente a norma do artº. 53º desse *Regulamento*, que fixa o leque de sanções disciplinares, viola o estabelecido no artº. 323º do Código Laboral, sendo, portanto, inaplicável.

7. Prestação do trabalho portuário

I - Na prestação do trabalho deve ser observado o princípio da igualdade: o recrutamento não pode ser efetuado senão de entre os inscritos e, entre estes, deve ser garantida a igualdade na prestação do trabalho.

Em cada ano deve ser garantido a cada trabalhador portuário a faculdade de prestar um número de horas aproximado relativamente aos demais trabalhadores da mesma categoria. Isto impõe certas obrigações sobre a entidade portuária, como seja a obrigação de manter estatísticas sobre a execução do trabalho relativas a cada trabalhador e ainda o dever de transparência: as referidas informações devem estar disponibilizadas por forma a permitir ao trabalhador eventual conhecer, em cada caso, a sua posição relativa a cada colega da mesma ou equivalente categoria.

II - O exercício do trabalho portuário por parte do trabalhador avulso, em número de meses, dias ou horas obedece igualmente ao princípio da igualdade. Segundo o artº. 313º nº. 2 do CL as entidades empregadoras de mão-de-obra portuária devem diligenciar para que os trabalhadores portuários eventuais, inscritos nos serviços competentes da autoridade portuária prestem em cada ano um número aproximado de horas de trabalho, respeitando-se o princípio de igualdade de acesso ao trabalho.

Esta regra é válida para os trabalhadores portuários eventuais, quer se trate de inscritos nos serviços competentes da autoridade portuária, quer se trate de inscritos nas empresas de trabalho temporário que tenham por objeto o fornecimento de mão-de-obra

portuária avulsa. Esta regra modifica levemente o regime do trabalho temporário quanto se trate de empresas de trabalho temporário que tenham por objeto o fornecimento de mão-de-obra portuária avulsa. Neste particular, a empresa está vinculada a respeitar o disposto no artº. 313º do CL e outras particularidades inerentes a esta modalidade de trabalho.

III - A lei não exige uma igualdade total facultando, por esta via, um ajustamento da prestação do trabalho portuário avulso às necessidades do porto. Todavia, o exercício do trabalho portuário em regime avulso não pode viabilizar discriminações entre os trabalhadores inscritos quanto ao número de horas de trabalho prestado.

A norma do artº. 313º nº. 2 do CL faz recair sobre a autoridade portuária ou sobre a empresa de trabalho temporário, que tenha por objeto a atividade portuária, o dever de corrigir eventuais desigualdades entre os trabalhadores inscritos de modo a aproximar-se-lhes quanto ao número de horas de trabalho.

IV - O artigo 318º do CL permite à entidade empregadora proceder à constituição das equipas de trabalho, agrupando os trabalhadores de acordo com a natureza e modo de acondicionamento das mercadorias, o equipamento a utilizar e o tipo de serviço a realizar. A formação e densidade das equipas atenderão igualmente à necessidade de observância das regras de segurança, saúde e higiene no trabalho³⁶.

³⁶ Sobre este ponto, cf. Joana Modesta NASCIMENTO, *Gestão das Infraestruturas portuárias em Cabo Verde - caso ENAPOR, SA*, Universidade do Mindelo, 2016, pp. 78 e segs.

a. Horário

A lei não fixa um horário de trabalho do trabalhador portuário. Estabelece tão somente que esse horário deve ser ajustado ao movimento do porto em que os trabalhadores operem (artº. 317º), sem prejuízo do direito ao repouso previsto no Código Laboral. Assim, tal como os demais trabalhadores, o trabalhador portuário está sujeito à prestação de oito horas de trabalho por dia e quarenta e quatro horas de trabalho por semana (artº. 149º n.º. 1). Resulta desse artº. 317º do CL que, se o trabalhador portuário deve respeitar um período mínimo de repouso de doze horas consecutivas (artº. 149º n.º. 2), este período de repouso pode ser ajustado ao movimento do porto (artº. 317º) como se se tratasse de um trabalho por turno. Ou seja, o período de doze horas de repouso pode ser observado em qualquer período dentro das vinte e quatro horas de cada dia.

b. Deveres do trabalhador portuário

I - O trabalhador portuário, seja ele contratado por tempo determinado, por tempo indeterminado ou em regime avulso está sujeito aos deveres dos trabalhadores em geral. Impõem-se-lhes, todavia, deveres específicos em atenção à natureza do trabalho que desenvolvem. Estes deveres são todos aqueles que resultam das leis, regulamentos, convenções coletivas, contratos de trabalho livremente celebrados e ainda das determinações da empresa gestora de mão-de-obra.

Nos termos do artº. 314º do CL a empresa gestora de mão-de-obra portuária pode condicionar o exercício do trabalho portuário ao

uso de identificação adequada, uniforme, crachá, capacete, botas e outros equipamentos de proteção individual, fornecidos pela empresa ou por outra entidade beneficiária da mão-de-obra.

II - O artº. 315º do CL aponta, ainda, os seguintes deveres específicos do trabalhador portuário:

a) Usar todo e qualquer dispositivo ou produto, de uso individual que lhe seja indicado pelo empregador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho;

b) Participar nas sessões de treinamento e nas simulações de acidentes e salvamento que sejam organizadas pelo empregador ou por terceiro;

c) Velar pela segurança de pessoas e bens que utilizem serviços portuários, advertindo aquelas de eventuais perigos a que poderão ficar expostas por virtude da sua presença em determinada zona portuária;

d) Prestar pronto-socorro a companheiros sinistrados ou a terceiros vítimas de infortúnio na área portuária;

e) Proteger o meio ambiente de eventuais riscos.

c. Deveres do empregador portuário

Além dos deveres que recaem sobre os empregadores em geral, o empregador portuário está vinculado a observar os seguintes deveres específicos estabelecidos no artº. 316º do CL:

a) Administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário, tanto dos efetivos, como dos eventuais;

b) Manter um registo atualizado dos trabalhadores das diversas categorias;

c) Promover o treinamento e a habilitação profissional do trabalhador portuário;

d) Estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao trabalho do trabalhador portuário;

e) Definir critérios transparentes de seleção e registo do trabalhador portuário avulso;

f) Elaborar e implementar um Programa de Prevenção de Riscos Ambientais passíveis de ocorrer no sector portuário;

g) Elaborar e implementar um Plano de Controlo de Emergência e um Plano de Ajuda Mútua para situações de incêndio ou explosão, vazamento de produtos perigosos, queda de homem ao mar e outras situações adversas que afetem a segurança das operações portuárias;

h) Manter em pleno funcionamento, durante 24 horas por dia, sem excluir sábados, domingos ou dias feriados, um posto de pronto-socorro, devidamente equipado e com pessoal qualificado, apto a dar assistência imediata a pessoas vítimas de infortúnio na zona portuária.

d. Retribuição

I - A retribuição a que o trabalhador portuário tem direito é aquela que resultar do contrato celebrado. É, portanto, aplicável o disposto nos artº 199º e segs do Código Laboral, quanto ao conteúdo da retribuição; ao vencimento e tempo de cumprimento, ao lugar e modo de pagamento e às compensações e descontos.

No que respeita ao trabalho suplementar atende ao estabelecido nos regulamentos ou instrumentos de regulamentação coletiva de

trabalho quanto à organização do horário de trabalho, de acordo com a movimentação do porto. É trabalho suplementar, para efeitos de determinação do correspondente acréscimo salarial, o prestado para além do período normal de trabalho fixado de acordo com as necessidades da atividade portuária, nos termos do artº. 317º do CL.

Naturalmente que são aplicáveis, nesta matéria, o estabelecido nas normas gerais relativas ao trabalho suplementar. Ou seja, o trabalho extraordinário é remunerado com um acréscimo de 35% da retribuição normal devida ao trabalhador (artº. 207º do CL).

Neste particular a retribuição do trabalhador portuário não oferece particularidades face ao regime geral.

II - Todavia, o mesmo não acontece no que respeita às *remunerações adicionais* que demandam algumas particularidades.

O regime do trabalho portuário prevê duas situações que envolvem um tratamento remuneratório diferenciado relativamente às situações previstas no regime geral: a remuneração por *trabalho realizado em situações especiais* e o *trabalho ligado à natureza da carga*.

Considera-se trabalho realizado em situações especiais todo aquele que envolva incêndio, água aberta, encalhe, abalroamento ou qualquer outra situação de perigo atual ou eminente para as pessoas, navios ou carga (artº. 321º nº. 1). Em tais situações estabelece a lei que, de acordo com o grau de exposição ao risco o trabalhador poderá ter direito a um acréscimo de retribuição entre 25% a 100%

sobre a retribuição normal, independente do dia da semana ou do turno em que a atividade perigosa é prestada (321º n.º. 2 do CL)³⁷.

Requisito essencial para o trabalhador ter direito a esse acréscimo salarial é a exposição efetiva aos riscos decorrentes das situações mencionadas (art.º. 321º n.º. 3). Assim, o trabalhador chamado a colaborar no controle de um incêndio, nas medidas de reparação ou sustação dos efeitos de água aberta, desencalhe ou proteção de pessoas e bens no caso de abalroamento é manifesto que está exposto aos riscos efetivos decorrentes dessas situações e, portanto, tem direito ao referido acréscimo de retribuição previsto neste artigo.

A circunstância de o legislador fixar esse acréscimo salarial entre 25% e 100% da retribuição normal, pressupõe que atende ao grau do risco inerente a cada situação e ao grau de exposição do trabalhador aos referidos riscos. Assim, porque o grau de risco de um mergulhador não é o mesmo que o de um trabalhador em atividade de baldeação numa situação de água aberta, afigura-se-nos que o risco normal não pode envolver o mesmo acréscimo salarial que uma situação de risco médio ou elevado. Parece que se deve atender à natureza do evento ou situação; ao grau de risco que envolve para o trabalhador, para terceiros ou bens e o grau de exposição do trabalhador a tais riscos decorrentes dessa situação. Este grau de exposição é determinado em atenção ao envolvimento da pessoa do trabalhador com vista a debelar a situação.

³⁷ O art.º. 35º do Regulamento do Pessoal de Tráfego e Estiva prevê em tais situações uma remuneração complementar no valor de 50% do salário base. Esta norma, como vimos, tem natureza contratual.

III - A lei distingue os trabalhadores que se encontram diretamente ligados às situações especiais e aqueles que, não se encontrando diretamente ligados às referidas situações, todavia, estão expostos aos seus efeitos, em termos de incomodidade, sujidade, toxicidade ou perigosidade (artº. 321º n.º. 4 do CL). Também estes trabalhadores quando comprovadamente ficarem expostos a esses efeitos têm direito a um acréscimo salarial, como forma de os compensar pela sua exposição a tais riscos. Neste caso, o trabalhador tem direito a um acréscimo salarial que não poderá ser inferior a 5% do salário-base. Neste particular, afigura-se-nos igualmente aplicável o estabelecido no n.º. 2 do artº. 321º, atendendo-se, portanto, ao grau de exposição de cada trabalhador aos referidos incómodos, sujidade, toxicidade ou perigosidade.

IV - Para além das situações já referidas que envolvem acréscimos salariais, o artº. 322º do CL prevê ainda acréscimos salariais nas situações de manuseamento das cargas sujas, incómodas, tóxicas ou perigosas, conforme lista aprovada por portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas do trabalho e da atividade portuária. Nestes casos o trabalhador tem direito a um acréscimo salarial de valor não inferior a 25% do salário-base.

Também nesta situação os trabalhadores que não se encontram diretamente ligados à atividade das referidas cargas, mas estão expostos a seus incómodos, sujidade, toxicidade ou perigosidade têm direito a um acréscimo salarial no valor não inferior a 5% do salário-base.

Esta regra é inaplicável quando as cargas se apresentem em contentores metálicos ou em embalagens ou compartimentos de estancuidade semelhante, salvo se houver derrame ou fuga não imputável aos trabalhadores.

e. Prescrição dos créditos laborais

I - No Brasil a prescrição dos créditos do trabalhador portuário em regime avulso tem sido objeto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Alguns tribunais brasileiros têm sustentado que o prazo de prescrição dos créditos do trabalhador portuário se inicia na data em que termina cada requisição do trabalhador para a prestação do serviço. Outro setor da jurisprudência brasileira é da opinião de que o prazo de prescrição dos créditos trabalhistas do trabalhador portuário só começa a contar a partir da data em que se der o cancelamento do registo. Portanto, enquanto não se verificar o cancelamento definitivo do registo do trabalhador portuário não se inicia o prazo de prescrição dos seus créditos laborais³⁸.

II - Como já foi analisado noutro lugar³⁹, o prazo de prescrição dos créditos dos trabalhadores em geral só começa a correr a partir do momento em que se dá a cessação do contrato de trabalho. A cessação do contrato de trabalho constitui, portanto, o evento a partir do qual se desencadeia o início da contagem do prazo de

³⁸ Sobre esta controvérsia, cfr. Maxweel Sulívan Durigon MENEZHINI, *Da prescrição aplicável aos trabalhadores portuários avulsos*, www.ambitojuridico.com.br.

³⁹ Cf. *Direito do Trabalho cabo-verdiano...* I volume ... pp. 444 e segs.

prescrição dos créditos do trabalhador. Como é sabido, esta medida legislativa está associada a fatores de proteção do trabalhador, encarado como parte contratual mais fraca. Admite-se que se o trabalhador desencadear um processo de reclamação dos seus direitos laborais junto do empregador durante a vigência do contrato de trabalho poderá ser objeto de retaliação, incluindo a própria cessação do contrato de trabalho, donde obtém os proventos necessários para o seu sustento e da sua família. Daí o legislador suster, no geral, a prescrição dos créditos do trabalhador durante a vigência do contrato de trabalho.

III - Entendemos que esta medida legislativa não pode deixar de ser aplicada para proteção dos créditos do trabalhador portuário avulso. Com efeito, as mesmas razões que fundamentam a sustação do início da contagem dos prazos de prescrição dos créditos dos trabalhadores em geral se aplicam ao trabalho portuário, senão por maioria de razão - dada a vulnerabilidade do trabalho portuário - especialmente na modalidade do trabalho avulso - pelo menos por identidade de razão.

A questão está em saber qual o momento a partir do qual se desencadeia o prazo de prescrição dos créditos do trabalhador portuário avulso, se a partir do término de cada requisição ou a partir da cessação do contrato?

Cremos que os elementos legislativos depõem a favor deste último ponto de vista. Com efeito, o registo do trabalhador portuário avulso e o respetivo cancelamento funcionam, como equivalentes à constituição e extinção da relação jurídico-laboral. Portanto, o

cancelamento do registo é um modo de extinção do contrato de trabalho. Logo, preenche o disposto no proémio do artº. 6º do CL: a data do cancelamento do registo equivale à data da cessação do contrato de trabalho. Portanto, é a partir dessa data que se desencadeia a contagem do prazo de prescrição do crédito do trabalhador.

IV - À tese que advoga que prescrição se desencadeia a partir de cada requisição opõe-se o princípio da igualdade. Os trabalhadores em geral conservam os seus créditos durante toda a vigência do contrato de trabalho, porém, de acordo com essa tese, o trabalhador portuário avulso não conservaria os seus créditos durante toda a vigência do registo. Os problemas que a lei pretende obviar com a sustação do decurso do prazo de prescrição para os trabalhadores em geral valem igualmente para o trabalhador portuário em regime avulso. Daí procederem as mesmas razões e ser de todo ilegítima uma eventual diferenciação de regimes.

f. Direito a férias

I - O direito a férias é fixado ao ano. Nos termos do artº. 52º do CL por cada ano de serviço prestado o trabalhador tem direito a 22 dias úteis de férias, quer se trate de trabalhador contratado por tempo determinado ou por tempo indeterminado⁴⁰.

Esta regra é igualmente válida para o trabalhador eventual por força do princípio da igualdade.

⁴⁰ Sobre este ponto, Cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Direito do Trabalho cabo-verdiano...* pp. 417-418.

Aplicando-se o princípio *pro rata temporis*, manifestação desse princípio, cada trabalhador tem direito a 2 dias de férias por cada mês de trabalho prestado. Na verdade, tudo se passa como se o trabalhador trabalhasse 11 meses em cada ano e descansasse durante 1 mês. Com efeito, descontando os sábados e domingos 22 dias úteis de férias correspondem, sensivelmente, a um mês de férias. Pois bem, se o trabalhador trabalha 11 meses e tem direito a 22 dias de férias, isso significa que por cada mês de trabalho o trabalhador tem direito a 2 dias de férias: $22 \div 11 = 2$.

II - Este princípio é igualmente aplicável ao trabalho portuário, mesmo tratando-se de trabalhador em regime avulso. O regime do trabalho portuário cuida especialmente destes porque, na verdade, é neste ponto que o regime oferece particularidades. Nos termos do artº. 320º nº. 1 “o trabalhador portuário avulso tem direito a um número de dias de férias determinado em função do tempo de serviço efetivamente prestado, tomando-se para este cálculo o número de horas de trabalho prestado e a sua conversão em número de dias de trabalho, à razão de oito horas por dia, aplicando-se-lhe, com as devidas adaptações, o disposto em matéria do direito a férias a trabalhadores contratados por tempo determinado”.

A lei propõe, portanto, uma operação de cálculo que passa pelo número de horas e dias de trabalho, de modo a perfazer meses de trabalho, sendo certo que, por cada mês de trabalho o trabalhador portuário tem direito a 2 dias de férias. Nisto o regime de férias do trabalhador portuário não difere do regime geral. O trabalhador portuário tem direito aos mesmos dias de férias que qualquer outro

trabalhador. O seu cálculo é que diferencia, tendo em conta a diversidade do regime do trabalho portuário.

III - Como temos alertado em estudos anteriores⁴¹, o regime de férias não prima pelo respeito do princípio da igualdade. O regime fixado no artº 53º do CL suscita algumas dificuldades no seu confronto com o princípio da igualdade e está mesmo em antinomia com o estabelecido no artº. 52º nº. 3 do mesmo Código. Há que fazer uma *interpretação conforme à Constituição*⁴² e, nesta medida, impera o princípio da igualdade e, conseqüentemente, a aplicação do *princípio pro rata temporis*. A solução por nós adotada de se reconhecer ao trabalhador o direito a 2 dias de férias por cada mês de trabalho afigura-se-nos uma solução que se ajusta, nomeadamente, ao trabalho portuário.

Assim, o trabalhador portuário que trabalhar 15 dias tem direito a 1 dia de férias e o trabalhador que trabalhar 7 dias tem direito a ½ dia de férias. Se trabalhar 6 meses tem direito a 11 dias de férias, e assim sucessivamente. Nesse cômputo não se pode deixar de ter em consideração que, para efeitos do cálculo do número de dias de férias a que o trabalhador tem direito, cada fração do dia de trabalho superior a 4 horas é equiparado a um dia de trabalho (artº. 320º nº 2 do CL).

⁴¹ Ver *Direito do Trabalho cabo-verdiano*, vol I, pp. 410 e segs.

⁴² “Uma interpretação diz, assim, conforme à Constituição quando ela respeita os valores, a lógica interna e a teleologia presente na norma constitucional que encima a norma interpretanda. Deste princípio decorrem dois comandos para o intérprete: um positivo, qual seja o de realizar a integração vertical, nas suas dimensões valorativa, de lógica interna e teleológica; e um negativo, qual seja o de não falsear a orientação presente no comando constitucional” - cfr. Geraldo da Cruz ALMEIDA, *Direito do Trabalho cabo-verdiano*, vol. I, pp. 231 e segs.

Este cálculo é feito tomando como referencial cada jornada de trabalho. Assim, se o trabalhador prestou durante quatro dias seguidos 4 horas de trabalho, em cada dia, isso significa que completou 4 dias de trabalho para efeitos do cálculo do número de dias de férias a que tem direito. Logo, é permitido ao empregador somar as horas de trabalho prestadas em cada dia, para determinar o número de dias de férias a que o trabalhador teria direito. Esta interpretação falsearia o disposto no artº. 320º nº. 2 do CL, nos termos do qual qualquer fração de dia superior a 4 horas é equiparado a um dia de trabalho, para efeitos do cálculo do número de dias de férias a que o trabalhador portuário teria direito.

Creemos, assim, que a lei utiliza dois critérios para se determinar o número de dias de férias a que o trabalhador tem direito:

- o critério do número de horas de trabalho prestadas em cada dia e convertidas em número de dias de trabalho, à razão de oito horas por dia;
- e o critério do número de dias efetivos de trabalho, tomando como um dia completo de trabalho a prestação de trabalho por período superior a 4 horas.

Assim, se um trabalhador portuário prestou todos os dias mais de 4 horas de trabalho por dia, ele tem direito, em cada ano, a 22 dias de férias nos mesmos termos que um trabalhador comum.

Todavia, se ele prestou, todos os dias, até 4 horas de trabalho por dia (não superior a quatro, conforme estipulação da lei) as suas horas de trabalho, em cada dia, somam-se para efeitos de determinação do número de dias de férias a que o mesmo trabalhador tem

direito. No exemplo configurado, este trabalhador terá direito a 11 dias de férias, por cada ano de serviço prestado.

O mesmo acontece se o trabalhador prestar 2 horas, 3, horas de trabalho por cada dia, caso em que terá direito a um número de dias de férias, determinado, de acordo com o critério estabelecido no nº 1 do artº. 320º do CL. Ou seja, tomando em consideração o número de horas de trabalho prestado, convertidos em número de dias, à razão de oito horas de trabalho, aplicando-se com as devidas adaptações o disposto em matéria do direito a férias para os trabalhadores contratados por tempo indeterminado.

IV - A solução legal carece de aperfeiçoamento. Assim, se um trabalhador portuário presta, em regra, 4 horas de trabalho por dia, o mesmo terá direito a 11 dias de férias por ano. Porém, se um trabalhador portuário trabalhar 5 horas de trabalho por dia, o mesmo terá direito a 22 dias de férias por ano. É uma diferença substancial, em número de dias de férias, para uma diferença pouco significativa, para o número de horas de trabalho prestado.

Quando interpretado nestes termos, o artº. 320º nº. 2 viola a Constituição da República, pois, não trata o igual de forma igual e o diferente de forma diferente, na medida de diferença. *De jure condendo*, cremos que a melhor solução é aquela que manda aplicar o princípio *pro rata temporis*, independentemente da presunção estabelecida no artº. 320º nº. 2 do CL.

V - A lei não estabelece um regime particular do vencimento e do gozo do direito a férias do trabalhador portuário. Rege-se, neste

particular, o regime previsto nos artºs 52º e segs do CL, aplicáveis, *mutatis mutandis* ao trabalhador portuário recrutado em regime avulso.

Sendo certo que a lei deixa ao empregador portuário uma maior liberdade na definição do conteúdo do Regulamento Interno, nada impede que as condições de exercício do direito a férias por parte do trabalhador contratado em regime avulso seja objeto deste regulamento e fixado em atenção à organização do porto e às necessidades do trabalhador e da sua família. Não se pode olvidar, neste particular, que o direito a férias é irrenunciável e indisponível (artº. 54º do CL) e, portanto, qualquer disciplina desta matéria, em sede do regulamento interno, não pode deixar de atender a estas características.

8. Sanções disciplinares

I - O trabalhador portuário está sujeito às sanções disciplinares aplicáveis aos trabalhadores em geral. Assim, o empregador poderá aplicar ao trabalhador portuário as seguintes sanções disciplinares, por cada infração cometida (artº. 374º do CL):

- a. admoestação escrita;
- b. multa graduada até 10 dias do montante da retribuição;
- c. suspensão do trabalho com perda de retribuição até 30 dias;
- d. suspensão do trabalho com perda da retribuição de 30 a 90 dias; e
- e. despedimento com justa causa.

II - Além das sanções previstas neste artigo, prevê o artº. 323º do CL a aplicação de mais as seguintes sanções:

- a) Suspensão do registo com perda de retribuição até 30 dias;
- b) Suspensão do registo com perda de retribuição de 30 a 90 dias;
- c) Cancelamento do registo.

A letra do artº. 323º pode levar ao entendimento de que os dois leques de sanções são cumulativos. Ou seja, ao trabalhador portuário seriam aplicáveis todas as sanções previstas no artº 374º e ainda as previstas no artº. 323º do CL. Nisto deparia o proémio do nº. 1 do artº 323º pela fórmula *“além das sanções previstas neste Código...”*.

Todavia, o nº. 2 deste artigo prejudica este entendimento. Estabelece que *“as sanções previstas no número anterior são aplicáveis com as devidas adaptações às situações a que corresponderiam as sanções previstas nas alíneas c) a e) do artº 374º deste Código”*. Isso significa que as sanções previstas no artº. 323º são aplicáveis em lugar das sanções previstas nas alíneas c), d) e e) previstas no artº. 374º do CL. Ou seja, uma coisa exclui a outra. Não se dá uma cumulação, mas sim uma exclusão. Portanto, em lugar de se aplicar ao trabalhador portuário a sanção de suspensão do trabalho com perda de retribuição até 30 dias, é-lhe aplicável a suspensão do registo, com perda de retribuição até 30 dias; em lugar de se lhe aplicar a sanção de suspensão do trabalho com perda de retribuição de 30 a 90 dias, é-lhe aplicável a suspensão do registo com perda de retribuição por igual tempo; em lugar de se lhe aplicar a pena de despedimento com justa causa, é-lhe aplicável a pena de cancelamento do registo.

III - Resta saber se este regime é aplicável a todos os trabalhadores portuários. A ligação que se estabelece entre o artº. 323º e o artº. 313º dá a entender que aquele leque de sanções só se aplica aos trabalhadores eventuais. Na verdade, são estes que se encontram sujeitos a inscrição e, portanto, só quanto a estes se coloca um problema de suspensão ou cancelamento do registo.

Assim, afigura-se-nos que as sanções previstas no artigo 323º só são aplicáveis aos trabalhadores eventuais e as demais sanções previstas no artº. 374º são aplicáveis aos trabalhadores não eventuais. Ou seja, os trabalhadores contratados por tempo determinado ou por tempo indeterminado regem-se pelo disposto no artº. 374º do CL, ao passo que os trabalhadores contratados em regime avulso regem-se pelo disposto no artº. 323º do CL.

9. Antiguidade do trabalhador

Nos termos do artº. 324º do Código Laboral, a antiguidade do trabalhador portuário, para efeitos de promoção, reforma ou outras vicissitudes da relação laboral dependentes da influência do tempo, conta-se a partir da data da primeira inscrição e corresponde a todo o tempo decorrido, desde essa data. Neste particular, a lei não atende - nem poderia atender - ao tempo de trabalho efetivamente prestado, mas sim ao número de anos a que o trabalhador portuário esteve vinculado ao empregador.

Conclusão

I - O trabalho portuário apresenta particularidades em razão do lugar onde o trabalho é prestado; da natureza do vínculo que se estabelece entre o empregador e o trabalhador; da jornada de trabalho; das condições de trabalho; do exercício do direito a férias, do exercício do poder disciplinar e bem assim da cessação do contrato de trabalho.

II - Em razão do lugar, concilia atividades reguladas por normas de Direito Público e por normas de Direito Privado. Por isso, a atividade portuária é desenvolvida mediante concessão de um serviço público, dando lugar a uma relação tripartida entre o concessionário do serviço público, o operador portuário e o trabalhador portuário em termos que se assemelha ao contrato de trabalho temporário.

III - Em razão da natureza do vínculo, o trabalho portuário põe em relevo a modalidade de trabalho em regime avulso que, pela precariedade que lhe está associada, suscita particularidades relevantes do ponto de vista do acesso ao trabalho, da retribuição, do exercício do direito a férias, da prescrição dos créditos e da cessação do contrato de trabalho.

IV - Em razão das condições de trabalho, o trabalho portuário suscita particularidades ligadas à natureza carga e situações especiais tais como incêndio, água aberta, encalhe, abalroamento que reclamam acréscimos salariais.

Bibliografia referenciada no texto:

- ALMEIDA, Geraldo da Cruz: *Direito do Trabalho cabo-verdiano I - dogmática específica - Fontes, situações individuais de trabalho*, Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais/Imprensa Nacional, Praia, 2010.

- *Estudos de Direito Cabo-verdiano e outros escritos jurídicos*, Livraria SABER, Praia, 2007.

- *Notas Críticas em torno do regime jurídico do Trabalho Temporário*, Revista Cabo-verdiana de Ciências Jurídicas e Sociais, Ano II, nº. 2 (2019).

- *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade - esboço de uma perspectiva dogmática*, Revista Internacional de Direito do Trabalho /ANO I/ 2021 / Nº. 1 / www.ridt.pt, pp. 201 e segs

- *Inserção sistemática do Direito do Trabalho*, Revista Internacional do Direito do Trabalho / ano III / Dezembro 2023 / nº. 5 / www.ridt.pt, pp. 27 e segs.

- CARDOSO, Ulisses Silva: *Estratégia para o desenvolvimento do setor portuário de Cabo Verde, com base nas tendências internacionais*, Fevereiro, 2013.

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes: *Direito do Trabalho I, Direito Europeu, Dogmática Geral, Direito Coletivo*, Coimbra, Almedina, 2019.

- GONÇALVES, Pedro: *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005

- MARTINEZ, Pedro Romano: *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina/Instituto do Direito do Trabalho - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 8ª edição, 2017.

- MENEZHINI, Maxweel Sulívan Durigon, *Da prescrição aplicável aos trabalhadores portuários avulsos*, www.ambitojuridico.com.br.

- NASCIMENTO, Joana Modesta: *Gestão de Infraestruturas portuárias em Cabo Verde - Caso ENAPOR, SA*, Universidade do Mindelo - Departamento de Ciências Económicas e Empresariais Mindelo, 2016.

- PASOLD, César Luiz: *O trabalho portuário avulso e a multifuncionalidade*, <http://conversandocomoprofessor.com.br> .

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma: *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II - Situações individuais de trabalho*, 5ª edição, Almedina, 2014.

- RAMOS, Benfeito Mosso: *Texto de apresentação do n.º. 2 da Revista Cabo-verdiana de Ciências Jurídicas e Sociais*, Ano III, n.º. 3, 2021, pp. 215 e segs.
- ROCHA, Amadeu Ferreira: *A gestão e a concessão das áreas portuárias*, https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_gestao_e_a_concessao_das_areas_portuarias.pdf
- Parecer da Procuradoria Geral da República - Ministério da Justiça (dgsi.pt) de 26 de agosto de 1998 (Ferreira RAMOS).
- QUERCI, Francesco Alessandro: *Lavoro Portuale*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, volume XXIII, pp. 469 e segs.
- SALADINO, Maria Veronica: https://academia.edu/4785937/DIRITTO_DELLA_NAVIGAZIONE-RIASSUNTO_COMPLETO





ESPAÑHA





EL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

THE EUROPEAN UNION SOCIAL SECURITY LAW

Alberto Arufe Varela*

Jesús Martínez Girón**

Sumario: 1. Introducción y planteamiento, desde el punto de vista del Derecho español.- 2. Las fuentes del Derecho originario de Seguridad Social de la Unión Europea.- 3. Las fuentes del Derecho derivado de Seguridad Social de la Unión Europea.- 4. El impacto de las fuentes del Derecho derivado sobre los convenios internacionales bilaterales de Seguridad Social.- 5. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a cuestiones prejudiciales de Seguridad Social.- 6. Las pensiones europeas de Seguridad Social.- 7. La tramitación de las pensiones europeas de Seguridad Social.- 8. La colaboración interadministrativa internacional en la tramitación de las pensiones europeas de Seguridad Social.- 9. Epílogo. Sobre el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea, desde el punto de vista portugués.- Bibliografía citada.

Resumen:

El Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea es una parcela del Derecho de la Unión que tiene un interés muy grande, desde el punto de vista académico universitario y desde el punto de vista del ejercicio de la abogacía. Desde el primer punto de vista, porque en España forma parte del plan de estudios para la obtención del título de Grado en las Facultades de Derecho. Desde el segundo punto de vista, porque en España es una parcela del Derecho de Seguridad Social muy litigada ante los tribunales. También es muy interesante en relación con el Derecho portugués. Ello se debe a que España y Portugal son países con importantes flujos de trabajadores migrantes hacia otros Estados miembros de la Unión Europea.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña (España).

** Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña (España).

Abstract:

The European Union social security law is an area of European Union law having a great interest, from both the academic university and the practice of law points of view. From the former point of view, because in Spain it is part of the courses for obtaining the degree of Law in the Schools of Law. From the latter point of view, because in Spain it is an area of Social Security Law highly litigated before the courts. Relating to Portuguese law, it is very interesting as well. This is due to the fact that Spain and Portugal are countries with significant flows of migrant workers to other European Union member States.

Palabras clave: Derecho de la Seguridad Social, España, Portugal, Trabajadores migrantes, Unión Europea

Keywords: European Union, Migrant workers, Portugal, Social security law, Spain

1. Introducción y planteamiento, desde el punto de vista Del derecho español^{***}

Dado el aparente olvido que sufre el estudio del Derecho de Seguridad Social en las Facultades portuguesas de Derecho (por cierto, lo mismo sucede en las Facultades de Derecho norteamericanas)¹, resulta encomiable la iniciativa que tuvo en su día el admirado y muy querido maestro portugués, profesor catedrático Pedro ROMANO MARTINEZ, organizando un curso de postgrado sobre Derecho de Seguridad Social en el marco de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, a la que pertenecía, agradeciéndole ahora públicamente nosotros que nos hubiese asignado la impartición en él de una lección sobre «Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea», a

^{***} Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2022-136807NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015), pp. 149 y ss.

cuyas líneas estructuradoras se referirán las páginas que siguen. Sobre la base de que en España el Derecho de Seguridad Social forma parte de los programas ordinarios de estudios del Grado español en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, a que ambos pertenecemos², el tema lo explicamos en el marco más amplio del Derecho Internacional de Seguridad Social (aun siendo plenamente conscientes de que el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea, desde el punto de vista del Derecho español, no es ningún Derecho «extranjero»)³, pues resulta evidente no sólo que el internacionalismo se originó antes de que se construyese el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea (el nacimiento de este último se produjo, como Derecho meramente «comunitario», en la década de los años sesenta del siglo pasado, como luego veremos)⁴, sino también que impacta frontalmente sobre la red de convenios internacionales bilaterales de Seguridad Social con los que España, en cuanto que tradicional país de emigración (primero, a América; luego, a otros países europeos), pretendía salvaguardar desde hacía mucho tiempo los derechos subjetivos de Seguridad Social de nuestros compatriotas, en cuanto que inmigrantes retornados (lo comprobaremos, también, luego)⁵. No cabe aburrirse explicando y estudiando esta concreta parcela del Derecho de Seguridad Social, dado

² Véase el «plan de estudios» del Grado en Derecho de la Universidad de A Coruña (https://guiadocente.udc.es/guia_docent/index.php?centre=612&ensenyament=612G01&consulta=assignatures&idioma=cast), asignándole a la asignatura «Derecho de la Seguridad Social» 6 créditos ECTS, a impartir en el segundo cuatrimestre del cuarto año.

³ Véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pp. 361 y ss.

⁴ Véase *infra*, 3.

⁵ Véase *infra*, 4.

que las fuentes normativas reguladoras del mismo, tanto pertenecientes al Derecho originario como al Derecho derivado de la Unión Europea, resultan ser fuentes de conocimiento extraordinariamente abigarradas y complejas⁶, habiendo suscitado incluso pleitos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de máximo interés para España (al derivarse de cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de nuestro país, a alguna de las cuales también tendremos que referirnos más adelante)⁷. Por lo demás, no se trata de ningún Derecho diletantemente «teórico», acreditando su absoluto interés práctico la complicada tramitación a que dar lugar la aplicación del mismo a casos concretos⁸, lo que la propia Unión Europea anticipó en su día, al imponer la colaboración interadministrativa (también, desde el punto de vista idiomático) entre las Administraciones públicas de Seguridad Social de los diversos Estados miembros⁹. Concluirémos nuestra exposición con un epílogo de Derecho portugués, en el que meramente apuntaremos la existencia de posibles faltas de concordancia y de posibles incongruencias entre la legislación portuguesa de Seguridad Social y el Derecho derivado (en especial, uno de los dos Reglamentos de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social) sobre el tema de la Unión Europea, en su versión actualmente vigente¹⁰.

⁶ Véase *infra*, 2 y 3.

⁷ Véase *infra*, 5.

⁸ Véase *infra*, 6 y 7.

⁹ Véase *infra*, 8.

¹⁰ Véase *infra*, 9.

2. Las fuentes del Derecho originario de Seguridad Social de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que posee, como se sabe, el mismo valor jurídico que los Tratados)¹¹ no constituye ninguna retahíla o letanía cansina, meramente enumeradora derechos subjetivos fundamentales de todos conocidos (y a añadir a las muchas retahílas o letanías ya existentes, en los planos internacional y nacional)¹², sino una verdadera compilación de derechos subjetivos básicos del corriente siglo XXI en que vivimos y nos encontramos, probándolo contundentemente —en materia de Seguridad Social— su artículo 34¹³. Este precepto —sobre la base de la distinción neta que traza entre la Seguridad Social contributiva (un portugués diría Seguridad Social «*previdêncial*»), regulada en su apartado 1, y la asistencia social (o «*de cidadania*», según la

¹¹ Véase artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (literalmente, «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»).

¹² Sobre la base de que los dependientes integran la llamada «cuarta edad», la Constitución Española de 1978, hija de su época, ha quedado totalmente obsoleta a estos efectos, pues se refiere únicamente a «pensiones ... a los ciudadanos durante la tercera edad» (artículo 50).

¹³ Desde la perspectiva nacional española, véase Alberto ARUFE VARELA, «Un reto inaplazable para una seguridad social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del Derecho comparado. El reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 36 (2023), pp. 151 y ss. Desde la perspectiva comparada con los Estados Unidos, haciendo hincapié en que se trata de un asunto del siglo XII, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El seguro para la cobertura de la contingencia de dependencia de los empleados públicos federales norteamericanos. Una aproximación posibilista a la nueva contingencia contributiva de seguridad social del siglo XXI», *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 37 (2023), pp. 145 y ss.

terminología portuguesa) para hacer frente a la exclusión social y la pobreza, regulada en su apartado 3— habla de reconocer y de tener que respetar hasta seis contingencias contributivas de seguridad social, añadiendo a las cinco tradicionales que expresamente menciona («maternidad», «enfermedad», «accidentes laborales», «vejez» y «pérdida de empleo») la nueva contingencia de «dependencia». Esto es la Seguridad Social del siglo XXI, resultando evidente que la legislación española de Seguridad Social no se encuentra alineada con dicho artículo 34, dado que en nuestro país la protección de la «dependencia» forma parte de la asistencia social, orientándose exclusivamente a proteger a los dependientes indigentes (de ahí su financiación solidaria con cargo a impuestos, que pagamos todos los españoles), pero no a los dependientes de clase media o no indigentes, cada vez más numerosos, a diferencia de lo que sucede en Alemania o en Francia, cuyos sistemas nacionales de Seguridad Social (que prevén la «dependencia» como contingencia contributiva de Seguridad Social, a financiar con cotizaciones de trabajadores y empresarios) sí se encuentran alineados, en cambio, con las directrices de futuro marcadas por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴. No es, sin embargo, la única diferencia existente entre los diversos sistemas nacionales europeos de Seguridad Social, sino

¹⁴ Sobre el Derecho de Seguridad Social alemán, pionero a estos efectos, véase Alberto ARUFE VARELA, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), pp. 13 y ss. En relación con el Derecho francés de Seguridad Social, que se limitó a seguir el camino trazado por Alemania, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016), pp. 1 y ss.

que hay muchas más. Por eso, pretendiendo dejar intocados esos sistemas y, sobre todo, las cargas financieras ingentes que soportan, el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (relativo a la «política social» común), con el carácter de Derecho originario puro y duro, excluye la posibilidad de «armonización» de los sistemas nacionales de Seguridad Social, limitándose a imponer la «coordinación» de los mismos, con la finalidad de que todos ellos puedan seguir funcionando simultáneamente, aunque teniendo que hacerlo de modo acompasado y sin poder perturbar las llamadas libertades estructurales de la Unión Europea, entre las que se cuenta la trascendental –a nuestros efectos– de la libre circulación de trabajadores dentro del territorio de la Unión, como si en este último no existiesen fronteras¹⁵.

3. Las fuentes del Derecho derivado de Seguridad Social de la Unión Europea

En desarrollo del citado artículo 153 del Tratado de Funcionamiento, se han promulgado dos trascendentales normas coordinadoras de los veintisiete sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros. Tienen antecedentes en los años cincuenta y sesenta del siglo pasado¹⁶. Y aunque se promulgaron con algunos años

¹⁵ Sobre dicho precepto del Tratado de Funcionamiento, desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 361 y ss.

¹⁶ Se trata de los Reglamentos (CEE) núms. 1408/1971 del Consejo, de 14 junio, y 574/1972 del Consejo, de 21 marzo, que procedieron a la derogación de los Reglamentos del Consejo núms. 3, de 25 septiembre 1958, y 4, de 3 diciembre 1959.

de diferencia, ambas normas se encuentran recíprocamente interrelacionadas entre ellas, funcionando como lo hacen un par de pendientes, un par de zapatos o un par de guantes, lo que explica que hasta que se promulgó la segunda se pospusiese la entrada en vigor de la primera (esta última se produjo, simultáneamente, el 1 mayo 2010). Sus nombres oficiales son, de un lado, Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social; y de otro lado, Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004. Se trata de normas muy extensas, pues la primera consta de casi nueve decenas de preceptos, mientras que la segunda llega a casi el centenar de ellos (poseyendo ambas, además, complejísimos anexos coordinadores, que resulta imperativo tener a la vista, a efectos de proceder a la aplicación de la normativa en cuestión al caso concreto). Si comparados con otras normas de Derecho Internacional de Seguridad Social precedentes a ellos (por ejemplo, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, elaborado por el Consejo de Europa y ratificado por España¹⁷; o el Convenio núm. 157 de 1982 de la OIT, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, asimismo ratificado por España¹⁸, aunque haya quedado completamente desfasado; o incluso, el Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007, igualmente ratificado por nuestro país¹⁹), ambos Reglamentos

¹⁷ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 17 marzo 1995.

¹⁸ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 12 noviembre 1985.

¹⁹ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 8 enero 2011.

europeos resultan ser normas de una perfección técnica incuestionable e indiscutible. Al tratarse de Reglamentos, son directamente vinculantes sin necesidad de promulgar ninguna norma transpositoria de carácter interno de su contenido, a diferencia de lo que sucede con las Directivas, creando directamente obligaciones para los Estados miembros (y consecuentemente, derechos subjetivos para sus respectivos ciudadanos) por el mero hecho de su entrada en vigor (esto, es, como si se tratase de auténticas Leyes «federales» europeas), cabiendo por ello mismo su invocación y aplicación directa por los tribunales de los respectivos Estados miembros (en el caso español, por nuestros tribunales laborales, los cuales son a la vez tribunales de Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en Portugal)²⁰.

4. El impacto de las fuentes del Derecho derivado sobre los convenios internacionales bilaterales de Seguridad Social

Quizá el impacto más importante de la entrada en vigor del citado Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre las fuentes tradicionalmente reguladoras del Derecho Internacional de Seguridad Social, especialmente en el caso de países como España (con un fuerte contingente de emigrantes a otros Estados miembros de la Unión Europea), se refiere a la red de Convenios bilaterales de Seguridad Social que nuestro país había suscrito con dichos Estados receptores de nuestros emigrantes²¹. Al respecto, el artículo 8 de la norma

²⁰ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 111 y ss.

²¹ Al respecto, «cabe recordar que “el primer Tratado de seguridad social propiamente dicho firmado por España fue el celebrado con Alemania en 1913, en

establece que «en su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de seguridad social aplicable entre los Estados miembros»²². Ahora bien, esto no significa que los Convenios bilaterales en cuestión queden derogados, pues el propio precepto indica acto seguido que «continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios»²³, teniendo en cuenta que «para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II [del propio Reglamento]»²⁴. Lógicamente, esta simplificación de las fuentes no afecta en absoluto a los Convenios bilaterales de Seguridad Social que España hubiese suscrito con Estados terceros (bien tradicionalmente receptores de nuestros emigrantes, como en el caso sobre todo de países latinoamericanos; bien de países, como los norteafricanos, que han pasado a convertirse en emisores al nuestro de crecientes flujos de sus propios emigrantes), los cuales continúan plenamente vigentes. Como es lógico, el citado artículo 8 no impide que España pueda seguir estipulando dicho tipo de Convenios con Estados terceros y, aunque sorprenda, incluso con otros Estados

forma de Convenio, sobre accidentes de tripulantes marineros en barcos de nacionalidad distinta”». Véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., p. 363.

²² Cfr. apartado 1, inciso primero.

²³ *Ibidem*, inciso segundo. Se trata de una regla tradicional, habiendo sido objeto del primer pleito en que los tribunales laborales españoles tuvieron que aplicar el Derecho de Seguridad Social de las entonces Comunidades Europeas. Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Alcance de la derogación por el Derecho comunitario de los convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE», *Actualidad Laboral*, núm. 44 (1989), p. 582.

²⁴ Cfr. apartado 1, inciso tercero.

miembros de la Unión Europea (literalmente, «dos o más Estados miembros podrán celebrar entre ellos, en caso necesario, convenios basados en el espíritu y los principios del presente Reglamento»)²⁵. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Unión Europea —en cuanto que sujeto de Derecho Internacional— tiene plena capacidad para estipular Convenios de Seguridad Social con Estados terceros extra-europeos, en mejores condiciones (por causa de su mayor poder negociador) que los Estados miembros. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto de países como Marruecos o Argelia (en los que España tiene importantes intereses económico, como sucede, por ejemplo, en materia de pesca), lo que puede llegar a plantear complejos problemas de compatibilidad con los Convenios bilaterales de Seguridad Social que nuestro país tiene ya suscritos con esos Estados terceros, y que nuestros tribunales nacionales detectan (por ejemplo, a propósito de las prestaciones contributivas de desempleo)²⁶.

5. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a cuestiones prejudiciales de Seguridad Social

En España, es extraordinariamente frecuente que los tribunales laborales (que también son, recuérdese, tribunales de Seguridad Social) planteen cuestiones prejudiciales sobre asuntos de Derecho de Seguridad Social, cuya resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea convierte a la jurisprudencia de este último en una trascendental fuente de producción y de conocimiento del Derecho

²⁵ Cfr. apartado 2.

²⁶ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., p. 363.

de Seguridad Social. La trascendencia de este tema la puso crudamente de relieve, en su día, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 noviembre 2012, dictada en el caso *Elbal Moreno c. España*²⁷, relativa a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal laboral de primera instancia de Barcelona, en la que suscitaba la cuestión de si la Ley General española de Seguridad Social, en la regulación que entonces efectuaba de la cotización de los trabajadores a tiempo parcial, implicaba la existencia de una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras prohibida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 diciembre 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. El Tribunal de Luxemburgo confirmó la existencia de discriminación indirecta por razón de género y, consecuentemente, la nulidad de la norma reguladora del tema en la legislación interna española de Seguridad Social (literalmente, «el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE ... debe interpretarse en el sentido de que se opone ... a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada»)²⁸. El terremoto jurídico y económico provocado por esta Sentencia europea acabó generando luego un rosario de enmiendas normativas, así como de nuevos pleitos ante nuestro Tribunal Constitucional y ante el Tribunal

²⁷ Asunto C-385/11.

²⁸ Cfr. el Fallo de la Sentencia en cuestión.

de Luxemburgo (también, ante la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo), con el resultado de que sólo se ha puesto fin muy recientemente a la discordancia existente entre la legislación española de Seguridad Social y el Derecho de Seguridad Social de la Unión Europea, con la promulgación del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones²⁹. Por todo ello, no cabe poner en duda la virtualidad transformadora de las legislaciones nacionales europeas de Seguridad Social que tiene, especialmente en asuntos transversales como son los asuntos de género, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6. Las pensiones europeas de Seguridad Social

El citado Reglamento (CE) núm. 883/2004 se refiere a muy diversos tipos de prestaciones de Seguridad Social, contributivas y no contributivas, existiendo sobre su interpretación y aplicación una imponente masa de jurisprudencia interna española, dictada por la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo en resolución de recursos de casación para la unificación de doctrina³⁰. En dicho conjunto de

²⁹ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, «Contratación temporal y a tiempo parcial», en Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO y Henar ÁLVAREZ CUESTA (Directoras), *Avanzando en transiciones justas en la Unión Europea: el trabajo decente como motor de cambio*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), p. 186.

³⁰ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 369 y ss.

prestaciones, las más relevantes son las pensiones (prestaciones de larga duración y, en principio, vitalicias), y dentro de ellas, por la carga económica que pueden llegar a suponer, las más trascendentes son, a su vez, las pensiones contributivas de jubilación o vejez. El presupuesto fáctico más típico de estas pensiones «europeas», así llamadas por causa de que su régimen jurídico aparece contenido en el Derecho de la Unión Europea, es el siguiente: 1) un ciudadano español empieza a trabajar en España y, consecuentemente, comienza a pagar cotizaciones sociales por el trabajo que realiza en nuestro país; 2) a continuación, emigra a otro Estado miembro de la Unión Europea para trabajar allí y, consecuentemente, pagando cotizaciones de Seguridad Social en ese Estado miembro en que trabaja; y 3) por fin, el ciudadano en cuestión acaba retornando a España, pretendiendo que se le computen todas sus cotizaciones sociales (españolas y europeas), a efectos de percibir en España la correspondiente pensión contributiva de jubilación o vejez. Lógicamente, este ciudadano debe dirigir su solicitud o instancia a la Administración española de Seguridad Social, encarnada en el Instituto Nacional de la Seguridad Social (o INSS). Y este último tiene que tramitar el asunto, adoptando la resolución que corresponda (estimatoria o denegatoria), en congruencia siempre con las circunstancias del caso concreto, pudiendo ser controlada la legalidad de la resolución a instancia de parte por los tribunales laborales. Se trata de procedimientos administrativos complejos, integrados por una pluralidad de trámites sucesivos (a examinar dentro de un momento)³¹, lo que explica que la legislación española otorgue al INSS un período de tiempo relativamente dilatado, si se compara con la

³¹ Véase *infra*, 7.

duración más usual de los procedimientos administrativos de gestión de prestaciones, para decidir sobre este concreto tipo de solicitudes (según el Real Decreto 286/2003, de 7 marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social, el INSS dispone de un plazo máximo de «180» días, frente al más usual de sólo «90» días, para pronunciarse sobre solicitudes de «prestaciones amparadas en la normativa comunitaria europea o en normas de convenios bilaterales, tratados o acuerdos internacionales»)³².

7. La tramitación de las pensiones europeas de Seguridad Social

Los trámites sucesivos que integran el expediente administrativo de solicitud de este concreto tipo de pensiones son los cinco siguientes. En primer lugar, comprobar —por aplicación de la legislación española— si el solicitante cumple el requisito de edad para solicitar la pensión de jubilación, haciendo abstracción del hecho de si ha trabajado o no en España, dado que el Reglamento (CE) núm. 883/2004 afirma que «las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro»³³. En segundo lugar, comprobar —aplicando de nuevo la legislación española— si se encontraba o no de alta en la Seguridad Social en el momento de cumplir la edad citada, teniendo en cuenta que

³² Cfr. su Anexo.

³³ Cfr. artículo 11, apartado 1, inciso primero.

para facilitar el cumplimiento de esta exigencia hay que aplicar el artículo 51 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, allí donde afirma que el requisito en cuestión se cumple si «la persona ha estado anteriormente asegurada ..., en el momento de la materialización del riesgo, ... de conformidad con la legislación de otro Estado miembro»³⁴. En tercer lugar, comprobar si reúne el período mínimo de cotización exigido por la legislación española, a cuyo efecto hay que computar todas las cotizaciones españolas y extranjeras del interesado, por así imponerlo el artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, según el cual el INSS «tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro ... cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica»³⁵. En cuarto lugar, cuantificar la base de cálculo de la pensión, un asunto muy litigado en España, pero que aparece ahora clarificado en el Anexo XI del Reglamento (CE) núm. 883/2004, allí donde afirma —en la parte relativa a nuestro país— que dicho cálculo «se efectuará sobre las bases de cotización reales de la persona durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española»³⁶, aunque «teniendo en cuenta la evolución del índice de precios al consumo»³⁷. En quinto lugar, proceder a cuantificar la pensión (es la llamada pensión «teórica»), pero teniendo en cuenta que el INSS —teniendo en cuenta la hipótesis más litigada en

³⁴ Cfr. apartado 3, inciso primero.

³⁵ Cfr. *in fine*.

³⁶ Cfr. apartado 2, letra a), inciso primero.

³⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

España³⁸— sólo abonará al solicitante lo que el artículo 52 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 denomina pensión «prorrataada» (esto es, el porcentaje de la pensión «teórica» correspondiente a las cotizaciones que hubiese abonado en España), de manera que el resto no abonado tendrá que reclamarlo a la Administración de Seguridad Social del Estado miembro en que hubiese trabajado y cotizado, sometiéndose a la legislación del mismo, con el resultado final de poder cobrar dos pensiones de jubilación distintas (la nacional y la extranjera) y plenamente compatibles, pues —según el artículo 54 del Reglamento (CE) núm. 883/2004— «en caso de acumulación de prestaciones de la misma naturaleza con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros, las normas para impedir la acumulación establecidas por la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una prestación prorrataada»³⁹. Lógicamente, esta tramitación resultaría imposible sin la existencia de normas adjetivas complementarias de las sustantivas recién citadas, de las cuales pasamos a tratar seguidamente.

8. La colaboración interadministrativa internacional en la tramitación de las pensiones europeas de Seguridad Social

Estas otras normas complementarias aparecen contenidas en el citado Reglamento (CE) núm. 987/2009, sin el cual carecería de efectividad real la libre circulación de trabajadores dentro del territorio

³⁸ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 361 y ss.

³⁹ Cfr. apartado 1.

de la Unión Europea, a que nos referimos anteriormente⁴⁰. De acuerdo con estas normas administrativas, un emigrante español retornado a España puede instar: 1) la actuación del INSS, en concepto de «institución de contacto», al efecto de solicitar de la Administración extranjera de Seguridad Social de que se trate los certificados de cotización precisos para calcular prestaciones españolas prorrateadas⁴¹; 2) la actuación del propio INSS, igualmente en concepto de «institución de contacto», a efectos de la tramitación por una Administración de Seguridad Social extranjera de las correspondientes prestaciones extranjeras, prorrateadas o no⁴²; y 3) la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se materializa la caja única de la Seguridad Social española, a efectos de que la correspondiente «institución deudora» extranjera abone al beneficiario instantane las prestaciones causadas en el Estado miembro correspondiente⁴³, que es lo que jurídicamente se conoce con el nombre de «exportación de prestaciones»⁴⁴. En relación con toda esta colaboración interadministrativa internacional en el seno de la Unión Europea, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 afirma, de un lado, que «las autoridades, las instituciones y los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no podrán rechazar las peticiones u otros documentos que les sean dirigidos por el hecho de que estén redactados en una lengua oficial de otro Estado miembro»⁴⁵; y de otro lado, que «un

⁴⁰ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 376 y ss.

⁴¹ Acerca de ello, véase artículo 47 del Reglamento (CE) núm. 987/2009.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Véase artículos 67, 68 y 87 del Reglamento (CE) núm. 987/2009.

⁴⁴ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 377-378.

⁴⁵ Cfr. artículo 76, apartado 7.

documento electrónico enviado o emitido por una institución de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento y del Reglamento de aplicación [esto es, el núm. 987/2009] no podrá ser rechazado por una autoridad o una institución de otro Estado miembro por haber sido recibida por medios electrónicos, una vez que la institución destinataria se haya declarado en condiciones de recibir documentos electrónicos»⁴⁶. Si todo esto se compara con los tradicionales convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España, parece claro que la normativa de Seguridad Social de la Unión Europea ha supuesto dar un auténtico salto de gigante. Lo prueba la jurisprudencia laboral española registrando la maraña burocrática en que eventualmente pueden verse atrapados nuestros emigrantes, si retornados desde Estados terceros extra-comunitarios (por ejemplo, cuando consta probado en el pleito, en que se pretendía la totalización de cotizaciones, un «escrito de la Dirección Provincial del INSS ..., poniendo en conocimiento del demandante que su expediente se encontraba pendiente de que ... el Organismo venezolano de Seguridad Social enviase las cotizaciones en dicho país, necesarias para su jubilación en España»)⁴⁷.

9. Epílogo. Sobre el derecho de Seguridad Social de la Unión Europea, desde el punto de vista portugués

Por supuesto, todo lo que acabamos de relatar desde el punto de vista del Derecho español de Seguridad Social resulta aplicable punto

⁴⁶ Cfr. artículo 78, apartado 3, inciso primero.

⁴⁷ Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 enero 2002 (*Aranzadi Instituciones*, referencia AS 2002/15).

por punto a Portugal, salvo en lo relativo a los Anexos del Reglamento (CE) núm. 883/2004, que son un total de once, así como a los Anexos del Reglamento (CE) núm. 987/2009, que son un total de cinco. Al respecto, nos han llamado la atención las especificidades sobre Portugal que constan en el Anexo VIII del Reglamento sustantivo (donde, por cierto, no hay ninguna relativa a España), cuyo rótulo es el de «Casos en los que no se puede efectuar o no se aplica el cálculo prorrateado (artículo 52, apartados 4 y 5)». Lo que allí se afirma, en relación con Portugal, es que queda excluido el prorrateo en «todas las solicitudes relativas a derechos de pensión de invalidez, de vejez y de supervivencia, a excepción de los casos en los que los períodos totales de seguro completados de acuerdo con la legislación de más de un Estado miembro sean iguales o superiores a 21 años civiles, pero los períodos nacionales de seguro sean iguales o inferiores a 20 años, y el cálculo se haga de conformidad con los artículos 32 y 33 del Decreto-ley nº 187/2007, de 10 de mayo de 2007». Supuesto que estos dos últimos preceptos equivalen a los artículos 209 («Base reguladora de la pensión de jubilación») y 210 («Cuantía de la pensión») de la Ley General española de Seguridad Social⁴⁸, la exclusión del prorrateo cuando los períodos de seguro completados en otros Estados miembros fuesen inferiores a 21 años parece tener su lógica «portuguesa», pues dicha exclusión portuguesa —por aplicación del artículo 52 del Reglamento (CE) núm. 883/2004— presupone que la misma es la solución más favorable para el beneficiario portugués. Por supuesto, sometemos esta opinión nuestra a cualquier otra mejor

⁴⁸ Respecto de dichos preceptos, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pp. 161 y ss.

fundada en Derecho, en Portugal. Ahora bien, arriesgamos dicha opinión por estar convencidos no sólo de que la Administración de Seguridad Social puede equivocarse en todas partes, España y Portugal incluidos, sino también porque sus eventuales equivocaciones nunca favorecen a los beneficiarios de prestaciones (lo que explica la ingente litigiosidad española sobre asuntos de Seguridad Social, en todos los grados jurisdiccionales), haciendo así bueno el tercetillo tradicional castellano, relativo al epitafio de un supuesto especialista en cuentas (como lo es nuestro INSS), según el cual «Aquí yace un contador/Que jamás erró una cuenta/A no ser a su favor»⁴⁹.

Bibliografía citada

— Alberto ARUFE VARELA, *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019)

— Alberto ARUFE VARELA, «Un reto inaplazable para una seguridad social del siglo XXI, especialmente desde la perspectiva del Derecho comparado. El reconocimiento de la dependencia como riesgo, y su configuración como contingencia contributiva», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 36 (2023)

⁴⁹ El tercetillo en cuestión forma parte del poema de Francisco MARTÍNEZ DE LA ROSA (1787-1862), titulado *El cementerio de Momo*.

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Alcance de la derogación por el Derecho comunitario de los convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE», *Actualidad Laboral*, núm. 44 (1989)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El seguro para la cobertura de la contingencia de dependencia de los empleados públicos federales norteamericanos. Una aproximación posibilista a la nueva contingencia contributiva de seguridad social del siglo XXI», *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 37 (2023)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, «Contratación temporal y a tiempo parcial», en Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO y

Henar ÁLVAREZ CUESTA (Directoras), *Avanzando en transiciones justas en la Unión Europea: el trabajo decente como motor de cambio*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2023)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).



EL IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES DEL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

*THE IMPACT ON EMPLOYMENT RELATIONS OF THE EUROPEAN UNION
ARTIFICIAL INTELLIGENCE REGULATION*

Jesús Cruz Villalón¹

Índice: 1. Una novedosa norma transversal de decisivo impacto laboral; 2. El objetivo de la norma; 3. Los niveles de riesgos; 4. Garantías frente a los riesgos de la inteligencia artificial; 4.1. Garantías frente a los riesgos inaceptables; 4.2. Garantías frente a los sistemas de alto riesgo; 4.3. Garantías de transparencia, supervisión y reclamación; 5. Régimen de sanciones; 6. Bibliografía básica de referencia.

Resumen:

La inteligencia artificial se ha extendido de manera generalizada sobre el conjunto de las relaciones sociales y, en particular, sobre toda la actividad económica. Una especial incidencia está teniendo sobre las relaciones laborales, en todas sus vertientes, tanto individuales como colectivas. En términos generales, como suele ser habitual en la aplicación de las tecnologías al ámbito del empleo y las condiciones de trabajo. Suele tener notables efectos positivos. Pero al mismo tiempo, su implementación comporta destacados riesgos frente al ejercicio de los derechos fundamentales, la garantía de ausencia de tratamientos discriminatorios, así como de la salud y seguridad de los trabajadores. En ese marco se ha aprobado

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla (España).

recientemente un Reglamento de la Unión Europea, conocido como “ley de inteligencia artificial”, sobre la implantación y desarrollo de la inteligencia artificial que, por su carácter transversal, va a tener un impacto decisivo sobre el ordenamiento jurídico y, en especial, en relación con el ejercicio de los poderes empresariales en el ámbito del trabajo subordinado, incluso en el terreno de la actuación de las empresas clientes en sus contratos con los trabajadores autónomos. El presente estudio intenta realizar un primer análisis sobre el contenido de este Reglamento de la Unión Europea desde la perspectiva de su impacto en las relaciones laborales.

Abstract:

Artificial intelligence has spread widely over all social relations and, in particular, overall economic activity. It is having a special impact on labour relations, in all its aspects, both individual and collective. In general terms, as is usual in the application of technologies to the field of employment and working conditions. It usually has notable positive effects. But at the same time, its implementation entails significant risks to the exercise of fundamental rights, the guarantee of the absence of discriminatory treatment, as well as the health and safety of workers. Within this framework, a European Union Regulation, known as the “artificial intelligence law”, has recently been approved on the implementation and development of artificial intelligence which, due to its transversal nature, will have a decisive impact on the legal system and, especially in relation to the exercise of business powers in the field of subordinate work, including in the field of the actions of client companies in their contracts with self-employed workers. This study attempts to carry out a first analysis of the content of this European Union Regulation from the perspective of its impact on labour relations.

1. Una novedosa norma transversal de decisivo impacto laboral

Finalmente, en junio del presente año 2024, se ha aprobado en el seno de la Unión Europea el Reglamento de Inteligencia Artificial (en adelante RIA o simplemente el Reglamento), tras un largo proceso de elaboración y discusión (Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio de 2024, DOUE 12 de julio), como es habitual en la adopción de decisiones en el marco de la Unión Europea, iniciado por la Comisión Europea en abril de 2021. Se trata de una norma de notable

trascendencia, por ser la primera de ámbito regional supranacional en todo el mundo, que aborda con notable amplitud la implantación y el desarrollo de la inteligencia artificial en muy diversos ámbitos (en adelante IA), con una regulación detallada de la actuación de los poderes públicos en relación con su utilización por parte de instituciones y empresas.

En el marco de un amplio debate acerca de si la utilización de la IA en el conjunto de la actividad económica debería dejarse al libre desarrollo como una tecnología más a utilizar por las empresas o si bien, por el contrario, los poderes públicos deberían regular el fenómeno estableciendo reglas de control de la misma, las instituciones europeas se decantan decisivamente por la segunda de las opciones. A partir de una lectura positiva de las bondades que aporta la IA en el desarrollo económico y bienestar general de la población, también se toman en consideración los riesgos que la misma comporta y, por ende, la necesidad de actuar con vistas a conjurar los peligros que, indiscutiblemente, la misma también presenta. A la postre, está en liza un juego autónomo de la IA, de dominio de la máquina conforme al procesamiento de la inmensidad de datos disponibles, o una visión antropocéntrica, deseable, de la implantación de cualquier nueva tecnología.

El RIA encuentra su fundamento en la capacidad de regulación por parte de las instituciones europeas de lo relativo a la protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos personales (art. 16 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE), así como lo relacionado con el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE). Así, se trata de una

norma que se conecta directamente con la normativa europea sobre protección de datos, pero que va más allá de esta, por referir a cuantas vertientes presenta la utilización de la IA en ámbitos de lo más diversos que afectan al funcionamiento del mercado interior. En sentido negativo, no se trata de una norma de carácter laboral, que ni siquiera complementariamente apele de manera expresa a la armonización de la política social de los Estados miembros. Sin embargo, ello no quiere decir que se trate de una norma irrelevante desde la perspectiva laboral, sino lo contrario: está en mente del legislador del RIA la trascendencia que todo esto tiene sobre el empleo y las condiciones de trabajo.

A estos efectos, resulta imprescindible hacer hincapié en el alcance transversal del RIA, en la medida en que incide sobre el conjunto de las materias que son competencia de la Unión Europea (UE). De este modo, como competencia de la UE que lo es, todo lo relativo a las relaciones laborales, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva, se va a ver afectado por lo contemplado por este Reglamento. Incluso en el mismo se contemplan referencias específicas al impacto sobre lo laboral y a la necesidad de preservar los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión en el marco de la política social en su posible afectación por el desarrollo de la IA.

A mayor abundamiento, el carácter transversal de la norma viene reforzado por partirse de un concepto muy amplio de lo que se entiende por inteligencia artificial, por tanto, consagrándose un concepto muy extenso de lo que se denomina como sistema de inteligencia artificial, definido como cualquiera “basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar

capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales” (art. 3.1 RIA). Y, del mismo modo, su repercusión deriva del hecho del amplio abanico de sujetos obligados a su cumplimiento: proveedores y sus representantes, responsables del despliegue, importadores, distribuidores y fabricantes; entre los cuales se encuentran, por tanto, los empresarios y, más específicamente, los empleadores en el ámbito del trabajo (art. 2 RIA).

Más aún, por ese carácter transversal de la norma, y por su conexión con el funcionamiento del mercado interior, la vertiente laboral, aunque conecta directamente con su aplicación al trabajo subordinado, debe referirse más ampliamente a todo trabajo ejecutado personalmente y, por tanto, presenta también el correspondiente impacto sobre el trabajo autónomo. Con una técnica jurídica que se está extendiendo cada vez más, las instituciones europeas desarrollan una intervención sobre el conjunto del mercado de trabajo, más allá del limitado campo tradicional del trabajo subordinado, con vistas a actuar también sobre una realidad emergente de influencia también sobre el devenir de lo que la propia Unión Europea viene a identificar como el fenómeno de los trabajadores autónomos vulnerables. El hecho de que se trate de una norma transversal se debe en este caso a la constatación de que el impacto de la IA sobre la actividad económica, tanto en sus beneficios como en sus riesgos, se presenta generalizada sobre el conjunto del trabajo ejecutado personalmente, con independencia de su caracterización

jurídica, lo sea como trabajo subordinado o lo sea como trabajo autónomo. Así, a mero título de ejemplo, cuando el Reglamento en un anexo identifica las prácticas del alto riesgo, incluye expresamente las que refieren al “acceso al autoempleo”. En estos términos, al situarse el fundamento competencial más allá de la armonización de la política social europea, puede trascender también del específico campo de la legislación laboral y, con ello, actuar en paralelo también sobre el trabajo autónomo, de especial significación para el trabajo autónomo vulnerable, por tratarse del ámbito donde los riesgos son superiores por desarrollarse las relaciones contractuales entre las partes en términos de manifiesto desequilibrio de posiciones.

Precisamente, con base en todo lo anterior, el presente estudio pretende efectuar una primera aproximación, esencialmente descriptiva, del impacto que puede tener este Reglamento sobre el trabajo, con particular referencia al ordenamiento laboral y su aplicación a las relaciones laborales del conjunto de los Estados miembros. Ha de resaltarse que se trata de una mera aproximación de principio, dada la amplitud de aspectos abordados por el Reglamento, a tenor de su enorme complejidad técnica, a lo que se añade la dificultad de proyección de futuro que puede tener la implantación y desarrollo de la IA en las muy diversas vertientes de las relaciones laborales. De este modo, aunque el texto en su conjunto resulta de aplicación al ámbito de lo laboral, el cometido de este estudio es modesto y sencillo, centrado en las referencias más específicas a lo laboral que se encuentran en el mismo.

En todo caso, es de enorme trascendencia el estudio de este Reglamento, por cuanto que, por la naturaleza del instrumento jurídico

adoptado, resulta de aplicación inmediata a partir de su entrada en vigor, sin necesidad de una mediación de proceso complementario de incorporación al ordenamiento interno de cada uno de los Estados miembros. Una vez más, por tratarse de una norma que no se sitúa en el ámbito de la armonización de la legislación laboral, sino que se actúa sobre la base de otros títulos competenciales (protección de datos personales y funcionamiento del mercado interior), las instituciones comunitarias no se ven obligadas a vehiculizar su intervención a través de la aprobación de una Directiva, que requeriría el posterior proceso de transposición normativa, siempre más lento y complejo, sino que puede acudir al mecanismo del Reglamento, de inmediata aplicación y, sobre todo a los efectos que aquí nos interesan, de uniformidad de reglas para todos los Estados miembros. Si bien, para algunos capítulos del texto se contempla un proceso progresivo de entrada en vigor, en algunos casos hasta pasado el año y medio de su publicación en el Diario Oficial, en otros casos su aplicabilidad resulta inmediata transcurridos los 20 días desde su publicación oficial, es decir a partir del 2 de agosto de 2024 (art. 113 RIA).

Como contrapunto a lo anterior y a pesar de su carácter transversal, el Reglamento impacta sólo en el ámbito de las competencias que son propias del Derecho de la Unión. Por tanto, dicho en sentido negativo, deja fuera de su influencia a cuantas materias son de exclusiva competencia de los Estados miembros y fuera del territorio de actuación del ordenamiento comunitario. Como expresamente se indica, “el presente Reglamento no se aplicará a los ámbitos que queden fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (art. 2.3). A estos efectos, no hay mayores inconvenientes en la perspectiva

laboral, por cuanto que la capacidad normativa de la Unión Europea en materia de legislación laboral incorpora el RIA a este ámbito; aunque también es cierto que la legislación de la Unión no abarca toda la normativa laboral, incluso hay aspectos que quedan expresamente excluidas de la misma. Incluso la afectación del trabajo autónomo al funcionamiento del mercado interior también lo incorpora al Reglamento y, especialmente, lo relativo a la protección de datos personales, así como lo relativo a la tutela antidiscriminatoria (art. 19 TFUE, STJUE 12 de enero de 2023, asunto C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9), que se presentan como títulos competenciales propios de la Unión Europea de carácter transversal; aunque es obvio, de nuevo, que ello no habilita a cualquier intervención sobre el régimen del trabajador autónomo, en especial aquella que vaya más allá de su conexión con el funcionamiento del mercado interior y la protección de datos personales. No obstante, a pesar de que expresamente se indique que las normas en materia de IA deben aplicarse a todos los sectores, ello no implica que el Reglamento tenga un carácter omnicompreensivo de todo el mundo del trabajo, ni siquiera de todo cuanto afecte al trabajo subordinado, por cuanto que existen aspectos que quedan al margen de la competencia de la Unión Europea.

En todo caso, el hecho de que puedan existir materias respecto de las que el RIA no vaya a incidir por ser competencia propia de cada uno de los Estados miembros, ello no quiere decir que no quepa una labor sucesiva de intervención ampliatoria vía la legislación de cada uno de los Estados miembros. En esta clave, con seguridad, se pueden producir y se producirán regulaciones complementarias por parte de los Estados miembros, con vistas a extender la normativa

en materia de IA a aquellas materias que desbordan el concreto ámbito competencial de la Unión Europea, de modo que por esta otra vía el resultado acabará siendo de una intervención omnicompreensiva del conjunto del ordenamiento jurídico en la implantación y desarrollo de la IA.

Finalmente, conviene advertir que el Reglamento se cuida de impedir que el mismo sea leído en clave de sustitución o eliminación de otras garantías establecidas, en particular, por lo que a nosotros nos interesa, en materia laboral. Por ello, de manera expresa se advierte que el RIA debe entenderse “sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos, protección de los consumidores, derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores y seguridad de los productos, al que complementa el presente Reglamento (considerando 9). En concreto, se precisa que “en el contexto del empleo y la protección de los trabajadores, el presente Reglamento no debe afectar, por tanto, al Derecho de la Unión en materia de política social ni a la legislación laboral nacional —conforme al Derecho de la Unión— relativa a las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas la salud y seguridad en el trabajo y la relación entre empleadores y trabajadores. El presente Reglamento tampoco debe afectar en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluidos el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros y el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o a llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación nacional”

(considerando 9 RIA). En particular, que “el presente Reglamento no debe afectar a las disposiciones destinadas a mejorar las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales establecidas en la Directiva”, también recién aprobada, sobre la materia (considerando 9 RIA). En definitiva, se advierte que el RIA no puede utilizarse como excusa para reducir los estándares de tutela laboral derivados del Derecho de la Unión Europea, ni interpretarse que habilite para una eliminación de las normas de tutela vigentes en el momento de su entrada en vigor en el seno de cada uno de los ordenamientos laborales de cada uno de los Estados miembros.

Resulta igualmente importante destacar que, a efectos de presentar el reparto de protagonismos establecidos entre las instituciones europeas y los Estados miembros, el RIA ni siquiera pretende asumir un papel de exclusividad en la regulación de la materia, a modo de “monopolio” legislativo. Sí lo es en clave de suelo mínimo de protección, pero sin impedir intervenciones en paralelo más incisivas por parte de los Estados miembros. Y ello se contempla de manera expresa en el Reglamento por lo que afecta a la materia laboral, cuando literalmente prevé que “el presente Reglamento no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores” (art. 2.11 RIA). En definitiva, con la tradicional técnica de la normativa europea de admitir niveles de tutela superiores a los que derivan de una

intervención que se considera armonizadora en el establecimiento del umbral mínimo de garantías, no bloquea opciones complementarias de superior tutela, específicamente en materia laboral.

Si acaso, adelantando algo derivado de los objetivos duales de la normativa en materia de inteligencia artificial, esa posible normativa complementaria de superior tutela tendría un límite cualitativo, cifrado en el principio general también establecido por el RIA en el sentido de que con el mismo se “garantiza la libre circulación transfronteriza de mercancías y servicios basados en la inteligencia artificial, con lo que impide que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de IA, a menos que el presente Reglamento lo autorice” (considerando 1). Esto último, por tanto, se presenta como contrapunto a la precedente previsión de regulaciones nacionales más tuitivas de los trabajadores en materia de IA, en el sentido de que éstas últimas en ningún caso podrán tener el carácter de prohibitivas de la implantación y desarrollo de la IA, más allá de las autorizadas por el propio Reglamento, pues, de lo contrario, se estaría afectando a los principios basales del Derecho de la Unión en materia de libertades de circulación y de amplio funcionamiento del mercado interior.

Por último, un elemento no menor en el impacto de la regulación contenida en el RIA se refiere a su limitación de aplicación territorial al espacio correspondiente propio de la Unión Europea. Se trata de un aspecto problemático general de los procesos que implican trabajar en la “nube” o bien de disociación territorial dentro y fuera del espacio de la Unión Europea por los diversos sujetos implicados: ubicación de la empresa, de sus proveedores o clientes, de quien puede

ser creador o gestor de las herramientas de inteligencia artificial, del propio trabajador, etc. En estos términos, los problemas pueden derivar del hecho de que este tipo de disociaciones pueden provocar efectos de difícil aplicación técnica, cuando no imposibilidad de expansión aplicativa más allá del territorio de la Unión. Baste con tener presente situaciones extendidas de trabajadores destinados en misión más allá del territorio de la Unión Europea, de desplazamientos o traslados fuera del ámbito de incidencia de la legislación europea. Más aún, piénsese en fenómenos cada vez más extendidos de teletrabajo transnacional, que comportan que el trabajador, la empresa o el destinatario del servicio se encuentran ubicados fuera del territorio de la Unión. Incluso que estando situados dentro del territorio de la Unión, la herramienta de inteligencia artificial se ubica en un servidor externo a la propia Unión. El RIA tiene una voluntad de abarcar estas realidades de extraterritorialidad, contemplándolo de manera expresa. Así, cuando define a los proveedores de IA alude a los establecidos o ubicados en la Unión o “en un tercer país” (art. 2.1 a RIA), aunque está por ver si ello se queda en un mero desiderátum por parte del Reglamento, por cuanto que presentaría no pocos problemas de implementación en la práctica más allá de cuál sea la voluntad legislativa. Como contrapunto a lo anterior, cuando se refiere a los responsables del despliegue se alude exclusivamente a quienes “estén establecidos o ubicados en la Unión” (art. 2.1. b RIA), sin perjuicio de que también los rescata para extenderlo a los responsables del despliegue ubicados en un tercer país, “cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión (art. 2.1 c RIA). En todo caso, las personas afectadas por la implantación y

desarrollo de la IA, que, a nuestros efectos, ha de entenderse como los trabajadores, han de encontrarse “ubicados en la Unión” (art. 2.1 g RIA).

2. El objetivo de la norma

A pesar de la ya señalada complejidad del Reglamento, su finalidad queda muy fácilmente identificada, siendo el mismo quien establece de manera expresa su objetivo, en términos de equilibrio entre el apoyo a la innovación con la introducción de sistemas de inteligencia artificial y el establecimiento de instrumentos de garantía que eviten sus efectos perjudiciales. Por tanto, mejorar el funcionamiento del mercado interior, de un lado, promoviendo el desarrollo de la inteligencia artificial, y, de otro lado, estableciendo un sistema fiable que garantice la protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1.1 RIA).

De ahí se deduce con facilidad la inmediata implicación de todo cuanto refiere a las relaciones laborales en relación con la implantación y desarrollo de las relaciones laborales.

Desde la primera de las perspectivas, tal como acabamos de anticipar, se considera que los Estados miembros no deben imponer restricciones al desarrollo, la comercialización y la utilización de sistemas de inteligencia artificial (considerando 1 RIA). Incluso se pretende compatibilizar la implantación y el desarrollo de la inteligencia artificial cuando ello presenta un alto riesgo desde la perspectiva de la norma: “Los Estados miembros no deben crear

obstáculos injustificados a la introducción en el mercado o la puesta en servicio de sistemas de IA de alto riesgo que cumplan los requisitos establecidos en el presente Reglamento y lleven el marcado CE” (considerando 129 RIA). Lo que se obliga es a que los sistemas de IA de alto riesgo lleven el marcado CE para acreditar su conformidad con el Reglamento y así poder circular libremente por el mercado interior. Incluso se encomienda a la Comisión la posibilidad de formular iniciativas que faciliten la disminución de los obstáculos técnicos que dificultan el intercambio transfronterizo de datos para el desarrollo de la inteligencia artificial (considerando 165 RIA).

Desde la segunda de las perspectivas, posiblemente la más relevante conforme a lo que constituye el enfoque tradicional del ordenamiento laboral en clave de tutela de derechos e intereses de los trabajadores, no cabe la menor duda de que en el ámbito del trabajo se presenta una afectación inmediata a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales a resulta de los posibles riesgos derivados de la implantación y desarrollo de la inteligencia artificial. A la postre, esta constituye la justificación de toda la intervención que se lleva a cabo por parte del Reglamento en materia de implantación y desarrollo de la inteligencia artificial: ese objetivo antropocéntrico al que hacíamos referencia previamente, expresado por el propio Reglamento en términos de “promover una inteligencia artificial centrada en el ser humano y fiable”, por medio de la que se conjuren los riesgos de que la IA se convierta en una amenaza al pleno disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de la Unión, con particular atención a la protección de datos personales y, por ende, a la tutela de la privacidad, en nuestro caso, de los

trabajadores, pero más ampliamente del conjunto de los derechos fundamentales en materia laboral, entre los cuales presenta particular relevancia la tutela antidiscriminatoria.

Siendo esta última la perspectiva desde la que se enfoca la regulación amplia y compleja a la que se dedica el grueso del articulado del Reglamento, será necesariamente a la misma a la que le dedicaremos atención a partir de lo que sigue. Eso sí, la mayor extensión en dedicación no puede transmitir tampoco una lectura desviada del Reglamento, que pretende ser equilibrado, de modo que, en lo que omite y en lo que pretende no actuar en ámbitos diversos, prevalece el otro objetivo. Ese otro objetivo de fomento de la innovación y del impulso a la inteligencia artificial puede pasar más inadvertido, pero no puede desconocerse que se presenta como finalidad de igual relevancia para el Reglamento.

3. Los niveles de riesgos

La intervención de garantía antes aludida del logro de una inteligencia artificial “centrada en el ser humano y fiable” se materializa en el establecimiento de diversos niveles de riesgo, para intervenir sobre los mismos de modo más o menos incisivo en función precisamente de la intensidad del riesgo. A estos efectos, el riesgo se define como “la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio” (art. 3.2 RIA).

A partir de esa definición del riesgo, se vienen a determinar en atención a su intensidad cuatro tipos de riesgos, de mayor a menor: primer nivel, que refiere a riesgos que se califican como

“inaceptables” y, por ende, determinan que se consideren como prácticas prohibidas; segundo nivel, identificando sistemas que se califican de alto riesgo y que, como tales, se enumeran en un anexo específico (anexo III), con una normativa de control y condicionamiento del uso de estos sistemas; tercer nivel, que podríamos denominar como sistemas de riesgo limitado, que determina el establecimiento de controles y condicionamientos más reducidos; finalmente, cuarto nivel, que podríamos denominar como sistemas de riesgo mínimo o nulo, que se permiten sin límite alguno.

El Reglamento contiene hasta un total de 8 prácticas de inteligencia artificial, como tales, prohibidas a todos los efectos (art. 5 RIA). De entre esas prácticas prohibidas las siguientes pueden tener repercusión directa sobre el trabajo: 1) las que se sirvan de “técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que una persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque, o sea probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas”; 2) las “que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona o de un colectivo específico de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque,

perjuicios considerables a esa persona o a otra”; 3) las que se implanten “con el fin de evaluar o clasificar a personas físicas o a colectivos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque” un trato perjudicial o desfavorable; 4) “sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los lugares de trabajo...excepto cuando el sistema de IA esté destinado a ser instalado o introducido en el mercado por motivos médicos o de seguridad”; 5) “uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual”. Estas prohibiciones entrarán en vigor a partir de los 6 meses de la entrada en vigor del Reglamento, que se produce a partir del 2 de agosto de 2024 (art. 113 a RIA). No obstante, en términos de recomendación, el propio Reglamento indica que “es importante anticipar la aplicación de las prohibiciones para tener en cuenta los riesgos inaceptables y adaptar otros procedimientos” (considerando 179 RIA).

Respecto de los sistemas de alto riesgo, junto a las reglas de carácter general (art. 6 RIA), el anexo III del Reglamento contempla un apartado específico dedicado al empleo y las condiciones de trabajo. En concreto, se consideran sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en relación con el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo los siguientes: 1) sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas,

en particular, para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos; 2) sistemas de IA destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones. Aparte de ello, con carácter general, aunque de evidente repercusión sobre la gestión del empleo, se incluyen también dentro de la categoría de los sistemas de alto riesgo los sistemas de IA que utilicen la biometría, en la que medida en que su uso esté permitido por el Derecho de la Unión o nacional aplicable.

Aunque no se consideran de alto riesgo cuando no plantean un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales, esta excepción no se aplica cuando el sistema suponga la elaboración de “perfiles de personas físicas” (art. 6.3 RIA), en cuyo caso siempre se considera como de alto riesgo. A estos efectos, cabe interpretar que todos los sistemas relacionados con el empleo y las condiciones de trabajo antes enumerados, siempre inciden sobre la elaboración de perfiles de personas físicas, pues tal condición la tienen siempre los trabajadores y demandantes de empleo, por lo que ha de considerarse que en todos estos casos se trata de sistemas de alto riesgo.

Para aquellos sistemas que no se califican como de alto riesgo, el riesgo limitado se reduce a los riesgos asociados con la falta de transparencia en el uso de la inteligencia artificial. Por ejemplo, los

sistemas de inteligencia artificial generativa, como es el caso de ChatGPT, no se consideran de alto riesgo, pero se les exige que sean suficientemente transparentes para sus usuarios o afectados.

El resto de los sistemas, que se consideran hoy en día los mayoritarios, merecen la consideración de riesgo mínimo o nulo.

4. Garantías frente a los riesgos de la inteligencia artificial

4.1. Garantías frente a los riesgos inaceptables

El tratamiento jurídico de cada uno de estos niveles de riesgo es diferente en el Reglamento según su intensidad, por tanto, la respuesta normativa viene diferenciada.

Respecto de los de riesgo inaceptable, como ya hemos indicado, se establece una estricta prohibición de su implantación y desarrollo. La prohibición por propia definición supone que no se admite su diseño, implantación y desarrollo. Ello va anudado a la identificación del sujeto que efectúa alguna de estas prácticas prohibidas, empezando en el ámbito de lo laboral por el empleador respecto de los trabajadores subordinados y de las empresas clientes respecto de los trabajadores autónomos. Eso sí, bastante impreciso resulta el texto normativo en cuanto a la determinación de las concretas consecuencias derivadas de la realización de hecho de estas prácticas inaceptables a pesar de encontrarse expresamente prohibidas por el Reglamento. Nos remitimos a lo que finalmente describiremos en el siguiente apartado relativo a las sanciones.

4.2. Garantías frente a los sistemas de alto riesgo

En cuanto a los sistemas que resulten calificados como de alto riesgo, las medidas que se adoptan son las siguientes antes de proceder a su comercialización: sistemas adecuados de evaluación y mitigación de riesgos; alta calidad de los conjuntos de datos que alimentan el sistema para minimizar los riesgos y los resultados discriminatorios; registro de la actividad para garantizar la trazabilidad de los resultados; documentación detallada que proporcione toda la información necesaria sobre el sistema y su finalidad para que las autoridades evalúen su conformidad; información clara y adecuada para el implementador; medidas adecuadas de supervisión humana para minimizar el riesgo; alto nivel de robustez, seguridad y precisión.

Por tanto, en la medida en que las garantías precedentes se establecen antes de proceder a su comercialización, los proveedores son los responsables de garantizar que su producto cumple plenamente todos los requisitos exigidos por el Reglamento (art. 8.2 RIA). Eso sí, comoquiera que los sujetos implicados en el proceso de elaboración, distribución y comercialización pueden ser diversos y actuando en una cadena sucesiva de valor de la inteligencia artificial, el Reglamento se preocupa de establecer un régimen de extensión subjetiva acumulada de responsabilidades. En concreto, a todos ellos se les impone el conjunto de obligaciones previstas para lo que en el sentido estricto del término se conoce con la condición de proveedor: “Cualquier distribuidor, importador, responsable del despliegue o tercero será considerado proveedor de un sistema de IA de alto

riesgo a los efectos del presente Reglamento y estará sujeto a las obligaciones del proveedor previstas” en el mismo (art. 25.1 RIA).

Por lo que nos afecta en estos momentos respecto de los objetivos de las medidas que deben adoptarse, destacaría que la evaluación previa impuesta incluye en particular “el examen atendiendo a posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas, afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión, especialmente cuando las salidas de datos influyan en las informaciones de entrada de futuras operaciones” (art. 10.2 f RIA); de lo que, a su vez, deriva la necesidad de adoptar medidas adecuadas para detectar, prevenir y reducir los sesgos detectados que acabamos de mencionar (art. 10.2 g RIA). Se trata de una previsión que se reitera respecto del momento inmediatamente previo al despliegue de uno de los sistemas de IA de alto riesgo, instante en el que, en particular, se deberá evaluar del impacto que la utilización de dichos sistemas puede tener en los derechos fundamentales (art. 27.1 RIA).

Comoquiera que todas las obligaciones precedentes impuestas al proveedor van dirigidas a una correcta gestión de la inteligencia artificial por parte del responsable de su despliegue, se establece un criterio general de transparencia: “los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente su información de salida” (art. 13.1 RIA).

En la fase sucesiva de implementación del sistema los sujetos de referencia son esencialmente los responsables del despliegue,

entendiendo por tal a la “persona física o jurídica o autoridad, órgano u organismo de otra índole públicos que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad (art. 3.4 RIA). Sin poder entrar en mayores detalles, cabe entender que, desde la perspectiva de la implementación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, el responsable del despliegue será en la práctica totalidad de las ocasiones el empleador respecto de sus trabajadores subordinados o la empresa cliente respecto de los trabajadores autónomos que prestan servicios personales para la misma a través de una organización en red. Especialmente claro al respecto es algún concreto precepto del Reglamento que, desde la perspectiva del trabajo subordinado, califica al empleador como el responsable del despliegue (art. 26.7 RIA).

En esta fase habría que hacer hincapié en que se establece una regla general orientada al desarrollo de una vigilancia humana de la implementación de los sistemas de IA de alto riesgo, en términos tales que no se permita un funcionamiento plenamente autónomo del sistema de inteligencia artificial: “Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente su información de salida” (art. 14.1 RIA); “Los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente su información de salida” (art. 14.2 RIA). Asimismo, al responsable del despliegue de sistemas de alto riesgo se le impone la obligación de adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizan

dichos sistemas con arreglo a las instrucciones de uso que los acompañen (art. 26.1 RIA), debiendo encomendar la supervisión humana a personas físicas que tengan la competencia, la formación y la autoridad necesarias (art. 26.2 RIA).

Como regla específica en el ámbito de lo laboral se establece que, antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que se encuentran expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se debe facilitar, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional y de la Unión y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes (art. 26.7 RIA). La legislación española, en concreto, hasta el momento presente ya establece un deber de información en asuntos próximos a lo precedente. En concreto, la representación de los trabajadores en la empresa tiene derecho a ser informada por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles (art. 64.4 d del Estatuto de los Trabajadores). Más aún, con carácter general, los representantes de los trabajadores en la empresa tienen el derecho a ser consultados con carácter previo a la adopción de decisiones del empleador de reestructuración empresarial que comportan alteraciones en el empleo o en las condiciones de trabajo, especialmente cuando comportan la introducción de nuevas

tecnologías; en particular, esa consulta debe producirse siempre que comporten la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo (art. 64.5 f Estatuto de los Trabajadores). En términos comparativos, entre las previsiones de la legislación laboral y el Reglamento sobre inteligencia artificial, éste último, respetando lo contemplado en la primera, establece esencialmente dos garantías adicionales. De un lado, precisa el alcance de la información a recibir en estos casos por parte de los representantes de los trabajadores, en términos tales que deberá indicar que los trabajadores a los que representan se encuentran expuestos a la utilización de sistemas de IA de alto riesgo, lo que presupone una explicación precisa de lo que ello supone. De otro lado, esta información se ha de transmitir por el empleador directamente a los trabajadores expuestos a los sistemas de IA de alto riesgo, sin que sea suficiente con la información que, por vía indirecta, le transmitan sus representantes; esta información directa a los trabajadores no se encontraba prevista de manera expresa en la legislación laboral española, de modo que es una importante novedad derivada de la entrada en vigor del Reglamento. Por lo demás, la previsión en el Reglamento del deber de información se presenta como un reconocimiento muy general y, por ello, es clave la remisión que se contiene en el mismo al Derecho nacional respecto de su desarrollo y articulación práctica. Dicho de otro modo, el Reglamento está implícitamente llamando a una regulación complementaria del cumplimiento de este deber de información a llevar a cabo por las legislaciones laborales de cada uno de los Estados miembros.

Comoquiera que el Reglamento no tiene el carácter de norma laboral en el sentido estricto del término, a pesar de que estamos viendo que presenta una importante repercusión sobre las relaciones laborales y a pesar de que al Reglamento le preocupa especialmente la garantía de la salud de los destinatarios y afectados de los diferentes sistemas de inteligencia artificial, especialmente los de alto riesgo, no cabe la menor duda de que su utilización por parte de los trabajadores presenta indudables riesgos de enfermedades profesionales e incluso de accidentes de trabajo. El propio Reglamento, en abstracto, prevé la posibilidad de que un determinado sistema de inteligencia artificial provoque incidentes graves, que deben ser inmediatamente notificados por el proveedor (art. 73.1 RIA). Se contempla incluso la hipótesis de que un determinado incidente grave llegue a provocar el fallecimiento de una persona (art. 73.5 RIA), lo que, en nuestro caso, sería el fallecimiento de un trabajador. Estas hipótesis de efectos negativos sobre la salud y seguridad de los trabajadores, están llamando a que tarde o temprano se deberán implementar medidas de prevención de riesgos laborales en relación con los sistemas de inteligencia artificial, bien lo sean por vía de la aprobación de una específica Directiva de la Unión Europea sobre la materia, o bien lo sea directamente por vía de la regulación de ello por parte de la normativa interna de cada uno de los Estados miembros en tanto que no se verifique una armonización legislativa a través de la correspondiente Directiva. Hasta tanto que ello no se produzca, en tanto que en estos momentos no existe una normativa específica sobre el particular, cabría siempre explorar la aplicación de reglas ya existentes en materia de seguridad y salud en el trabajo

que, por su proximidad, serían aplicables a los riesgos de incidente en el despliegue de los sistemas de inteligencia artificial.

4.3. Garantías de transparencia, supervisión y reclamación

Tanto respecto de los sistemas de alto riesgo como para los de riesgo limitado se establecen sobre todo garantías de transparencia. Entre ellas, las más significativas por su proyección sobre las relaciones laborales mencionaríamos las siguientes.

Ante todo, se prevé que los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas, en nuestro caso, con trabajadores, se diseñen y desarrollen de forma que las personas físicas de que se traten estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización (art. 50.1 RIA). En los mismos términos, los proveedores deben velar por que la información de salida del sistema de IA esté marcada en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que ha sido generada o manipulada de manera artificial (art. 50.2 RIA).

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que este deber de transparencia se le impone al proveedor, que no es propiamente el empleador. El proveedor se presenta como un suministrador de un sistema de inteligencia artificial al empleador propiamente dicho. No obstante, aunque no se prevea expresamente, ha de interpretarse también que el empleador como responsable del despliegue tiene un

deber implícito de comprobar que estos sistemas de inteligencia artificial contienen la información antes referida y, como tal, debe ser transmitida a los trabajadores como afectados en tanto destinatarios o usuarios del sistema de inteligencia artificial.

Más expresamente, a los empleadores o a las empresas clientes, en su condición de responsables del despliegue, cuando implementan un sistema de reconocimiento de emociones o de un sistema de categorización biométrica, para los supuestos excepcionales en los que está permitido por no considerarse como de riesgo inaceptable, se les impone el deber de informar del funcionamiento del sistema a los trabajadores como personas físicas expuestas a estos sistemas (art. 50.3 RIA).

Aparte de los deberes de transparencia impuestos tanto a proveedores de servicios como a responsable del despliegue de los sistemas de inteligencia artificial, el Reglamento establece la necesidad de constituir diversos organismos de control y seguimiento de la actividad de los sujetos que gestionan la inteligencia artificial, tanto de ámbito de la Unión Europea como en cada uno de los Estados miembros. Lo más relevante a los efectos que nos interesa aquí es que se contempla que las autoridades u organismos públicos nacionales encargados de supervisar o hacer respetar las obligaciones contempladas en el Derecho de la Unión en materia de protección de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la no discriminación, con respecto al uso de sistemas de IA de alto riesgo tienen la facultad de solicitar cualquier documentación creada o conservada con arreglo al presente Reglamento y de acceder a ella, en un lenguaje y formato accesibles, cuando el acceso a dicha documentación

sea necesario para el cumplimiento efectivo de sus mandatos, dentro de los límites de sus concretas competencias (art. 77 RIA).

Conviene destacar que esta previsión no precisa a qué tipo de autoridad u organismo nacional se refiere, por cuanto que no lo relaciona con una entidad pública que asuma las competencias específicas en materia de inteligencia artificial, sino aquella que asume las funciones de garantía y tutela de los derechos fundamentales en los más diferentes ámbitos. Por tanto, las entidades a las que apela dependen del sistema de control de los derechos fundamentales existentes en cada Estados miembro, siendo posible que se dirija tanto a órganos especializados en materia de derechos fundamentales como otros de control general del ordenamiento jurídico que incluya lo relativo a estos últimos, pudiendo tratarse igualmente tanto de autoridades judiciales como de autoridades administrativas, permitiendo, por tanto, igualmente, que se trate de una facultad atribuida a una amplia variedad de instancias, que actuarían en cada caso según el ámbito de sus respectivas competencias. En particular, por lo que se refiere al campo especializado de las relaciones laborales, la referencia a tales autoridades u organismos puede referirse tanto a la Administración laboral que actúa a través de la Inspección de Trabajo como de los órganos judiciales especializados en materia laboral y de Seguridad Social.

Complementariamente a lo anterior, ahora sí referido en concreto a las autoridades a las que se les encomiendan las funciones de vigilancia del funcionamiento del mercado interior, se establece que las mismas debe actuar de manera directa cuando detecten determinadas amenazas. En concreto, si tras efectuar una evaluación

correspondiente, la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro concluye que un sistema de IA de alto riesgo, a pesar de ser conforme al Reglamento, presenta, sin embargo, un riesgo para la salud o la seguridad de las personas, para los derechos fundamentales de las personas o para otros aspectos de protección del interés público, pedirá al operador interesado (que, obviamente, puede ser un empleador en su condición de responsable del despliegue de un sistema), que adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el sistema de IA de que se trate ya no presente ese riesgo cuando se introduzca en el mercado o se ponga en servicio sin demora indebida (art. 82.1 RIA). Aunque, como hemos destacado, en esta ocasión la facultad de referencia se le atribuye a la autoridad nacional competente de vigilancia del mercado, ello no impide que la legislación nacional de los respectivos Estados miembros le pueda atribuir dicha facultad de advertencia a otras autoridades. En concreto, puede entenderse que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de cada uno de los Estados miembros también podría emitir estas notificaciones de advertencia, conforme a las competencias que habitualmente le son atribuidas en materia de vigilancia de cumplimiento de la legislación laboral y, en particular, de vigilancia del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y de respeto de los derechos fundamentales en materia laboral.

Como complemento a lo anterior, también se establecen las habituales previsiones de posibilidad de presentación de recursos de reclamación por parte de los afectados. Así, se prevé que toda persona física o jurídica que tenga motivos para considerar que se ha infringido lo dispuesto en el presente Reglamento podrá presentar

reclamaciones motivadas ante la autoridad de vigilancia del mercado competente. Ello se prevé, sin perjuicio de otras vías administrativas o judiciales de recurso (art. 85 RIA). En estos términos, el Reglamento parte de un pleno respeto a las vías jurídicas, administrativas y judiciales, establecidas para la tutela general de los derechos subjetivos en el mismo reconocidos, en particular en materia de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Lo que hace, en concreto, es establecer un canal específico de reclamaciones en esta materia, encomendada en esta ocasión también (por tanto, no con un alcance excluyente) a la autoridad nacional competente en la vigilancia correcta del mercado interior.

Adicionalmente, el Reglamento hace el recordatorio de que el mismo no sustituye ni elimina los canales establecidos de denuncia de conductas de corrupción (en nuestro caso por los empleadores) y garantías de tutela del denunciante (entre ellos los trabajadores) por parte de la Directiva 2019/1937 sobre la materia, a estas alturas transpuesta por la práctica totalidad de los Estados miembros.

5. Régimen de sanciones

Para concluir debe destacarse que el Reglamento, como suele ser habitual en la normativa de la Unión Europea, contiene un capítulo completo a regular el régimen de sanciones, con vistas a garantizar la eficacia útil de las previsiones contenidas en el mismo.

Como punto de partida lo que se hace es remitirse a las legislaciones propias de los Estados miembros, para que sean estos quienes establezcan el régimen de sanciones y otras medidas de ejecución,

como advertencias o medidas no pecuniarias, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar que se aplican de forma adecuada y efectiva y teniendo en cuenta las directrices emitidas por la Comisión. Como es previsión generalizada en las normas de la Unión, se exige que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 99.1 RIA).

Por lo que se refiere al caso concreto de España y en relación con los deberes de información que hemos visto establece el Reglamento a favor de los representantes de los trabajadores, su incumplimiento se puede considerar tipificado como infracción administrativa grave, de la que puede derivar la imposición de una sanción pecuniaria por parte de la Administración laboral (art. 7.7 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Más débil y a nuestro juicio insuficiente es el incumplimiento de información al trabajador de que se encuentra expuesto a un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo, por cuanto que conforme a la legislación vigente sólo podría tipificarse como infracción administrativa leve (art. 6.4 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social). A la vista de esto último y ante la ausencia de una tipificación más completa de las posibles infracciones en el ámbito laboral de las obligaciones impuestas al empleador en su condición de responsable del despliegue de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo, sería recomendable una reforma de la última Ley citada a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el RIA en materia de sanciones.

Sin perjuicio de la precedente remisión a la legislación interna de cada uno de los Estados miembros, el Reglamento sí establece unas cuantías máximas de las sanciones pecuniarias a establecer,

fijadas en valores absolutos o si el infractor es una empresa en porcentajes del volumen de negocio mundial correspondiente al ejercicio financiero anterior para cuando este segundo método de cálculo fuese superior (art. 99.3 y 4 RIA). Para el caso concreto de las prácticas inaceptables, por tanto, prohibidas, se establecen las sanciones pecuniarias más elevadas, si bien ha de entenderse que tal medida no es la única posible a imponer, incluso habrá que entender que resultará insuficiente en la medida en que se pueda burlar la prohibición establecida y se mantenga de futuro la práctica, sin que, por tanto, la sanción sea suficientemente disuasoria.

6. Bibliografía básica de referencia

AA.VV. (M. Barbera y L. Guaglianone dir.), *Welcome to the Machine. Lavoro e intelligenza artificiale*, Giappicheli editore, Torino, 2024.

AA. VV. (Rodríguez-Piñero Royo y Todoli Signes dir.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi, 2020.

J. Cruz Villalón, *El Derecho del Trabajo ante la transformación digital*, *Revista de Derecho Social* n° 100 (2023), pgs. 141 ss.

R. M. González de Patto, *Inteligencia artificial y empleo. Análisis crítico del marco regulatorio europeo y español impulsado por el Pilar Social Europeo de Derechos Sociales*, *Temas Laborales* n 168 (2023), pgs. 369 ss.

M. A. Presno Linera, La propuesta de “Ley de Inteligencia Artificial” Europea, Revista de las Cortes Generales, nº 116 (2023), pgs. 81 ss.

A. Soriano Arranz, La propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea y los sistemas de alto riesgo, Revista General de Derecho de Sectores Regulados nº 8 (2021).

A. Todolí Signes, Algoritmos productivos y extractivos: cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación, Aranzadi, 2023.



GUINÉ-BISSAU





O CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO: UMA NOVIDADE À LUZ DO NOVEL CÓDIGO DO TRABALHO - GUINÉ-BISSAU

*THE DOMESTIC WORK CONTRACT: A NOVELTY IN THE LIGHT
OF THE NEW LABOR CODE - GUINEA-BISSAU*

Manuela Manuel Lopes Mendes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Contrato de trabalho doméstico: Noção e enquadramento. 3. Formação do contrato. 3.1. Requisitos substanciais. 3.2. Requisitos formais. 4. Modalidades de contrato de trabalho doméstico. 5. Algumas particularidades do contrato de trabalho doméstico. 6. Extinção do contrato de serviço doméstico. 7. Síntese conclusiva.

Resumo:

Pretendemos neste singelo contributo evidenciar, embora de forma não exaustiva, a pertinência da regulamentação do contrato de serviço doméstico no novel código do trabalho que contempla, pela primeira vez, depois de 50 anos da independência do país esta modalidade especial de contrato, apesar da sua permanente presença na arena laboral. Evidenciar-se-á as especificidades da formação, desenvolvimento e extinção do trabalho doméstico com acento tónico na fidedúcia que a caracteriza pela inserção do trabalhador na intimidade do lar familiar - local de cumprimento - e as dificuldades da existência de um verdadeiro direito colectivo de trabalho.

¹ Magistrada do Ministério Público - Procuradora Geral Adjunta, em comissão de serviço no Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos desde 2021, ocupando o cargo de Directora Geral da Administração de Justiça e Presidente do Conselho da Administração do Cofre Geral de Justiça; Docente Universitária.

Principal abreviatura: Código do Trabalho (CT).

Abstract:

In this simple contribution, we intend to highlight, although not exhaustively, the relevance of regulating the domestic service contract in the new labor code that contemplates, for the first time, after 50 years of the country's independence, this special type of contract, despite its permanent presence in the labor arena. The specificities of the formation, development and extinction of domestic work will be highlighted, with an emphasis on trust, which is characterized by the inclusion of the worker in the intimacy of the family home - place of fulfillment - and the difficulties of the existence of a true collective right and work.

Palavras-chave: trabalho doméstico, contrato de trabalho, empregada, empregada doméstica.

Keywords: domestic work, employment contract, employee, domestic worker.

Ao Professor Pedro Romano Martinez, grande propulsor das obras literárias do Direito do Trabalho e não só, dedico esta singela contribuição e que a sua alma descanse em paz. Não encontro expressões para manifestar a minha gratidão pelo convite à RIDT e ao meu contínuo aprendizado na academia.

1. Introdução

O presente artigo visa estudar e, de certa forma divulgar a formalização do contrato de trabalho doméstico numa lei depois de 50 anos de independência do país. Sem nos basearmos em algum estudo, arriscaríamos dizer que o emprego formal não é a maioria no país. Há muitas pessoas, maioritariamente de sexo feminino, que são contratadas como trabalhadores domésticos e que não possuem nenhuma protecção ou assistência.

Logo após a independência, a Lei nº 1/73 de 24 de Setembro, manteve em vigor a legislação portuguesa em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à Constituição da República, às suas Leis, e aos princípios e objectivos do Partido Africano da Independência da Guiné e Gabo Verde, (PAIGC).

Esta Lei tinha por finalidade impedir os graves prejuízos decorrentes de um eventual vazio jurídico, mas na verdade é o que acabou por se verificar ao nível do Direito Laboral, pois a legislação do trabalho vigente em 1973 na Guiné-Bissau encontrava-se, já nessa data, ultrapassada e revogada efectivamente, pela força das novas realidades económicas e políticas. Procurou-se imediatamente colmatar o vazio legislativo na área laboral com a criação da Lei nº 2/86 de 5 de abril, Lei Geral do Trabalho. No entanto, com o intuito de reunir num único diploma a regulamentação principal de uma vasta área sócio-económica, dotada de coerência jurídico-normativa, uniformidade conceitual e sistemática, como se pode ler no preâmbulo da lei, pecou-se, deixando de fora o contrato de serviço doméstico.

Ora, quando se pensa que a regulamentação do factor trabalho ao lado do capital se enquadra no cumprimento do plano nacional de desenvolvimento económico, deixar de fora o contrato de serviço doméstico com toda a sua relevância jurídica acaba por se comprometer o cumprimento do plano nacional do desenvolvimento almejado no memento.

O contrato serviço doméstico pode não ter tido uma regulamentação desde cedo. Mas não significa isso ser uma realidade nova, pois ele é contemporâneo a todas as situações privilegiadas de regulamentação já conhecidas. O contrato serviço doméstico “sobreviveu

à questão social e à génese da legislação operária...ele é, por isso, o sobrevivente de uma sociedade pré-industrial, que as últimas duas décadas se preocuparam, em socializar, para o aproximar de um modelo questionado e em rápido desaparecimento”². Esteve presente desde as ordenações com as chamadas à *suada* e à *jorna*, criados ou mancebos de soldada, normalmente jovens que prestavam serviços ao amo, em cuja casa residiam, por período de tempo ajustado e com a obrigação do amo pagar, além de alimentação, vestuário e calçado, uma quantia pecuniária³.

Foi assim que o n.º 2 do art. 1.º (Campo de aplicação da Lei) da extinta Lei Geral do Trabalho determinava que legislação especial regularia, de acordo com as características próprias a disciplina do contrato de serviço doméstico. Infelizmente, este desiderato não foi cumprido, não obstante ter existido sempre, de facto, relações laborais domésticas sem qualquer regulamentação.

Volvidos 35 anos após a aprovação da extinta Lei Geral do Trabalho (1986) e 49 anos após a independência do país, (1973), só agora, o país logrou conhecer a primeira disposição legal que regulamenta as relações laborais domésticas, Lei n.º 7/2022 - Código do Trabalho⁴.

No presente trabalho abordaremos a noção do contrato serviço doméstico e o respectivo enquadramento tendo em conta as suas

² FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, Serviço Doméstico, Intimidade e Despedimento, *in* Separata de Revista de Direito e de Estudos Sociais, julho-dezembro 2001, ano XLII, Verbo, p. 233. Vide ainda, MARIA CUNHA E SILVA SOUSA CARDOSO, Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades, outubro 2009, p. 22.

³ *Idem*, p. 236.

⁴ Código do Trabalho, Lei n.º 7/2022, publicada no suplemento ao Boletim Oficial n.º 29 de 19 de Julho de 2022. Este novel Código trouxe essa novidade de contemplar o contrato de Serviço Doméstico assim como a disciplina relacionada com o Trabalhador-Estudante, o Teletrabalho, o Trabalho Portuário, entre outros.

supostas especificidades. O contrato de trabalho doméstico é especial ou é apenas executado num ambiente diferente do comum contrato de trabalho executado na empresa? Falaremos, por conseguinte, da sua formação, condicionantes substanciais e formais, as possíveis modalidades, direitos e deveres emergentes e extinção, mas sempre com olhar atento ao típico contrato individual de trabalho.

2. Contrato de trabalho doméstico. Noção e enquadramento

Em primeiro lugar importa esclarecer e delimitar a terminologia: contrato de trabalho doméstico ou contrato de serviço doméstico, seriam uma e a mesma coisa? O segundo não nos levaria a enquadrar o preceito como contrato de prestação de serviço?

A extinta Lei Geral de Trabalho fazia-lhe referência utilizando a segunda terminologia, contrato serviço doméstico. O próprio Código do Trabalho, Lei nº 07/2022, que legisla sobre o assunto pela primeira vez, faz menção ora ao contrato de trabalho doméstico, ora, ao contrato de serviço doméstico.

Por aquilo que veremos e conforme consagrado na lei, apesar de o próprio código usar sem rigor terminológico contrato de trabalho doméstico, ora contrato de prestação de serviço doméstico, achamos, no seguimento do método tipológico que não é o nome que eventualmente atribuímos ao tipo que o define como tal, mas sim os elementos característicos do mesmo. As disposições da lei sobre o trabalho doméstico, demonstram claramente que não se trata de contrato de prestação de serviço. Por isso, nos sentimos seguros na utilização de qualquer das terminologias.

O contrato de trabalho doméstico é um dos contratos de trabalho com regime especial que o código traz na sua parte especial e que só agora mereceu este favor do legislador. Não obstante a ausência legislativa, sempre houve contratos de trabalhos domésticos sem formalidades e qualquer protecção. Pode-se dizer que o trabalho doméstico é tão antigo quanto a humanidade.

Nos termos do art. 287º CT, contrato de serviço doméstico é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros.

No âmbito desta norma, constituem, exemplificativamente, actividades a desenvolver, a confecção de refeições; lavagem e tratamento de roupas, limpeza e arrumo de casa, vigilância e assistência de crianças pessoas doentes e crianças, tratamento de animais, execução de costuras, etc.

Da noção depreende-se que o trabalho doméstico possui como sujeitos duas ou mais pessoas singulares, excluindo-se desde logo as empresas. Ademais, exclui-se igualmente os trabalhos prestados com carácter accidental, fortuito ou ocasional. O objecto desta execução compreenderá as actividades previamente pensadas e acordadas entre as partes para a sua execução regular sob a direcção de quem se afigura como empregador doméstico, o tomador dos serviços.

O trabalho doméstico é prestado para a satisfação das necessidades próprias de quem se afigura como empregador doméstico e

que efectivamente celebrou o contrato e todo o seu agregado familiar - uma família (uma pessoa individualmente considerada, casados, unidos de facto), um conjunto de duas ou mais pessoas em convivência em economia comum (dois amigos, um grupo de estudantes residentes na mesma dependência), etc.

As necessidades próprias e específicas de um agregado familiar devem entender-se desde logo as que tem que ver com a confecção de refeições, lavagem e tratamento de roupas, limpeza e arrumo de casa, vigilância e assistência de crianças, pessoas idosas e doentes, tratamento de animais domésticos, execução de serviços de jardinagem, execução de serviços de costura, entre outros.

Desta listagem, não exaustiva, se pode concluir que ficam logo excluídos os trabalhos prestados para uma pessoa colectiva privada ou pública com ou sem fins lucrativas, uma empresa, uma ONG. As ONG's não se enquadram nas figuras equiparadas referidas na lei. Assim, um trabalhador ou prestador de serviço no escritório de um advogado não será considerado empregado doméstico porque as actividades que desenvolve para o profissional liberal concorrem para o cumprimento das actividades socioprofissionais deste e não necessidades próprias e específicas ínsita na noção. Os contratos abrangidos por estas situações serão regulados pelo contrato de trabalho do regime geral.

A noção do contrato doméstico reclama ainda que as actividades que compõem o objecto do contrato tenham carácter regular. Portanto, não devem ser actividades com carácter accidental, periódico que consubstanciariam num contrato de prestação de serviço. Ainda que haja tal periodicidade não deve respeitar os mesmos sujeitos,

dada a possibilidade de se celebrar contratos de serviço doméstico a tempo parcial ou com intervalos de tempo, no âmbito das autonomias privadas. Conforme escreve Carlos Alegre⁵, a tarefa concreta que a lei exclui do âmbito da noção não pode repetir-se periódica e habitualmente em relação ao mesmo trabalhador, e à mesma entidade patronal, simultaneamente, sob pena de ter de confundir-se, nesse caso, não uma simples execução de uma tarefa concreta, mas de um verdadeiro contrato de serviço doméstico duradouro.

O trabalho doméstico é oneroso, aliás, como o contrato-tipo que lhe serve de referência. O trabalhador doméstico aliena a sua força de trabalho, submetendo-se às ordens e instruções de outrem para no final receber a sua contrapartida. O empregador doméstico dirige a realização do trabalho. Fiscaliza o modo como é desenvolvido tão apenas no âmbito do poder de direcção, não podendo essa dependência ser entendida como escravatura.

No âmbito do trabalho doméstico, o trabalhador deve desenvolver actividades tendentes à satisfação das necessidades próprias do agregado familiar. Estas actividades podem ser desenvolvidas na residência do agregado familiar, nas suas dependências e fora dela, contanto que se dirijam para o seu interesse ou do seu agridado familiar e sejam regulares. Portanto, o trabalhador é inserido, na expressão de FILIPE FRAÚSTO⁶, numa dimensão espacial-organizativa-simbólica complexa, marcada pela intimidade, intimidade essa constitucional e penalmente protegida, para desenvolver actividades em proveito de um ou conjunto de pessoas no âmbito familiar.

⁵ CARLOS ALEGRE, Contrato de Serviço Doméstico Anotado, Livraria Almedina, p. 14.

⁶ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, Serviço Doméstico, cit., p. 274.

Assim dito, concluímos que os elementos característicos⁷ do contrato de trabalho doméstico são a retribuição, o carácter regular da prestação, a satisfação das necessidades do tomador e seu agregado familiar e a subordinação jurídica. Diferente da abrangência que lhe era dada desde o código de Seabra⁸ que englobava maioria de situações hoje enquadráveis ou no contrato de trabalho ou no contrato de prestação de serviço.

3. Formação do contrato

Na celebração do contrato, há que se tomar em conta os princípios da liberdade, autonomia privada constante no art. 405º CC. Esta autonomia é só na vertente - liberdade de escolha da profissão ou género de trabalho.

Porque a todos são garantidos o direito e a liberdade de trabalho, qualquer pessoa é livre de procurar e exercer a actividade

⁷ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, Serviço Doméstico, cit., p. 66 e ss. Aponta algumas características que a doutrina apontava como elementos característicos específicos do contrato serviço doméstico, de forma isolada ou combinada, os seguintes elementos: a convivência, que o código de Seabra dava maior relevância perdeu o seu significado inicial, passando a ser aspecto de uma modalidade do contrato mas proveniente da vontade das partes. Aliás como o próprio autor escreve, não existe convivência na prática porque o tomador do serviço, não maior dos casos, está ausente da sua residência enquanto o serviço é prestado; a benevolência, porque faz nascer dever de solidariedade entre as partes, o que não se coaduna com a relação de hierarquia e poder sancionatório que existe sempre na relação laboral; a natureza não empresarial, não produtiva ou não lucrativa; a natureza familiar que deve ser vista apenas nos termos da não inserção do trabalho doméstico numa organização lucrativa directamente envolvida no mercado; o tipo de actividade que integra o objecto, que continua actual como elemento característico, mas de difícil listagem exaustiva. E o *intuitus personae* e à confiança - que não constitui uma característica exclusiva do contrato de trabalho doméstico mas sim de todos os tipos de contrato. Pese embora, a inserção do trabalhador doméstico no seio familiar do tomador possa impor àquele um elevado grau de *fidúcia*.

⁸ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, Serviço Doméstico, cit., p. 241.

profissional da sua escolha. Igual liberdade tem o empregador de empregar a quem quiser sem no entanto discriminar conforme preceituam os art. 6º e 7º CT. Ninguém deve ser discriminado em função do seu estado, sexo, raça, convicção política ou religiosa. Desde que tenha as necessárias capacidades requeridas para um determinado trabalho, a pessoa deve ser dada a oportunidade de trabalhar e assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de exercício de actividade produtiva que livremente escolheu.

Neste sentido, importa analisar os requisitos para a formação do contrato que, pese embora sejam todos aplicáveis no âmbito da relação laboral doméstica, pertinente se mostra a sua análise tendo em conta as suas particularidades.

3.1. Requisitos substanciais

3.1.1. Capacidade

A capacidade para celebrar CT deve ser aferida nos termos gerais de direito. Assim, nos termos da lei civil, art. 122º, só têm capacidade para celebrar, validamente, um negócio jurídico, os que tenham atingido a maioridade (18 anos) e não sejam interditos ou incapacitados por anomalia psíquica. Interessa aqui a capacidade de exercício e não de gozo que é genérico e não tem limites, art. 67º CC.

No entanto, segundo o CT, art. 40º e 347º, e em especial o art. 288º, admite-se o emprego de menores que tenham completado dezanove anos de idade. Nos termos gerais associa-se ainda à idade, a

necessidade do menor possuir a escolaridade mínima e disponha de capacidade física e psíquica adequada ao posto de trabalho.

Apesar desse alargamento da capacidade laboral para os dezas-seis anos, quem se encontra nesta idade ainda é menor, e, portanto, sob tutela dos pais ou tutor. Assim, o menor que pretenda celebrar um contrato de trabalho deve obter o consentimento de quem esteja no exercício do poder de representação (pais ou tutor), para que o contrato não seja inquinado de invalidade, anulabilidade, art. 125º CC. O menor só pode celebrar, validamente, um CT se for desconhecido o paradeiro dos pais ou tutor.

A razão de ser da proibição do trabalho de menor prende-se, não só pela falta de discernimento (única situação abrangida pelo CC) como a maior protecção do menor nomeadamente no combate a exploração do trabalho infantil, protecção do desenvolvimento físico e psíquico e moral do menor. Assim, quando um menor tiver celebrado validamente um contrato, deve-se lhe proporcionar as condições necessárias à respectiva idade e o seu desenvolvimento⁹.

Ainda no âmbito da protecção do menor, a admissão dos mesmos ao trabalho doméstico deve ser comunicada, pela entidade empregadora, no prazo de noventa dias, à Inspecção-Geral do Trabalho, com a indicação do nome completo do menor trabalhador; nome e morada do representante legal; o local da prestação de trabalho; duração diária do mesmo a retribuição a ser observada assim como o número de beneficiário da instituição de segurança social.

Significa então que o empregador doméstico deverá obrigatoriamente inscrever o menor na segurança social, garantido assim os seus

⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 2ª edição, 2005, p. 410-411.

direitos sociais enquanto trabalhador subordinado e ainda criar condições para contactos necessários com o seu representante legal e garantias dos direitos.

3.1.2. Idoneidade do objecto

A actividade laboral corresponde, por via de regra, a uma prestação genérica que, de certa forma está indeterminado, sendo necessário concretizá-la mediante ordens práticas.

Deve-se então observar tudo o que vem disposto nos art. 280º, 281º CC, isto é, ser o objecto negocial e o seu fim lícito, física e legalmente possível, determinados ou determináveis. Não devem ser contrárias à lei, à ordem pública e nem ofensivos aos bons costumes. A violação deste comando importa a nulidade do contrato. Portanto, os contratos devem ter objecto digno de protecção legal.

Determinabilidade. Esta é a exigência do art 280º para qualquer negócio jurídico. O CT não é excepção. Quando se diz que em regra o CT tem uma prestação genérica é que de certa forma esta indeterminabilidade não é nos parâmetros proibidos. A indeterminabilidade da prestação laboral está de certa forma admissível desde que a sua determinação se possa fazer ao longo da execução do contrato. A problemática da categoria e da necessidade da averiguação do cumprimento dos deveres laborais acabam por constituir limite ou condição da determinabilidade do objecto laboral. O trabalhador não pode concluir um contrato, comprometendo-se a realizar "qualquer coisa", "a tudo fazer".

3.1.3. Carteira profissional

Para celebrar validamente um contrato de trabalho a lei obriga, para determinadas funções, que o trabalhador possua a carteira profissional (carteira de trabalho *ou libretto del lavoro* para outros). Um documento que atesta a aptidão do trabalhador para exercício de determinadas profissões ou tarefas.

A carteira profissional como um requisito conexo na esfera do trabalhador não é um pressuposto negocial genérico, por isso a sua apreciação é *in concreto* e não *in abstracto*. Relativamente a este requisito, o problema não está em saber se o trabalhador pode, materialmente, exercer a actividade, mas se a lei permite que ele, em concreto, exerça aquele trabalho. Trata-se de uma impossibilidade jurídico-legal e não física¹⁰.

Para o contrato serviço doméstico, a primeira vista, pode não ser exigível a apresentação da carteira profissional. Mas, tendo em conta o amplo objecto de que pode comportar, para execução de certas tarefas, poderá ser exigível o conhecimento técnico específico para execução de algumas tarefas, por exemplo, conhecimento de informática para assistência complementar das crianças em casa.

3.1.4. Encontro de vontades

Para a conclusão de um contrato, como relativamente a qualquer outro negócio jurídico bilateral, torna-se imprescindível a confluência de vontades, a presença de uma proposta e uma aceitação.

¹⁰ Cf. Entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, cit., p. 417.

Mesmo nos contratos em que o trabalhador adere as cláusulas contratuais pré-estabelecidas pelo empregador a sua vontade conta. Sem o seu consentimento não há contrato. Ninguém pode ser submetido a uma vinculação sem o seu assentimento, caso contrário estaríamos perante trabalho-escravo, trabalho forçado que são totalmente intolerados na realidade contemporânea.

As vontades de celebrar o contrato devem ser livres de qualquer vício, erro, coacção ou outra. E devem as partes agir sempre de boa-fé, revelando uma intenção inequívoca de contratar com segurança.

3.2. Requisitos formais

O contrato de trabalho é de natureza consensual, devendo ser redigido a escrito. A lei exige forma escrita salvo para aqueles contratos cuja execução não ultrapassa trinta (30) dias. E mesmo para estes, é aconselhável e salutar que sejam redigidos a escrito e devidamente rubricados, funcionando o documento como garantia e elemento de prova em caso de desentendimento.

Para os contratos de serviço doméstico, contratos de trabalho a termo certo ou incerto, os contratos a tempo parcial, os contratos de trabalhos com estrangeiros, entre outros, a lei é peremptória e exige a forma escrita.

Nos termos gerais de direito, a preterição da forma legal leva a nulidade do contrato, art. 220º. No âmbito do CT, a violação da forma escrita não invalida o contrato, pois, esta exigência é essencialmente *ad probationem*. A falta de forma presume-se ser da culpa

do empregador e só a ele cabe provar o contrário, isto é, se existe ou não contrato.

Conforme se pode constatar do art. 23º, nº 4, há uma presunção da existência do contrato de trabalho desde que se mostrem presentes os indícios internos da existência do CT, nomeadamente, estar o trabalhador inserido na estrutura organizativa, no caso em concreto, na dependência familiar do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as orientações deste; o trabalho seja realizado na dependência familiar ou em local do interesse da família respeitando um horário previamente definido; o prestador seja retribuído em função do tempo despendido na execução da actividade ou se encontre em dependência económica face ao beneficiário da actividade; a actividade de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, não inferior a 30 dias.

É ao empregador que incumbe provar que não existe subordinação jurídica e nem a dependência económica do trabalhador afastando assim a aplicação da lei reguladora do trabalho subordinado. Esta benevolência legislativa é muito ajustada, pois, de outro modo, seria difícil o trabalhador provar a existência do contrato, estando o beneficiário da prestação de má-fé.

4. Modalidades de contrato de trabalho doméstico

O contrato de trabalho doméstico pode ser celebrado a tempo inteiro ou a tempo parcial. No momento da celebração do contrato e de acordo com a vontade e disponibilidade das partes, o trabalhador doméstico pode estar vinculado à prestação laboral em *full time*

art. 290º, nº 3. Significa dizer que deverá de acordo com o horário de trabalho que não deve ser superior a oito horas diárias, estar à disposição do tomador e seu agrado familiar.

O contrato de trabalho doméstico pode ser ainda com ou sem alojamento e com ou sem alimentação, art. 290º, nº1. De acordo com o que vem previsto neste preceito, podemos obter várias combinações consoante o interesse e disponibilidade das partes. Assim podemos ter:

- Contrato de trabalho a tempo inteiro sem alimentação e alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo inteiro com alimentação completa e alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo inteiro com alimentação parcial e sem alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo inteiro com alimentação parcial e alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo inteiro com alojamento e sem alimentação;
- Contrato de trabalho a tempo parcial com alimentação e alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo parcial com alimentação e sem alojamento;
- Contrato de trabalho a tempo parcial com alojamento e sem alimentação;
- Contrato a termo certo com alojamento e alimentação;
- Contrato a termo certo sem alojamento e alimentação;

- Contrato a termo certo com alojamento e sem alimentação;
- Contrato a termo certo com alimentação e sem alojamento;
- Entre tantas outras combinações possíveis a coberto da autonomia de vontade das partes.

Muitas empregadas domésticas procuram determinadas áreas geográficas, em determinadas épocas celebrar contratos para dois ou três anos, porque pretendem acumular uma certa quantia em dinheiro para a satisfação de uma preocupação pontual. Muitos não se dedicam a essa actividade a vida inteira mas podem momentaneamente para os fins supra celebrar um contrato a prazo.

Todo aquele que desenvolve actividades do tipo previsto no art. 287º sob autoridade e direcção do tomador é empregada ou empregado doméstico, uma vez que não é exigível uma formação técnica profissional para se qualificar como tal. Basta saber fazer estas actividades. No entanto, a prática mostra que a maioria dos contratos de serviço doméstico são "rubricadas" por tempo indeterminado.

Este modelo que implica que o trabalhador cumpre com as suas obrigações laborais em casa do empregador doméstico ou nas suas dependências sem a direito a qualquer refeição ou alojamento. Desenvolve as suas obrigações durante as horas previamente acordadas voltando para a sua residência como se de uma empresa se tratasse.

Os valores correspondentes a retribuição em espécie devem ser entregues, pagas ao trabalhador em caso de gozo das férias caso não continuar a usufruir delas, assim como nos dias de descanso semanal ou de feriados, art. 290 º, n º 2.

O alojamento e a alimentação, para além de constituírem modalidades do contrato, art. 289 º, integram ainda modalidades de

retribuição em espécie. A retribuição do trabalhador doméstico terá então uma parte a ser satisfeita em dinheiro e outra em espécie, por fornecimento de alojamento e alimentação ou só alojamento ou só a alimentação.

5. Algumas particularidades do contrato de trabalho doméstico

O desenvolvimento do trabalho doméstico implica necessariamente e por essa via que o trabalhador doméstico se insira no ambiente familiar, na intimidade da vida familiar horas, dias meses anos enquanto a relação laboral durar. O local de trabalho será então na residência da família.

Esta condição faz acrescer a fidúcia que caracteriza o contrato de trabalho, impendendo ainda mais sobre o trabalhador doméstico, o sigilo reforçado, no sentido de preservar a vida familiar e privacidade que a relação laboral permitiu-lhe adentrar. Mesmo que a relação laboral venha a terminar entendemos que o trabalhador deve, ainda assim manter em sigilo todas as informações relacionadas com a vida daquela família sob pena de responsabilização penal. A boa-fé objectiva impõe isso.

A tutela da intimidade da vida proíbe a divulgação do segredo doméstico, razão pela qual não se impõe ao empregador doméstico a reintegração do trabalhador ilicitamente despedido. Esta intimidade é ainda assegurada tanto nas situações do despedimento ilícito por não ser consagrada a opção de o trabalhador optar pela

reintegração ou indemnização. Nestes casos, o empregador é castigado com o pagamento da indemnização em dobro¹¹.

5.1. Período experimental

O novel código do trabalho não dispõe no capítulo especial referente ao contrato de trabalho doméstico nada que regulamenta o período experimental. Na falta de uma estipulação específica, orientar-nos-emos pela regra geral, em como haverá sempre o período experimental, salvo se houver um acordo escrito neste sentido. Qualquer actividade a desenvolver precisa de um *time* de familiarização e adaptação. Portanto, o empregado doméstico e tomador do serviço podem, dentro dos limites legais, art. 43º, rescindir o contrato, havendo, sobretudo, a inadaptabilidade das partes.

5.2. Tempo de trabalho

O período normal de trabalho semanal para o serviço doméstico não pode, segundo o CT, art. 292º, ser superior a quarenta e quatro (44) horas. Significa que diariamente, o trabalhador doméstico labora menos de oito (08) horas, uma aparente vantagem em relação ao regime geral.

Enquanto no regime geral a duração semanal é de quarenta e cinco horas, portanto 8 horas diárias, o trabalhador doméstico com 44 horas semanais goza de uma vantagem que, dependendo do

¹¹ MARA REGINA BERTINI, O Contrato de Serviço Doméstico, Dissertação de mestrado, Lisboa, 2008, p. 20.

regime alojamento ou não, pode esta vantagem ficar diluído, tendo em conta as particularidades que tem que ver com cuidados e vigilância requerida em caso do agridado familiar tenha componente menores e idosos.

O trabalhador doméstico goza também do direito ao intervalo de descanso diário e semanal. O direito ao repouso. O exercício da actividade laboral deve ser intercalado com o descanso do trabalhador, tendo em vista uma maior produtividade e também a protecção do trabalhador.

O trabalhador deve ter repouso durante a jornada, a semana e durante o ano. Este direito é pensado sobretudo por motivos atinentes à protecção da família, ao direito à cultura, ao restabelecimento físico e psíquico do trabalhador, podendo ainda ser usado para a valorização profissional do trabalhador - formação.

O trabalhador doméstico tem direito, em cada dia, a gozar de intervalos para as refeições e descanso. Se for um trabalhador alojado tem direito a um repouso nocturno de, pelo menos, oito horas consecutivas que só podem ser interrompidas por motivos graves, imprevistos ou de força maior, ou ainda quando tenha sido contratado para assistir doentes ou crianças, art. 293 °. No silêncio do legislador na parte especial, o intervalo diário não deverá ser inferior a uma hora, nem superior a duas horas, art. 96º CT.

Independentemente de estar alojado ou não, o trabalhador doméstico tem ainda um dia de descanso semanal obrigatório nos termos gerais do direito laboral. Pode ainda beneficiar de um meio-dia ou dia completo de descanso complementar desde que obtenha esse favor do empregador. A pertinência do descanso semanal ultrapassa

o interesse isolado do trabalhador, pois, a defesa da sua saúde e equilíbrio psicológico interessam também ao empregador e a sociedade no seu todo¹².

Outro direito de que também gozam os trabalhadores domésticos é as férias remuneradas. o trabalhador doméstico tem direito a férias, vinte e dois dias úteis, incluindo todos os direitos a elas inerentes, art. 128º, 295º CT. A marcação das férias também obedecera a regra geral, acordo das partes e na falta dela o empregador usa o seu poder directivo.

O empregador deve pagar a respectiva remuneração e o subsídio a que tem direito logo no início do gozo das férias. Se o trabalhador for contratado com alojamento ou com alojamento e alimentação, deverá receber a retribuição correspondente ao período de férias integralmente em dinheiro a não ser que pretenda manter esta parte de retribuição em espécie ao longo das férias. A pretensão de receber a retribuição em dinheiro da parte referente ao alojamento e alimentação deve ser devidamente comunicada antes do início do gozo das férias.

O gozo das férias do trabalhador doméstico não deve ser confundido com a execução das suas atribuições nas dependências do tomador que pode ser por vezes numa vila, pousada ou no estrangeiro. Se o trabalhador for levado para o estrangeiro ou para outra localidade no exclusivo interesse do empregador ou do agregado familiar, tal facto não dispensa o gozo das férias do trabalhador a não ser que este facto esteja bem patente no acordo de ambos.

¹² Neste sentido, CARLOS ALEGRE, cit., p. 27.

5.3. Exercício da actividade sindical

No que ao direito colectivo respeita, não havendo restrição nenhuma para a criação de qualquer organização de defesa dos interesses respectivos, dada a consagração Constitucional, art. 45º, 55º, e infraconstitucional, Código do Trabalho e Lei nº 8/91 de 3 de Outubro, publicada no Suplemento ao B.O. nº 33/91, da liberdade sindical, qualquer das partes pode criar a sua organização para a defesa e promoção dos seus interesses. Contudo, do lado das entidades empregadoras pode-se encontrar dificuldades não só do ponto de vista da pertinência, confluência de interesse de diferentes tomadores de serviço em organizarem nesse sentido, como da barreira técnica ínsita na noção - titular de uma empresa -¹³. Porque não é todo o empregador que é obrigado a ser empresário ou dono de uma empresa, acompanhamos de perto a posição tecida pelo Fraústo da Silva¹⁴.

Aos trabalhadores domésticos são atribuídos vários direitos. Alguns deste como a organização sindical, afigura-se um pouco difícil de compreender sobretudo do lado dos empregadores. Podem perfeitamente organizar-se em sindicato para a defesa e protecção dos seus interesses laborais; fomentar a solidariedade entre eles; para provocar como tem acontecido na guiné, intervenção do Estado para legislar sobre aspectos que lhes são próprias; para a definição de salário mínimo a praticar; prestar assistência aos associados nos conflitos laborais, etc.

¹³ FRAÚSTO, cit. p. 287.

¹⁴ Idem, p. 288-289.

Em dezembro de 2014, foi constituída uma associação de trabalhadoras domésticas, a Associação Nacional de Protecção de Mulheres Empregadas Domésticas (ANAPROMED-GB). Esta associação de âmbito nacional congrega as mais diversas categorias de trabalhadoras, na sua maioria, e que escapa o âmbito da aplicação do Código do Trabalho, pois, a maioria das associadas são trabalhadores (pessoal menor) de instituições públicas - escolas - exercendo as funções de limpeza, segurança e jardinagem e não no âmbito familiar como o Código do Trabalho preconiza. A maioria dos associados não está inscrita na segurança social e nem possui contrato de trabalho formalizado.

Em março de 2021, a organização divulgou um relatório que foi elaborado no âmbito de um inquérito realizado em 38 escolas públicas do sector autónomo de Bissau, nas quais trabalham cerca de 1382 pessoas em regime de contratação, entre pessoal de limpeza, segurança e jardineiros. A organização revelou que em 2017 efectuou um recenseamento das empregadas domésticas ao nível da capital Bissau, cujos dados apontam para 7.438 empregadas domésticas e deste número 51% recebe apenas 15.000 francos CFA, 80% delas são iletradas, 85% trabalha mais de 14 horas por dia, 95% não está inscrita na segurança social, 97% não tem contrato firmado e 35% das tem idade compreendida entre 12 a 13 anos. Entretanto, segundo os resultados do recenseamento, em cada 10 empregadas 8 são vítimas de tentativa de assédio sexual.

Na defesa dos seus associados, servindo-se da voz dos que não têm, promoveu 481 casos de denúncias contra a violação de empregadas domésticas. De entre essas denúncias, assistiu nos tribunais

198 casos de empregadas vítimas de despedimento sem justa causa, 113 casos de agressões físicas e 90 de assédio sexual. Ainda no universo de 481 casos denunciados pela sua organização, 93 já foram objecto de decisão nos tribunais e as vítimas receberam as respectivas indemnizações. Apesar das reclamações e críticas sobre a morosidade da justiça guineense, o activista continua a acreditar nela porque é a única entidade vocacionada para o efeito. Considerou 2018 como um ano negro para sua organização, destacando as queimaduras de duas empregadas, uma outra que foi tesourada num dos dedos da mão e arrebetado o tímpano pela patroa, tentativas de violação de outra empregadas, etc.

Para além das denúncias, recurso a contactos com autoridades nacionais, tem promovido parcerias com instituições de ensino de molde a permitir a capacitação de muitos de seus associados¹⁵.

6. Extinção do contrato serviço doméstico

O contrato de trabalho doméstico cessa nos mesmos moldes do contrato de trabalho do regime geral, art. 194º. Isto é, pode cessar por mútuo acordo das partes; por caducidade; justa causa de

¹⁵ JOSÉ ANTÓNIO MENDES PEREIRA, Extensão da Segurança Social na Guiné-Bissau: As Empregadas Domésticas em Bissau - Estudo de Caso. ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, 2021, p. 25. Na Universidade Lusófona da Guiné tem três pessoas no 3º ano do curso incluindo o seu próprio Presidente, um dos beneficiários dessas bolsas de estudo, e frequenta o Curso de Sociologia. Também beneficiou de seis vagas para os associados na Escola Nacional da Administração (ENA), Escola Nacional da Educação Física e Desportos (ENEFD), Escola de Formação de Professores 17 de Fevereiro, uma bolsa na Universidade Amílcar Cabral. Conta ainda com duas vagas na Universidade Colinas do Boé e duas bolsas (redução de 50% do custo) no Instituto Politécnico IP9. Ambiciona ainda um Centro de Formação Profissional para os seus associados atribuindo-lhes, no final, a respectiva carteira profissional.

despedimento; rescisão do trabalhador fundado no incumprimento contratual do empregador; a morte do trabalhador; Contudo, dada a sua natureza especial pode-se levantar algumas particularidades que interessam aqui partilhar.

A caducidade ocorre automaticamente com a ocorrência das situações seguintes:

Verificação do prazo nele estabelecido - opera *ipso iure*. Chegado o prazo estipulado no contrato, só a vontade confluyente das partes pode manter o vínculo através da renovação do prazo atempadamente.

Verificação da impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber. Lembre-se que, se a impossibilidade for temporária (*difficultas praestendi*) isso pode levar a aplicação do regime de faltas justificadas ou suspensão do contrato de trabalho.

Verificando-se a manifesta insuficiência económica do empregador, superveniente à celebração do contrato; ou ainda, uma alteração substancial das circunstâncias da vida familiar do empregador, que torne imediata e parcialmente impossível a subsistência da relação laboral. Esta impossibilidade deve ser manifesta de forma a ser perceptível para a outra parte.

Reforma do trabalhador por velhice ou invalidez.

Ocorrendo justa causa, isto é a violação culposa dos deveres laborais. Todos os factos enumerados no nº3 do art. 205º CT são também aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao contrato de serviço doméstico, fundamentando assim a justa causa de despedimento.

O legislador infelizmente, não adaptou para o capítulo especial desta matéria, causas específicas à semelhança da lei portuguesa¹⁶, dada a sua especificidade. O problema maior se coloca neste âmbito. Não há dúvidas que a justa causa deve advir da violação culposa dos deveres a que o trabalhador está adstrito. Contudo, receia-se a operacionalização do processo disciplinar formal para efeitos de aplicação da sanção disciplinar de despedimento como o próprio código exige, art. 210¹⁷, cuja falta leva a ilicitude do despedimento e consequente reintegração do trabalhador no seu posto ou, em substituição da reintegração, o trabalhador optar por indemnização de acordo com a respectiva antiguidade.

Daí que acompanhamos a opção legislativa portuguesa que não impõe a reintegração dada a especificidade do trabalho doméstico e do local onde é desenvolvido e o documento requerido servir-se apenas como elemento de prova da extinção do vínculo¹⁸.

¹⁶ Cf. CARLOS ALEGRE, cit., alista exemplificadamente os deveres, como quebra de sigilo sobre qualquer assunto de que tenha conhecimento em virtude da convivência decorrente da natureza do contrato e cuja revelação possa resultar prejuízo para a honra, bom nome ou património do gradado família; manifesta falta de urbanidade, designadamente as crianças ou com outras pessoas que, regular ou acidentalmente, sejam recebidas na família; introdução no domicílio do agregado familiar de pessoas estranha ao mesmo, sem autorização ou conhecimento prévio da entidade patronal...; recusa em prestar contas de dinheiro que lhe tenham sido confiados para compras ou pagamentos ou falsidade na prestação de contas; hábitos e comportamentos que não se coadunam com o ambiente normal do agregado familiar ou tendam a afectar gravemente a respectiva saúde ou qualidade de vida, faltas não justificadas, etc.

¹⁷ De acordo com o art. 201º CT, o despedimento será considerado ilícito: se for promovido sem o respectivo processo disciplinar ou este for nulo; se se fundar, nomeadamente em motivos políticos, ideológicos ou religiosos, ainda que se invoque motivo diverso; se a justa causa invocada for delarada improcedente; se o procedimento disciplinar tiver caducado ou se as infrações de que o arguido tiver sido acusado estiverem prescritas. recorda-se que o processo disciplinar deve obedecer todas as fases do processo disciplinar conhecidas.

¹⁸ Por todos, FRAÚSTO, cit., p. 298-299.

Nos termos do CT, art. 300º, ao cessar o contrato de trabalho doméstico por qualquer das formas prevista no Código, a entidade empregadora deve passar ao trabalhador, caso este o solicite, certificado donde conste o tempo durante o qual esteve ao serviço e a retribuição auferida. Pode-se concluir, que após a cessação do contrato, o empregador deverá comunicar por escrito.

7. Síntese conclusiva

A guisa de conclusão, importa dizer que o contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respectivos membros é hoje uma realidade incontornável na realidade legislativa de qualquer Estado de Direito Democrático.

Com a abolição do trabalho escravo e a ressonância das normas internacionais, nomeadamente as convenções nºs 111 e 189 da Organização Internacional de Trabalho e recomendações concernentes, e ainda a crescente reivindicação dos direitos e denúncias de abusos verificados em sede dos trabalhadores domésticos, o Estado da Guiné-Bissau, não podia ficar eternamente no silêncio sem no entanto legislar sobre.

Pese embora tenha pecado pela iniciativa tardia, esse facto não retira pertinência a consagração legal deste instrumento regulador de actividades exercidas num seio familiar e cujos sujeitos serão obrigatoriamente pessoas singulares e não empresas. O contrato serviço

doméstico está consagrado no novel Código do Trabalho, parte especial, Secção IV, sob a epígrafe - Contrato de Trabalho Doméstico.

Apesar das parecenças em certas situações com o contrato de trabalho comum, nem todos os preceitos do regime geral serão aplicáveis ao contrato serviço doméstico, devendo-se para o efeito, no silêncio do regime especial a ele dedicado, observar-se uma aplicação *mutatis mutandis*, nomeadamente, na celebração, no cumprimento dos deveres- sigilo, com especial relevância a reserva da intimidade da vida privada, constitucionalmente garantida, no exercício dos direitos - remuneração, tendo em conta as suas modalidades, o exercício da actividade sindical, etc.

Apesar da sua pertinência e actualidade, ainda há muitos aspectos que precisam ser esclarecidos de forma a completar a protecção há muito esperado por aqueles que alienam as suas forças em proveito de uma pessoa ou do seu agrado familiar.

Bibliografia:

ALEGRE, CARLOS, Contrato de Serviço Doméstico Anotado, Livraria Almedina, Coimbra, 1981.

BERTINI, MARIA REGINA, O Contrato de Serviço Doméstico, Dissertação de mestrado, Lisboa, 2008.

CARDOSO, MARIA CUNHA E SILVA SOUSA, Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades, outubro 2009.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Direito do Trabalho, 2ª edição, 2005.

PEREIRA, JOSÉ ANTÓNIO MENDES, Extensão da Segurança Social na Guiné-Bissau: As Empregadas Domésticas em Bissau - Estudo de Caso. ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa, 2021.

SILVA, FILIPE FRAÚSTO DA, Serviço Doméstico, Intimidade e Despedimento, in Separata de Revista de Direito e de Estudos Sociais, julho-dezembro 2001, ano XLII, Verbo.



ITÁLIA





O DIREITO À DESCONEXÃO NA DISCIPLINA ITALIANA DO TELETRABALHO

THE RIGHT TO DISCONNECT IN ITALIAN REGULATION OF TELEWORKING

Giuseppe Ludovico*

Sumário: 1. A desconexão como um recurso multifuncional para a proteção de vários interesses fundamentais. 2. O conteúdo do direito à desconexão entre empregador e trabalhador. 3. O direito à desconexão e a disciplina dos limites do tempo de trabalho. 4. A qualificação do tempo de trabalho além dos limites de duração da prestação. 5. Conclusões.

Resumo:

A digitalização das atividades laborais criou a possibilidade de trabalhar sem limites precisos de tempo e de lugar de trabalho, gerando uma porosidade entre a esfera privada e laboral que exige a fixação de limites precisos de tempo para a execução do trabalho à distância. O direito à desconexão dos instrumentos tecnológicos de trabalho constitui, deste ponto de vista, uma medida fundamental para garantir o direito do trabalhador a programar o tempo livre e o respeito dos limites de duração da prestação para proteção da sua saúde. A disciplina italiana do trabalho “ágil” confia ao acordo entre trabalhador e empregador a regulamentação das medidas necessárias para garantir a desconexão dos instrumentos tecnológicos de trabalho, levantando numerosos problemas de interpretação e aplicação.

* Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade de Milão; Diretor do Curso de Doutorado em Direito Comparado, Privado, Processual Civil e das Empresas da Universidade de Milão; Doutor em Direito do Trabalho na Universidade de Bolonha; Especialista em Direito do Trabalho na Universidade de Parma; Membro da Associação Italiana de Direito do Trabalho e da Segurança Social; Membro correspondente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; Diretor dos Estudos Italo-Brasileiros de Direito do Trabalho e da Previdência Social; Advogado.

Abstract:

The digitalisation of work activities has created the possibility of working without precise time and place limits, generating a porosity between the private and work spheres that requires the setting of precise time limits for remote work performance. The right to disconnect from technological work tools constitutes from this point of view a fundamental measure to guarantee the worker's right to schedule free time and the respect of time limits to protect his health. The Italian discipline of 'agile' work entrusts to the agreement between worker and employer the regulation of the measures necessary to guarantee the disconnection from the technological tools of work, raising numerous problems of interpretation and application.

1. A desconexão como um recurso multifuncional para a proteção de vários interesses fundamentais

A disciplina do tempo de trabalho é um dos aspectos mais debatido da disciplina italiana do teletrabalho, denominado trabalho “ágil”, prevista pela Lei nº 81 de 2017, que, de forma bastante ambígua, estabelece que o serviço é realizado “também (...) sem restrições precisas de tempo”, mas “dentro dos limites da duração máxima diária e semanal do trabalho, decorrentes da lei e da negociação coletiva” (art. 18, parágrafo 1), e que cabe ao acordo individual entre empregador e empregado identificar “o tempo de descanso do trabalhador e as medidas adequadas para garantir a desconexão do equipamento tecnológicos” (art. 19, parágrafo 1).

Essa norma não ficou isenta de críticas, que se queixaram do seu carácter vago, mas sobretudo da ampla referência à autonomia individual, não é acompanhada de nenhum limite obrigatório¹.

¹ Sobre esse ponto: Rosa Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour&Law Issue*, 2017, no. 2, p. 31; Michele Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 956; Mirko Altimari, *Il diritto alla disconnessione: un “vecchio” diritto ineffettivo?*,

A doutrina majoritária tem sustentado que se trata de um direito “aparente”², carente de sanção e efetividade³, e, em todo caso, inadequado para garantir a “forma digital” do descanso⁴, levando alguns a se perguntarem se o direito à desconexão realmente existe no nosso ordenamento jurídico⁵.

Porém, até mesmo os parceiros sociais não foram menos genéricos⁶, limitando o Protocolo de 7 de dezembro de 2021 sobre o trabalho ágil a exigir - “em qualquer caso”, mas sem afirmar o “direito” - a identificação da “faixa de desconexão na qual o trabalhador não fornece trabalho” e a adoção de “medidas técnicas e/ou organizacionais específicas” (art. 3, parágrafo 2).

Antes de aprofundar as diferentes questões levantadas pelo Art. 19 da Lei nº 81 de 2017, é útil observar que, mais recentemente, a questão

in Antonella Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milano, 2018, pp. 184-185; Anna Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, p. 561; Carla Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 155; Rosario Santucci, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, in Alessandro Bellavista, Rosario Santucci (eds.), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. pp. 228 ss.; Giuseppe Ludovico, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milão, 2023, pp. 226 ss., disponível em <https://air.unimi.it/handle/2434/971626>

² Valerio Maio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, em Michel Martone (ed.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, pp. 85 ss.

³ A. Fenoglio, *op. cit.*, p. 645; Rosita Zucaro, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour&Law Issues*, 2019, no. 2, p. 231; Carla Spinelli, *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in U. Carabelli, L. Fassina (eds.), *Smart working: tutela e condizioni di lavoro*, Futura, Rome, 2021, p. 81; Anna Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, in *Labour&Law Issues*, 2022, n. 1, p. 194; Silvia Magagnoli, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in *Labour&Law Issues*, 2021, no. 2, p. R91.

⁴ Anna Fenoglio, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2021, nº 4, pp. 2 ss.

⁵ Rosa Di Meo, *op. cit.*, pp. 31 ss.; Carla Spinelli, *loc. ult. cit.*.

⁶ Anna Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, *cit.*, pp. 197-198.

da desconexão tem sido objeto de um “ativismo considerável”⁷ no contexto europeu, o que levou, em rápida sucessão, ao Acordo-Quadro dos Parceiros Sociais sobre Digitalização de 22 de junho de 2020⁸, à Resolução do Parlamento Europeu de 21 de janeiro de 2021, com recomendações à Comissão sobre o direito à desconexão⁹, e ao Acordo de 28 de junho de 2022 sobre “teletrabalho e o direito à desconexão”, alcançado pelos parceiros sociais no âmbito do Programa de Diálogo Social 2022-2024, para atualizar o Acordo-Quadro de 2002 por meio de uma diretiva¹⁰.

Esses documentos, embora de conteúdo diferente, oferecem algumas indicações úteis para uma melhor interpretação da regra interna.

Em primeiro lugar, é interessante observar que no Art. 2 da proposta de diretiva do Parlamento Europeu, a desconexão é qualificada como um “direito” de “todos os trabalhadores, independentemente

⁷ Irene Zoppoli, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, em *Federalismi.it*, 2023, n° 1, p. 293.

⁸ Sobre esse ponto, ver Anna Rota, *Sull'accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, em *Labour&Law Issue*, 2020, no. 2, pp. C-24 ss.; Iacopo Senatori, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, em *Italian Labour Law e-Journal*, 2020, no. 2, pp. 159 ss.; Anna Fenoglio, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, *cit.*, pp. 9 ss.; Tiziano Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 9, pp. 202 ss..

⁹ Para uma análise da resolução, ver Bruno Caruso, Loredana Zappalà, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 439/2021*, pp. 41 ss.; Anna Fenoglio, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, *cit.*, pp. 195 ss.; M. Nicolosi, *op. cit.*, pp. 675 ss.; Irene Zoppoli, *loc. ult. cit.*.

¹⁰ Sobre o ponto ver Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 268 ss.; Emanuele Dagnino, Michele Tiraboschi, *L'accordo tra parti sociali europee per una direttiva condivisa sul telelavoro: una occasione per riportare il dibattito italiano sullo smart working sul giusto binario*, in *Bollettino ADAPT* 4 luglio 2022, no. 26, que apontam que a proposta de diretiva sobre desconexão poderia ser superada pela futura intervenção dos parceiros sociais sobre teletrabalho.

de seu *status* e padrões de trabalho”¹¹, e que consiste no “não exercício de atividades de trabalho ou comunicações por meio de meios digitais, direta ou indiretamente”¹² e cuja duração não coincide com o período mínimo de descanso consecutivo, mas com todo o período de não trabalho, ou seja, o “tempo fora do trabalho” “conforme definido no artigo 2, parágrafo 1, da Diretiva 2003/88/CE” (Art. 2)¹³.

Não menos significativa é a qualificação explícita da desconexão como um direito que implementa e complementa não apenas as diretivas sobre segurança e saúde no trabalho (89/391/EEC) e organização do tempo de trabalho (2003/88/EC), mas também as diretivas sobre condições de trabalho transparentes e previsíveis (2019/1152/EU) e sobre o equilíbrio entre vida pessoal e profissional (2019/1158/EU)¹⁴.

¹¹ Isso é explicitamente declarado no Artigo 1, parágrafo 1, da proposta da diretiva, mas uma posição semelhante pode ser derivada do Acordo de 28 de junho de 2022 (“Isso inclui questões como trabalho híbrido, direito à desconexão, organização do trabalho, em particular a gestão de trabalhadores on-line e a ligação com o tempo de trabalho, saúde e segurança, equilíbrio entre vida profissional e pessoal, vigilância, privacidade e proteção de dados”).

¹² O Acordo-Quadro sobre digitalização se expressa de forma diferente, afirmando que o empregador “não exigirá uma conexão fora do horário de trabalho” durante o qual “o funcionário não é obrigado a entrar em contato”.

¹³ O considerando 10 da proposta de diretiva também especifica que “O direito a desligar refere-se ao direito dos trabalhadores de não exercerem atividades ou comunicações relacionadas com o trabalho fora do tempo de trabalho através de ferramentas digitais, como telefonemas, mensagens de correio eletrônico ou outras” e que “O direito a desligar deverá permitir aos trabalhadores desligar os instrumentos relacionados com o trabalho e não responder aos pedidos dos empregadores fora do tempo de trabalho, sem risco de consequências adversas, como o despedimento ou outras medidas de retaliação. Em contrapartida, os empregadores não deverão exigir que os trabalhadores trabalhem fora do tempo de trabalho”; “Os empregadores não deverão promover uma cultura de trabalho «sempre ligado» em que os trabalhadores que renunciem ao seu direito a desligar sejam claramente favorecidos em relação aos que não o fazem. Os trabalhadores que denunciam situações de incumprimento do direito à desconexão no local de trabalho não deverão ser penalizados”.

¹⁴ Isso é explicitamente declarado no Artigo 1, parágrafo 1, do projeto de diretiva, mas em termos semelhantes também no Acordo-Quadro sobre digitalização.

Além disso, ao contrário do acordo-quadro, que insiste no “respeito às regras de tempo de trabalho” e na criação de “uma cultura que evita o contato fora do horário de trabalho”, a proposta de diretiva identifica, de forma mais concreta, as garantias de efetividade do direito à desconexão na adoção pelos empregadores de “um sistema objetivo, confiável e acessível que permita a medição da duração do tempo de trabalho diário realizado por cada trabalhador” (Art. 3, parágrafo 2), e na adoção pelos Estados-membros, após consulta dos parceiros sociais, de medidas adequadas para garantir “de forma justa e transparente” condições mínimas para sua implementação (Art. 4, parágrafo 2)¹⁵ e sanções “efetivas, proporcionais e dissuasivas” no caso de sua violação (Art. 8)¹⁶. Quanto às “disposições práticas para o exercício do direito”, o considerando 21 da proposta de diretiva deixa claro que elas devem ser acordadas pelos parceiros sociais por meio de um acordo coletivo, incluindo acordos coletivos da empresa.

Bem, além de seu caráter vinculante, essas indicações se mostram particularmente úteis - como previsto - ao abordar as muitas questões levantadas pelo Artigo 19 da Lei nº 81 de 2017.

Em primeiro lugar, parece inquestionável que, mesmo no sistema jurídico nacional, a desconexão é objeto de um verdadeiro direito subjetivo, independentemente de reconhecimento legislativo

¹⁵ O artigo 4 exige que os estados-membros garantam “pelo menos” as seguintes condições de trabalho: os aspectos práticos da desconexão de ferramentas digitais, incluindo ferramentas de monitoramento; a medição do tempo de trabalho; saúde e segurança, incluindo avaliações de risco psicossocial; critérios para isenções e critérios para calcular o trabalho realizado fora do horário de expediente; medidas de conscientização e treinamento a serem tomadas pelos empregadores em relação às condições de trabalho.

¹⁶ Sobre esses aspectos, ver em particular Stefano Bellomo, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 19, pp. 188 ss.

explícito, como instrumento de proteção de múltiplos interesses de nível constitucional¹⁷.

As indicações provenientes do sistema europeu confirmam que a desconexão, como mecanismo de separação entre os tempos de vida e de trabalho, assume a mesma “multifuncionalidade intrínseca” do tempo de trabalho¹⁸, pois pode afetar simultaneamente várias prerrogativas fundamentais que dizem respeito ao direito à vida privada sancionado pelo art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao direito à proteção da integridade psicofísica consagrado pelo art. 32 da Constituição Italiana, aos limites de duração do trabalho previstos no artigo 36 da Constituição, à sua programabilidade e a conciliação da vida privada e profissional, que é, aliás, um dos objetivos explícitos do trabalho ágil conforme o art. 18 da Lei nº 81 de 2017¹⁹.

Se “o trabalho e a vida devem ser separados”, dado que “a alienação não é na separação, mas na sobreposição do trabalho e da vida”²⁰, a desconexão torna-se então a ferramenta indispensável, em um contexto digitalizado, para garantir ao trabalhador a reapropriação do “tempo livre”²¹, a ser entendido como tempo necessário ao desenvolvimento de sua personalidade, cuja relevância

¹⁷ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, pp. 271 ss.

¹⁸ Vito Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001, p. 30; Vincenzo Ferrante, voce *Tempo di lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, 2011, pp. 1181 ss.

¹⁹ Dianora Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, p. 17; Rosa Casillo, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2018, I, p. 122.

²⁰ A expressão é de Aris Accornero, *Il mondo della produzione*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 321.

²¹ Rosa Di Meo, *op. cit.*, p. 31.

constitucional autônoma e distinta tem sido admitida pela doutrina²² e pela jurisprudência nacional²³ e europeia²⁴.

De fato, em vez de um direito constitucional ao tempo livre, dever-se-ia falar mais corretamente de um direito à sua programabilidade, da qual depende o desempenho concreto de outras atividades dedicadas ao pleno desenvolvimento da pessoa.

2. O conteúdo do direito à desconexão entre empregador e trabalhador

O fato de que a desconexão é funcional à proteção de outros interesses fundamentais parece suficiente para considerar que o direito pertence a qualquer trabalhador²⁵ que, em razão dos dispositivos

²² Esse é o ponto de vista adotado por Antonella Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Turim, 2010, pp. 15 ss.; Vito Leccese, *op. cit.*, p. 28; Giancarlo Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milao, 2005, pp. 74 e ss.; Vincenzo Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Turim, 2008, pp. 171-172. Sobre o valor do tempo livre decorrente do "surgimento de uma nova cultura do tempo de trabalho", já Raffaele De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2013, pp. 439-441.

²³ Ver Corte de Cassação 21 de maio de 2008, no. 12962, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, II, pp. 825 ss., com comentário de Giorgio Bolego, *Sul potere del datore di variare la collocazione dell'orario nel pieno-time*, segundo a qual "o tempo livre tem sua própria importância específica em vista da importância social das atividades esportivas, recreativas, culturais, sociais, políticas, escolares, etc., também para os trabalhadores em tempo integral"; mas, ao contrário, Corte de Cassação sez. III, 27 de abril de 2011, nº 9422, em *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2011, p. 1509, com comentário de Giulio Ponzanelli, para quem, por outro lado, "o 'tempo livre' - diferentemente do tempo de trabalho - não constitui, por si só, um direito fundamental da personalidade protegido em nível constitucional (artigos 2 e 3 da Constituição)".

²⁴ Tribunal de Justiça da União Europeia, Seção V, 21 de fevereiro de 2018, C-518/15; Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de março de 2021, C-344/19 e 9 de março de 2021, C-580/19.

²⁵ Assim, Dianora Poletti, *op. cit.*, pp. 16-17; Vincenzo Ferrante, *Il lavoro a distanza e il diritto alla "disconnessione"*, em Antonella Occhino (ed.), *op. cit.*, p. 128;

digitais, seja exposto ao risco de porosidade entre as esferas privada e laboral, não sendo possível que para alguns trabalhadores esses interesses sejam desprotegidos.

É por isso que outros sistemas jurídicos, como o francês, que foi o primeiro a reconhecer o direito à desconexão²⁶, embora não muito preciso²⁷, tenham feito referência explícita a todos os trabalhadores.

Falar de um direito “novo”²⁸ ou de “nova geração”²⁹ corre o risco de parecer enganoso, já que se trata de uma “adaptação tecnológica” necessária³⁰ de proteções fundamentais historicamente já presentes no sistema jurídico³¹.

E a natureza fundamental dos interesses envolvidos explica as razões pelas quais, na formulação do Artigo 19 (“O acordo identifica ...”), a regulamentação desses aspectos não é eventual, mas constitui - como já visto - um elemento essencial do acordo individual, assim que a intervenção da autonomia individual não diz respeito ao *an*, mas apenas ao *quomodo* da desconexão³².

Um aspecto que o art. 19, no entanto, não esclarece é aquele relativo ao conteúdo do direito que, também com base nas indicações europeias, pode ser identificado em uma dupla conduta ativa e

Anna Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, cit., p. 554; Arturo Maresca, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, em *Federalismi.it*, 2022, n° 9, p. 173.

²⁶ Sobre a disciplina transalpina, veja, entre muitos outros, Emanuele Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, pp. 1027 ss.; Rosa Di Meo, *op. cit.*, pp. 21 ss.

²⁷ Ver Rosa Di Meo, *op. cit.*, pp. 23 ss.; Vincenzo Ferrante, *op. cit.*, p. 128; Carla Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, cit., pp. 154-155.

²⁸ Dianora Poletti, *op. cit.*, pp. 8 ss.

²⁹ Emanuele Dagnino, *op. cit.*, p. 1039; Rosita Zucaro, *op. cit.*, p. 223.

³⁰ Assim, Mirko Altimari, *op. cit.*, p. 184.

³¹ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 274.

³² Rosa Di Meo, *op. cit.*, p. 31.

passiva³³ ou seja, como o direito do empregado de interromper os contatos com o empregador e de não receber comunicações, sendo claro que o exercício do direito, não constituindo uma violação do contrato, não pode ter consequências no plano disciplinar³⁴.

O direito subjetivo do trabalhador corresponde, naturalmente, à obrigação do empregador de adotar medidas adequadas para garantir o mesmo, o que, segundo muitos³⁵, poderia ir até a desconexão “técnica”, ou seja, a interrupção das comunicações do servidor da empresa³⁶.

A questão nesse momento é se, além de um direito subjetivo, a desconexão também pode constituir uma posição jurídica passiva como um dever do trabalhador³⁷.

Os autores que propuseram a dupla qualificação como direito e dever do trabalhador³⁸ partem da consideração de que a desconexão não é apenas uma garantia de liberdade do trabalhador que, pelo contrário, poderia também “exprimir a escolha de viver sempre conectado”³⁹, mas também uma medida de segurança e proteção da integridade psicofísica impostas pelo Art. 2087 do Código Civil e o Decreto Legislativo

³³ Silvia Magagnoli, *op. cit.*, p. R.92.

³⁴ Assim, Carla Spinelli, *op. cit.*, p. 153.

³⁵ Silvia Magagnoli, *op. cit.*, p. R.96.

³⁶ Para uma análise das medidas adotadas por grandes empresas europeias com a distinção entre abordagens “duras” e “suaves” e suas vantagens e desvantagens, ver Eurofound, *Right to disconnect: Exploring company practices*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021, pp. 32 ss.

³⁷ A questão surgiu pela primeira vez no sistema jurídico francês, onde o Relatório Mettling, *Transformation numérique et vie au travail* (encomendado pelo governo em vista da reforma trabalhista posteriormente realizada pela Lei nº 1088 de 8 de agosto de 2016) se expressou afirmando que “*Le droit à la déconnexion est donc bien une coresponsabilité du salarié et de l'employeur qui implique également un devoir de déconnexion*” (pp. 20-21).

³⁸ Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 123; Anna Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, *cit.*, p. 558.

³⁹ Dianora Poletti, *op. cit.*, p. 24.

nº 81 de 2008, conforme aos princípios de proteção da saúde e do trabalho consagrados nos artigos 32 e 36 da Constituição, que, como tais, são superiores a qualquer outro interesse ou escolha do trabalhador⁴⁰.

O trabalhador, embora tenha o direito de se desconectar, também tem o dever de cumprir as medidas de proteção à sua saúde.

Além disso, o trabalhador tem também a obrigação explícita de cooperar no cumprimento do dever de segurança do empregador, que, além de ser sancionada de forma geral pelo artigo 20 do Decreto Legislativo nº 81 de 2008, é confirmada pelo artigo 22, parágrafo 2, da Lei nº 81 de 2017, que impõe ao trabalhador ágil de cooperar na implementação de medidas de segurança, entre as quais deve ser considerado certamente o cumprimento da desconexão de ferramentas tecnológicas⁴¹.

A devida observância dessas medidas, portanto, insere-se tanto no âmbito da diligência exigida pela natureza da prestação, quanto da observância das disposições emanadas para a sua execução e da disciplina do trabalho (art. 2104 do Código Civil)⁴².

Na mesma direção também milita a consideração de que é precisamente no caso do trabalho ágil, devido à acentuada cooperação exigida do funcionário, que a obrigação de cooperar na implementação de medidas de segurança assume um significado especial, sem, é claro, implicar qualquer inversão das obrigações entre empregador e trabalhador.

Nessa direção também o Acordo-Quadro sobre Digitalização, com relação à desconexão, afirma que ambas as partes, embora em suas

⁴⁰ Rosa Casillo, *op. cit.*, p. 123.

⁴¹ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, pp. 276 ss.

⁴² Veja R. Casillo, *loc. ult. cit.*

respectivas e distintas posições, devem participar ativamente na “garantia de um ambiente de trabalho saudável e seguro”.

3. O direito à desconexão e a disciplina dos limites do tempo de trabalho

Uma vez que a natureza e o conteúdo do direito de desconexão tenham sido esclarecidos, agora é possível entrar na complexa questão do enquadramento dos períodos de conexão e desconexão na disciplina do tempo de trabalho.

Duas teses distintas têm sido apresentadas na doutrina, embora com detalhes diferentes: para alguns, a ligação explícita do art. 19 entre descanso e desconexão e a abordagem binária das regras sobre tempo de trabalho tornariam necessária a identificação do tempo de conexão com a execução da prestação e do tempo de desconexão com o descanso⁴³, enquanto outros, questionando a classificação dos serviços prestados fora do tempo de trabalho, preveem uma terceira categoria intermediária que não coincidiria totalmente com o tempo de trabalho ou com o descanso, e poderia, dependendo do caso, se enquadrar em um ou outro.

Antes de se posicionar sobre a questão, é preciso esclarecer que, assim como a conexão não identifica necessariamente o tempo de trabalho, pois pode haver conexão sem desempenho, a desconexão não equivale automaticamente ao descanso, pois o desempenho pode continuar após a conexão e independentemente dela. Também deve ser dito que é prática comum receber comunicações de trabalho fora do horário de

⁴³ Rosa Di Meo, *op. cit.*, pp. 30 ss.; Annamaria Donini, *op. cit.*, p. 127

trabalho, sem que se possa prever antecipadamente se seu recebimento implica alguma atividade de trabalho e com que duração⁴⁴.

A mera existência da conexão de computador, da qual foi deduzida a distinção entre trabalho e descanso, não parece, portanto, decisiva na ausência de um significado jurídico preciso. De fato, é precisamente a ausência de equivalência entre conexão e trabalho ou entre desconexão e descanso que constitui o principal motivo de incerteza.

Qualquer discurso sobre a natureza desses períodos deve, em vez disso, partir de uma análise da definição legal que define o serviço devido pelo trabalhador, de modo a distinguir entre “períodos de obrigação e não obrigação de trabalhar”⁴⁵ e, em seguida, investigar as consequências que ocorrem quando o serviço é prestado mesmo na ausência de uma obrigação específica.

Tal distinção, entretanto, pressupõe que o tempo seja a unidade de medida do trabalho devido e que este seja determinável em razão da duração, mas essa perspectiva deve ser coordenada com a outra distinção prevista pelo artigo 18 da Lei nº 81 de 2017 entre os acordos em que é confirmada a disponibilidade contínua do empregado e os acordos em que, modulando a prestação de acordo com o resultado, é excluída a sua mensurabilidade no tempo.

A proposta de diretiva sobre desconexão também parece caminhar nessa lógica, pois, ao exigir a adoção de um “sistema objetivo, confiável e acessível” de medição do tempo, confirma as indicações do Tribunal de Justiça, que prescreve, justamente, tal medição, a menos que

⁴⁴ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 278.

⁴⁵ Paola Bozzao, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 111; Vincenzo Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 1, p. 9.

a duração do serviço seja indeterminável ou deixada em sua totalidade à escolha do trabalhador.

Também decorre de suas decisões que, para fins de distinção entre tempo de trabalho e descanso, o que é decisivo não é tanto a localização em um lugar específico que pode ser escolhido livremente pelo trabalhador, mas a existência de “restrições impostas (...) de tal natureza que afetam de maneira objetiva e muito significativa” a liberdade do trabalhador de gerenciar seu tempo livre⁴⁶. E a intensidade dessas restrições, para que o período seja classificado “em sua totalidade” como tempo de trabalho, depende da “frequência média” desempenho exigido do trabalhador⁴⁷.

Essas indicações revelam a intenção do Tribunal de Justiça da União Europeia de garantir aos trabalhadores a programabilidade de seu tempo livre ou, de acordo com uma conhecida decisão da Corte Constitucional italiana, a “livre disponibilidade do tempo da própria vida”⁴⁸, uma vez que o tempo livre sem programabilidade não pode ser considerado como tal.

⁴⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia 9 de março de 2021, C-344/19, par. 37; Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de março de 2021, C-580/19, par. 44; Tribunal de Justiça da União Europeia 11 de novembro de 2021, C-214/20, in *Foro italiano*, 2022, IV, c. 6; Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de setembro de 2021, C-107/19, em *Foro italiano*, 2021, IV, c. 584, com comentário de G. Ricci, *La qualificazione giuridica del tempo di disponibilità del prestatore di lavoro fra Corte di giustizia e Corte di cassazione*. Sobre esse ponto, veja Stefano Bellomo, *Tempo di lavoro, modernità, autonomia individuale: considerazioni ispirate (d)alla lezione di Giuseppe Santoro Passarelli*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2023, n. 1, pp. 10 ss. e Elena Gramano, *La normativa europea alla prova della frammentazione del tempo di lavoro*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, pp. 928 ss.

⁴⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de março de 2021, C-580/19, par. 45 ss.

⁴⁸ Tribunal Constitucional 11 de maio de 1992, n.º 210, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, II, pp. 731 ss., com uma nota de Pietro Ichino; Corte de Cassação 23 de maio de 2008, n.º 12962; Corte de Cassação 28 de maio de 2008, n.º 13967, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, pp. 347 ss.; Corte de Cassação 3 de setembro de 2018, n.º 21562; Corte de Cassação 6 de dezembro de 2019, n.º 31957.

Com relação ao trabalho ágil, é possível afirmar que, quando a duração do serviço não é deixada à determinação do trabalhador, para qualificá-lo como tempo de trabalho, o que importa são a existência da obrigação legal e seu impacto limitador na programabilidade do tempo livre. Isso significa que, quando o desempenho é mensurável em duração, é possível distinguir dois períodos nos quais, respectivamente, o trabalhador estará à disposição do empregador, respondendo a solicitações, realizando o desempenho e recebendo diretrizes para sua execução, ou não estará envolvido em nenhuma atividade e vinculado a nenhuma intervenção ou resposta, tendo o direito de desconectar os dispositivos digitais⁴⁹.

O período de conexão ou disponibilidade pode então coincidir com o horário normal de trabalho, ou ser distribuído em um ou mais intervalos de tempo⁵⁰ durante os quais o trabalhador pode distribuir seu desempenho, mas dentro dos limites do horário legal e contratual e em conformidade com o período de descanso diário e semanal e o direito a férias⁵¹.

Essa distinção entre períodos de conexão e desconexão é confirmada pelo Protocolo de 7 de dezembro de 2021, que, após admitir a articulação do trabalho ágil em “intervalos de tempo”, estipulou que o período de desconexão durante o qual o trabalhador não realiza nenhum trabalho deve ser sempre identificado.

⁴⁹ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 280.

⁵⁰ Armando Tursi, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, pp. 472-473.

⁵¹ Rosa Di Meo, *op. cit.*, p. 30; Marco Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, p. 19; Vito Lecce, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2020, II, p. 436; Silvia Magagnoli, *op. cit.*, p. 30.

Os acordos da empresa, embora às vezes genéricos⁵² ou sem indicações⁵³, se conformaram geralmente a esse esquema binário⁵⁴, reconhecendo o "direito" do trabalhador de desativar os dispositivos digitais no fim do horário de trabalho⁵⁵ ou da faixa horaria em que a prestação é distribuída dentro dos limites do horário normal de trabalho⁵⁶.

4. A qualificação do tempo de trabalho além dos limites de duração da prestação

O fato de que a maioria dos contratos exclui - como já visto - a realização de horas extras, trabalho noturno e feriados é uma confirmação do fato de que, na abordagem da autonomia coletiva, o

⁵² Os contratos da Nexi Payments S.p.A. e da Help Line S.p.A. datados de 14 de dezembro de 2021 e da ONE-OS datados de 19 de maio de 2022 reconhecem apenas genericamente o direito de desconexão por meio da desativação dos dispositivos.

⁵³ Os contratos do Grupo Italgas datados de 14 de março de 2022 e da Alba Leasing s.p.a. datados de 16 de março de 2022 não afetam o direito de desconexão.

⁵⁴ Sobre esse ponto, ver o Relatório do Grupo de Estudo sobre Trabalho Ágil, criado pelo Decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais n.º 87, de 13 de abril de 2021, p. 10, que, com relação a contratos anteriores, confirma que "o tempo de desconexão é implicitamente determinado como o direito de estar afastado dos instrumentos de trabalho depois o horário de trabalho, conforme definido (e equiparado) em continuidade e correspondência com o trabalho exercido no local da empresa".

⁵⁵ Nesse sentido, os contratos da Michelin Italiana S.p.A. datados de 7 de janeiro de 2022, Veritas s.p.a. datados de 2 de março de 2022, Fruendo s.r.l. datados de 7 de março de 2022, Transcom Worldwide Italy S.p.A. datados de 15 de março de 2022, CheBanca! S.p.A. de 17 de março de 2022, Compass Banca S.p.a. de 17 de março de 2022, Banca Ifis S.p.a. de 18 de março de 2022, Italia on line de 21 de abril de 2022 e AGOS Ducato s.p.a. de 30 de junho de 2022.

⁵⁶ É o que previsto nos contratos da Atlantia spa, de 10 de dezembro de 2021, Banca Reale S.p.A., de 23 de dezembro de 2021, 2i Rete Gas spa, de 27 de janeiro de 2022, Gruppo Helvetia, de 17 de fevereiro de 2022, Leonardo Spa, de 8 de março de 2022, Enel Italia, de 21 de março de 2022 e GSE S.p.A., de 12 de maio de 2022.

período de conexão coincide com o período de trabalho e, especulamente, o período de desconexão com o período de não trabalho.

No entanto, é preciso questionar a qualificação das horas adicionais que o empregado pode trabalhar além dos limites diários e semanais.

Em primeiro lugar, deve-se dizer que o mero recebimento de mensagens e comunicações não constitui trabalho se não implicar atividades adicionais capazes de comprometer a programação do tempo livre⁵⁷, de modo que não é a conexão em si - como já mencionado - que determina o trabalho adicional que pode ocorrer independentemente da conexão.

São a frequência média e a duração de tais atividades que, de acordo com o Tribunal de Justiça da União Europeia, devem ser analisadas para a classificação como tempo de trabalho. Ou seja, devem ser atividades com um conteúdo mínimo em termos de comprometimento e intensidade, de modo que afetem o direito do trabalhador ao descanso.

Também é necessário, de acordo com o Tribunal de Justiça, que a atividade seja realizada em cumprimento de uma obrigação, e é nesse aspecto que se concentram as maiores dificuldades, pois pode faltar uma obrigação formal, sendo a atividade realizada fora do horário de trabalho, e também pode faltar uma solicitação explícita do empregador.

No entanto, isso não parece ser suficiente para afirmar que o tempo dedicado para tais atividades não pode ser qualificado como tempo de trabalho, pois a existência da obrigação resulta do volume

⁵⁷ Vincenzo Ferrante, *op. cit.*, p. 129; Silvia Magagnoli, *op. cit.*, R.101.

do trabalho⁵⁸. Não é coincidência que o Acordo-Quadro Europeu sobre Teletrabalho de 2002 e o Acordo-Quadro Europeu sobre Digitalização de 2020 tenham dado atenção especial a esse aspecto, o primeiro prevendo que “a carga de trabalho e os níveis de desempenho” dos teletrabalhadores devem ser “equivalentes” aos de outros trabalhadores, enquanto o segundo prevê que “a realização dos objetivos organizacionais ... não exigirá uma conexão fora do horário de trabalho” e que “a organização do trabalho e a carga de trabalho são “aspectos fundamentais” que devem ser identificados e avaliados “conjuntamente” por dirigentes, trabalhadores e, se necessário, seus representantes.

Se o prolongamento dos períodos de trabalho não depende da duração do vínculo, mas da dimensão qualitativa e quantitativa do volume de trabalho, é nesta perspectiva que toda a questão deve ser reconsiderada, no sentido de que, quando o volume de trabalho é proporcional aos limites do tempo de trabalho, o trabalhador será obrigado, por dever de cooperação, a não realizar atividades fora dos limites do tempo de trabalho, ao passo que, quando o volume de trabalho é superior a esses limites, as prestações suplementares devem, em qualquer caso, ser remuneradas, independentemente da proibição de trabalho suplementar formalmente prevista no acordo⁵⁹.

É necessário, neste ponto, verificar a situação nos casos em que as partes optaram, pelo contrário, por modular a atividade laboral

⁵⁸ Sobre o ponto ver Emanuele Dagnino, *op. cit.*, p. 1034; Marco Peruzzi, *op. cit.*, p. 20; Annamaria Donini, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁹ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 283.

em função do resultado esperado, deixando ao trabalhador a determinação não só do *quando*, mas também do *quantum* da prestação.

Se a programabilidade do tempo livre parece ser garantida pelo poder do trabalhador de decidir o momento da prestação, não é menos verdade que tal depende, ainda mais nestes casos, da dimensão dos objetivos, os quais, se implicarem uma prestação excessiva, podem, de facto, anular qualquer possibilidade de programação e desconexão, absorvendo completamente o tempo de não trabalho.

O facto de o desempenho não ser definido em termos de duração não significa, de facto, que o tempo não tenha significado, constituindo a unidade cronológica do objetivo a atingir, cuja determinação não pode em caso algum ser prejudicial para a saúde do trabalhador.

É o que estabelece o artigo 17, parágrafo 5, do Decreto Legislativo n. 66 de 2003, que, reproduzindo a disposição da Diretiva 2003/88, derroga os limites do tempo de trabalho, mas "no respeito dos princípios gerais de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores".

Isso tem sido afirmado há muito tempo não apenas pela Corte de Cassação, para a qual, quando a duração do serviço é deixada à escolha do trabalhador, o empregador é, de qualquer forma, obrigado a proteger sua saúde das consequências do "excesso de trabalho que excede a tolerabilidade normal"⁶⁰, mas também pelo Tribunal Constitucional, que, com relação aos dirigentes, esclareceu que, quando não há limite de horas estabelecido, há, de qualquer forma, um

⁶⁰ Assim, Corte de Cassação no. 8267 de 1 de setembro de 1997, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, pp. 818 ss., com nota crítica de Enrico Gragnoli; Corte de Cassação no. 1307 de 5 de fevereiro de 2000, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 2000, pp. 1169 ss., com nota crítica de Giuseppe Santoro-Passarelli.

“limite quantitativo global” “com relação à necessária proteção da saúde e da integridade física e psicológica, garantida pela Constituição a todos os trabalhadores”⁶¹.

Isso significa que os objetivos devem ser determinados de forma a garantir a desconexão e a interrupção do trabalho como uma medida de segurança no trabalho imposta pelo artigo 2087 do Código Civil⁶².

Se a definição dos objetivos funciona como uma garantia indireta do direito à desconexão, é difícil imaginar, uma vez que os dois aspectos estão interligados, que os primeiros possam ser decididos unilateralmente pelo empregador quando as medidas para o exercício do segundo são confiadas pelo Artigo 19 à determinação consensual das partes⁶³.

É também por essa razão que os acordos-quadro europeus exigem a definição conjunta, em nível individual e coletivo, dos objetivos a atingir, o que constitui um aspecto decisivo não apenas para a efetividade do direito de desconexão, mas também e sobretudo para avaliação do incumprimento da prestação por parte do trabalhador.

Resta saber quais são as consequências da não regulamentação ou da regulamentação inadequada do direito à desconexão ou da violação de suas disposições. O fato de a lei não prever nenhuma sanção não significa, de fato, que tais circunstâncias sejam desprovidas

⁶¹ Tribunal Constitucional 7 de maio de 1975, nº 101, em *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1975, II, pp. 335 ss.; Tribunal Constitucional (ord.) 20 de dezembro de 1979, no. 155, em *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, I, p. 1152. Sobre o tema do trabalho ágil, consulte. Luca Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e 'regressioni' interpretative*, em A. Occhino (ed.), *op. cit.*, p. 41.

⁶² Annamaria Donini, *op. cit.*, p. 127.

⁶³ Giuseppe Ludovico, *op. cit.*, p. 285.

de consequências, que caberá ao intérprete identificar com base em princípios gerais.

Antes de tudo, na ausência de qualquer previsão sobre a desconexão, o pacto de trabalho ágil deve ser considerado nulo e sem efeito, nos termos do artigo 1418 do Código Civil, por falta de um dos elementos essenciais exigidos pelo artigo 19 da Lei nº 81 de 2017, mas o único efeito seria o de privar o trabalhador da possibilidade de desempenhar a prestação na modalidade do trabalho ágil devido a violação de uma regra estabelecida para sua proteção.

Em vez disso, deve-se preferir outra interpretação, que decorre da função atribuída à autonomia individual pela Lei nº 81 de 2017, que é a de permitir que às partes regulem o tempo de execução de forma diferente, de modo que, na ausência de regulamentação da desconexão, o acordo será válido, mas com a aplicação do horário normal de trabalho com o direito/dever do empregado de se desconectar além desses limites⁶⁴. E o mesmo pode ser dito, pois a insuficiência equivale à ausência, quando as partes tiverem regulamentado a desconexão de forma insuficiente para garantir a efetividade do direito.

Por fim, em caso de incumprimento do acordo, a qualificação da desconexão como medida de segurança, nos termos do artigo 2087 do Código Civil, justificaria a recusa da prestação solicitada em violação desta medida por não ser contratualmente devida, e, se realizada, o direito à indenização pelos danos sofridos.

⁶⁴ Veja Rosa Di Meo, *op. cit.*, pp. 31-32.

5. Conclusões

A digitalização produziu efeitos importantes nas coordenadas espaciais e temporais da prestação de trabalho, que sofreram uma transformação radical dos respetivos conteúdos, perdendo a sua característica física original e tornando-se progressivamente virtuais.

Isto não significa que os limites do tempo de trabalho não devam continuar a ser respeitados e cumpridos. É exatamente a digitalização das atividades de trabalho que torna a aplicação desses limites ainda mais fundamental, devido à tendência do trabalho digital para invadir a esfera do tempo dedicado ao descanso.

Deste ponto de vista, o direito à desconexão representa o instrumento jurídico indispensável para reafirmar a importância dos limites do horário de trabalho para proteger a saúde dos trabalhadores, embora as modalidades concretas da sua aplicação sejam ainda incertas.

A questão principal, porém, é o conteúdo desse direito, que, para além da obrigação principal do empregador, implica também um dever de cooperação por parte do trabalhador, que na prática é muitas vezes ignorado, especialmente quando as ferramentas de comunicação digital são utilizadas, ao mesmo tempo, para desempenhar a prestação de trabalho e para as relações privadas.

O verdadeiro problema então não é apenas jurídico, mas sobretudo cultural, no sentido de que o direito à desconexão continuará inevitavelmente a sofrer de pouca efetividade até que a cultura do “*always on*” (conforme a definição da resolução do Parlamento Europeu de 21 de janeiro de 2021) e a utilização promíscua, no trabalho

e na vida privada, das mesmas ferramentas de comunicação digital continuarão a ser generalizados no mundo do trabalho e, de forma mais geral, na sociedade.

Bibliografia

Accornero Aris, *Il mondo della produzione*, Il Mulino, Bologna, 1994

Altimari Mirko, *Il diritto alla disconnessione: un “vecchio” diritto ineffettivo?*, in Antonella Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milano, 2018, pp. 181 ss.

Arturo Maresca, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, em *Federalismi.it*, 2022, n° 9, pp. 173 ss.

Bavaro Vincenzo, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, n. 1, pp. 9 ss.

Bellomo Stefano, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 19, pp. 188 ss.

Bellomo Stefano, *Tempo di lavoro, modernità, autonomia individuale: considerazioni ispirate (d)alla lezione di Giuseppe Santoro Passarelli*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2023, n. 1, pp. 10 ss.

Bozzao Paola, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, pp. 111 ss.

Caruso Bruno, Zappalà Loredana, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* - 439/2021, pp. 41 ss.

Casillo Rosa, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2018, I, pp. 122 ss.

Dagnino Emanuele, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, pp. 1027 ss.

Dagnino Emanuele, Tiraboschi Michele, *L'accordo tra parti sociali europee per una direttiva condivisa sul telelavoro: una occasione per riportare il dibattito italiano sullo smart working sul giusto binario*, in *Bollettino ADAPT* 4 luglio 2022, no. 26

De Luca Tamajo Raffaele, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, 2013, pp. 439 ss.

Di Meo Rosa, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour&Law Issue*, 2017, no. 2, pp. 31 ss.

Eurofound, *Right to disconnect: Exploring company practices*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2021

Fenoglio Anna, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, pp. 547 ss.

Fenoglio Anna, *Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile*, in *Labour&Law Issues*, 2022, n. 1, pp. 194 ss.

Fenoglio Anna, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, em *Lavoro Diritti Europa*, 2021, n° 4, pp. 2 ss.

Ferrante Vincenzo, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Turim, 2008

Ferrante Vincenzo, voce *Tempo di lavoro*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IV, 2011, pp. 1181 ss.

Gramano Elena, *La normativa europea alla prova della frammentazione del tempo di lavoro*, em *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2022, pp. 928 ss.

Leccese Vito, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2020, II, pp. 436 ss.

Leccese Vito, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001

Ludovico Giuseppe, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, Milão, 2023, pp. 226 ss., disponível em <https://air.unimi.it/handle/2434/971626>

Magagnoli Silvia, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in *Labour&Law Issues*, 2021, no. 2, pp. R91 ss.

Maio Valerio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, em Michel Martone (ed.), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, pp. 85 ss.

Nogler Luca, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e 'regressioni' interpretative*, em A. Occhino (ed.), Antonella Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, Milano, 2018, pp. 41 ss.

Occhino Antonella, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Turim, 2010

Peruzzi Marco, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, pp. 19 ss.

Poletti Dianora, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, pp. 17 ss.

Ricci Giancarlo, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milão, 2005

Rota Anna, *Sull'accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, em *Labour&Law Issue*, 2020, no. 2, pp. C-24 ss.

Santucci Rosario, *Notazioni sul diritto alla disconnessione*, in Alessandro Bellavista, Rosario Santucci (eds.), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 228 ss.

Senatori Iacopo, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, em *Italian Labour Law e-Journal*, 2020, no. 2, pp. 159 ss.

Spinelli Carla, *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in U. Carabelli, L. Fassina (eds.), *Smart working: tutela e condizioni di lavoro*, Futura, Rome, 2021, pp. 81 ss.

Spinelli Carla, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018

Tiraboschi Michele, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, em *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, pp. 921 ss.

Treu Tiziano, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 2022, no. 9, pp. 202 ss.

Tursi Armando, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2022, pp. 472 ss.

Zoppoli Irene, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, em *Federalismi.it*, 2023, n° 1, pp. 293.

Zucaro Rosita, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour&Law Issues*, 2019, no. 2, pp. 231 ss.

Jurisprudência

Corte de Cassação 6 de dezembro de 2019, n.º 31957

Corte de Cassação 3 de setembro de 2018, n.º 21562

Corte de Cassação sez. III, 27 de abril de 2011, n° 9422, em *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2011, p. 1509, com comentário Giulio Ponzanelli

Corte de Cassação 21 de maio de 2008, no. 12962, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, II, pp. 825 ss., com comentário de Giorgio Bolego, *Sul potere del datore di variare la collocazione dell'orario nel pieno-time*

Corte de Cassação 28 de maio de 2008, n.º 13967, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2009, II, pp. 347 ss.

Corte de Cassação 5 de fevereiro de 2000 n° 1307, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* 2000, pp. 1169 ss., com nota crítica de Giuseppe Santoro-Passarelli.

Corte de Cassação 1 de setembro de 1997 n° 8267, em *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, pp. 818 ss., com nota crítica de Enrico Gragnoli

Tribunal Constitucional (ord.) 20 de dezembro de 1979, no. 155, em *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, I, pp. 1152 ss

Tribunal Constitucional 7 de maio de 1975, n° 101, em *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1975, II, pp. 335 ss.

Tribunal de Justiça da União Europeia 9 de março de 2021, C-580/19

Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de março de 2021, C-344/19

Tribunal de Justiça da União Europeia 11 de novembro de 2021, C-214/20, in *Foro italiano*, 2022, IV, c. 6 ss.

Tribunal de Justiça da União Europeia, 9 de setembro de 2021, C-107/19, em *Foro italiano*, 2021, IV, c. 584 ss., com comentário de G. Ricci, *La qualificazione giuridica del tempo di disponibilità del prestatore di lavoro fra Corte di giustizia e Corte di cassazione*.

Tribunal de Justiça da União Europeia, Seção V, 21 de fevereiro de 2018, C-518/15

Tribunal Constitucional 11 de maio de 1992, nº 210, em *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1992, II, pp. 731 ss., com comentário de Pietro Ichino





PORTUGAL





A COMPENSAÇÃO DE ANTIGUIDADE DO TRABALHADOR-ADMINISTRADOR: PUNIÇÃO FISCAL¹

*THE SEVERANCE COMPENSATION OF THE EMPLOYEE-DIRECTOR:
TAX PUNISHMENT*

André Pestana Nascimento*

António Castro Caldas**

Sumário: 1. Introdução; 2. Enquadramento legal - As regras fiscais aplicáveis; 3. O entendimento da Autoridade Tributária e a jurisprudência do CAAD; 3.1. Decisão arbitral de 31 de outubro de 2016 - Processo n.º 146/2016-T; 3.2. Decisão arbitral de 23 de outubro de 2018 - Processo n.º 55/2018-T; 3.3. Decisão arbitral de 17 de dezembro de 2018 - Processo n.º 177/2018-T; 3.4. Decisão arbitral de 3 de abril de 2020 - Processo n.º 267/2019-T; 4. Análise crítica; 4.1. Da interpretação das leis fiscais; 4.2. Do exercício e cessação das funções de administração; 4.3. As regras laborais aplicáveis; 4.4. O conceito de antiguidade insito no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS; 4.5. Da iniquidade da solução proposta pela AT; 4.6. A cláusula geral anti-abuso; 4.7. A tributação autónoma em sede de IRC; 5. Conclusões

* Advogado da Uría Menéndez

** Advogado da Uría Menéndez

¹ É para nós uma honra ficarmos associados a esta merecidíssima homenagem ao Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, um brilhante académico e mestre que dedicou a vida profissional a partilhar a sua infinita sabedoria com os outros. Civilista de formação, inspirou e formou milhares de juristas que, como nós, tiveram o privilégio de ser seus alunos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, respetivamente, e de aprender com o seu exemplo. Deixa muita saudade, mas também uma vasta obra e um contributo incomensurável sobretudo ao nível do Direito do Trabalho. É ao Professor Pedro Romano Martinez que dedicamos este artigo.

Resumo:

Não raras vezes, no decurso da sua relação laboral, os trabalhadores são chamados a ocupar cargos de administração no seio das respetivas entidades empregadoras. Mas o exercício destas funções pode trazer-lhes um forte dissabor no momento da cessação do contrato de trabalho, por força daquele que tem sido o entendimento da Autoridade Tributária e Aduaneira acerca das regras de tributação previstas no artigo 2.º, n.º 4 do CIRS. Neste artigo, propomos demonstrar a ausência de fundamento da interpretação proposta por esta Autoridade e a inconsistência dos resultados que daí advêm.

Abstract:

Often, in the course of their employment relationship, employees are called upon to occupy management duties within their employing entities. However, the exercise of these functions can bring them significant displeasure at the time of termination of the employment contract, due to the understanding of the Tax Authority concerning the compensations owed as consideration for the termination of said agreement. In this article, we aim to demonstrate the lack of foundation of the interpretation proposed by this Authority and the inconsistency of the results that arise from it.

1. Introdução

“O contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas²”. Por se tratar de uma prestação de meios, a relação laboral é tendencialmente duradoura e sofre diversas vicissitudes ao longo da sua vida. O trabalhador pode, por exemplo, merecer a confiança dos acionistas e ser chamado a desempenhar funções de administração no quadro dos órgãos de gestão e representação da empresa, em simultâneo ou em alternância com a execução do contrato de trabalho. Mas para além da acrescida responsabilidade civil, laboral, fiscal

² Artigo 11.º do Código do Trabalho (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro) e artigo 1152.º do Código Civil (Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966).

ou contributiva que a assunção destes cargos implica³, o trabalhador pode ter que pagar um elevado preço no momento da cessação do seu contrato de trabalho: com efeito, contrariamente ao que sucede com a generalidade dos trabalhadores por conta de outrem a quem é paga uma compensação como contrapartida da cessação do vínculo laboral, ao trabalhador que exerce ou exerceu cargos de administração no passado⁴ tem sido negada a possibilidade de beneficiar, total ou parcialmente, da não sujeição fiscal prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do Código sobre o Imposto dos Rendimentos Singulares (“CIRS”)⁵.

Com efeito, a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT”), por vezes com o beneplácito dos tribunais arbitrais, tem vindo a considerar que para efeitos do apuramento do valor não sujeito a IRS devem descontar-se ao número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora os períodos durante

³ Responsabilidade civil prevista, genericamente, nos artigos 71 *et seq.* do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro); responsabilidade por dívidas e coimas laborais que emerge, respetivamente, do artigo 335.º, n.º 2 e 551.º, n.º 3 do Código do Trabalho; responsabilidade por dívidas e coimas ou multas fiscais prevista, respetivamente, no artigo 24.º da Lei Geral Tributária (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro) e no artigo 8.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (aprovado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de junho); responsabilidade pelo pagamento de coimas à Segurança Social, prevista no artigo 226.º, n.º 3 do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro).

⁴ Doravante, referir-nos-emos de forma genérica à figura do trabalhador-administrador, que abarca diferentes realidades como o exercício de funções de gerente ou de administrador (*stricto sensu*) de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente (v.g. sucursal ou escritório de representação).

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei 442-A/88, de 30 de novembro.

os quais o sujeito passivo exerceu funções de administração na entidade devedora⁶, propondo um cálculo baseado num critério *pro rata temporis*.

Este entendimento penalizador gera situações de flagrante injustiça e desigualdade e acaba por constituir um desincentivo a que os trabalhadores aceitem assumir cargos nos órgãos de gestão das entidades a que pertencem.

Mas também as empresas podem ter que suportar custos acrescidos com o pagamento de compensações de antiguidade ao trabalhador-administrador, concretamente tributação autónoma em sede de Imposto das Pessoas Coletivas.

Ora, a nosso ver, as diferentes posições que têm sido acolhidas pela AT, e validadas em algumas decisões arbitrais, não encontram respaldo legal e partem de pressupostos errados que inquinam as respetivas conclusões, ferindo-as de ilegalidade e dando origem a situações iníquas.

É o que nos propomos demonstrar com o presente texto.

2. Enquadramento legal - As regras fiscais aplicáveis

Na sua formulação original, o artigo 2.º, n.º 4 do Código do CIRS dispunha que “[q]uando, por qualquer forma, cessem os contratos subjacentes às situações previstas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, mas

⁶ Ou noutra entidade que com ela esteja em relação de grupo, domínio ou simples participação, independentemente da respetiva localização geográfica, conforme resulta do n.º 10 do artigo 2.º do CIRS.

sem prejuízo do disposto na alínea d) do mesmo número⁷, quanto às prestações que continuem a ser devidas mesmo que o contrato de trabalho não subsista, ou se verifique a cessação das funções de gestor, administrador ou gerente de pessoa colectiva, as importâncias auferidas, a qualquer título, ficam sempre sujeitas a tributação na parte que exceda o valor correspondente a uma vez e meia o valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fracção de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, salvo quando nos 24 meses seguintes seja criado novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade, caso em que as importâncias serão tributadas pela totalidade.”

Como explica RUI DUARTE DE MORAIS⁸ sobre a ratio desta norma: “A razão será dupla: em primeiro lugar há que atender ao facto de que o montante indemnizatório será necessário ao trabalhador para assegurar a sua subsistência durante o período de desemprego que, na

⁷ A redacção do artigo 2.º, n.º 1 do CIRS é a seguinte:

“Consideram-se rendimentos do trabalho dependente todas as remunerações pagas ou postas à disposição do seu titular provenientes de:

a) Trabalho por conta de outrem prestado ao abrigo de contrato individual de trabalho ou de outro a ele legalmente equiparado;

b) Trabalho prestado ao abrigo de contrato de aquisição de serviços ou outro de idêntica natureza, sob a autoridade e a direcção da pessoa ou entidade que ocupa a posição de sujeito activo na relação jurídica dele resultante;

c) Exercício de função, serviço ou cargo públicos;

d) Situações de pré-reforma, pré-aposentação ou reserva, com ou sem prestação de trabalho, bem como de prestações atribuídas, não importa a que título, antes de verificados os requisitos exigidos nos regimes obrigatórios de segurança social aplicáveis para a passagem à situação de reforma, ou, mesmo que não subsista o contrato de trabalho, se mostrem subordinadas à condição de serem devidas até que tais requisitos se verifiquem, ainda que, em qualquer dos casos anteriormente previstos, sejam devidas por fundos de pensões ou outras entidades, que se substituam à entidade originariamente devedora.”

⁸ In “Sobre o IRS”, Almedina, 3ª edição. 2014, páginas 54 e 55.

maioria dos casos, se seguirá; depois há que ter em conta que o recebimento de tal soma, em geral relativamente avultada, terá um efeito disparador sobre a taxa do imposto: o rendimento obtido nesse ano será excepcionalmente elevado, pelo que resultará tributado a taxas elevadas dada a progressividade do tributo”.

Esta norma manteve-se estável nas suas características fundamentais (embora tenha sido objeto de vários ajustes ao longo dos anos, sem relevância para o que ora se discute) até 2009, altura em que, no rescaldo da crise financeira global de 2007-2008, foi apresentada pelo Governo a Proposta de Lei n.º 294/x/4ª, nos termos da qual se propunha que aquela exclusão de tributação deixasse de aproveitar aos gestores, administradores ou gerentes de pessoas coletivas, passando estes a ser tributados na totalidade sobre as importâncias recebidas aquando da respetiva cessação de funções.

Assim, com a alteração ao CIRS aprovada pela Lei n.º 100/2009, de 7 de setembro, este preceito passou a desdobrar-se em duas alíneas distintas:

“Quando, por qualquer forma, cessem os contratos subjacentes às situações referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, mas sem prejuízo do disposto na alínea d) do mesmo número, quanto às prestações que continuem a ser devidas mesmo que o contrato de trabalho não subsista, ou se verifique a cessação das funções de gestor, administrador ou gerente de pessoa colectiva, as importâncias auferidas, a qualquer título, ficam sempre sujeitas a tributação:

a) Pela sua totalidade, tratando-se de gestor, administrador ou gerente de pessoa colectiva;

b) Na parte que exceda o valor correspondente a uma vez e meia o valor médio das remunerações regulares com carácter de

retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fracção de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, nos demais casos, salvo quando nos 24 meses seguintes seja criado novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade, caso em que as importâncias serão tributadas pela totalidade.”

O mesmo diploma introduziu um novo número 13 ao artigo 81.⁹ do Código sobre o Imposto das Pessoas Coletivas (“CIRC”)¹⁰ a prever que “[s]ão tributados autonomamente, à taxa de 35 %¹¹, os gastos ou encargos relativos a indemnizações ou quaisquer compensações devidas, não relacionadas com a concretização de objectivos de produtividade previamente definidos na relação contratual, quando se verifique a cessação de funções de gestor, administrador ou gerente e, bem assim, os gastos relativos à parte que exceda o valor das remunerações que seriam auferidas pelo exercício daqueles cargos até ao final do contrato, quando se trate de rescisão de um contrato antes do termo, qualquer que seja a modalidade de pagamento, quer este seja efectuado directamente pelo sujeito passivo, quer haja transferência das responsabilidades inerentes para uma outra entidade.”

De acordo com a exposição de motivos dessa Proposta de Lei, esta alteração visava de alguma forma moralizar as práticas de remuneração no sector dos serviços financeiros e sociedades cotadas

⁹ Atualmente, artigo 88.º.

¹⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro.

¹¹ Com a aprovação da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, esta taxa de tributação autónoma passou a ser agravada em 10% relativamente aos sujeitos passivos que apresentem prejuízo fiscal no período de tributação a que respeitem quaisquer dos factos tributários constantes do n.º 13.

por se entender que essas políticas remuneratórias poderiam ter contribuído para a tomada de riscos que mais tarde se vieram a materializar na crise financeira de 2007-2008:

“Sobre as causas da actual crise financeira existe um consenso generalizado quanto a eleger a inadequação das práticas remuneratórias dos administradores e de executivos de topo no sector dos serviços financeiros e nas sociedades com valores cotados, como um dos factores que também contribuíram para a adopção de uma gestão de riscos que privilegiou a obtenção de rendimentos de curto prazo e que induziu a elevada exposição potencial a riscos de perdas significativas a longo prazo.

Importa, pois, garantir que sejam aplicados os princípios de uma boa política de remuneração das categorias profissionais cuja actividade tenha um impacto determinante na definição dos objectivos operacionais e estratégicos das empresas, de modo a salvaguardar os valores e os interesses a longo prazo de todos os parceiros envolvidos, designadamente os trabalhadores, os clientes e os investidores.

Entre os factores a ter em conta para garantir a aplicação dos princípios de políticas de remuneração socialmente responsáveis e coerentes com uma gestão de riscos sólida e eficaz, destacam-se os regimes de tributação e de segurança social aplicáveis às componentes do pacote remuneratório dos administradores, gestores e gerentes que se revelam mais penalizadores para as empresas, ou seja, as indemnizações devidas por cessação de funções ou por rescisão de um contrato antes do termo, qualquer que seja a modalidade de pagamento convencionada.”

O legislador procurava assim, através da alteração da incidência de normas tributárias, prosseguir objetivos extrafiscais, o que normalmente tem o condão de gerar uma potencial violação do princípio da igualdade fiscal e não é adequado a resolver questões sectoriais. Nota-se, aliás, alguma dissonância entre os objetivos declarados da proposta - moderar a tomada de risco incentivada por políticas remuneratórias - e a sua concretização através da penalização das importâncias recebidas por ocasião da cessação de funções. Com efeito, a considerar-se que a política remuneratória incentiva a tomada de risco, tal causalidade verificar-se-á com certeza muito mais ao nível de remunerações variáveis e bónus dependentes da performance das entidades em causa do que a respeito das importâncias devidas por cessação de funções. Ou seja, a forma adequada de prosseguir estes objetivos seria através da penalização tributária dos bónus e remunerações variáveis¹² e não das importâncias devidas em resultado da cessação de funções. Assim, a proposta, mais do que concretizar os objetivos a que se propunha, deixa transparecer uma certa intenção de sancionar o sector financeiro pela crise financeira global.

Por fim, a forma como a proposta foi concretizada, aplicando-se cegamente a administradores e gerentes de todos os sectores, afi-

¹² O que veio apenas a suceder com a aprovação da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril, que passou também a sujeitar a tributação autónoma, à mesma taxa de 35%, “[o]s gastos ou encargos relativos a bónus e outras remunerações variáveis pagas a gestores, administradores ou gerentes quando estas representem uma parcela superior a 25 % da remuneração anual e possuam valor superior a (euro) 27 500, salvo se o seu pagamento estiver subordinado ao diferimento de uma parte não inferior a 50 % por um período mínimo de três anos e condicionado ao desempenho positivo da sociedade ao longo desse período.”

gura-se-nos completamente contrária à prossecução de tais objetivos. Com efeito, o legislador terá tido consciência de que aplicar esta norma apenas no quadro do sector financeiro e das sociedades cotadas geraria problemas inultrapassáveis de violação do princípio da igualdade (mais uma vez, tentar resolver problemas sectoriais através dos instrumentos de tributação do rendimento raramente produz bom resultado) pelo que, em frontal contradição com os objetivos que se propunha alcançar, acabou por penalizar os administradores e gerentes de todos os sectores. Nesta medida, consideramos que esta norma representa um péssimo exemplo de política fiscal, porquanto em nada contribuiu para alcançar os objetivos pretendidos e, de forma a minimizar potenciais inconstitucionalidades por violação do princípio da igualdade, acaba por atingir sujeitos passivos totalmente alheios ao problema a que se queria dar resposta¹³.

Prosseguindo com a evolução legislativa, a Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, com início de vigência a 1 de janeiro de 2012, introduziu duas alterações relevantes: por um lado, precisou que a figura de gestor a que a norma se aplica é a do gestor público e acrescentou ainda ao rol de funções relevantes a figura do representante de estabelecimento estável de entidade não residente, como as sucursais e escritórios de representação. Por outro lado, o limite da não sujeição previsto na alínea b) passou de uma vez e meia o valor

¹³ Não é preciso recordar a composição do tecido empresarial português em detalhe para notar que é esmagadoramente composto por pequenas e micro empresas (99.4% em 2022, de acordo com os dados disponíveis na plataforma PORDATA da Fundação Francisco Manuel dos Santos), com muito pouca capacidade contributiva e que são quem acaba por sofrer o impacto mais significativo com este tipo de medidas.

médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto para apenas uma vez.

Finalmente, a redação atual, resultante das alterações aprovadas pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, com produção de efeitos a 1 de janeiro de 2015, diz o seguinte:

“Quando, por qualquer forma, cessem os contratos subjacentes às situações referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, mas sem prejuízo do disposto na alínea d) do mesmo número, quanto às prestações que continuem a ser devidas mesmo que o contrato de trabalho não subsista, ou se verifique a cessação das funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente, as importâncias auferidas, a qualquer título, ficam sempre sujeitas a tributação:

a) Pela sua totalidade, na parte que corresponda ao exercício de funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente;

b) Na parte que exceda o valor correspondente ao valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, nos demais casos, salvo quando nos 24 meses seguintes seja criado novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade, caso em que as importâncias serão tributadas pela totalidade.” (apócrifo da nossa autoria).

Adicionalmente, no artigo 14.º da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, ficou expressamente consagrado que “[a] alínea a) do n.º 4 do artigo 2.º, a alínea h) do n.º 2 do artigo 5.º, o n.º 3 do artigo 43.º e o n.º 11 do artigo 101.º do Código do IRS, na redação dada pela presente lei, têm natureza interpretativa¹⁴.”

Feito este enquadramento legislativo, passemos então a analisar de que forma é que a AT e os tribunais têm vindo a interpretar esta regra, bem como o sentido das últimas alterações que foram introduzidas à alínea a) da norma em apreço.

3. O entendimento da AT e a jurisprudência do CAAD

Para ilustrar este ponto, propomos analisar quatro decisões arbitrais que se debruçaram especificamente sobre a tributação da compensação paga a trabalhadores por conta de outrem que exerciam (nessa data) ou tinham exercido (no passado) funções de administração nos órgãos de gestão da entidade devedora ou de outras entidades:

3.1. Decisão arbitral de 31 de outubro de 2016 - Processo n.º 146/2016-T¹⁵

Discutia-se a situação de um contribuinte que celebrou um contrato de trabalho com a empresa B, com produção de efeitos a 1 de

¹⁴ Sobre a natureza interpretativa da norma e a possível violação dos princípios da proibição da retroatividade fiscal e da segurança jurídica, veja-se a decisão arbitral n.º 267/2019-T, de 3 de abril de 2020 e doutrina aí citada, disponível em CAAD - Jurisprudência.

¹⁵ Disponível online em CAAD - Jurisprudência

janeiro de 1993, e que em 16 de março de 2000 celebrou novo vínculo laboral com a empresa C, do mesmo grupo societário de B, com a antiguidade reconhecida a 1 de janeiro de 1993.

Em 20 de maio de 2004, este trabalhador foi nomeado administrador da empresa C para o triénio 2004/2006 e sucessivamente reeleito para novos mandatos, tendo cessado as suas funções de administrador no final de 2012.

Em 1 de janeiro de 2013, deixou de vigorar a suspensão do contrato de trabalho e o trabalhador regressou ao exercício das suas anteriores funções de Diretor-Geral da empresa C.

Finalmente, em 1 de julho de 2013, a empresa C notificou o trabalhador da decisão de extinguir o seu posto de trabalho, com efeitos nessa mesma data e, em contrapartida da cessação do contrato de trabalho, foi-lhe paga pela empresa C uma compensação no valor de € 611.289,00, que não foi sujeita a tributação em sede de IRS.

No âmbito de uma ação inspetiva interna levada a cabo em 2015, mas por referência ao ano de 2013, a AT considerou que parte desta compensação deveria estar sujeita a IRS, porquanto “(...)a indemnização atribuída, o foi atendendo ao tempo em que o A. exerceu funções como administrador” e que, por isso, “(...) se impunha (...) proceder à determinação do quantum da mesma correspondia ao exercício de funções de administrador”, “(...) no exato cumprimento do texto introduzido pela Lei 82-E/2014, de 31/12/2014, à alínea a) do nº 4 do art. 2º do CIRS”.

De acordo com a AT, “não fora esta nova redação, com natureza interpretativa e mais favorável ao contribuinte, e a tributação teria ocorrido pela totalidade, como determinava a redação da alínea a)

do nº 4 do art. 2º do CIRS, na versão anterior à Lei 82-E/2014, de 31/12/2014” (sublinhado nosso).

Assim, prossegue a AT, com as alterações introduzidas na Lei “o que efectivamente se pretendeu foi clarificar aquilo que já vinha sendo o entendimento e a prática, determinando-se expressamente que a indemnização haveria de ser tributada, ou isenta de tributação, precisamente em função do quantum correspondente ao exercício das funções de administrador, e o correspondente ao exercício de funções como trabalhador”, reiterando em matéria de interpretação, citando para o efeito BATISTA MACHADO (in “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, Almedina, 1987, pág. 189) que “a letra da lei é o ponto de partida de toda a interpretação e é também o seu limite (...)”, sendo que “(...) é de presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (...)”.

Face ao exposto, “para determinar que parte da compensação deveria ser afeta à cessação do contrato de trabalho e que parte deveria ser afeta à cessação das funções de administração, a AT fez um cálculo com base na proporção entre o número de dias em que foram exercidas cada uma das funções, tendo aferido que o Peticionante exerceu funções como trabalhador durante 4196 dias e como administrador 3290 (...)”, tendo concluído “(...) que a compensação pela cessação do contrato de trabalho foi de € 342.635,41 e a compensação pela cessação das funções de administrador foi de € 268.653,59, estando este último valor integralmente sujeito a IRS.”

Chamado a pronunciar-se, o Tribunal Arbitral rejeitou o entendimento proposto pela AT e sustentou que “a compensação paga pela cessação do contrato de trabalho, a 1 de Julho de 2013, por extinção

do posto de trabalho, estava abrangida pelo disposto no artigo 2º, nº 4, alínea b) do Código do IRS (na redacção em vigor no ano 2013), conforme defende o Requerente, porquanto, a aplicabilidade da alínea a), do nº 4, do artigo 2º do Código do IRS (como defende a Requerida) só seria possível se, naquela data, o Requerente ainda fosse membro do Conselho de Administração da C... SGPS e fosse nessa qualidade que tivesse cessado as suas funções o que, como vimos, já não sucedia, dado que o Requerente não foi reeleito, como tal, na respectiva Assembleia Geral, para o triénio 2013/2015.

(...)

Nestes termos, face ao acima exposto, entende o Tribunal Arbitral não ser aplicável à situação em análise o disposto na alínea a), do nº 4, do artigo 2º do Código do IRS, nem na redacção à data em vigor, nem na redacção subsequente (introduzida pela Lei nº82-E/2014, de 31 de Dezembro), independentemente do seu carácter interpretativo, porquanto, repita-se, a compensação paga ao Requerente é devida pela cessação de um contrato de trabalho e, nessa medida, não é aquela a disposição legal que lhe era aplicável, em 1 de Julho de 2013, tendo em conta as condicionantes subjacentes ao facto tributável a que se fez referência na presente Decisão, não tendo, reitera-se, a Requerida feito prova de que tal não foi assim.

In casu, portanto, o Tribunal Arbitral considerou que se no momento em que a compensação pela cessação do contrato de trabalho for paga o trabalhador já não exercer funções de administrador, não se aplica o disposto na alínea a), do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS, salvo prova em contrário da AT.

Fica, porém, por saber qual teria sido a decisão deste tribunal na eventualidade de o contribuinte ainda exercer funções de administrador à data em que recebeu o pagamento da compensação devida pela extinção do seu contrato de trabalho.

3.2. Decisão arbitral de 23 de outubro de 2018 - Processo n.º 55/2018-T¹⁶

Nesta ação, e no que respeita ao tema *sub judice*¹⁷, estava em causa a seguinte factualidade:

O Requerente iniciou funções na sociedade C - que integrava o Grupo F - em 29 de março de 1993, através de contrato de trabalho que não foi reduzido a escrito. Com efeito, a formalização deste vínculo laboral veio apenas a ocorrer em 29 de setembro de 1993, ficando a constar desse contrato que a antiguidade e tempo de serviço se deveriam contar, para todos os efeitos, desde 29 de março de 1993.

Em 1 de dezembro de 2001, o Requerente foi nomeado administrador da sociedade G, que também pertencia ao Grupo F, e o contrato de trabalho com C suspenso em consequência dessa designação para o Conselho de Administração.

A partir de 2010, porém, a sociedade G deixou de integrar o Grupo F.

¹⁶ Disponível online em Concl (caad.org.pt)

¹⁷ Foram ainda analisadas outras questões de que não trataremos neste artigo, nomeadamente saber quais são as remunerações relevantes para apurar o valor médio previsto na alínea b) do n.º 2, do artigo 4.º do CIRS, em concreto, se as últimas 12 remunerações auferidas ao abrigo do contrato de trabalho ou também as que foram recebidas na qualidade de administrador.

Finalmente, em 8 de setembro de 2014 o Requerente e a sociedade C celebraram um acordo de revogação do contrato de trabalho, com efeitos a 31 de agosto de 2014, tendo sido paga ao Requerente uma compensação ilíquida no valor de € 169.410,00 como contrapartida da revogação do vínculo laboral. Parte deste valor (i.e. € 75.387,00) foi sujeito a retenção na fonte em sede de IRS.

Em 27 de junho de 2015, a AT emitiu nota de liquidação de IRS referente ao ano de 2014, com o valor a pagar de € 32.196,76, por entender que *“o montante indemnizatório excluído de tributação de IRS deve ser apurado com base na antiguidade que o Requerente tem no C...- de março de 1993 a novembro de 2001 -, porquanto este é o tempo de serviço prestado na entidade empregadora sobre quem recai o dever de pagar a compensação e não o período em que o contrato esteve suspenso, pois que aí não houve exercício de funções nesta entidade.”*

No entender da AT *“decorre da interpretação literal da fórmula legal de delimitação negativa de incidência prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) em conjugação com o n.º 10 do mesmo artigo que o critério relevante a atender é o do número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, que é aquela a quem incumbe pagar as importâncias devidas por cessação do contrato de trabalho, com a ressalva da antiguidade verificada em outras entidades em relação de domínio ou de grupo, por força da extensão subjetiva operada pelo artigo 2.º, n.º 10 do Código do IRS. Esta é a interpretação que também decorre dos elementos histórico-sistemáticos e teleológicos em aplicação dos artigos 11.º, n.º 1 da LGT e 9.º do Código Civil;*

- A mesma solução decorre do direito laboral, se a ele houvesse que recorrer a título subsidiário, uma vez que o Código do Trabalho não contém uma definição de antiguidade e, se alguma fosse de extrair, seria a de antiguidade na empresa e não a que resulta de uma cláusula de qualquer convenção coletiva de trabalho ou de acordo estabelecido entre as partes;

- Não é admissível a majoração da antiguidade decorrente de instrumentos jurídicos negociais que possam voluntariamente delimitar a amplitude da exclusão de incidência fiscal e, sendo passível de manipulação pelas partes, elevar o limite de exclusão de tributação em IRS das importâncias recebidas pelo trabalhador, como reconhece a doutrina e o parecer do Centro de Estudos Fiscais emitido no ano de 2016, opondo-se à jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA Sul) em sentido contrário.”

O Tribunal Arbitral, contrariando o entendimento do Tribunal Central Administrativo Sul¹⁸, e que foi acolhido em diversas decisões arbitrais¹⁹, considerou que “o artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do Código do IRS contempla um conceito de antiguidade próprio que não comunga das múltiplas noções de antiguidade que o direito laboral e o próprio Código do Trabalho nos facultam. Este conceito de antiguidade fiscal deve verificar-se por referência à “entidade devedora” (C...), não prevendo o Código do IRS a extensão do mesmo para

¹⁸ Expresso nos acórdãos com os n.ºs 5971/12, de 12 de março de 2013; 3748/10, de 31 de setembro de 2010; e 6002/01, de 11 de maio de 2004.

¹⁹ Vide as que são mencionadas na decisão sob análise, a saber decisões arbitrais n.ºs 230/2016-T, de 14 de novembro de 2016; 158/2017-T, de 17 de novembro de 2017; 277/2017-T, de 29 de novembro de 2017; 321/2017-T, de 7 de dezembro de 2017; 353/2017-T, de 10 de dezembro de 2017; 349/2017-T, de 14 de dezembro de 2017; e 512/2017-T, de 28 de fevereiro de 2018.

abranger tempos de serviço prestados noutras entidades que não aquela.

Acredita-se que o regime de tributação total (dir-se-á até especialmente gravoso), das compensações pagas a administradores, na parte correspondente ao exercício de funções nessa qualidade, favorece o repúdio de uma interpretação que permita considerar esse período de exercício e o valor das remunerações recebidas como administrador, para efeitos de determinação da (medida de) exclusão da incidência de IRS da compensação devida por revogação do contrato de trabalho.

(...)

Conclui-se, desta forma, pela validade do enquadramento preconizado pela AT, devendo o montante indemnizatório excluído de tributação de IRS ser apurado com base na antiguidade que o Requerente tem no C... - de março de 1993 a novembro de 2001 -, porquanto este é o tempo de serviço prestado na entidade empregadora sobre quem recai o dever de pagar a compensação, e não o período em que o contrato esteve suspenso, pois que aí não houve exercício de funções nesta entidade, atendendo a que o artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do Código do IRS exige que o conceito de antiguidade seja no exercício de funções na entidade devedora da compensação por cessação do contrato de trabalho, não incluindo o tempo de serviço prestado noutra entidade.”

Em suma, quer a AT quer o Tribunal Arbitral preconizaram que a antiguidade a que se faz referência no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do

CIRS não inclui os períodos de suspensão do contrato de trabalho resultantes do exercício de funções de administração numa sociedade distinta da entidade devedora da compensação²⁰.

3.3. Decisão arbitral de 17 de dezembro de 2018 - Processo n.º 177/2018-T²¹

A situação fáctica que mereceu a pronúncia do Tribunal Arbitral era, em suma, a seguinte:

O Requerente assinou um contrato de trabalho sujeito a lei espanhola com a sociedade D, com sede em Espanha, com efeitos a 1 de maio de 1997, e foi nomeado administrador de uma sociedade de direito português, a sociedade C, que pertencia ao mesmo grupo daquela, a partir de 1 de julho de 1997, cargo que manteve até agosto de 2013.

Como contrapartida do exercício das suas funções, parte do seu salário era pago pela sociedade D e outra parte pela sociedade C.

Ao abrigo da legislação espanhola, o Requerente não estava impedido, durante a execução do mandato de administrador, de desempenhar funções ao abrigo de um contrato de trabalho para outra sociedade do grupo.

²⁰ Note-se que a AT e o tribunal não se limitaram a subtrair à contagem dos anos de antiguidade os períodos de exercício de funções de administração após a sociedade G ter deixado de pertencer ao mesmo grupo da entidade empregadora. Com efeito, foram deduzidos todos os anos de exercício dessas funções, mesmo aqueles em que a sociedade G ainda pertencia ao grupo da entidade devedora, o que se nos afigura contraditório com a argumentação apresentada nesta decisão.

²¹ Disponível online em CAAD - Jurisprudência

Em 30 de agosto de 2013, o Requerente e a sociedade D revogaram o contrato de trabalho vigente e, em contrapartida, esta pagou àquele uma compensação no valor ilíquido de € 236.013,74. De acordo com as condições que foram vertidas no respetivo acordo de revogação, o Requerente obrigou-se ainda a renunciar ao mandato de administrador da sociedade C com efeitos imediatos, o que se veio efetivamente a verificar.

Em 2017, no contexto de uma inspeção tributária, a AT considerou que a compensação paga ao Requerente pela sociedade D, em 2013, deveria ser parcialmente sujeita a tributação em sede de IRS.

Para o efeito, invocou a AT que “parte da indemnização se refere à extinção da relação laboral que o Requerente detinha com todas as empresas do grupo e que deverá ser imputada, na sua quota-parte, à C..., a qual será tributada na sua totalidade, uma vez que o Requerente era administrador da empresa.

(...)

Assim, de acordo com o artigo 2.º/4/a), a quota-parte da indemnização referente à C... deverá ser tributada pela sua totalidade, uma vez que o cargo exercido era de administrador, correspondendo a 100.538,21€;”

Divergindo deste entendimento, o Tribunal Arbitral considerou que a AT teria o ónus de demonstrar que a remuneração paga ao Requerente pela sociedade C correspondia “de facto ao exercício do cargo de administrador delegado e que nessa qualidade foi integrada no montante global da indemnização recebida.”

Para sustentar a sua decisão, argumentou que “a renúncia ao cargo de administrador em Portugal foi consequência necessária da

rescisão do contrato de trabalho que o Requerente havia celebrado com a D” e que nada impedia que a remuneração paga ao Requerente pela sociedade C fosse contrapartida do exercício das funções laborais e resultasse de uma mera repartição de encargos decidida pela sociedade D ou pelo próprio grupo.

Concluiu o Tribunal Arbitral que “[e]m suma, a posição sustentada pela Requerida parte da presunção de que parte da indemnização respeita igualmente à cessação do cargo de administrador na C..., SA.

Acontece que tal presunção carece de base legal, o que invalida a liquidação.

Resulta do art. 74.º, n.º1, da LGT que “o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque.

Recai assim sobre a Requerida o ónus da prova dos “pressupostos dos factos constitutivos dos direitos que pretende exercer no procedimento, enquanto que os sujeitos passivos terão o ónus de provar os factos que possam servir de suporte à concretização desses direitos.

(...)

Ora para tributar os rendimentos declarados em Portugal ao abrigo do art. 2.º, n.º4, alínea a), do CIRS, teria a Requerida de demonstrar, repete-se, que tais rendimentos estavam associados ao exercício das funções de administrador delegado em Portugal e que nessa qualidade integravam o valor de indemnização recebido pelo Requerente, o que não acontece.

Acréscce que, quer os factos dados como provados, quer as regras da experiência, atento o quadro em que o trabalhador exerceu funções, dentro de um grupo empresarial e tendo por referência um contrato de trabalho com uma empresa dominante desse grupo, apontam no sentido do defendido pelos Requerentes, ainda que com fundamentos diversos.”

3.4. Decisão arbitral de 3 de abril de 2020 - Processo n.º 267/2019-T²²

Finalmente, passemos a descrever a situação analisada neste processo:

O Requerente foi trabalhador da sociedade C entre 11 de setembro de 2006 e 31 de outubro de 2014, tendo desempenhado o cargo de Diretor-Geral para a Península Ibérica.

Entre 1 de junho de 2010 e 25 de setembro de 2014, o Requerente acumulou estas funções com as de gerente da entidade empregadora.

Em 25 de setembro de 2014, o Requerente renunciou ao cargo de gerente da sociedade C e em 31 de outubro de 2014 as partes outorgaram um acordo de revogação do contrato de trabalho, com efeitos nessa data, ao abrigo do qual foi paga ao Requerente uma compensação pecuniária de natureza global no valor líquido de € 162.500,00, a qual foi parcialmente sujeita a tributação em IRS por ultrapassar o limite previsto na alínea b) do n.º 4 do artigo 2.º do CIRS.

²² Disponível online em CAAD - Jurisprudência

Da cláusula 3.^a do acordo de revogação constavam, entre outras, as seguintes condições:

“1. Com o pagamento das quantias referidas na Cláusula anterior, o Trabalhador declara-se, expressa e livremente integralmente satisfeito de todos os créditos emergentes, quer da execução quer da cessação do seu Contrato de Trabalho, nada mais tendo a receber ou a reclamar do Empregador e/ou de qualquer empresa do Grupo, seja a que título seja a que título for, nomeada mas não exclusivamente a título de salários (...).”

2. Com o pagamento das quantias acima, o Trabalhador, declara-se integralmente pago de todos os créditos emergentes quer da execução quer da cessação do seu Mandato, nada mais tendo a receber ou a reclamar do Empregador ou de qualquer outra empresa do Grupo, seja a que título seja a que título for.”

3. O Trabalhador renuncia irrevogável e incondicionalmente, a quaisquer eventuais reclamações, direitos ou créditos de que pudesse ser titular relativamente ao Empregador ou ao Grupo, aqui se incluindo sem limitar os demais gerentes e accionistas, relativos ao seu contrato de trabalho ou ao seu mandato como gerente incluindo sem limitar, qualquer compensação, indemnização de qualquer natureza, resultante da designação, execução ou cessação do seu contrato de trabalho ou ao seu mandato como gerente.

4. O Empregador declara-se, expressa e livremente, integralmente satisfeito de todos os créditos emergentes quer da execução quer da cessação do Contrato de Trabalho com o Trabalhador, bem como da execução do seu Mandato (...).

5. O Empregador renuncia, irrevogável e incondicionalmente, a quaisquer eventuais reclamações, direitos ou créditos de que pudesse ser titular relativamente ao Trabalhador, relativos ao seu contrato de trabalho ou ao seu mandato como gerente (...).”

A AT notificou o Requerente de uma liquidação adicional de IRS no valor de € 34.303,33. Para o efeito, alegou o seguinte:

Em primeiro lugar, muito embora o facto tributário tenha ocorrido com o pagamento da compensação, em 31 de outubro de 2014, considera a AT que se deve aplicar a nova redação do artigo 2.º, n.º 4, alínea a) do CIRS, aprovada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro de 2014, atenta a natureza declaradamente interpretativa dessa norma.

Ora, no entender da AT, *“nos termos da alínea a) daquele normativo, na nova redacção introduzida em 01.01.2015, com natureza interpretativa, deve considerar-se que o quantum da indemnização recebida, referente ao período de execução do mandato de gerente, é sujeita à tributação na sua totalidade (cfr. artigo 41 da resposta);*

22.8. Contrariamente ao que sucedia na redacção anterior, deixa de ser relevante se à data da cessação, se tratava de gerente, uma vez que a indemnização é sujeita a tributação da sua totalidade, na parte que corresponda ao exercício de funções de gerente (cfr. artigo 42 da resposta);

22.9. Analisado o “acordo de cessação do contrato de trabalho”, verifica-se que neste acordo das partes foi expressamente considerado o período em que foram exercidas as funções de gerente (cfr. artigo 44 da resposta):

22.10 Confira-se a cláusula 3^a, de onde consta que, com o pagamento das quantias referidas na cláusula 2^a, “o Trabalhador, declara-se integralmente pago de todos os créditos emergentes quer da execução quer da cessação do seu Mandato...” e que renuncia a quaisquer eventuais reclamações, direitos ou créditos de que pudesse ser titular, “relativos ao seu contrato de trabalho ou ao seu mandato como gerente” (cfr. artigo 45 da resposta);

22.11. (...) a indemnização/compensação pecuniária de natureza global acordada considerou a execução do contrato de trabalho e igualmente a execução do mandato de gerente (cfr, artigo 46 da resposta);

22.12. Considerando que foi atribuída uma compensação global de 162.500,00 €, para um total de 2972 dias de duração do contrato, a indemnização é divisível num valor diário de 54,58 € (cfr. artigo 53 da resposta);

22.13. Para apurar o quantum da indemnização correspondente ao exercício das funções de gerente, para efeitos fiscais, atende aos dias a data de deliberação de nomeação de gerente, 01-06-2010, e a data da comunicação da renúncia, 25-09-2014 (cfr. artigo 54 da resposta);

22.14. O que corresponde a um período de funções de gerente de 4 anos, 3 meses e 24 dias, pelo que a indemnização correspondente ao exercício de funções de gerente da empregador durante 1577 dias, sujeito a tributação na totalidade, nos termos da alínea a) do n.º 4 do artigo 2.º do Código do IRS, ascende a 86,230,66 € (54,68 € x 1577 dias) - (cfr. artigo 55 e 56 da resposta);

22.15. O remanescente da indemnização recebido no montante de 76.269,64 €, nos termos da alínea b) do mesmo normativo - na redacção aplicável - estará isento de tributação na parte em que não exceder o valor correspondente ao valor médio das remunerações dos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fracção de antiguidade, expurgado do período correspondente ao exercício das funções de gerente (cfr. artigo 57 da resposta);”

Chamado a decidir, o Tribunal Arbitral validou o entendimento da AT por considerar que de acordo com a nova redacção do artigo 2.º, n.º 4, alínea a) do CIRS a compensação correspondente ao período de exercício de gerência na sociedade C deveria estar sujeita a IRS na sua totalidade. Nas palavras do Tribunal, “[d]úvidas parecem não subsistir que as partes intervenientes no acordo em causa, pretenderam com o mesmo incluir as importâncias relativas ao contrato de trabalho e ao mandato de gerência.

A menção e referência expressas e reiteradas de expressões /afirmações como “cessação do seu mandato”; “ao seu mandato como gerente”; “bem como da execução e cessação do seu mandato”; “mandato como gerente”, são de molde a não suscitar dúvidas quanto ao exercício efectivo da gerência por parte do Requerente e, para o que aqui releva, ao englobamento na compensação total da “parte” correspondente ao exercício do mandato de gerência.”

In casu, portanto, o Tribunal Arbitral considerou relevante o facto de terem sido as próprias partes a definir no acordo de revogação do contrato de trabalho que a compensação global visava remunerar e dar quitação a quaisquer importâncias a que o Requerente se

pudesse arrogar direito ao abrigo do vínculo laboral e do mandato de gerência.

4. Análise crítica

Com base nas quatro decisões arbitrais acima referenciadas, cremos que é possível extrair as seguintes conclusões:

(a) No entender da AT, a alteração legislativa promovida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro de 2014, com natureza expressamente interpretativa, é mais favorável para o contribuinte do que a redação anterior;

(b) Assim, aquando da cessação de um contrato de trabalho, qualquer compensação que seja paga a um trabalhador que exerça ou tenha exercido funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente, será integralmente sujeita a tributação em sede de IRS, na parte que *corresponda* ao exercício dessas funções;

(c) Com efeito, não fora esta alteração legislativa, considerava a AT que poder-se-ia entender que a compensação seria integralmente tributada em sede de IRS, ou seja, nem mesmo a parte correspondente à cessação do contrato de trabalho beneficiaria da não sujeição fiscal prevista na alínea b) deste preceito²³;

²³ Cfr. alegações da AT no contexto da decisão arbitral de 31 de outubro de 2016 (Processo n.º 146/2016-T), acima transcritas. Não obstante, a verdade é que

(d) E para determinar qual é a parte da compensação que, nos dizeres da lei, *corresponde* ao exercício das funções de administração, a AT propõe um cálculo *pro rata temporis*, baseado no número de dias de exercício dessas funções, dentro da totalidade do período em que o contribuinte esteve vinculado, enquanto trabalhador e administrador, à entidade devedora;

(e) O valor remanescente, por sua parte, será então considerado contrapartida da cessação do contrato de trabalho e, cumpridos que estejam os demais requisitos²⁴, poderá beneficiar da não sujeição fiscal prevista na alínea b), do n.º 4 do artigo 2.º do CIRS.

(f) Para estes efeitos, ao número de anos de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora deverão ser sempre subtraídos os períodos de exercício das funções de administração²⁵;

(e) Para a AT é, portanto, indiferente se no momento em que o contrato de trabalho cessar e for paga uma compensação ao

mesmo antes desta alteração já era este o entendimento dos serviços da AT.

²⁴ Os requisitos de que o legislador faz depender a delimitação negativa de tributação são os seguintes: a) Em primeiro lugar, a compensação relevante não pode corresponder ao exercício de funções de administração; b) não pode ser criado, nos 24 meses seguintes à cessação do contrato de trabalho, um novo vínculo profissional ou empresarial com a mesma entidade ou com entidades relacionadas; C) finalmente, o contribuinte não pode, nos 5 anos anteriores, ter beneficiado desta regra de não sujeição de tributação.

²⁵ Voltamos a usar o conceito de administração em sentido lato, para abranger igualmente as situações de exercício de funções de gestor público, gerente, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente.

trabalhador este exerce ou não aqueles cargos de administração, se o contrato de trabalho esteve suspenso durante o exercício destes cargos de administração ou se as funções de natureza laboral foram desempenhadas em acumulação com os mesmos²⁶;

Ora, em nosso entender, e salvo o devido respeito, esta interpretação é manifestamente ilegal e abusiva.

Vejamos porquê:

4.1. Da interpretação das leis fiscais

Como nos ensinava J. L. SALDANHA SANCHES: “*Apenas a interpretação da norma, com os padrões de interpretação acolhidos pela metodologia jurídica, pode evitar uma aplicação da lei manifestamente injusta*”²⁷.

É hoje ponto assente que as normas tributárias se interpretam de acordo com os princípios gerais de hermenêutica jurídica, *id est*, de acordo com os princípios plasmados no Código Civil. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da Lei Geral Tributária, “na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e os princípios gerais de interpretação e aplicação das leis”. Continuando a seguir J. L. SALDANHA SANCHES, não temos, assim: “um enclave fiscal onde existam regras especiais de interpretação, uma vez que o ordenamento jurídico-tributário é uma parte do ordenamento jurídico

²⁶ Cfr. decisão arbitral de 3 de abril de 2020 (Processo n.º 267/2019-T).

²⁷ Manual de Direito Fiscal, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 134.

onde, no essencial, se recorre aos cânones normais de interpretação. E como procuramos em sede constitucional um limite para a intromissão e para o modo como esta deve ser realizada, não pode deixar de ser cada vez maior a importância dos princípios constitucionais como cânone para a interpretação da lei fiscal: os princípios a convocar para a interpretação têm de se extraídos da Constituição, limitando assim a liberdade de conceção do legislador ordinário por uma interpretação conforme à Constituição”²⁸.

Assim, as normas que presidem à interpretação das normas fiscais são as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis que se encontram estabelecidas no artigo 9.º do Código Civil, do qual decorre que, muito embora a interpretação não se deva cingir à letra da lei, o intérprete não pode considerar o pensamento legislativo que não tenha na letra um mínimo de correspondência verbal, ainda que expresso de forma imperfeita. Adicionalmente, deve-se presumir que o legislador não só consagrou as soluções mais acertadas como soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Deste artigo 9.º do Código Civil tem a doutrina e jurisprudência²⁹ extraído quatro elementos fundamentais de interpretação das normas jurídicas, a saber:

- (i). Elemento literal: que corresponde, no essencial, “à letra da lei”, com a importância que lhe é dada pelo n.º 2 da mesma disposição legal;

²⁸ Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional, Coimbra Editora, agosto de 2006, pág. 45.

²⁹ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de maio de 2011 (PINTO HESPAÑHOL) e a doutrina aí mencionada, disponível em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (dgsi.pt).

(ii). Elemento teleológico: que se traduz na *ratio legis*, justificação social da lei ou escopo da norma e que decorre da expressão “*reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo*”;

(iii). Elemento histórico: que implica que se tomem em consideração “*as circunstâncias em que a lei foi elaborada*”, i.e., os dados históricos que expliquem a introdução das normas em causa; e

(iv). Elemento sistemático: que decorre da expressão “*unidade do sistema jurídico*” e que se traduz no relacionamento das diversas disposições legais vigentes no ordenamento jurídico (no caso, no ordenamento jurídico-fiscal).

A todos os critérios antes referidos acresce ainda a substância económica dos factos, a que nos termos do artigo 11.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária não deve deixar igualmente de se atender sempre que, em virtude da aplicação dos critérios interpretativos *supra* mencionados, subsistam dúvidas sobre a aplicação das normas convocadas. Socorrendo-se destes elementos, i.e., analisando a letra, a *ratio*, o contexto histórico e a inserção sistemática da norma, o intérprete poderá alcançar diferentes resultados interpretativos, de entre os quais:

(i). Interpretação restritiva: através da qual se chega à conclusão de que o legislador disse mais do que o que desejava dizer, restringindo-se assim o texto por forma a torná-lo compatível com o pensamento legislativo; ou

(ii). Interpretação extensiva: através da qual se chega à conclusão de que o legislador disse menos do que o que desejava

dizer, estendendo-se assim o texto por forma a “*fazer corresponder a letra da lei ao espírito da lei*”³⁰, quer através de argumentos de identidade de razão, quer através de argumentos de maioria de razão.

Relembra-se, ainda, que se encontra expressamente vedada por imperativo legal a integração analógica de lacunas resultantes de normas de incidência tributária (objetiva e subjetiva no presente caso), pois esta encontra-se na estrita reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária e artigos 103.º e 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa.

Em face do exposto, apenas uma interpretação ao abrigo dos critérios normais de hermenêutica jurídica das normas fiscais permitirá uma correta aplicação do Direito, sem atentar contra a certeza e a segurança jurídicas do direito fiscal e do princípio da legalidade tributária plasmado no artigo 8.º da Lei Geral Tributária. Com efeito, encontra-se expressamente vedada à AT a liquidação de tributos que não estejam legalmente previstos e, portanto, é capital a definição da incidência objetiva da norma em causa.

Temos assim que qualquer interpretação que se faça de uma norma de incidência tributária, que alargue o respetivo âmbito de aplicação para lá do que decorre com evidência do elemento literal da norma, bem como qualquer integração analógica, serão, pois, constitucionalmente ilegítimas, ferindo de ilegalidade os atos emitidos nesses pressupostos.

³⁰ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16.^a Reimpressão, Almedina, 2006, pág. 185.

Por fim, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, *“sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei”*.

Como vimos supra, a redação da alínea a), do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS, aprovada pela Lei n.º 100/2009, de 7 de setembro, previa que:

“Quando, por qualquer forma, cessem os contratos subjacentes às situações referidas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, mas sem prejuízo do disposto na alínea d) do mesmo número, quanto às prestações que continuem a ser devidas mesmo que o contrato de trabalho não subsista, ou se verifique a cessação das funções de gestor, administrador ou gerente de pessoa colectiva, as importâncias auferidas, a qualquer título, ficam sempre sujeitas a tributação:

a) Pela sua totalidade, tratando-se de gestor, administrador ou gerente de pessoa colectiva.”

Com a alteração que foi introduzida pela Lei n.º 84-E/2014, de 31 de dezembro, esta alínea passou a ter a seguinte redação:

“a) Pela sua totalidade, na parte que corresponda ao exercício de funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa colectiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente” (realçado nosso).

Atenta a natureza interpretativa da norma³¹, a AT considera que o legislador pretendeu apenas clarificar o seu sentido em benefício

³¹ Expressamente consagrada pelo legislador no artigo 14.º da Lei n.º 82-

dos contribuintes (nem poderia ser de outra forma atenta a proibição da retroatividade das normas de incidência tributária), de forma a que a parte da compensação que não corresponda ao exercício das funções de administração, mas sim ao exercício das funções laborais, possa beneficiar da não sujeição de imposto prevista na alínea b) do mesmo preceito. De outra forma, se o trabalhador, à data em que lhe fosse paga uma compensação pela cessação do seu contrato de trabalho, desempenhasse funções de administração, poder-se-ia entender que a compensação estaria integralmente sujeita a IRS³².

Começando pela teleologia da regra, recordamos que na origem da delimitação negativa de incidência prevista na alínea b) encontra-se uma preocupação em não tributar integralmente uma compensação que, tendencialmente, servirá para assegurar ao trabalhador cujo vínculo laboral cessou a sua subsistência durante um período em que poderá sofrer uma quebra acentuada dos seus rendimentos de trabalho dependente. Acresce que se esta compensação fosse integralmente tributada, o trabalhador poderia sofrer uma fortíssima penalização fiscal por força da progressividade do IRS, num ano em que os seus rendimentos seriam excecionalmente elevados.

Ora, a nosso ver, esta preocupação vale na mesma medida para qualquer trabalhador cujo contrato de trabalho cesse, independentemente de desempenhar funções de administração - que muitas vezes não são sequer remuneradas. Por maioria de razão, valerá tam-

E/2014, de 31 de dezembro.

³² Muito embora, como dissemos, o entendimento e a prática dos serviços tributários já fosse o de aplicar o critério *pro rata temporis*.

bém para um trabalhador que desempenhou aqueles cargos no passado, mas que à data do pagamento da compensação mantinha única e exclusivamente uma relação laboral com a entidade devedora.

Por outro lado, e como vimos anteriormente, de acordo com a própria exposição de motivos da Proposta de Lei que deu origem à Lei n.º 100/2009, de 7 de setembro, a introdução da alínea a), bem como da taxa de tributação autónoma em IRC constante do número 13, do artigo 81.º do CIRC, visavam penalizar fiscalmente o pagamento de bónus e indemnizações a administradores. Com efeito, aí se explicava que “[e]ntre os factores a ter em conta para garantir a aplicação dos princípios de políticas de remuneração socialmente responsáveis e coerentes com uma gestão de riscos sólida e eficaz, destacam-se os regimes de tributação e de segurança social aplicáveis às componentes do pacote remuneratório dos administradores, gestores e gerentes que se revelam mais penalizadores para as empresas, ou seja, **as indemnizações devidas por cessação de funções ou por rescisão de um contrato antes do termo, qualquer que seja a modalidade de pagamento convencionada**” [apócrifo nosso].

As compensações que devem ficar integralmente sujeitas a tributação ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS são, assim, as que forem pagas como contrapartida da cessação das funções de administração.

Mas como trataremos de desenvolver de seguida, se o exercício dessas funções não era remunerado ou se as mesmas já cessaram no passado, a AT não pode, sem mais, considerar que parte da compensação que é devida como contrapartida da cessação do contrato de

trabalho corresponde, pelo contrário, à cessação das funções de administração.

E se a interpretação teleológica da norma contraria a posição da AT, a letra da lei vem reforçar esse desacerto. Com efeito, com a nova redação da alínea a), exige-se que a compensação *corresponda* ao exercício de funções de gestor público, administrador ou gerente de pessoa coletiva, bem como de representante de estabelecimento estável de entidade não residente.

Ora, no Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia das Ciências de Lisboa, Editora Verbo, o verbo corresponder é definido como “[s]er relativo a alguma coisa; dizer-lhe respeito; ser correspondente. (...) Ter uma relação de equivalência (...) Estar de acordo ou em harmonia.”

Na ausência de factos e indícios que apontem nesse sentido³³ a AT não dispõe de base legal para presumir que parte da compensação que é atribuída como contrapartida da cessação do contrato de trabalho está, também, relacionada com a cessação do exercício das funções de administração, aplicando o critério *pro rata temporis* anteriormente mencionado.

Seria, por exemplo, absurdo considerar que parte de uma compensação que é devida a um trabalhador cujo contrato cessa no culminar de um processo de despedimento por extinção do posto de trabalho, calculada com base nas regras previstas no artigo 366.º do Código do Trabalho³⁴, corresponde ao exercício de funções de admi-

³³ Como ocorreu, por exemplo, na situação que foi analisada na decisão arbitral de 3 de abril de 2020 (Processo n.º 267/2019-T).

³⁴ Ou seja, sem qualquer majoração face ao critério previsto na lei.

nistração, porque há 10 anos este mesmo trabalhador aceitou desempenhar durante um ano funções de representante legal da sucursal onde trabalhava, cargo pelo qual nunca foi remunerado e que exerceu em simultâneo com a sua atividade laboral.

Refira-se, aliás, que a interpretação que defendemos é a única conforme à Constituição da República Portuguesa, já que a interpretação que a AT propõe viola claramente o princípio da igualdade em geral e o princípio da capacidade contributiva que é desenvolvimento do princípio da igualdade em matéria tributária.

O princípio da igualdade encontra-se genericamente previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

De acordo com a letra deste preceito e com a evolução histórica sofrida pelo princípio da igualdade ao longo do tempo, é hoje consensual que este encerra não só uma dimensão formal de proibição do arbítrio - impedindo que sejam adotadas soluções diferenciadoras com base em critérios puramente discriminatórios, como os enunciados no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa - mas também uma dimensão material, que impõe ao legislador - e aos de-

mais poderes públicos - que atendam às diferenças existentes na realidade, de modo a tratar por igual o que é igual e de modo diferente o que é diferente, promovendo a igualdade de oportunidades³⁵.

Por isso, é indiscutível que o princípio da igualdade não veda a consagração de soluções diferenciadas, não podendo, contudo, tais diferenciações deixar de se fundar em valores constitucionalmente atendíveis.

Deste modo, e como esclareceu já o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 47/2010³⁶, o juízo de inconstitucionalidade das normas, por violação do princípio da igualdade, verificar-se-á nos “*casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, percetíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem*”.

Em matéria tributária, o princípio da igualdade concretiza-se através do princípio da capacidade contributiva, de acordo com o qual todos devem ser chamados a financiar o Estado através do pagamento de impostos na medida da sua capacidade económica para suportar esse encargo³⁷.

O princípio da capacidade contributiva exige, pois, que a sujeição a um imposto dependa sempre da existência de um facto que revele essa capacidade. E ainda que aos factos que indiciem a mesma

³⁵ Veja-se, a título de exemplo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra, 2014, págs. 333 e seguintes.

³⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

³⁷ Neste sentido, CASALTA NABAIS, In “Direito Fiscal”, 11.ª Edição, Almedina, 2022, págs. 154 e seguintes.

capacidade contributiva seja dado o mesmo tratamento em termos de incidência e quantificação do imposto devido.

Quer isto dizer que um contribuinte só poderá ser chamado a suportar o encargo de um imposto quando, através dos rendimentos que aufera, das despesas que efetua ou do património de que é titular, revele capacidade económica para lhe fazer face. Assim, sempre que dois contribuintes revelem a mesma capacidade contributiva, deve-lhes ser exigido o mesmo imposto sob pena de se considerar violado o princípio da igualdade.

Por isso e conforme afirma CASALTA NABAIS³⁸, “a capacidade contributiva constitui o pressuposto e o critério da tributação”³⁹, afastando “o legislador fiscal do arbítrio, obrigando-o a que, na seleção e articulação dos factos tributários, se atenha a revelações de capacidade contributiva, ou seja, erija, em objecto e matéria coletável de cada imposto, um determinado pressuposto económico que seja manifestação dessa capacidade e esteja presente nas diversas hipóteses legais do imposto”⁴⁰.

Resulta assim do exposto que, em matéria tributária, o princípio da igualdade impõe que as distinções feitas pela lei tenham por critério e medida a capacidade contributiva dos contribuintes, devendo esse critério aplicar-se de forma uniforme e coerente, sempre que estivermos perante a mesma manifestação de capacidade contributiva, sob pena de se consagrar um privilégio ou uma discriminação ilegítimas e, por isso, contrárias ao princípio da igualdade.

³⁸ CASALTA NABAIS, Op. cit. pág. 156.

³⁹ CASALTA NABAIS, Op. cit. pág. 157.

⁴⁰ CASALTA NABAIS, Op. cit. pág. 157.

Ora, a interpretação que a AT faz da norma, ao arrepio da *ratio* e letra da alínea a) do preceito *sub judice*, como se beneficiasse de uma qualquer presunção legal nesse sentido, conduz inevitavelmente ao tratamento diferente de situações em que um sujeito passivo de IRS acaba por ser tributado sobre importâncias em substância devidas por cessação de um contrato de trabalho unicamente em resultado do facto de ser ou ter sido em algum momento administrador ou gerente da sociedade ao passo que um outro sujeito passivo que nunca exerceu tais funções beneficia de uma exclusão de tributação.

Sucede que resulta expressamente do artigo 74.º, n.º 1, da Lei Geral Tributária que “o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque⁴¹”.

É, portanto, a AT quem tem o ónus de demonstrar que determinada parte da compensação paga a um trabalhador como contrapartida da cessação da relação laboral corresponde, na verdade, ao exercício daquelas funções de administração.

Para que possamos compreender que parte da compensação constitui, efetivamente, contrapartida da cessação do vínculo laboral e que parte é que corresponde à cessação das funções de administração, importa convocar as regras societárias e laborais aplicáveis.

⁴¹ Como foi referido pelo Tribunal Arbitral na decisão de 17 de dezembro de 2018 (Processo n.º 177/2018).

4.2. Do exercício e cessação das funções de administração

Deixando de parte o exercício de funções de gestor público, centraremos a nossa análise naquelas situações mais frequentes em que os trabalhadores são nomeados administradores, gerentes ou representantes de sucursal ou escritório de representação no quadro das respetivas entidades empregadoras.

Decorre do disposto no artigo 398.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais que “[d]urante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador.”

O incumprimento deste comando legal determina a nulidade destes contratos, por força do artigo 280.º, n.º 1 do Código Civil⁴².

Por sua vez, o número 2 do mesmo artigo prevê que “[q]uando for designada administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um

⁴² “É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável.” Neste sentido, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS em anotação ao artigo 398.º, in Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume VI, coord. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Edição, Almedina 2019, pp. 357-358. Na jurisprudência, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de março de 2007 (FERNANDES CADILHA), Processo n.º 06S4476, disponível em www.dgsi.pt.

ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano.”

Importa assinalar que o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 774/2019, de 27 de janeiro, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, deste número 2, na parte em que determina a extinção do contrato de trabalho, celebrado há menos de um ano, de titular que seja designado administrador da sociedade empregadora⁴³, muito embora tenha limitado os efeitos da inconstitucionalidade, de modo a que se produzam apenas a partir da publicação do Acórdão.

Assim, um trabalhador que seja posteriormente nomeado administrador da entidade empregadora ou de outra sociedade que com aquela esteja em relação de domínio ou de grupo verá o seu vínculo laboral suspender-se enquanto exercer funções de administrador. Findo o mandato, porém, a suspensão do contrato de trabalho cessará automaticamente e, salvo acordo em contrário, o trabalhador deverá retomar as funções laborais que exercia antes da nomeação.

Na ausência de uma norma equivalente no Título III do Código das Sociedades Comerciais, a aplicabilidade deste artigo às sociedades por quotas tem sido amplamente discutida na jurisprudência⁴⁴, inclinando-se a corrente majoritária para a impossibilidade de

⁴³ Por violação do disposto na alínea *d*) do artigo 55.º e na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 57.º da Constituição, na redação vigente à data em que a norma foi editada (Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro).

⁴⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de janeiro de 2005 (MACHADO DA SILVA), Processo n.º 0414989; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2004 (VÍTOR MESQUITA), Processo n.º 03S2053; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de setembro de 1999 (JOSÉ MESQUITA), Processo n.º 98S364.

aplicação analógica, exceto nos casos em que inexistia verdadeira subordinação jurídica, o que depende da verificação de uma série de indícios cuja análise será casuística⁴⁵⁴⁶.

Noutra vertente, o exercício destas funções de administração pode, ou não, ser remunerado. É o que resulta do disposto nos artigos 255.º e 399.º do Código das Sociedades Comerciais⁴⁷.

Sob uma perspetiva prática, considerando a suspensão do contrato de trabalho determinada pelo artigo 398.º, n.º 2 do Código das

⁴⁵ Estes indícios foram elencados no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de setembro de 1999 (JOSÉ MESQUITA), Processo n.º 985364: *“Na feliz expressão de um autor brasileiro (ARI P. BELTRAN) deve seguir-se o princípio geral da primazia da realidade em matéria trabalhista. E, assim, a realidade, o terreno da vida, as circunstâncias concretas do caso, que não-de dizer-nos da coexistência, ou não, das duas qualidades, de sócio gerente e de trabalhador subordinado.*

7. - Antes de examinar a matéria de facto que vem provada, é oportuno recordar, conforme resulta do que ficou exposto, que são aqui particularmente relevantes os aspectos respeitantes:

1. - à anterioridade, ou não do contrato de trabalho face à aquisição da qualidade de sócio gerente;

2. - à retribuição auferida, procurando surpreender alterações significativas ou dualidade de retribuições;

3. - à natureza das funções concretamente exercidas, antes e depois da ascensão à gerência, designadamente em vista de apurar se existe exercício de funções tipicamente de gerência e se há nítida separação de actividades;

4. - à composição da gerência, designadamente ao número de sócios gerentes e às respectivas quotas;

5. - à existência de sócios majoritários com autoridade e domínio sobre os restantes;

6. - à dependência, hierárquica e funcional, dos sócios gerentes que desempenham tarefas não tipicamente de gerência, relativamente a estas actividades.”

⁴⁶ Não conhecemos, porém, jurisprudência que aplique esta norma ao exercício simultâneo de funções de trabalhador e de representante de estabelecimento estável de entidade não residente.

⁴⁷ Em relação aos representantes de estabelecimento estável de entidade não residente (e.g. sucursais e escritórios de representação), o artigo 40.º, n.º 3 do Código do Registo Comercial, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro, limita-se a prever que “[p]ara efeitos de registo da designação dos representantes, deve ser apresentado documento comprovativo da designação e respetivos poderes e, quando deste não constem, declaração de aceitação da designação e declaração da qual conste não terem conhecimento de circunstâncias suscetíveis de os inibir para a ocupação do cargo.”

Sociedades Comerciais, o trabalhador que é designado administrador passa geralmente a ser remunerado pelo exercício dessas funções, ao passo que o trabalhador que, em acumulação com o desempenho das funções laborais, assume o cargo de gerente ou de representante de sucursal ou de escritório de representação, não é frequentemente remunerado pelo exercício dessas funções.

Finalmente, a respeito da cessação de funções, dizem-nos os artigos 257.º, n.º 7 e 403.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais que há lugar ao pagamento de uma indemnização, respetivamente, aos gerentes e administradores, em caso de destituição sem justa causa. Nessa eventualidade, e na ausência de indemnização contratual estipulada entre as partes, quer o gerente quer o administrador destituído terão direito a ser indemnizados pelos prejuízos sofridos, com um limite equivalente às remunerações que teriam direito a auferir até ao termo dos mandatos⁴⁸⁴⁹. Em regra, portanto, a existência

⁴⁸ No caso das sociedades por quotas, se o contrato de sociedade ou o ato de designação não tiverem fixado a duração do exercício das funções, entende-se que o gerente não se manteria no cargo por mais de quatro anos (cfr. artigos 256.º e 257.º, n.º 7 do Código das Sociedades Comerciais). Quanto às sociedades anónimas, aplica-se o disposto no artigo 391.º, n.º 4 do mesmo diploma, que prevê que “[o]s administradores são designados por um período fixado no contrato de sociedade, não excedente a quatro anos civis, contando-se como completo o ano civil em que os administradores forem designados; na falta de indicação do contrato, entende-se que a designação é feita por quatro anos civis, sendo permitida a reeleição.”

⁴⁹ Defendendo que os danos não patrimoniais indemnizáveis que o administrador destituído possa ter sofrido não estão abrangidos por este limite máximo, v. COUTINHO DE ABREU, em anotação ao artigo 403.º do Código das Sociedades Comerciais, *in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume VI, coord. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Edição, Almedina 2019, página 413. E invocando a inconstitucionalidade do limite constante da segunda parte do n.º 5, do artigo 403.º do Código das Sociedades Comerciais, por violação do disposto no artigo 62.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, v. MENEZES CORDEIRO, *in* Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2.ª Edição, Almedina (2011), página 1072.

de prejuízos resultantes de uma destituição sem justa causa pressupõe que o exercício do respetivo cargo seja remunerado, muito embora tal não seja *conditio sine qua non*⁵⁰.

E, ao abrigo da liberdade contratual e autonomia privada⁵¹, nada impede também que as partes revoguem o mandato por mútuo acordo e estabeleçam o pagamento de uma compensação como contrapartida dessa revogação.

4.3. As regras laborais aplicáveis

Considerando que o artigo 2.º, n.º 4 trata da tributação dos valores que são pagos a trabalhadores e/ou administradores aquando da cessação dos respetivos vínculos, e vistas que estão as regras essenciais previstas no Código das Sociedades Comerciais, importa agora analisar os casos em que a legislação laboral prevê o pagamento de compensações ou indemnizações como contrapartida da finalização da relação laboral.

Cingindo-nos ao regime geral previsto no Código do Trabalho⁵², existe uma obrigação legal de o empregador indemnizar ou compensar o trabalhador em diversas situações, nomeadamente por força da

⁵⁰ Desde logo, o gerente ou administrador não remunerado pode provar ter sofrido danos não patrimoniais indemnizáveis, nos termos previstos no artigo 496.º do Código Civil.

⁵¹ Cfr. artigo 405.º do Código Civil.

⁵² Há outros diplomas que preveem o pagamento de compensações ou indemnizações em resultado da cessação de contratos de trabalho especiais, como por exemplo no quadro do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro, que aprovou o regime jurídico das relações de trabalho emergentes do contrato de serviço doméstico.

cessação do contrato de trabalho em comissão de serviço⁵³; despedimento com justa causa que é declarado ilícito ou irregular⁵⁴; despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação⁵⁵; caducidade de contrato de trabalho a termo certo ou incerto por iniciativa do empregador⁵⁶; caducidade por morte, extinção ou encerramento da empresa⁵⁷; caducidade do contrato determinada pelo administrador de insolvência antes do encerramento da empresa⁵⁸; resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador com invocação de justa causa subjetiva⁵⁹; resolução do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador com invocação de justa causa objetiva, nomeadamente prejuízo sério decorrente da alteração do local de trabalho ou da transmissão do contrato para outro empregador⁶⁰ ou, no caso de trabalhador temporário, em substituição do direito a ser integrado em empresa de trabalho temporário ou empresa utilizadora ao abrigo de contrato por tempo indeterminado⁶¹.

Em qualquer uma destas situações existe, portanto, uma verdadeira obrigação de o empregador compensar ou indemnizar o trabalhador nos termos previstos na lei. Concretamente, a fórmula de cálculo destas compensações ou indemnizações corresponde sempre a

⁵³ Cessação da comissão de serviço externa por iniciativa do empregador (contanto que não decorra de despedimento por justa causa) ou denúncia do contrato de trabalho subjacente por iniciativa do trabalhador, na sequência da cessação da comissão de serviço interna decretada pelo empregador (cfr. artigo 164.º, n.º 1, alíneas b) e c) do Código do Trabalho).

⁵⁴ Artigos 389.º, n.º 2, 391.º, n.º 1, 392.º, n.º 3 e 393.º, n.º 2, alínea a) do Código do Trabalho.

⁵⁵ Artigos 366.º, n.º 1, 372.º e 379.º, n.º 1 do Código do Trabalho.

⁵⁶ Artigos 344.º, n.º 2 e 345.º, n.º 4 do Código do Trabalho.

⁵⁷ Artigo 346.º, n.º 5 do Código do Trabalho.

⁵⁸ Artigo 347.º, n.º 5 do Código do Trabalho.

⁵⁹ Artigo 396.º, n.º 1 do Código do Trabalho.

⁶⁰ Artigos 194.º, n.º 5 e 396.º, n.º 5 do Código do Trabalho.

⁶¹ Artigo 173.º, n.º 6 do Código do Trabalho.

um fator⁶² que é multiplicado pela antiguidade do trabalhador, expressa em anos completos e em frações de ano de antiguidade, sem prejuízo dos limites mínimos e máximos que possam ser estabelecidos em determinados casos⁶³.

Acresce que nos termos previstos no artigo 339.º do Código do Trabalho, as regras referentes à cessação do contrato de trabalho são imperativas e não podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou contrato de trabalho, com as exceções previstas na lei. Os critérios de definição de indemnizações, por exemplo, podem ser regulados por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, mas os valores das indemnizações só podem ser regulados por estes instrumentos dentro dos limites previstos no Código do Trabalho⁶⁴.

⁶² Que varia entre um mínimo de 12 (por aplicação das regras transitórias previstas no artigo 6.º, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, artigo 5.º da Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto, e artigo 35.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril) e um máximo de 60 dias de retribuição base e diuturnidades (nos termos previstos no artigo 392.º, n.º 3 do Código do Trabalho, para o qual remetem igualmente os artigos 63.º, n.º 8, 123.º, n.º 3, 331.º, n.º 4 e 410.º, n.º 6).

⁶³ Por exemplo, a indemnização por despedimento ilícito não pode ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades (cfr. artigo 391.º, n.º 3 do Código do Trabalho) e a compensação devida por despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho ou inadaptação, relativamente a contratos de trabalho celebrados a partir de 1 de novembro de 2011, não pode exceder 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou 240 vezes o valor da retribuição mínima mensal garantida (cfr. artigo 366.º, n.º 2, alínea b) do Código do Trabalho).

⁶⁴ De onde se retira que, com exceção dos contratos de trabalho em regime de comissão de serviço, em que por força da previsão do artigo 164.º, n.º 2 do Código do Trabalho as partes podem aumentar os prazos de aviso prévio para denunciar o contrato, bem como o valor da indemnização prevista nas alíneas b) e c), nos demais casos não são admissíveis acordos individuais que afastem estas regras imperativas. Neste sentido, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2014 (PINTO HESPAÑHOL), Processo n.º 1202/11.0TTMTS.P1.S1, e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de janeiro de 2010 (PAULA LEAL DE CARVALHO), Processo n.º 727/07.6TTGMR.P1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Como trataremos de evidenciar adiante, o entendimento proposto pela AT não tem qualquer cabimento nestas situações, porquanto inexistente fundamento legal (ou até mesmo lógico) para considerar que parte destas compensações ou indemnizações que - insista-se - são devidas por força da cessação do contrato de trabalho, correspondem, afinal ao exercício de funções de administração que estes trabalhadores possam ter desempenhado. Por outras palavras, ao passo que o legislador laboral obriga os empregadores a pagar uma determinada compensação ou indemnização aos trabalhadores, expressamente em resultado da cessação do respetivo contrato de trabalho, a AT, sem qualquer fundamento, decide requalificar este pagamento e reconduzi-lo a uma compensação pela cessação de funções de administração.

No contexto da celebração de um acordo de revogação do contrato de trabalho, é também frequente⁶⁵ que as partes acordem no pagamento, ao trabalhador, de uma compensação pecuniária global⁶⁶, na qual o legislador presume que estão incluídos os créditos vencidos à data da cessação do contrato ou exigíveis em virtude desta⁶⁷.

Novamente, salvaguardas situações de abuso enquadráveis na cláusula geral anti-abuso prevista no artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária (cuja prova cabe à AT), demonstráveis, por exemplo, através de declaração expressa das partes nesse sentido⁶⁸, inexistente base legal para se concluir que a compensação pecuniária global devida

⁶⁵ Mas não obrigatório.

⁶⁶ As partes são livres de definir o valor desta compensação.

⁶⁷ Artigo 349.º, n.º 5 do Código do Trabalho.

⁶⁸ Vide o caso tratado na decisão arbitral de 3 de abril de 2020 (Processo n.º 267/2019-T).

ao trabalhador como contrapartida da cessação do contrato de trabalho visa, pelo contrário, remunerar o exercício de funções de administração.

Finalmente, e como referimos no ponto anterior, considerando que a nomeação de um trabalhador para administrador da entidade empregadora⁶⁹ determina a suspensão do contrato de trabalho⁷⁰, cumpre analisar de que forma é que a mesma impacta o cálculo das compensações ou indemnizações que sejam devidas ao trabalhador.

Ora, a esse respeito, o artigo 295.º, n.º 2 do Código do Trabalho é elucidativo: “[o] *tempo de redução ou suspensão conta-se para efeitos de antiguidade*”. Daqui resulta que sempre que o empregador esteja obrigado a pagar ao trabalhador uma compensação ou indemnização por efeito da cessação do vínculo laboral, os anos durante os quais o contrato esteve suspenso, nomeadamente por causa do exercício de funções de administrador ou gerente, têm necessariamente que ser contabilizados.

Com efeito, as expressões ano completo de antiguidade ou fração de antiguidade não pressupõem a prestação de trabalho efetivo, mas a simples vigência do contrato de trabalho.

Mais uma vez, consideramos que a interpretação que tem sido proposta pela AT e, neste ponto, validada em diversas decisões arbitrais, ignora por completo este regime, bem como toda a *ratio* inerente à tributação e não sujeição contante das alíneas a) e b) do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS.

⁶⁹ Ou em outras que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo.

⁷⁰ Suspensão que também pode ocorrer em determinadas situações de exercício de funções de gerência. A este respeito, remetemos para os nossos comentários no ponto 4.2. *supra*.

4.4. O conceito de antiguidade ínsito no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS

A aplicação do critério *pro rata temporis* que é proposto pela AT pressupõe, como vimos, que parte da compensação que é paga ao trabalhador corresponde, em rigor, ao exercício de funções de administração. Trata-se, por isso, de uma questão situada a jusante e que só deverá ser endereçada após a AT - que suporta o ónus da prova, como decorre do artigo 74.º, n.º 1 da Lei Geral Tributária - cuidar de fazer previamente aquela demonstração.

Nessa eventualidade, importará então destrinçar um critério para determinar qual é o *quantum* da compensação que visa compensar a cessação do contrato de trabalho e qual a proporção correspondente ao exercício das funções de administração. É apenas neste momento que releva a delimitação do conceito de antiguidade constante do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

Porém, subvertendo este *iter* lógico, e sem atender à letra e ao espírito da norma, a AT demite-se por completo deste ónus probatório, concluindo simplesmente que uma parte da compensação que é devida ao trabalhador como contrapartida da cessação do seu contrato de trabalho corresponde, afinal, ao exercício de funções de administração, simplesmente porque na vigência desse vínculo de natureza laboral o trabalhador exerceu funções de administração.

Por outras palavras, a AT socorre-se de uma presunção legal inexistente para afiançar que se um trabalhador exerceu funções de administração, seguramente que qualquer compensação futura que lhe

seja devida aquando da cessação do contrato de trabalho visará remunerar as mesmas.

É um entendimento que se nos afigura abusivo e frontalmente contrário à lei, que conduz a situações absurdas que ferem os princípios da legalidade, tipicidade e igualdade, como mencionámos anteriormente.

Mas a verdade é que o próprio critério *pro rata temporis* que é sugerido pela AT assenta numa definição incongruente do conceito de antiguidade.

Como referido acima, o artigo 11.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária dispõe que “[s]empre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei”.

Tem sido amplamente debatido na doutrina e jurisprudência se o conceito de antiguidade que consta da alínea b), do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS é um conceito de natureza eminentemente laboral que, nessa medida, deverá ser interpretado à luz das regras plasmadas no Código do Trabalho e demais legislação laboral, inexistindo fundamento para uma interpretação restritiva do mesmo ou, pelo contrário, como a AT propõe, se é próprio de direito fiscal, devendo corresponder unicamente à antiguidade na empresa devedora da compensação, recusando-se ampliações resultantes de convenções coletivas de trabalho ou acordos bilaterais entre empregadores e trabalhadores.

No primeiro sentido, admitindo que a delimitação negativa de incidência de IRS deve considerar o conceito de antiguidade resultante do contrato individual de trabalho e legislação laboral, incluindo as fontes de direito do trabalho reconhecidas por lei⁷¹, como os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e os usos laborais atendíveis, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul⁷², de 11 de maio de 2004 (Processo n.º 06002/01; DULCE MANUEL NETO), de 21 de setembro de 2010 (Processo n.º 03748/10; EUGÉNIO SEQUEIRA) ou de 12 de março de 2013 (Processo n.º 05971/12; JOAQUIM CONDESSO), bem como as decisões arbitrais⁷³ de 2 de maio de 2016 (Processo n.º 616/2015-T); de 14 de novembro de 2016 (Processo n.º 230/2016-T); de 19 de outubro de 2017 (Processo n.º 126/2017-T); de 17 de novembro de 2017 (Processo n.º 158/2017-T); de 20 de novembro de 2017 (Processo n.º 308/2017-T); de 29 de novembro de 2017 (Processo n.º 277/2017-T); de 7 de dezembro de 2017 (Processo n.º 321/2017-T); de 10 de dezembro de 2017 (Processo n.º 353/2017-T); de 14 de dezembro de 2017 (Processo n.º 349/2017-T); de 5 de janeiro de 2018 (Processo n.º 227/2017-T) e de 28 de fevereiro de 2018 (Processo n.º 512/207-T).

Divergindo deste entendimento, sustentando que a lei fiscal consagra um conceito próprio de antiguidade que não carece de ser densificado por recurso a outros ramos de direito, foram proferidas as decisões arbitrais de 18 de dezembro de 2017 (Processo n.º 357/2017), de 16 de março de 2018 (Processo n.º 505/2017-T⁷⁴); de

⁷¹ Artigos 1.º a 3.º do Código do Trabalho.

⁷² Todos disponíveis em www.dgsi.pt

⁷³ Disponíveis em CAAD - Jurisprudência

⁷⁴ Do qual consta declaração de voto onde se defende uma tese intermédia,

30 de abril de 2018 (Processo n.º 599/2017-T) e de 23 de outubro de 2018 (Processo n.º 55/2018-T).

Na doutrina, sobre esta matéria, MANUEL FAUSTINO⁷⁵ professa que “[n]ão é oponível à Administração Fiscal a cláusula do ACTV setor bancário que impõe, na transferência de um trabalhador entre instituições de crédito, a contagem do tempo de antiguidade verificado na anterior ou anteriores instituições de crédito de que tenha sido trabalhador. Como, por maioria de razão, também o não são quaisquer acordos que, respeitando à garantia dos benefícios inerentes à antiguidade, hajam sido celebrados entre o trabalhador e a entidade patronal. Sem considerações que hoje poderiam ser propiciadas pela extensão subjetiva do conceito de entidade patronal operada pelo n.º 10 do artigo 2.º, uma vez que aquela assenta nas relações de domínio ou de grupo entre sociedades, independentemente da sua localização geográfica, reafirmamos aqui a conhecida orientação da

segundo a qual o conceito de antiguidade constante da norma em apreço é compatível com as disposições de um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, cuja aplicação e obrigatoriedade decorre da própria lei, mas já não de acordo individual entre empregador e trabalhador. “Os instrumentos de regulamentação colectiva aplicáveis aos sector bancário são assim consistentes e mandatórios no que se refere à aplicação do conceito de antiguidade, que inclui sempre os anos de serviço em qualquer instituição de crédito ou sociedade financeira subscritoras desse mesmo instrumento de regulamentação colectiva. E não há aqui qualquer contradição entre uma relação formal e uma relação material uma vez que este regime de antiguidade é obrigatório e decorre da lei e do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e serve precisamente para proteger o trabalhador e evitar abusos do ponto de vista das actuações das entidades patronais. Já não me parece aceitável que esse conceito possa ser recortado por mero acordo entre as partes, quer através do clausulado do Contrato Individual de Trabalho quer através do Acordo de Revogação do Contrato de Trabalho.”

⁷⁵ Sobre o sentido e alcance da nova redação do artigo 2.º n.º 4 do Código do IRS - a tributação das importâncias recebidas por cessação do vínculo contratual com a entidade patronal, *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.ºs 13/14, janeiro/abril 2003, edição do ISG, nota 12, pp. 10-11.

Administração Fiscal segundo a qual o tempo de antiguidade relevante é, tão só, o tempo de antiguidade “adquirido” na entidade com que se cessa o contrato individual de trabalho, como literalmente decorre da lei, não parecendo haver qualquer margem para outro tipo de interpretação.” No mesmo sentido, o saudoso FILIPE FRAÚSTO DA SILVA e CLÁUDIA REIS DUARTE⁷⁶, em anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de Setembro de 2010 (EUGÉNIO SEQUEIRA), defendem que “[e]m conclusão, diremos que a doutrina decorrente do aresto sob anotação nos merece as críticas antes enunciadas, e tendemos por isso a considerar antes, quanto à questão específica da antiguidade, que da própria literalidade do preceito normativo resulta que esta corresponde ao número de anos ou fracção de antiguidade na entidade empregadora com a qual cessa o contrato na origem das importâncias pagas (com a ressalva da antiguidade verificada em outras entidades em relação de domínio ou de grupo com aquela por força da extensão do conceito operada pelo n.º 10 do art. 2.º do CIRS). Acresce que - e ainda que houvesse que fazer recurso, no preenchimento do conceito em causa (o que entendemos não ser o caso na medida em que o legislador fiscal foi claro e consagrou em letra de lei que a antiguidade é a verificada na entidade devedora), ao direito laboral - a solução seria ainda idêntica, uma vez que no Código do Trabalho não encontramos uma definição de antiguidade e, se alguma tivermos que daí extrair, essa será a antiguidade na empresa, e não a antiguidade que resulta de uma

⁷⁶ Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul sobre antiguidade do trabalhador bancário (para efeitos de cálculo do montante de compensação por cessação do contrato de trabalho não sujeito a tributação, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do Código do IRS, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, n.º 1, 2012, pp. 421-475.

cláusula de qualquer convenção colectiva de trabalho ou de acordo estabelecido entre as partes.”

Ora, com exceção da decisão arbitral de 23 de outubro de 2018 (Processo n.º 55/2018-T), a *vexata quaestio* analisada nas demais decisões consistia em determinar se a antiguidade de um trabalhador ao serviço de outras entidades patronais, reconhecida em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou acordo individual entre o trabalhador e a entidade empregadora, era compatível e podia ser acolhida pelo conceito de antiguidade constante da alínea b), do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS.

Efetivamente, mesmo as decisões arbitrais e a doutrina que divergem da jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul coincidem que a antiguidade relevante é a da antiguidade na entidade devedora da compensação, aqui se incluindo outras entidades que com esta estejam em relação de grupo, domínio ou simples participação, independentemente da respetiva localização geográfica⁷⁷. Nas palavras da AT⁷⁸ “[o] artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do Código do IRS exige que o conceito de antiguidade a considerar seja no exercício de funções na entidade devedora da compensação por cessação do contrato de trabalho, não incluindo o tempo de serviço prestado noutra entidade. A este regime subjaz uma notória vocação anti abuso, pelo que não seriam aceitáveis acordos que dispusessem sobre antiguidade laboral, impondo antiguidades artificiais e o seu reconhecimento para efeitos de delimitação negativa de incidência do imposto.

⁷⁷ Conforme resulta do n.º 10, do artigo 2.º do CIRS.

⁷⁸ Decisão arbitral de 23 de outubro de 2018 (Processo n.º 55/2018-T).

Ainda que houvesse que recorrer ao direito laboral para preenchimento do conceito de antiguidade na aceção fiscal, de acordo com o preceituado no artigo 11.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária (LGT), o que a Requerida entende não ser devido na medida em que o legislador fiscal foi claro, o Código do Trabalho não define, nem apresenta uma qualificação unívoca daquele conceito. Constata-se, contudo, mesmo no direito laboral, a clara prevalência da noção de “antiguidade na empresa”, incluindo em matéria de cessação do contrato de trabalho.

(...)

A Requerida conclui que a antiguidade prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 2.º do Código do IRS é a antiguidade na “entidade devedora”, correspondente à “antiguidade na empresa”, com a amplitude decorrente do n.º 10 do mesmo artigo e das situações de sucessão, designadamente por efeito da equiparação do artigo 285.º do Código do Trabalho. Preconiza que a “entidade devedora” a que se refere o n.º 4 do artigo 2.º do Código do IRS tem de ser a “entidade patronal” mencionada no n.º 10 do mesmo preceito legal, o que fica explícito quando o n.º 4 condiciona a exclusão da tributação à não criação de novo vínculo profissional ou empresarial no prazo de 24 meses com a mesma “entidade”.

Mesmo quem, como a AT, perfilha este entendimento mais restritivo do conceito de antiguidade, tem sido incontroverso que o *número de anos ou fração de antiguidade* não pressupõe a efetiva prestação de trabalho. É por isso que os períodos de suspensão do vínculo laboral decorrentes de uma situação de doença ou de uma licença

sem vencimento são considerados para efeitos da delimitação negativa de tributação⁷⁹⁸⁰.

Afigura-se-nos, por isso, incompreensível o critério *pro rata temporis* proposto pela AT, porquanto desconsidera por completo da antiguidade adquirida na entidade devedora da compensação os períodos durante os quais o trabalhador desempenhou funções de administração na entidade empregadora⁸¹, independentemente de o contrato de trabalho ter estado suspenso ou não.

Note-se que já não está em causa uma ampliação (material ou artificial) da antiguidade por força de disposição de instrumento de regulamentação coletiva do trabalho ou cláusula de acordo individual entre a entidade empregadora e o trabalhador. Nos casos relatados nas decisões arbitrais aqui analisadas, a AT aplicou este critério cegamente, e subtraiu aos anos de fração ou de antiguidade na enti-

⁷⁹ Bem como, por maioria de razão, os períodos de suspensão decorrentes do gozo das licenças, dispensas ou faltas previstas no artigo 35.º do Código do Trabalho (no âmbito do regime de proteção na parentalidade), a maior parte das quais são inclusivamente consideradas como prestação efetiva de trabalho (cfr. artigo 65.º do Código do Trabalho).

⁸⁰ “A antiguidade na entidade devedora não coincide com o tempo de exercício de funções, desde logo porque há períodos em que não é prestado trabalho, mas que contam para a antiguidade (como sucede, entre várias outras situações, com os períodos de greve e as licenças no âmbito da parentalidade)”, cfr. decisão arbitral de 16 de março de 2018 (Processo n.º 505-2017-T).

⁸¹ Ou noutras que com ela estejam em relação de grupo, domínio ou simples participação, independentemente da respetiva localização geográfica. À luz dos artigos 481.º *et. seq.* do Código das Sociedades Comerciais, não se incluem aqui, por exemplo, as sociedades “irmãs”, o que acaba por trazer um problema acrescido para a AT, no sentido em que não se vislumbra fundamento válido para que um trabalhador que é gerente (remunerado ou não remunerado) de uma sociedade que partilha com a sua entidade empregadora o mesmo acionista possa beneficiar integralmente da não sujeição tributária prevista da alínea b), ao contrário do que sucederia se fosse gerente (remunerado ou não remunerado) de uma sociedade em relação de grupo, domínio ou simples participação.

dade devedora quer os períodos de suspensão do contrato de trabalho resultante da nomeação do trabalhador como administrador da entidade empregadora ou noutra que pertença ao grupo desta⁸², quer mesmo os períodos em que muito embora o contrato de trabalho não se tenha suspenso, o trabalhador exerceu funções de gerência para a entidade empregadora.

Atenta a *ratio legis* subjacente à alínea b) deste preceito, que visa desagravar fiscalmente as compensações ou indemnizações pagas aos trabalhadores como contrapartida da cessação dos seus vínculos laborais, cremos que o conceito de antiguidade aqui previsto tem necessariamente que coincidir com a antiguidade que, nos termos da legislação laboral, serviria de base ao cálculo dessa compensação ou indemnização. Como cuidámos de explicar, para estes efeitos as regras constantes do Código do Trabalho não excluem do cômputo da antiguidade na empresa - expressa em número de anos ou fração de ano - os períodos de suspensão do contrato de trabalho⁸³ e

⁸² Durante os quais a antiguidade na empresa se mantém, como deflui imperativamente do artigo 295.º, n.º 2 do Código do Trabalho.

⁸³ Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ (*Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, 2023, p. 409) assinala que “[p]ara efeitos de antiguidade atende-se à duração do contrato de trabalho e não à sua execução (...) a antiguidade não é igual ao número de dias de laboração efetiva, relaciona-se, antes, com a duração da relação contratual. Em princípio, sempre que o trabalhador exerce - ou está disponível para exercer - a sua atividade sem quaisquer violações (p. ex., falta injustificada, art. 256.º, n.º 1, do CT),, o prazo é corrido.” Por sua vez, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO (*in Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 9.ª edição, Almedina, 2023, pp. 404-408), defende que “[o] conceito de antiguidade exprime a relevância especial do carácter continuado e a componente organizacional do contrato de trabalho. Por outras palavras, a antiguidade valoriza a integração ou o vínculo de pertença do trabalhador à organização do empregador, desde o início da execução do seu contrato de trabalho até à respectiva cessação.” É justamente porque “a antiguidade valoriza o elemento de inserção organizacional do vínculo laboral e não a prestação efectiva do trabalho, que se compreende que a sua contagem não se interrompa em situações normais

muito menos períodos de execução do contrato durante os quais o trabalhador, em acumulação com as suas funções laborais, ocupou cargos de administração na entidade empregadora ou outra que pertença ao seu grupo.

Acresce que a redação do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) é semelhante às normas laborais que preveem o pagamento de compensações ou indemnizações, referindo-se todas aos *anos de antiguidade* ou *fração*.

Por último, há um argumento adicional que reforça este entendimento. Na decisão arbitral de 16 de março de 2018 (Processo n.º 505-2017-T) escreveu-se que “[n]ão havendo qualquer delimitação negativa de incidência quanto à parte da indemnização que corresponda a este exercício de funções de gestão e representação [como veio a ser explicitado pela redação dada àquela alínea a) pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro, a que o seu artigo 14.º atribuiu natureza interpretativa], a referência na alínea b) a existência de delimitação negativa nos casos de «exercício de funções na entidade devedora» visará os casos em que os trabalhadores não exerceram apenas aquelas funções na entidade devedora, cumulando-as com trabalho a que é aplicável o conceito de antiguidade. Isto é, tratar-se-á, nomeadamente, das situações, que serão frequentes, de trabalhadores vinculados por contrato de trabalho que passam a exercer funções de gestão: nestes casos, a parte da indemnização que

de não prestação do trabalho (durante o descanso semanal e nas férias do trabalhador) e até na generalidade das situações de suspensão do contrato de trabalho (...). E é ainda este escopo da figura que justifica que a antiguidade do trabalhador num contrato de trabalho possa ser aproveitada no contrato que se sucede ao primeiro na mesma empresa — é o que sucede no caso da renovação do contrato de trabalho a termo e na sua conversão em contrato de trabalho por tempo indeterminado (artigos 147.º, n.º 3, e 149.º, n.º 4).”

corresponde ao exercício de funções de gestão é tributável na totalidade, mas à parte da indemnização que corresponde a trabalho de outro tipo aplica-se a delimitação negativa de incidência considerando-se para determinar a sua amplitude quer a antiguidade quer o período de exercício das funções de gestão.” (destacado nosso).

De facto, se a compensação que é devida em resultado do exercício de funções de administração não beneficia da delimitação negativa em sede de IRS, a referência na alínea b) ao exercício de funções na entidade devedora pretende justamente clarificar que o valor correspondente ao valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, deve ser multiplicado quer pelo número de anos ou fração de antiguidade laboral, quer pelo número de anos de exercício de funções - de administração - na entidade devedora⁸⁴! É precisamente porque o trabalhador que aceita desempenhar estes cargos no seio da entidade empregadora não deve ser prejudicado por via fiscal que o legislador incluiu a expressão *exercício de funções na entidade devedora* nesta alínea b).

Ao defender o contrário, desconsiderando sem qualquer fundamento legal estes períodos de exercício de funções de administração, a AT dá origem a um sem número de situações inusitadas e incongruentes, ficando ainda por explicar qual o sentido útil a dar à inclusão daquela expressão na alínea b).

⁸⁴ Aqui se incluindo as entidades do grupo referidas no n.º 10 deste preceito.

4.5. Da iniquidade da solução proposta pela AT

Aqui chegados, propomos ilustrar o desacerto da tese propagada pela AT com alguns exemplos práticos:

a) Consideremos, em primeiro lugar, aquelas situações em que, à data de cessação do contrato de trabalho, o trabalhador já não exerce qualquer cargo de administração no seio da entidade empregadora.

O Trabalhador A manteve um contrato de trabalho com a Empresa B entre 1 de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2019, data em que o vínculo laboral cessou por despedimento por causas objetivas⁸⁵, tendo-lhe sido paga uma compensação calculada com base numa antiguidade de 20 anos.

Porém, o Trabalhador A exerceu funções não remuneradas de gerente da Empresa B, em acumulação com as suas funções laborais, nos mandatos entre 1 de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2009.

À luz das competentes regras societárias, portanto, não seria devida qualquer compensação pela cessação das funções de gerente (cujo mandato não era remunerado e foi cumprido até ao fim), ao passo que ao abrigo das normas laborais aplicáveis, como contrapartida da cessação do contrato de trabalho a entidade empregadora estaria obrigada a pagar uma compensação calculada com base numa antiguidade de 20 anos.

Neste caso, ao arrepio das regras aplicáveis do Código das Sociedades Comerciais, a AT começa por presumir automaticamente que

⁸⁵ Despedimento coletivo; despedimento por extinção do posto de trabalho ou despedimento por inadaptação (este último, apenas a título de exercício académico, dada a sua virtual inaplicabilidade prática).

parte da compensação que é paga no contexto do despedimento do Trabalhador A corresponde ao exercício de funções de gerente, apesar de esse mandato não ter sido remunerado e de já ter cessado há 10 anos.

Posteriormente, socorre-se do conhecido critério *pro rata temporis* e determina que 25% da compensação (a percentagem dos 5 anos de exercício de funções de gerente nos 20 anos de antiguidade na entidade devedora) deve cair na regra de tributação integral da alínea a), sobrepondo-se às regras laborais que preveem imperativamente que a totalidade da compensação é devida como contrapartida da cessação do contrato de trabalho.

Com o devido respeito, este entendimento carece de sentido e não tem qualquer amparo na letra ou espírito da norma. Qual seria, aliás, a finalidade inerente à tributação de parte desta compensação, considerando as razões que levaram o legislador a penalizar o pagamento de compensações pagas aos titulares dos órgãos de administração das empresas?

Em nossa opinião, estas críticas aplicam-se na mesma medida se o Trabalhador A tivesse sido remunerado pelo exercício das funções de gerente, uma vez que nada permitiria à AT concluir que parte da compensação que é obrigatoriamente devida pela cessação do contrato de trabalho corresponde ao exercício de funções que foram integralmente pagas em devido tempo e cuja cessação não implicou o pagamento de qualquer compensação.

Da mesma maneira que se o Trabalhador A fosse nomeado administrador da Empresa B e, em consequência, o seu contrato de trabalho tivesse estado suspenso durante a execução desse mandato,

ter-se-ia igualmente que considerar que a compensação paga por ocasião da cessação do contrato de trabalho não correspondia ao exercício de funções de administrador, *ex vi* artigo 295.º, n.º 2 do Código do Trabalho que obriga a contabilizar o período de suspensão do contrato no cálculo da antiguidade.

Finalmente, se a compensação paga ao Trabalhador A fosse majorada face ao critério previsto no Código do Trabalho⁸⁶ ou até mesmo estabelecida no quadro de um acordo de revogação do contrato de trabalho⁸⁷, consideramos que só por recurso à norma geral anti-abuso é que a AT poderia determinar que uma parte da compensação correspondia ao exercício de funções de administração⁸⁸.

b) Recorrendo ao mesmo exemplo, consideremos agora o caso em que o Trabalhador A exerceu funções de gerente ou administrador não remunerado da Empresa B no mandato entre 1 de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2019, data em que o contrato de trabalho cessou por despedimento por causas objetivas. Na mesma data, o mandato enquanto gerente ou administrador atingiu o seu termo.

Para a AT, como vimos, com a alteração à alínea a) introduzida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro de 2014, o legislador esclareceu que é indiferente se à data em que o contrato de trabalho

⁸⁶ Como se verifica frequentemente no culminar das fases de informações e negociação com as estruturas representativas dos trabalhadores, ou com os próprios trabalhadores, no âmbito dos processos de despedimento coletivo ou despedimento por extinção do posto de trabalho.

⁸⁷ Nestes casos, como mencionámos supra, as partes podem estabelecer livremente o montante da compensação, sem obediência a quaisquer critérios legais, nomeadamente o número de anos de antiguidade na empresa.

⁸⁸ O que se nos afigura pouco provável quando o exercício dessas funções de administração não foi sequer remunerado e a cessação das mesmas não obrigava, nos termos da lei, ao pagamento de qualquer compensação ou indemnização.

cessa o trabalhador ainda exerce funções de administração na entidade devedora.

Nesta situação, a AT limitar-se-ia a aplicar o mesmo critério definido para o exemplo anterior e consideraria que 25% do valor da compensação corresponderia ao exercício das funções de administração, tributando essa importância na íntegra.

Também não podemos sufragar esta tese. Se o exercício das funções de administração não era remunerado, inexistia base legal para considerar que parte da compensação paga pela entidade empregadora no contexto da cessação do contrato de trabalho se destinaria a remunerar o exercício daquelas funções. Não vemos fundamento legal para presumir o contrário.

E, a nosso ver, a idêntica conclusão ter-se-á que chegar se o Trabalhador A for remunerado pelo exercício das funções de gerente ou administrador. Findo o mandato, a Empresa B era livre de nomear novo gerente ou administrador em substituição do Trabalhador A, sem que para tal estivesse obrigada a pagar-lhe qualquer compensação. Se assim é, com que fundamento é que se pode entender que uma parte da compensação que é atribuída como contrapartida da cessação do contrato de trabalho corresponde ao (termo do) exercício de funções de administração⁸⁹?

⁸⁹ Fazemos ainda referência a outra situação, tão ou mais flagrante do que as tratadas, respeitante aos representantes de estabelecimento estável de entidade não residente, concretamente as sucursais e escritórios de representação. Em termos práticos, estes representantes são frequentemente trabalhadores desse estabelecimento a quem pode ser outorgada uma procuração com amplos poderes de gestão. Ora, estas funções raramente são remuneradas autonomamente e não estão sujeitas a um mandato com duração definida. Pode, por isso, suceder - e acontece com alguma regularidade - que um trabalhador seja simultaneamente representante da sucursal ou do escritório de representação durante todo o período de vigência do seu contrato de trabalho. À luz do entendimento proposto pela AT,

Concedemos que a resposta poderá não ser tão simples se, no mesmo exemplo, o mandato fosse remunerado e só cessasse no final do ano 2022. Nestas situações, é comum as partes negociarem um acordo conjunto que, por um lado, se traduz na celebração de um acordo de revogação do contrato de trabalho e, por outro, na obrigação de o gerente ou administrador apresentar renúncia ao cargo. Mas atendendo ao disposto no artigo 74.º, n.º1, da Lei Geral Tributária “*o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque.*”

Caberá, assim, à AT fazer prova de que parte da compensação que é paga no contexto do acordo de revogação do contrato de trabalho como contrapartida da cessação do vínculo laboral corresponde, ao invés, ao exercício das funções de administração.

4.6. A cláusula geral anti-abuso

É evidente que a interpretação por nós proposta, mais em linha com a substância económica dos factos tipicamente em jogo neste tipo de situações, em nada colide com a eventual aplicação da cláusula geral anti-abuso⁹⁰, nas situações em que se verifiquem os respetivos pressupostos.

qualquer compensação ou indemnização que fosse paga a este trabalhador como contrapartida da cessação do seu vínculo laboral estaria integralmente sujeita a tributação nos termos da alínea a), do n.º 4, do artigo 2.º do CIRS, o que se nos afigura uma solução sem qualquer base legal e profundamente injusta, que acaba por constituir um fortíssimo desincentivo a que os trabalhadores aceitem desempenhar estes cargos.

⁹⁰ Sobre a cláusula geral anti-abuso veja-se GUSTAVO LOPES COURINHA, “A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão”, Almedina, 2004.

Com efeito, nos termos do artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, *“As construções ou séries de construções que, tendo sido realizadas com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objeto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, sejam realizadas com abuso das formas jurídicas ou não sejam consideradas genuínas, tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes, são desconsideradas para efeitos tributários, efetuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis aos negócios ou atos que correspondam à substância ou realidade económica e não se produzindo as vantagens fiscais pretendidas.”*.

Não ignoramos que poderão ocorrer situações em que as partes implementem construções abusivas com o objetivo de fazer com que indemnizações que em substância dizem respeito à cessação de funções de administrador ou gerente passem a ser qualificadas como sendo relativas à cessação do contrato de trabalho, por forma a beneficiar do enquadramento fiscal mais favorável. No entanto, tal não pode corresponder a um critério interpretativo da norma, ou seja, a uma espécie de interpretação *contra abusum*, como tantas vezes pretende fazer a AT através do recurso de uma espécie de argumento *ad absurdum*, partindo da premissa errada de que as normas de incidência tributária devem ser interpretadas da forma que menos se preste a abusos.

Note-se que, por vezes, também os tribunais parecem adotar uma posição similar. Com efeito, no Processo 55/2018-T acima referido, o tribunal arbitral refere o seguinte na fundamentação da decisão: *“As possibilidades de manipulação e contorno do regime legal,*

nestas circunstâncias, são também evidentes, pois no seio de um mesmo Grupo económico, constituído por diversas entidades, será facilímo suplantar o regime de tributação pela totalidade das compensações dos membros do Conselho de Administração, através da celebração de um contrato de trabalho que imediatamente se suspende com a assunção daquelas funções e que mais tarde se extingue com o pagamento de uma compensação que segue o regime laboral e a (exclusão de) tributação que apenas se deve aplicar aos trabalhadores dependentes.

No entanto, esta solução afigura-se-nos errada do ponto de vista metodológico. A resposta do sistema fiscal a situações abusivas passa pela aplicação da cláusula geral anti-abuso e do seu procedimento próprio e não pela interpretação que vise evitar potenciais abusos, sem que se encontrem observados e evidenciados os requisitos de que a lei faz depender a aplicação da cláusula geral anti-abuso. Caso contrário, não só o conteúdo da cláusula geral anti-abuso ficaria esvaziada, como passaríamos a ter na prática o combate ao abuso das normas fiscais dependente das várias interpretações que em cada momento fossem seguidas a propósito de determinadas normas.

Tal tem sido consistentemente o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência⁹¹ em situações em que a AT procura atacar situações abusivas ou potencialmente abusivas através da aplicação

⁹¹ Veja-se, a título de exemplo, a decisão arbitral de 6 de março de 2023 (Processo 624/2022-T), disponível em CAAD - Jurisprudência: “Afigura-se, porém, que a desconsideração dos efeitos fiscais, neste contexto, apenas poderia ter lugar pelo recurso à cláusula geral antiabuso a que se refere o artigo 38.º, n.º 2, da Lei Geral Tributária, que, em síntese geral, pressupõe que tenha sido praticado um ato ou negócio artificialioso ou fraudulento que represente o abuso das formas jurídicas e que tenha como objetivo único ou principal a obtenção de uma vantagem fiscal.”

e interpretação de normas de incidência tributária. A AT tem por isso ao seu dispor a aplicação da cláusula geral anti-abuso nas situações em que os respetivos requisitos se encontrem verificados, cabendo-lhe todavia o ónus de demonstração dos mesmos.

4.7. Problema da tributação autónoma

Nos termos do artigo 88.º, n.º 13 do CIRC, é aplicada uma taxa de tributação autónoma de 35% (potencialmente agravada para 45% nos anos em que os sujeitos passivos apresentem prejuízo fiscal) aos *“gastos ou encargos relativos a indemnizações ou quaisquer compensações devidas não relacionadas com a concretização de objetivos de produtividade previamente definidos na relação contratual, quando se verifique a cessação de funções de gestor, administrador ou gerente, bem como os gastos relativos à parte que exceda o valor das remunerações que seriam auferidas pelo exercício daqueles cargos até ao final do contrato, quando se trate de rescisão de um contrato antes do termo, qualquer que seja a modalidade de pagamento, quer este seja efetuado diretamente pelo sujeito passivo quer haja transferência das responsabilidades inerentes para uma outra entidade”*⁹².

Também a propósito desta norma a AT considera, nos casos em que não exista segregação dos valores pagos aquando da cessação de funções entre o período em que um trabalhador apenas desempenhou funções laborais e o período em que acumulou essas funções

⁹² Sem prejuízo das exceções previstas nos números 15, 16 e 17 do mesmo preceito.

com as de administrador, “*sujeita apenas a tributação autónoma a compensação/indenização na parte (proporcional) correspondente ao período temporal em que exerceu funções de administrador, pelo que, apenas sobre esse montante proporcionalmente determinado deverá incidir a taxa de tributação autónoma*”⁹³. Tudo o que temos vindo a dizer aplica-se *mutatis mutandis* a esta posição da AT a propósito de tributação autónoma, que também não tem fundamento legal pelas razões que se acabam de expor.

No entanto, não foi esse o entendimento proposto pela AT na situação analisada pelo Supremo Tribunal Administrativo, em acórdão de 11 de janeiro de 2023 (JOAQUIM CONDESSO)⁹⁴, a respeito de uma liquidação adicional de IRC relativa ao fiscal de 2011.

Os factos em crise eram, resumidamente, os seguintes:

Em 1 de julho de 2000, o Banco Recorrido contratou um diretor-geral ao abrigo de contrato de trabalho, com antiguidade reportada a 1 de março de 1990; em 1 de janeiro de 2003, foi nomeado administrador executivo do Banco Recorrido.

Em 15 de junho de 2011, O Banco Recorrido e o trabalhador-administrador celebraram dois acordos: um primeiro, que previa a renúncia voluntária do trabalhador-administrador ao seu mandato de administrador a partir de 15 de junho de 2011, mediante o pagamento do valor das remunerações fixas a que teria direito até ao final do mandato (em 31 de dezembro de 2012), na importância ilíquida de € 440.000. O segundo, consistia num acordo de revogação do con-

⁹³ Ficha doutrinária P 2018 002360, PIV 14602.

⁹⁴ Processo n.º 01761/15.8BELRS, disponível em Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (dgsi.pt).

trato de trabalho com efeitos a 15 de junho de 2011, em contrapartida do pagamento de uma compensação de valor ilíquido de € 1.060.000.

No entender da AT, em resultado da taxa de tributação autónoma prevista na alínea a), do n.º 13 do artigo 88.º do CIRC, era devido IRC correspondente a 35% de € 1.060.000, porquanto essa compensação teria sido atribuída pela cessação das funções de administrador e não como contrapartida da revogação do contrato de trabalho.

Nas palavras da AT *“constatamos inequivocamente que o referido colaborador do banco exerceu as funções de diretor central apenas durante 2,5 anos e meio, tendo exercido as funções de administrador do Conselho de Administração do banco durante aproximadamente 8,5 anos, ou seja, exerceu as funções de administrador durante a maior parte da sua carreira profissional no banco.*

Assim sendo, resulta claro, que a indemnização deveria ter sido sujeita a tributação autónoma, atendendo que foi atribuída pela de cessação de funções como administrador (demitido, de acordo com a informação constante do anexo n.º 3 - 1 folha), cargo desempenhado pelo colaborador nos últimos 8,5 anos (aproximadamente) como supra referido.

Caso assim não fosse (sujeitar a tributação autónoma o gasto da indemnização recebida), o disposto na alínea a) do n.º 13 do art. 88.º do CIRC não se aplicaria aos colaboradores do banco que fossem promovidos a administradores do Conselho de Administração, apenas se aplicaria aos colaboradores contratados diretamente para exercerem funções de administradores no Conselho de Administra-

ção do banco. Mesmo essa situação seria facilmente contornada, bastando, para tal, contratar colaboradores para exercerem primeiro quaisquer funções no banco, com exceção das de administradores, e posteriormente (no dia seguinte) promovê-los para exercerem funções de administradores do Conselho de Administração do banco.

Ora, a letra da lei indicia que o legislador pretendeu, mediante a tributação autónoma, à taxa de 35%, dos “... gastos ou encargos relativos a indemnizações ou quaisquer compensações devidas (...), quando se verifique a cessação de funções de gestor, administrador ou gerente, bem como os gastos relativos à parte que exceda o valor das remunerações que seriam auferidas pelo exercício daqueles cargos até ao final do contrato, quando se trate de rescisão de um contrato antes do termo, (...)—, penalizar os gastos ou encargos suportados com indemnizações pagas a administradores, não se vislumbrando de que modo é que a sua aplicação se restrinja, apenas e só, aos colaboradores que somente exerceram aquelas funções, nem vemos como tal poderia suceder, pois, conforme já descrito, para obviar a referida tributação, bastaria, então, tão só, que o colaborador estivesse um primeiro dia de trabalho em funções que não a de administrador e, no segundo dia, ser promovido aquele cargo.

Parece-nos claro que tal interpretação não se mostra razoável pois facilmente frustraria as intenções do legislador”⁹⁵.

⁹⁵ Impõe-se ainda assinalar que o Digníssimo Representante da Fazenda Pública defendeu nas suas alegações de recurso - de forma, no mínimo, insólita - que o contrato de trabalho teria caducado com a nomeação para administrador, uma vez que “[a] necessária independência e transparência que o cargo de administrador obriga não se coaduna com um contrato de trabalho suspenso, dado que a manutenção do vínculo laboral, implicaria, sempre, a manutenção de alguns direitos e deveres dos trabalhadores.

gg-A ser possível a co-existência das duas relações, a relação de mandato estava sempre condicionada e não podia ser exercida plenamente, nomeadamente

Chamado a decidir, o Supremo Tribunal Administrativo indeferiu a pretensão da AT e julgou que *“na sequência dos acordos indicados no probatório (...), nos respectivos cálculos de compensação/indenização ocorreu segregação entre o período de desempenho de funções apenas como funcionário, ao abrigo do respectivo contrato de trabalho, e o período do desempenho de funções como administrador. Sendo que na compensação por rescisão do contrato de trabalho é tida em conta a antiguidade no período de suspensão, aqui aplicável por força do disposto no citado artº.398, nº.2, do C.S.Comerciais, e de acordo com os ditames do artº.295, nºs.1 e 2, do Código do Trabalho.*

Ora, o montante de € 1.060.000,00 respeita a indemnização paga por rescisão do contrato de trabalho (...), não se confundindo com a compensação paga pelas funções e cessação na qualidade de administrador da sociedade impugnante/recorrida, assim não sendo abarcada pela previsão do examinado artº.88, nº.13, al.a), do C.I.R.C.”

porque estaria sempre o administrador eleito condicionado na votação de estratégias que envolvessem direitos e deveres dos trabalhadores, mesmo quando estes não pressupusessem a efetiva prestação de trabalho.

hh-O cargo de administrador e respetivos poderes deste no exercício do cargo não se coadunam com a suspensão do contrato de trabalho, nomeadamente porque mantendo-se “os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.” (art. 295º n.º 2 do CT) então também se manteria a possibilidade, do administrador, mesmo não estando a exercer as funções de trabalhador, porque suspensas, ser alvo do poder disciplinar da entidade empregadora, pois o poder disciplinar é um dever da entidade empregadora que não fica afastado quando o contrato de trabalho fica suspenso.

ii-A relação de administrador imperava, nomeadamente atento o regime de responsabilidade civil a que os administradores estão vinculados (arts. 72º a 79º do CSC), pois o mesmo é tão opressivo, que só faz sentido se os administradores se sentirem livres na tomada das suas opções e realizarem as funções de forma totalmente autónoma e independente. Os administradores têm de se sentir totalmente libertados de qualquer tipo de subordinação, o que não acontecerá se se entender que a relação de trabalho se mantém, ainda que da forma suspensa.”

Mais uma vez, a AT procurou fazer uso de uma - inexistente - presunção legal de comportamento abusivo, deturpando as regras de distribuição do ónus da prova previstas no artigo 73.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária.

5. Conclusão

Em nossa opinião, e com base em tudo o que vimos de alegar, a interpretação proposta pela AT para o disposto nas alíneas a) e b), do n.º 4, do artigo 2.º, do CIRS, colide frontalmente com as regras de interpretação das normas tributárias e é destituída de qualquer fundamento jurídico, ignorando o elemento sistemático, a letra e o espírito da lei.

Os resultados a que este entendimento tem conduzido são particularmente graves e aptos a gerar situações de flagrante desigualdade e iniquidade, punindo pela via fiscal aqueles trabalhadores que, na vigência dos seus contratos de trabalho, aceitam a responsabilidade de desempenhar, simultânea ou alternadamente, funções de administração no seio das respetivas entidades empregadoras, constituindo um forte desincentivo a que o façam.

Na ânsia de combater situações abusivas - que não se nega que existam -, a AT interpreta a norma com base numa presunção legal inexistente, fazendo de todos os contribuintes potenciais autores de comportamentos abusivos, a quem caberia afastar essa putativa presunção.

Não é, porém, isso que resulta do artigo 73.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária e, nessa medida, a AT não se pode demitir de cumprir o ónus probatório que lhe compete.

As situações abusivas devem ser tratadas com recurso à cláusula geral anti-abuso constante do artigo 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária, estando vedado à AT subverter as regras de distribuição do ónus da prova e tratar o justo pelo pecador, em violação dos princípios da legalidade, tipicidade e igualdade.

Enquanto tal continuar a suceder, é aos tribunais que cabe defender os contribuintes da atuação - essa sim - abusiva da AT.

Bibliografia citada

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, 'Código das Sociedades Comerciais em Comentário', Volume VI, coord. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Edição, Almedina, 2019

CASALTA NABAIS, 'Direito Fiscal', 11.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019

COUTINHO DE ABREU, 'Código das Sociedades Comerciais em Comentário', Volume VI, coord. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Edição, Almedina 2019

FILIPE FRAÚSTO DA SILVA e CLÁUDIA REIS DUARTE, 'Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul sobre antiguidade do trabalhador bancário (para efeitos de cálculo do montante de compensação

por cessação do contrato de trabalho não sujeito a tributação, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do Código do IRS’, *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, 2012, pp. 421-475

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ‘Constituição da República Portuguesa Anotada’, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2014

GUSTAVO LOPES COURINHA, ‘A Cláusula Geral Anto-Abuso no Direito Tributário - Contributos para a sua Compreensão’, Almedina, 2004.

J. L. SALDANHA SANCHES, ‘Manual de Direito Fiscal’, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007

J. L. SALDANHA SANCHES, ‘Os Limites do Planeamento Fiscal - Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional, Coimbra Editora’, agosto de 2006

JOÃO BAPTISTA MACHADO, ‘Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador’, 16.ª Reimpressão, Almedina, 2006

MANUEL FAUSTINO, ‘Sobre o sentido e alcance da nova redação do artigo 2.º n.º 4 do Código do IRS - a tributação das importâncias recebidas por cessação do vínculo contratual com a entidade patronal’, *Fiscalidade Revista de Direito e Gestão Fiscal* n.ºs 13/14, janeiro/abril 2003, edição do ISG, nota 12, pp. 10-11

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ‘Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais’, 9.ª edição, Almedina, 2023

MENEZES CORDEIRO, ‘Código das Sociedades Comerciais Anotado’, Coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2.ª Edição, Almedina (2011)

PEDRO ROMANO MARTINEZ, '*Direito do Trabalho*, 11.^a edição, Almedina, 2023

RUI DUARTE DE MORAIS, '*Sobre o IRS*', Almedina, 3.^a edição. 2014



TEMPO DE TRABALHO, DIGNIDADE E EXPLORAÇÃO LABORAL*

WORKING TIME, DIGNITY AND LABOR EXPLOITATION

António José Moreira**

Sumário: Introdução: 1. Mundo VUCA; 2. Declaração Universal dos Direitos Humanos; 3. Doutrina Social da Igreja; 4. As Primeiras Leis Laborais; 5. O ADN do Direito do Trabalho; 6. História do Trabalho; 7. Tempo de Trabalho e Exploração Laboral; 8. Isenção do Horário de Trabalho; 9. Trabalho Suplementar e em Regime de Tempo Parcial; 10. Férias e Pluriemprego. Conclusão. Bibliografia.

Resumo:

A Dignidade, a Exploração Laboral e o Direito do Trabalho. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o tempo de trabalho, a sua errática consagração legal e as condições corrosivas para novos tempos da escravatura moderna. As Cartas Encíclicas Papais, o direito à desconexão e a limitação à autonomia da vontade das partes. Institutos de Direito do Trabalho nefastos, a merecerem profundas revisões legislativas, para a solidificação de um *Trabalho* verdadeiramente *Digno*.

* Em homenagem e in memoriam do Senhor Professor Doutor PEDRO ROMANO MARTINEZ, que nos deixou no dia 23 de outubro do ano de 2023. Jurista de exceção, de quem havia, ainda, muito a esperar, foi o caput scholae do Código do Trabalho de 2003, aprovado pela lei nº 99/2003, de 27 de agosto. Professor de exceção, deu-me a distinção e a honra de participar em XXV Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, em II de Direito dos Seguros, em 15 Pós-Graduações em Direito do Trabalho, das XXII, na Universidade Lusíada no Porto, numa Conferência sobre o Trabalho Temporário. Estou-lhe infinitamente grato. Ele sabe-o.

** Professor Catedrático da Universidade Lusíada, Diretor da Minerva-Revista de Estudos Laborais, Investigador do CEJEIA, Diretor do Instituto Lusíada de Direito do Trabalho.

Abstract:

Dignity, Labor Exploitation and Labor Law. The Universal Declaration of Human Rights, working time, its erratic legal consecration and the corrosive conditions for new times of modern slavery. Papal Encyclical Letters, the right to disconnection and the limitation of the autonomy of the will of the parties. Harmful Labor Law Institutes that deserve profound legislative reviews to ensure truly Decent Work.

Palavras Chave: Exploração; Dignidade; Tempo de Trabalho; Trabalho; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos.

Key Words: Exploitation; Dignity; Working Time; Work; Fundamental Rights; Human Rights.

Introdução

O tema que vou tratar - Tempo de trabalho, Dignidade e Exploração Laboral - insere-se na perspetiva mais ampla de Violações de Direitos Humanos no Domínio Laboral.

E começo com uma nota breve sobre a *exploração humana*. Ora, a *Exploração*, na minha perspetiva, *sine legem, contra legem, prae-ter legem*, sendo a última a mais densa, porque de interpretação legal se trata, confronta o *Poder Legislativo*, assim como o *Poder Judicial*, que terão uma palavra a dizer, a primeira e a última, no sentido do *lógos*. Porém, numa ótica colaborativa, não posso deixar de considerar o que penso, contribuindo, embora muito modestamente, para a *gnosis*, para o conhecimento...

Como se sabe, o trabalho humano, bem como o tempo de trabalho, representam duas dimensões estruturantes da condição humana.

Se ao tempo de trabalho aglutinarmos a Dignidade, bem como a Exploração Laboral, teremos o tríodo, a trindade, a tricotomia, que podem conduzir à *tempestade perfeita*.

1. Mundo Vuca

Nos começos da década de 1990, num cenário global de saída da Guerra Fria, com a inexistência de um inimigo declarado, surge a grande incerteza do seu putativo propósito, com a inerente incerteza que lhe está associada.

E, por isso e muitas coisas mais, nasce e *exporta-se* para o mercado a ideia do *Mundo Vuca*.

Vive-se, pois, num mundo VUCA em que as características determinantes são:

a *volatilidade*, em que as mudanças são rígidas e frequentes;

a *incerteza*, com a terrível dificuldade de prever o que vai acontecer;

a *complexidade*, onde predomina o excesso de variáveis;

a *ambiguidade*, com a inerente dificuldade de ser compreendido.

A isto, que não é *coisa pouca*, como diria o poeta, acresce a permanente evolução da sociedade e do mercado de trabalho, e a velocidade vertiginosa implica, postula e impõe que o Direito do Trabalho, *a reboque, e raramente a título propositivo*, se ajuste às profundas alterações sociais e, consequentemente, às laborais.

Como se sabe, uma das grandes alavancas para a transformação a que se assiste, ou que se vive, é, sem dúvida, a tecnologia, sempre nova. De facto, a transição para a era digital, de par com a inteligência artificial, têm reflexos profundos, não só na vida social como, também, no trabalho. E foram sempre as tecnologias, de par com um

ideário liberal, que determinaram a *Exploração Laboral* e que conferiram a certidão de nascimento ao *Direito do Trabalho*.

De resto, se bem pensamos, julgo que vive-se uma altura paradoxal no que concerne ao *trabalho* e ao *tempo* que o mesmo postula e exige: é que sendo certo, por um lado, que nunca se debateu tanto a imperiosa necessidade de conciliação da vida profissional com a vida pessoal, familiar e social, por outro, o trabalhador ainda vê o seu profissionalismo e dedicação ao trabalho serem avaliados em função da sua disponibilidade, do seu *tempo*, referindo-se, amiúde, o modelo de 24x7¹.

Vejamos, então.

1.1. Do cimo do seu pensamento, muitas vezes assaz perturbador, EDUARDO LOURENÇO² confessava que sempre teve a impressão, e continuou a tê-la com a idade que já tinha, “... de que não sou sujeito da minha própria vida. A vida é que me vive, e eu deixo-me viver por essa vida, o que é uma maneira de me descartar da responsabilidade e da tragédia que viver implica para todos nós”.

Não estarei errado, creio, se disser que os desvalidos da fortuna, os trabalhadores explorados, os sem abrigo, ou com abrigo hediondo fornecido por empregadores sem escrúpulos³, poderiam subscrever a

¹ 24 horas por dia e 7 dias por semana.

² Labirinto da Saudade, Gradiva, Lisboa, 2001.

³ Veja-se o que se passa, ainda, em Odemira, onde há trabalhadores de mais de 80 nacionalidades, sobretudo na apanha de frutos vermelhos (mirtilos, amoras, framboesas), e que chegam a dormir 9 num quarto. Não obstante, no dia 3 de junho de 2024, o Governo apresentou o Plano de Ação para as Migrações, com 41 medidas, e que se traduzem num apertar de regras para quem pretende viver e trabalhar em Portugal. A mais imediata, já em vigor, é a que bloqueia a entrada de emigrantes sem contrato de trabalho. Terminou, assim, o mecanismo de manifestação de interesses. Vide, ANTÓNIO MOREIRA, *Escravidão, Dignidade, Trabalho*, Almedina, 5ª edição, Coimbra, p. 57, nota 28.

conceção exposta por este insigne mestre do pensamento. E esta é a primeira consideração sobre o tema *Exploração Laboral*.

2. Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴

Creio que a conceção subjacente à Declaração Universal dos Direitos Humanos é toda uma outra: *life is what happens to us when we are making plans*.

Não sei se somos inteiramente senhores do nosso destino e da nossa vida. Porém, para os mais afortunados, quem poderá negar que a vida é o que nos acontece quando estamos a fazer planos tão entusiasmantes e tão cuidadosamente desenhados?!

E lembro o acerto sublime de Pascal⁵, *l' homme doit penser comme il faut*. De facto, a grandeza da pessoa mede-se pelo quilate do seu pensamento. E cada vez mais na hora que apressada passa.

2.1. Numa nota muito breve sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, hoje a transitar do outono para o inverno da sua existência, devo lembrar os ensinamentos do Professor da Universidade de Paris XII, JEAN-JACQUES ISRAEL⁶, em referência ao passado, onde discorre e disserta sobre a inspiração do judaísmo e do cristianismo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. E passo a citar a parte final do seu preâmbulo: *Como*

⁴ Aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e publicada pela República Portuguesa no Diário da República de 9 de março de 1978.

⁵ BLAISE PASCAL - Les Pensées de Blaise Pascal, Pensées diverses II - Fragment nº 23/37, 1669 - 1670.

⁶ Direito das Liberdades Fundamentais, Editora Manole, julho de 2005.

consequência, a Assembleia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão...

2.2. O que eu pretendia salientar é isto: a doutrina do cristianismo está na origem, longínqua, das Declarações dos Direitos do Homem, e sendo o homem criado à imagem do Ser Supremo, a pessoa humana tem um valor sagrado. E a Dignidade da Pessoa Humana é eterna⁷.

Secundando MAURICE HAURIOU⁸, que foi Professor em Toulouse e um dos fundadores do Direito Público francês, pai de ANDRÉ HAURIOU, o credo humanista ocidental assenta na *dignidade da pessoa* e na igualdade entre os homens.

3. Doutrina Social da Igreja

Diz-se, ainda, que a Doutrina Social da Igreja (no século XIX) é mais influenciada pela filosofia das Luzes que os autores da Declaração dos Direitos do Homem o foram pela doutrina originária do cristianismo.

3.1. Sobre a Doutrina Social da Igreja, ou do Pensamento Social Cristão⁹, ia lembrar coisas várias que o tempo, sempre o tempo, não permite tratar. Não obstante:

⁷ Já S. Paulo, na Epístola aos Gálatas (3,28), diz: “Agora não há mais judeu nem grego; agora não há mais escravo nem homem livre; agora não há mais macho nem fêmea”.

⁸ Principes du droit public, 12^a ed., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1916.

⁹ Terminologia alternativa usada por D. MANUEL CLEMENTE, por R. DIOGO e S. ESCUDERO, in Pensamento Social Cristiano, Madrid, Universidade Pontifícia Comillas, 1998.

- O Papa LEÃO XIII, na Carta Encíclica *In Plurimis*, declara fim à escravatura;

- O mesmo Papa, em 15 de maio de 1891, com a Carta Encíclica *Rerum Novarum*¹⁰, diz, nomeadamente, que “... a pobreza não é um opróbrio e que não deve corar-se por se ter de ganhar o pão com o suor do rosto”. E conclui: “a verdadeira conciliação das duas classes sociais só pode suportar-se na *dignidade do trabalho humano*, longe dos muros da escravidão”.

- Por sua vez, o Papa PIO XI, na Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15.05.1931, enaltece e galvaniza os direitos sagrados do operário, provenientes da sua *dignidade de pessoa*.

- S. JOÃO PAULO II, na Carta Encíclica *Redemptor Hominis*, estabelece o diálogo entre a *dignidade*, a *técnica* e o *medo*. Nesta senda, o Cardeal TOLENTINO MENDONÇA¹¹, depois de considerar que não conseguimos dizer para onde caminhamos, conclui que “... sobressai, de forma cada vez mais nítida, o uso das tecnologias e o custo humano que lhe está associado, sobre os quais ainda refletimos pouco”.

Já na Carta Encíclica *Laborem Exercens*, de 1981, considerada o Evangelho do Trabalho, o Papa S. JOÃO PAULO II, destacando a *dignidade específica da pessoa*, considera a velhice do trabalho “tão antiga quanto o homem e a sua vida sobre a face da terra”, discorrendo sobre os novos significados do trabalho humano e as novas tarefas que se deparam a todos os homens e mulheres. E preocupa-se com os avanços tecnológicos, concluindo que irão ter refrações no mundo do trabalho e da produção em escala maior que a revolução

¹⁰ Das Coisas Novas ou Sobre a Condição dos Operários.

¹¹ O Pequeno Caminho das Grandes Perguntas, Quetzal Editores, Lisboa, 2017.

industrial do século XIX, e alude ainda à “vergonhosa e indigna miséria” em que vivem milhões de pessoas.

Enaltecendo a *dignidade do trabalho*, o Papa considera o trabalho um bem humano, um bem árduo - *bonum arduum*, na terminologia de S. TOMÁS DE AQUINO¹². E, depois de escrever sobre a “... virtude da laboriosidade...”, continua com preocupações para evitar “... que no trabalho mediante o qual a matéria é nobilitada, o próprio homem não venha a sofrer uma diminuição da sua dignidade”. E é neste contexto que o Papa alude às múltiplas formas de usar o trabalho contra o homem, com o recurso ao sistema dos trabalhos forçados, da exploração e opressão, por diversas formas, da pessoa no trabalho, com a sua inerente degradação. Referindo o perigo do desemprego e a necessidade de uma purificação global, alude à imperiosa colaboração internacional, considerando o trabalho humano um direito fundamental de todas as pessoas e apela a que, nas diversas sociedades, o nível de vida das pessoas que trabalham seja cada vez menos marcado por diferenças chocantes suscetíveis de provocar violentas reações.

Já na *Centesimus Annus*, Carta Encíclica de 1991¹³, S. JOÃO PAULO II refere, discorre e disserta sobre a condenação severa da luta de classes, no conflito que opunha, quase como “lobos”, o homem ao próprio homem - *homo hominis lupus*, ideia de PLAUTO¹⁴,

¹² Frade católico italiano da Ordem dos Pregadores (dominicano) - 1.225-1.274 - é autor, entre outras obras relevantes, da Suma Teológica, uma das principais obras da escolástica.

¹³ Comemorativa dos 100 anos da Carta Encíclica Rerum Novarum, de LEÃO XIII.

¹⁴ Vide, ANTÓNIO MOREIRA, *Escravidão, Dignidade, Trabalho*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, p. 81, nota 52.

em *Asinaria*, celebrizada por THOMAS HOBBS na obra *Leviatã*¹⁵. Conclui a ideia com a afirmação de que *a paz se edifica sobre o fundamento da justiça*.

E conclui com a garantia do respeito de horários de trabalho humanos e do adequado direito ao repouso, isto é, o *direito à desconexão do trabalhador*, defendendo, igualmente, algumas *limitações à autonomia das partes*, sendo esta a referência, por outras palavras, ao princípio do *favor laboratoris* que alimenta o Direito do Trabalho e que marca a sua *Ideologia*, a sua carga axiológica.

3.2. E a propósito do Direito do Trabalho e Ideologia¹⁶, MANUEL CARLOS PALOMEQUE, citando GUMERSINDO DE AZCÁRATE, diz que “As chamadas leis operárias ou sociais são expressão, mais ou menos afortunada, do desejo... de empreender, finalmente, o lento caminho das reformas para evitar a violência das revoluções”.

Uma sociedade onde o Direito ao trabalho seja sistematicamente negado não pode conseguir nem a sua legitimação ética nem a paz social.

4. As Primeiras Leis Laborais

As primeiras leis laborais, surgidas para pôr termo a uma igualdade meramente formal no domínio das relações de trabalho, com a deificação do contrato - *qui dit contractuel dit juste*, assentam o seu

¹⁵ No Antigo Testamento trata-se de um peixe feroz, citado no Livro de Jó, capítulo 41, e no Livro de Isaías, capítulo 27, como uma serpente marinha.

¹⁶ Livro traduzido por ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA e TERESA COELHO MOREIRA, Almedina, Coimbra, 2001.

suporte de apoio genético, em parte substancial, nos *tempos de trabalho* e na *sua necessária redução*.

Na verdade, de jornadas de trabalho dificilmente contidas nas horas que o dia comporta - 16 e até 18 horas diárias, sem descansos semanais, sem férias, sem feriados - foi-se caminhando para a sua limitação significativa. E tiveram enorme importância nessa redução os relatórios médicos, de que se destaca o de VILLERMÉ¹⁷, que constataram o estado de esgotamento precoce e, mesmo, a velhice prematura, dos mancebos que se apresentavam para prestar serviço militar.

4.1. Portugal, no seu tempo e com o seu ritmo, não foi exceção.

- Quem não se lembra da tripartição das 24 horas do dia em 3 períodos, em que apenas 8 eram para trabalhar, isto no auge da Revolução Industrial Inglesa?!

- Quem não se lembra da terrível carnificina em Chicago, na greve dos Tipógrafos, no ano de 1886, no 1º de maio, por causa da reivindicação das 8 horas de trabalho diárias?!

4.2. O primeiro diploma legal português sobre duração e organização do tempo de trabalho é o Decreto de 14.4.1891 para os trabalhadores menores, isto é, os que tivessem completado 12 anos de idade - 10 horas por dia, 6 dias por semana. As 8 horas por dia foram consagradas para os trabalhadores do comércio e da indústria, em 1919.

¹⁷ Louis René - Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie (2 volumes), 1840.

5. O ADN do Direito do Trabalho

A temática da duração e organização do tempo de trabalho é, pois, como que uma das marcas de origem do Direito do Trabalho, do seu ADN, da sua certidão de nascimento, *sem batismo nem champagne*, mas com *sangue, suor e lágrimas*.

Como afirma PHILIPPE AUVERGNON¹⁸, a limitação do tempo de trabalho é uma questão histórica do Direito do Trabalho. Só que, à época, a preocupação residia apenas na melhoria das condições de trabalho, sobretudo das mulheres e dos menores, as designadas *forças médias*, mão-de-obra mais *barata*, mais *passível de exploração*, então e agora, ou, como se dizia no Relatório do Decreto já citado de 14 de abril de 1891, *era mão-de-obra dócil e barata e tanto mais barata quanto mais produzia*. Trata-se do primeiro diploma legal que refere a produtividade dos trabalhadores.

É fácil aferir quais os terríveis custos que teriam de suportar numa época de capitalismo sem tréguas.

5.1. Neste contexto, não posso deixar de citar a Prémio Nobel da Economia de 2023¹⁹, CLAUDIA GOLDIN, Professora da Universidade de Harvard, pelos estudos que efetuou sobre a posição da mulher no mercado de trabalho, tema sempre de uma atualidade candente. Os estudos de GOLDIN demonstram que parte da explicação para que, ainda hoje, ocorra uma grande disparidade salarial e de oportunidades entre homens e mulheres - o *gender gap* - reside na fase da vida

¹⁸ Questões Laborais, Ano VII, nº 16, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 121.

¹⁹ The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel - 2023 “for having advanced our outstanding of women’s labour market outcomes”.

em que as mulheres precisam de tomar decisões importantes nas suas carreiras, ainda muito jovens, quando devem fazer escolhas sobre temas como a maternidade.

Escreve a laureada:

“Historicamente, grande parte da disparidade salarial entre homens e mulheres poderia ser explicada por diferenças na educação e nas escolhas profissionais”. Contudo, a Prémio Nobel da Economia demonstrou que a maior parte desta diferença de rendimento ocorre hoje entre mulheres que exercem a mesma profissão e surgem, em grande parte, com o nascimento do primeiro filho...”

Parece inquestionável que a maternidade ainda tem o *poder* de reforçar o *gender gap*, e isto porque as dinâmicas ainda presentes no mercado de trabalho tendem a dificultar a ascensão profissional das mães. Será um caso de exploração laboral *praeter legem*.

5.2. Veja-se a prática de algumas empresas que pagam, em boas clínicas médicas, a colheita de óvulos às mulheres trabalhadoras, na idade fértil, geralmente altos quadros, com funções fundamentais nessas empresas, para engravidarem mais tarde, a troco de aumentos salariais e de prémios chorudos.

Hedionda *exploração laboral, in casu*, de mulheres.

6. História do Trabalho

E seríamos remetidos para JAN LUCASSEN e para o seu livro de 2021, publicado pela Yale University Press, e traduzido para português em 2023, sobre a *História do Trabalho - Uma nova história da*

*Humanidade*²⁰. Diz este Professor: “Hoje em dia, a maioria das pessoas neste planeta passa mais de metade do tempo de vigília a trabalhar, incluindo a deslocação entre o local de trabalho e a casa”, interrogando-se quanto ao lazer.

6.1. Assim:

- As novas formas de trabalho;
- A redefinição do mercado de trabalho;
- A intrusão militante da inteligência artificial;
- O novo conceito de globalização económica...

questionam a *dignidade da pessoa humana*, alicerce fundamental da República Portuguesa, de acordo com o artigo 1º da Constituição: “Todos têm a mesma *dignidade* social e são iguais perante a lei”. Além de outros artigos da Constituição onde é tratada a *dignidade* - a exemplo de outras constituições europeias, e de vária jurisprudência do Tribunal Constitucional, deve ter-se presente o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o seguinte conteúdo:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e em direitos:::”

Parece, assim, que a *Dignidade Humana* e o *Trabalho Digno* devem nortear todo o processo de desenvolvimento sustentado. E não é *Trabalho Digno*, nomeadamente:

- o que favorece o absentismo,
- o que provoca o acréscimo da sinistralidade laboral,
- o que implica a procura acrescida de cuidados de saúde.

²⁰ Temas e Debates, maio de 2023, Lisboa.

7. Tempo de Trabalho e Exploração Laboral

Desde a Convenção nº 1 da OIT, de 1919, sobre a *Duração do Trabalho na Indústria*, passando pelo artigo 24º da *DUDH*, que estatui que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas”²¹, e pela CRP, art. 59º, nº 1: “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas”. E logo acrescenta no nº 2: “Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente:

... b) A fixação a nível nacional, dos limites da duração do trabalho”.

Estamos a referir Direitos e deveres económicos, sociais e culturais que, em princípio, não têm a força jurídica do artigo 18º da Constituição, a chamada *Drittwirkung der Grundrecht*, que se reporta aos direitos, liberdades e garantias. Porém, julga-se e defende-se que, uma vez concretizados, uma vez densificados, lhes são equiparados. É a posição de parte da doutrina, minoritária, é certo.

7.1. Deve dizer-se, secundando o Acórdão do TC nº 509/2002, de 19 de setembro, que é praticamente *communis opinio*, doutrinária,

²¹ Sobre duração e organização do tempo de trabalho vide Direito do Trabalho, Relação Individual, 2ª ed. Revista e Atualizada, JOÃO LEAL AMADO et alii, no caso MILENA SILVA ROUXINOL e JOANA NUNES VICENTE, Almedina, Coimbra, setembro de 2023, pp. 801-898.

a de harmonizar e estabilizar a concretização legislativa alcançada com a liberdade de conformação do legislador, lembrando a tese de doutoramento de GOMES CANOTILHO²².

E o TC vai, ainda, mais longe:

- Quando a Constituição contém uma ordem de legislar, de tal modo que seja possível “determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade..., a margem de liberdade do legislador, para retroceder no grau de proteção já atingido, é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão...”

Assim, ao dizer o direito das normas dos artigos 197º e seguintes do Código do Trabalho, a referida ideia não pode ser subalternizada, secundarizada.

7.2. De resto, há tantas normas sobre tempos de trabalho que nos ocorre a citação de Sir THOMAS MORE²³, um dos grandes humanistas do Renascimento, autor de *Utopia*²⁴ e Santo da Igreja Católica. Passo a transcrever:

“Para um povo instruído e organizado poucas leis bastam...Será contra todo o direito e contra toda a justiça que os homens estejam sujeitos a leis que, pelo seu número excessivo, nem podem ser lidas”. É a legal pollution, a que se referem múltiplos autores. Acrescenta ainda: “...é uma torrente de leis que, por vezes, nos amortalha

²² Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra, Almedina, 1982.

²³ Londres, 1478-1533, advogado, juiz, filósofo social, Chanceler do Reino - Rei Henrique VIII.

²⁴ Escrita em Latim e publicada em 1516. Título completo: De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia literally translates.

o ânimo. São, muitas delas, reconduzidas aos baús de antiguidades, muitas sem préstimo, a ritmo vertiginoso”.

E acrescento: à inflação legislativa, acompanhada da relativa inefetividade das normas, corresponde a inflação judicial, com os inerentes atrasos, o que conduz à má justiça, porque tardia, com o desespero de quem tem litígios individuais para resolver e um ou vários estômagos para sustentar...

7.3. Concretizando, e perguntando:

Julga saber-se, e a título meramente exemplificativo, que:

- o trabalho doméstico
- o trabalho no domicílio
- o teletrabalho
- o trabalho de profissionais de espetáculos
- o trabalho rural
- o trabalho na pesca

se prestam a múltiplas *explorações*.

No contrato de trabalho, dito comum, não haverá situações que podem conduzir à *Exploração Laboral*? Opinamos positivamente.

8. Isenção de Horário de Trabalho²⁵

O artigo 219º do CT estatui o seguinte:

“ 1. As partes podem acordar numa das seguintes modalidades de isenção de horário de trabalho:

a) Não sujeição aos limites máximos do período normal de trabalho;

....

2. Na falta de estipulação das partes aplica-se o disposto na alínea a) do número anterior”.

Não haverá aqui equivocidade dolosa do legislador?

Que conceitos são utilizados? Das raras definições que o Código do Trabalho incorpora, há a de horário de trabalho e a de período normal de trabalho, respetivamente nos artigos 200º, nº 1, e 198º, nº 1. Ora, horário de trabalho, *ex vi legis*, é “... a determinação das horas de início e termo do período normal de trabalho diário e do intervalo de descanso, bem como do descanso semanal; e período normal de trabalho é “O tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana...”, e que, de acordo com o artigo 203º, nº 1, “...não pode

²⁵ Direito do Trabalho, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, 18ª ed., Edição Especial Comemorativa dos 40 anos, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 422-424.

Manual de Direito do Trabalho, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, et alii, 4ª EDIÇÃO, Rei dos Livros, Lisboa, 2020, pp. 531-532.

Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, 5ª ed., MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Almedina, 2014, pp. 565-569.

Código do Trabalho Anotado, 11º ed., PEDRO ROMANO MARTINEZ, et. alii, Almedina, Coimbra, 2017, artigos 197º a 257º, LUÍS MIGUEL MONTEIRO.

Direito do Trabalho, 11º ed., PEDRO ROMANO MARTINEZ, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 546-548.

Escravidão, Dignidade, Trabalho, 5ª ed., ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 174-177.

exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana”, densificação ou concretização do artigo 59º, nº 2, al. b) da CRP.

Não obstante o nº 3 do artigo 219º do CT, tudo o demais, salvo melhor opinião, é posto em causa. E tudo, são desde logo, as normas constitucionais que à matéria se reportam. Nem vale a pena invocar o artigo 265º do CT, epigrafado *Retribuição por isenção do horário de trabalho*, e a sua errática redação na alínea b) do nº 2. Parece-nos que o caso pode ser de *Exploração Laboral secundum legem*.

Tautologicamente, isenção do horário de trabalho é, tão só, isso mesmo: *isenção de horário de trabalho*.

Como instrumento de gestão, a IHT visa flexibilizar a prestação de trabalho e não, o que na prática pode ser pretendido pelo empregador nas vestes de patrão, aumentar o tempo de trabalho, na melhor das hipóteses com o pagamento de uma hora de trabalho suplementar por dia²⁶, obtendo-se, por essa via, trabalho gratuito, escravo, diria mesmo.

9. Trabalho Suplementar e Trabalho em Regime de Tempo Parcial

Vejamos os limites temporais à sua prestação. Para tal importa considerar que, por força do nº 3 do artigo 228º do CT, por *irct*²⁷, tratando-se de trabalhador a tempo parcial, sendo o trabalho horizontal ou vertical, tanto monta, o trabalho suplementar pode atingir 200 horas por ano,

²⁶ Que tem por objetivo compensar a maior penosidade da prestação laborativa, incerta no seu iter, e nunca retribuir tempos de trabalho que violem os limites máximos apontados na Constituição e densificados na lei, isto é, no Código do Trabalho.

²⁷ Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho.

o que significa que, num país em que não há regras sobre a representatividade sindical, o trabalhador em regime de tempo parcial pode ter o mesmo número de horas de trabalho suplementar que um trabalhador em regime de tempo integral. Coisa estranha, dir-se-á...

E se um trabalhador em regime de tempo parcial tem dois ou três *part-times*? Bem, esse terá, como limite, o dobro ou o triplo de trabalho suplementar, do trabalhador em regime de tempo inteiro. A solução parece absurda e leva à desconsideração do trabalho em regime de tempo parcial, pondo em causa a *ratio* da sua consagração... E, se formos mais arrojados, poderemos considerar que estamos perante as fronteiras móveis da nova escravidão ou do novo trabalho forçado. Mas, no mínimo, será *Exploração Laboral*.

E convém não esquecer que, nos últimos vinte anos, assistiu-se a um embaratecimento do custo do trabalho suplementar, pese embora a ligeira recuperação consagrada no artigo 268º, nº 2, do CT, na redação da Lei nº 13/2023, de 3 de abril.

Deve acrescentar-se que a violação dos limites legais do trabalho suplementar, de acordo com o nº 5 do artigo 228º do CT, implica a prática de uma contra-ordenação muito grave, e a violação dos limites mais abertos do nº 2 - 200 horas - traduz a prática de uma contra-ordenação grave. E, parece, para a violação do nº 3 não há qualquer sanção prevista. *Simples lacuna? Desconsideração dos trabalhadores em regime de tempo parcial? Erro legislativo? Cedências*, inconsistentes, numa legislação concertada, pluralmente pactuada? Ou *Exploração Laboral*?!²⁸

²⁸ Vide BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, et. alii, Manual de Direito do Trabalho, 4ª edição, Rei dos Livros, 2020, pp. 537-539.

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, op.cit., pp. 425-431.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, op. cit., pp. 577-590.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, cit., pp. 553-557 e 548-551.

10. Férias e Pluriemprego

E que dizer do nº 1 do artigo 247º do CT, *in fine*? Não obstante o estatuído na Constituição da República - artigo 59º, nº 1, al. d), igualmente *in fine*, o Código do Trabalho, que proíbe que o trabalhador, durante as férias, exerça funções para o seu empregador, permite que este o autorize a trabalhar para outro empregador.

É nossa opinião que o legislador *maius dixit quam voluit*, isto é, se o empregador está inibido de, no período de férias, ter o trabalhador ao seu serviço, não pode, *a fortiori*, autorizá-lo a prestar o seu serviço a terceiros e, porventura, *terceiros* num rótulo jurídico cheio de mazelas, com a intervenção de *biombos* linguísticos que pouco ou nada tapam.

Será outro caso de *Exploração Laboral*.

Na doutrina, há autores que, nestas temáticas, ficam mais perto e outros que vão mais longe. Sempre foi assim...²⁹

Eu ative-me, também, ao que diz SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN³⁰:

... *Vemos, ouvimos e lemos*

Não podemos ignorar.

²⁹ MONTEIRO FERNANDES, op. cit., pp. 447 e ss.

BERNARDO XAVIER, op. cit., pp. 660 e ss.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, cit., pp. 564-567.

³⁰ Excerto da Cantata da Paz.

Conclusão

Os direitos humanos fundamentais, considerados invioláveis, podem acabar negados pelos poderosos de turno, depois de terem obtido o “consenso” de uma população adormecida e amedrontada.

Porém, com as revoluções digitais em curso, cada vez mais frequentes e insidiosas, assiste-me a convicção de que os casos de *trabalho do quarto tipo*, subsumíveis no artigo 4º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, têm, acrescidamente, privilegiadas condições de ocorrência, na mira de um lucro fácil e infundável, que é, infelizmente, *quem mais ordena*. E somos, mais uma vez, reconduzidos à *exploração laboral*.

Como diz GEORGE ORWELL³¹, com forte dose de cinismo, através de uma personagem, o *Big Brother: A escolha, para a humanidade, é entre a liberdade e a felicidade, e para a grande maioria a felicidade é melhor...*, não obstante, acrescento eu, a liberdade ser uma das mais belas conquistas da Humanidade...

A inteligência artificial e os seus avanços, a robotização, o trabalho em plataformas informáticas, com a “virtualidade” de *coisificarem*, de *reificarem* o trabalho humano e de o degradarem, transferindo para máquinas altamente sofisticadas competências e saberes da pessoa trabalhadora, isto é, a substituição maciça das pessoas por máquinas, além de embaratecer o trabalho humano - e aqui está a *exploração laboral*, numa das suas vertentes, de provocar desemprego tecnológico, retira *dignidade* à pessoa que trabalha,

³¹ 1903-1950, no romance distópico, de 1949, 1984.

equiparada, em seu desabono, à máquina e ao robô, que mais trabalham e mais produzem.

E pergunta-se: fatalidade dos tempos?

Há uma capacidade enorme de eliminar postos de trabalho. É o caso, nomeadamente:

- Das *vias verdes*, que eliminaram quase todos os portageiros e nós, *felizes e contentes*, fazemos o trabalho que a eles competia;
- Do auto abastecimento das nossas viaturas com combustível, transformando-nos em gasoleiros, eliminando postos de trabalho...
- Do nosso trabalho para os bancos, nomeadamente, nos ATM³², no *home banking*, *sem dó nem piedade*, favorecendo lucros descomunais e desemprego maciço...
- E os exemplos poderiam multiplicar-se *ad nauseam*...

A crença num futuro de progresso, mesmo para os mais otimistas, ao que parece, esvai-se, esfuma-se...

Confesso que tenho por hábito *parar, escutar e olhar*. E quando paro, ouço o que não vejo e vejo o que não escuto!

E os salários?! Essa pode ser outra grande questão! A não ser que se conclua, como VIVIANE FORRESTER³³, que.... *mais vale ser explorado que excluído*... Que triste evolução; que triste fatalidade...

Na *exploração laboral*, hedionda, com total falta de *dignidade*, o horizonte é mais que sombrio. É um pouco como no princípio, aquando do surgimento das primeiras leis de proteção das mulheres e dos menores.

A História repete-se.

³² Automated Teler Machine.

³³ Horror Económico, Terramar, Lisboa, 1997, p. 18.

O trabalho sem horas, sem *tempo*, é uma realidade, considerando, além do mais, também modelos jurídicos *démodés*.

A moderna escravidão, com ausência total de *dignidade*, prolifera, está em toda a parte, e passa despercebida da maioria de nós. O trabalho, à pretensa luz do Direito, parece dar-lhe cobertura. Que fazer? Seria o caso de recorrer a WILLIAM SHAKESPEARE, em *Hamlet*³⁴: *To be, or not to be, that is the question...*

Termino, citando VIRGÍLIO³⁵ - *A Eneida* - quando diz que *vem à mente evocar as lágrimas das coisas, as vicissitudes da história*.

E pelas razões mais diversas, de que se destaca a COP - 28^a Cimeira da ONU sobre alterações climáticas, no Dubai, de 30 de novembro a 12 de dezembro de 2023, podem formar-se pressões que levem, se não à eliminação, pelo menos à forte atenuação das modernas formas de *exploração laboral*, por vezes com *cobertura* legal (!) e elevem o trabalho a bem maior da pessoa humana, com a *Dignidade* que lhe está associada.

Todo o Homem, e o Homem Todo, merecem esta caminhada no sentido da sua elevação à natureza para que foi criado.

O tempo urge.

E é preciso sonhar, sonhar com um tempo novo, sem imperialismos, sem violências, sem opressões, sem guerras, sem armas, e onde reinem o direito, a justiça e a paz, longe dos muros de uma escravidão moderna que teima em persistir.

³⁴ Tragédia escrita entre 1599 e 1601, com o primeiro título *Hamlet, Prince of Denmark*.

³⁵ 70 a.C - 19 a.C. VIRGÍLIO tentou superar a *Odisseia* e a *Ilíada*, de HOMERO, nascido por volta do ano 850 a.C.

Bibliografia

AMADO, João Leal, *et alii* - Direito do Trabalho, Relação Individual, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2023

ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner - Cantata da Paz, Oficina EFA, 2019

AUVERGNON, Philippe - Questões Laborais, Ano VII, nº 16, Coimbra Editora, 2000

CANOTILHO, Gomes - Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Almedina, Coimbra, 1982

DIOGO, R. e ESCUDERO, S. - Pensamento Social Cristiano, Madrid, 1998

FERNANDES, António Monteiro - Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2017

FORRESTER, Viviane - Horror Económico, Terramar, Lisboa, 1997

GOLDIN, Claudia - The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, 2023

HAURIOU, Maurice - Principes du Droit Public, 12ª edição, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1916

ISRAEL, Jean Jacques - Direito das Liberdades Fundamentais, Editora Manole, julho de 2005

LOURENÇO, Eduardo - Labirinto da Saudade, Gravidia, Lisboa, 2001

LUCASSEN, Jan - História do Trabalho - Uma Nova História da Humanidade, Temas e Debates, Lisboa, 2023

MARTINEZ, Pedro Romano - Direito do Trabalho, 11^a ed., Almedina, Coimbra, 2023

MENDONÇA, Tolentino - O Pequeno Caminho das Grandes Questões, Quetzal Editores, Lisboa, 2017

MORE, Thomas - De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia literally translates, 1516

MOREIRA, António - Escravidão, Dignidade, Trabalho, 5^a edição, Almedina, Coimbra, 2023

ORWELL, George - 1984, 1949

PALOMEQUE, Manuel Carlos - Direito do Trabalho e Ideologia, trad. da 5^a ed., Almedina, Coimbra, 2001

Papa LEÃO XIII - Carta Encíclica *Rerum Novarum*, 1891

PASCAL, Blaise - Les Pensées de Blaise Pascal, Pensées diverses II
- Fragment n° 23/37 - 1669 - 1670

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014

S. JOÃO PAULO II - Carta Encíclica *Redemptor Hominis*, 1979
- Carta Encíclica *Laborem Exercens*, 1981

S. PAULO - Bíblia Sagrada, Epístola aos Gálatas, Difusora Bíblica,
Centro Bíblico dos Capuchinhos, 6ª edição, 2015

S. TOMÁS DE AQUINO - Suma Teológica, 1596

VILLERMÉ, René Louis - Tableau de l' état phsysique et moral des
ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de
soie (2 vols), 1840

VIRGÍLIO - Eneida, Quetzal, Editora, Lisboa, 2019

XAVIER, Bernardo da Gama - Manual de Direito do Trabalho, 4ª
ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2020





O CÓDIGO ROMANO MARTINEZ

THE ROMANO MARTINEZ CODE

António Menezes Cordeiro*

Sumário: I - Introdução: 1. A homenagem; 2. O condicionalismo necessário; 3. A autonomia dogmática; 4. O significado sócio-cultural; 5. A pré-codificação; 6. A decisão política; 7. A liderança jurídico-científica; 8. A versão de 2009; 9. As consequências do Código Romano Martinez; 10. Em suma.

Resumo:

O presente estudo analisa o percurso conducente à codificação de 2003, que, sob a liderança jurídico-científica do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, aprovou o primeiro Código de Direito do trabalho português, para o qual propomos o *nomen* Código Romano Martinez, e à sua reformulação em 2009, que levou à aprovação de uma nova versão do Código Romano Martinez.

Abstract:

This article analyses the path that led to the 2003 codification, which, under the legal and scientific leadership of Professor Pedro Romano Martinez, approved the first Portuguese Labour Law Code, for which we propose the name Romano Martinez Code, and to its reformulation in 2009, which led to the approval of a new version of the Romano Martinez Code.

I - Introdução

1. A homenagem

I. O Prof. Doutor Pedro Romano Martinez deixou-nos: cedo, muito cedo e numa altura em que atingia o topo de uma carreira universitária

* Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Lisboa; Presidente emérito do Centro de Investigação de Direito Privado.

completa. A perda não é recuperável: para a família, os amigos e os colegas. Todas as homenagens avivam a saudade. Mas são justas e incontornáveis. Vamos, agora, proceder a uma homenagem científica.

II. A melhor forma de homenagear um grande cientista do Direito é estudar a sua obra e, nessa base, penetrar nos horizontes por ele abertos. Vou tomar como ponto de partida, nessa tarefa que não teria fim, o Código do Trabalho de 2003/2009 para o qual, desde já, propomos um *nomen*: Código Romano Martinez.

2. O condicionalismo necessário

I. Um Código, no sentido próprio do termo, não se improvisa. Tão-pouco depende da designação que os seus autores materiais ou que o legislador histórico decidam atribuir-lhe. Apenas a Ciência do Direito, através da comunidade dos juristas, pode, *a posteriori*, apurar a presença de um verdadeiro Código, no sentido que a Ciência Jurídica do Ocidente lhe confere.

II. Esquematizando, podemos considerar que um código *proprio sensu* pressupõe:

- (1) uma área jurídico-normativa dotada de autonomia;
- (2) um sector sócio-cultural com representatividade e massa crítica;
- (3) uma pré-codificação consistente;
- (4) uma decisão política firme;
- (5) uma liderança jurídico-científica eficaz.

3. A autonomia dogmática

I. Uma área jurídico-normativa dispõe de autonomia dogmática quando transcenda dimensões meramente regulamentares ou feições de tipo compilatório. Por exemplo, os múltiplos “códigos” fiscais: serão fundamentais na vida das pessoas. Todavia, eles não se compaginam com valores específicos. Tão-pouco apresentam princípios próprios, capazes de, no universo do Direito Tributário, permitirem isolar tipos fiscais substantivos autónomos.

II. O Direito do trabalho dispõe, hoje, de autonomia dogmática. No início, o laboralismo apresentou-se como um conjunto heterogéneo de normas destinadas a proteger os trabalhadores, na voragem da Revolução Industrial. A densificação dessas normas permitiu uma ordenação em torno de pontos de vista unitários: temos uma autonomia sistemática, patente em compilações de leis e em obras de tipo descritivo. Finalmente, o aprofundamento da matéria conduziu a uma ordenação coerente da matéria, bem como o apuramento de princípios e valores próprios. Surge uma dogmática própria.

III. O Direito do trabalho despontou no grande universo do Direito das obrigações. Se confrontarmos os vetores laborais com as coordenadas milenárias civis, encontramos as especificidades seguintes:

- (1) a integração na empresa: as diversas regras de cariz obrigacional ou, latamente, privatístico, sofrem, no Código Romano Martinez, uma inflexão induzida da sua inserção na lógica da empresa;

(2) os níveis coletivos: a negociação e a contratação coletiva, a lógica sindical e a das associações de empregadores e as lutas laborais coletivas colocam cenários que transcendem os quadros civis;

(3) o *favor laboris* ou princípio da defesa do trabalho, isto é, dos trabalhadores e das empresas, sem as quais não há trabalho, corresponde a uma evolução do velho *favor laboratoris* ou defesa dos trabalhadores: exige-se um Direito do trabalho mais interativo, perante as realidades sócio-económicas; hoje é pacífico que uma proibição cega de despedimentos tem três saídas, todas nocivas para os trabalhadores e para as empresas:
(a) ou a contratação a termo; (b) ou os despedimentos coletivos;
(c) ou a insolvência da empresa;

(4) o Direito europeu, sob a forma, designadamente, de diretrizes laborais ou sociais, num tecido de densificação crescente;

(5) a miscigenação com o Direito social: este visa a proteção das pessoas, independentemente de vínculos laborais; todavia, há uma contaminação, difusa mas eficaz, de regras laborais por temas de tutela social.

IV. O Direito do trabalho atual não mais deve ser tomado como uma tutela, de tipo paternalista, das “classes mais desfavorecidas”: é um Direito de pessoas, com direitos e níveis elevados de proteção, que não obnubilam os valores empresariais, dos quais toda a riqueza depende.

4. O significado sócio-cultural

I. O trabalho humano, mormente na sua dimensão subordinada, é incontornável. A vida das pessoas ocorre, em boa parte, no quadro das empresas. A riqueza das nações assenta na criatividade dessas mesmas empresas. Em suma: uma boa economia e uma coesão social justa dependem, em grande medida, de um Direito do trabalho adequado.

II. Nas sociedades livres, o voto por sufrágio universal é um dado básico. A grande massa eleitoral é constituída, direta ou indiretamente, por trabalhadores. A essa luz, entende-se que todos os partidos políticos procurem, nos seus programas, nas suas intervenções e na sua atuação, privilegiar os valores laborais, sem esquecer a dimensão empresarial que, hoje, eles comportam.

III. O Direito do trabalho, quicá mais do que áreas civis milenariamente consideradas, apresenta uma dimensão sócio-cultural incontornável. Com um preço: o das oscilações legislativas e o da visibilidade que medidas pouco significativas podem apresentar, à luz da opinião pública. Na História recente do laboralismo português, medidas inofensivas foram acolhidas em termos apocalípticos. Há que ultrapassar esses escolhos, em nome de um laboralismo adulto.

5. A pré-codificação

I. Qualquer codificação digna desse nome é precedida por um fervilhar intenso da Ciência do Direito que a possibilite e lhe dê corpo, a que chamamos a pré-codificação. Como exemplos, recordamos, no tocante a códigos emblemáticos: o Código Napoleão (1804) foi antecedido, no século XVI, pelos juristas elegantes Cujas e Doneau; no século XVII, por Jean Domat e no século XVIII, por Pothier: dois séculos de estudos jurídico-civis; o BGB alemão (1896/1900) assentou numa massa considerável de pandectistas: Glück, Savigny, Jhering, Wächter, Brinz, Dernburg e Windscheid, como exemplos. Em Portugal, o Código Civil de 1867 ou de Seabra foi precedido por um labor considerável: Pascoal de Melo, Lobão, Borges Carneiro, Assis Teixeira, Correia Teles e Coelho da Rocha. O Código Civil de 1966 ou de Vaz Serra derivou de meio século de apuramento, contando ainda com vinte e dois anos de trabalhos intensos.

II. A pré-codificação laboral progrediu lentamente, à medida que se densificavam as normas dirigidas ao trabalho e à vertente social das empresas. Ela conheceu um surto crescente aquando da preparação do Código Civil. Aí, logo em 1944, ficou assente que o novo Código, então em preparação, não iria absorver, ao contrário do sucedido com o Código Civil italiano de 1942, o Direito do trabalho, considerado demasiado instável. Ficou, porém, entendido que os princípios gerais do laboralismo teriam assento no Código Civil. A tarefa coube a Inocêncio Galvão Telles que, ainda nos anos 50 do século XX, elaborou um projeto que continha o essencial dessa matéria, sem esquecer a dimensão

empresarial. Nada disso passaria aos projetos subsequentes. Mas, em 1960, o Governo da época remeteu, para a Assembleia Nacional, um projeto de diploma relativo ao contrato de trabalho. O seu texto desceu à Câmara Corporativa, para parecer, do qual foi relator Inocêncio Galvão Telles. Este, com críticas pertinentes, apresentou, em anexo ao seu parecer, um projeto completo. O novo Ministro das Corporações e da Previdência Social (José Gonçalves de Proença, professor de Direito) incumbiu o então jovem Doutor, Fernando Pessoa Jorge, de elaborar um projeto. Na senda de Galvão Telles, ele desempenhou-se, preparando um excelente texto, que esteve na base da Lei do Contrato de Trabalho de 1966 e, depois, na de 1969.

Paralelamente, cabe recordar, no início dos anos 60 do século passado, a criação do Centro de Estudos Sociais e Corporativos: um Centro muito exigente, de alto nível e pelo qual passaram juslaboralistas notáveis: Monteiro Fernandes, Bernardo Xavier, Sérvulo Correia, Mário Pinto, Maria da Conceição Tavares e outros. Foi editada a revista Estudos Sociais e Corporativos, da qual saíram 36 números, até 1973. Foram publicados dezenas de estudos aprofundados, que modernizaram meandros delicados do Direito do trabalho. Produto desse labor intenso foi a Lei da Contratação Coletiva (Decreto-Lei nº 49.212, de 28 de agosto de 1969) e a Lei da Duração do Trabalho (Decreto-Lei nº 409/71, de 17 de setembro), cujos níveis científicos são indiscutíveis.

Relevante ainda, na pré-codificação do Direito do trabalho, foi a instituição tardia de uma disciplina de Direito do trabalho, nos cursos jurídicos de Coimbra, de Lisboa e da Universidade Católica. Ultrapassada a fase “revolucionária”, foi possibilitada a migração do

laboralismo português da área ítalo-espanhola para a área alemã. Houve, assim, uma pré-codificação laboral significativa, que conduziu à maturidade dessa área normativa.

6. A decisão política

I. No Direito do trabalho, o anúncio de qualquer reforma é, de imediato, objeto de especulação e de contestação. A classe política evita embrenhar-se num tema que, em regra, não implica vantagens. Episódios como os surgidos em torno da hipótese de uma “justa causa objetiva” ou do *lay off* documentam essa afirmação. Compreende-se que a decisão de mandar preparar um Código do Trabalho não tenha sido fácil.

II. No Governo de António Guterres, em 1999, foi designada uma comissão, presidida por Monteiro Fernandes: um laboralista unanimemente reconhecido. Tal comissão optou, todavia, por concluir não ser indicado um Código do Trabalho.

III. No Governo subsequente, de Durão Barroso e sendo Ministro do Trabalho Bagão Félix, a decisão de avançar para uma codificação laboral foi tomada. Faltava o passo seguinte.

7. A liderança jurídico-científica

I. Para presidir à comissão codificadora foi designado Pedro Romano Martinez. Com o seu reconhecido nível científico e dando

provas de uma cordialidade contagiante, agindo sempre pela via do diálogo e ouvindo os outros, foi possível avançar no que, na altura, se consideraria impossível. Foi montada uma equipa de jovens laboristas de elevada craveira que, com energia e entusiasmo, encetaram uma missão hercúlea. Foram examinadas centenas de diplomas, procedendo-se ao levantamento de lacunas e de contradições. Seguiu-se um debate interno, depois alargado à comunidade dos estudiosos, colhendo pareceres. Trabalhou-se no Governo, na Concertação Social e no Parlamento. O texto a que se chegou foi discutido e afeiçoado.

II. As críticas subsequentes tiveram três níveis: (1) a oposição ao Governo; (2) a desconfiança em relação a tudo o que for novo; (3) o desencanto de quantos entenderam não ter sido suficientemente venerados, ficando fora da comissão. O primeiro ponto é um produto, nem sempre conveniente para o País, da lógica partidária. O segundo corresponde ao conservadorismo que acompanha os juristas. O terceiro, menos racional, é perfeitamente perceptível, no terreno.

III. Todo esse lastro foi ultrapassado pela liderança jurídico-científica de Pedro Romano Martinez, secundada pelo dinamismo da jovem equipa de laboristas que o acompanhou. Foi possível, nas diversas instâncias que preenchem os bastidores do Direito do trabalho, colher os apoios necessários para que o processo continuasse, até à final aprovação parlamentar, pela Lei nº 35/2004, de 29 de julho.

8. A versão de 2009

I. O Direito do trabalho, para além do núcleo básico e já de si extenso, contido no Código de 2003, implica uma considerável massa regulamentar. O problema foi ultrapassado fazendo acompanhar o Código pela Lei nº 35/2004, de 29 de julho, que regulamentou a Lei nº 99/2003, de 27 de agosto. Foi assim erguido, em pouco tempo, um edifício jurídico que, então como agora, se afigura monumental.

II. O funcionamento eleitoral conduziu à formação do 1º Governo de José Sócrates. Assente em maioria parlamentar, esse Governo propôs-se, em pouco tempo, formatar diversos aspetos da sociedade ainda que, por vezes, sem cuidado. Tivemos a oportunidade de sindicar, como exemplo, o ocorrido com as leis do arrendamento urbano, as quais estão na base da quebra do investimento imobiliário e da atual crise da habitação.

III. Perante tal filosofia, o Código Romano Martinez não poderia subsistir. Nomeada uma nova comissão, de novo presidida por Monteiro Fernandes, agora favorável à codificação laboral, partiu-se para uma reformulação. Assim se chegou ao denominado Código de 2009, adotado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. As novidades estão analisadas, em obras da especialidade. Retemos como significativa a absorção, pelo Código, do Regulamento derivado da Lei nº 35/2004. A ideia básica de uma codificação laboral oscilou: um verdadeiro Código não é regulamentar. Numerosos preceitos adquiriram uma extensão inadequada, desembocando em particularismos que melhor

ficariam em diploma próprio. Além disso, não foi possível prescindir de novas regulamentações.

IV. Em suma: o passo de 2009 foi dado e com ele teremos de viver. Mas ele foi insuficiente para constituir uma codificação alternativa à de 2003. O Código é o mesmo, ainda que entermeado com aspetos regulamentares, aos quais se associam modificações pontuais que, em qualquer caso, poderiam ter sido introduzidas no texto original. Mantemos, pois, como referência, o Código Romano Martinez, aplicando-o à versão de 2009.

9. As consequências do Código Romano Martinez

I. Vinte anos volvidos, no que representa já uma geração de juristas, cabe seriar as consequências jurídico-científicas e práticas do Código Romano Martinez. Elas foram numerosas e, à distância, mais relevantes do que poderia parecer. Desde logo, ele abriu novos horizontes ao desenvolvimento científico e pedagógico do Direito do trabalho. Multiplicaram-se os manuais e os estudos monográficos. Hoje, dispomos, como exemplo, de uma série considerável de dissertações de mestrado e de doutoramento em áreas laborais, contrastando vivamente com o deserto anterior. O ensino é mais eficaz e a jurisprudência floresceu, através da produção contínua das secções sociais dos nossos tribunais.

II. Isto dito - e é incontornável - apontamos quatro consequências básicas: (1) a intensificação da unidade sistemática do Direito do

trabalho; (2) a definitiva autonomia dogmática do juslaboralismo; (3) a aproximação ao Direito civil; (4) a modernização das soluções.

III. Assente numa grande codificação, a unidade sistemática do Direito do trabalho saiu fortalecida. Desaparece a complicação resultante de uma miríade de diplomas, oriundos de diversas épocas históricas. De permeio ficaram lacunas, multiplicando-se, ainda, as contradições. Tudo isso foi ultrapassado, facultando, aos estudiosos e aos práticos, um *corpus* a partir do qual novas construções são possíveis.

IV. A autonomia dogmática do Direito do trabalho ficou adquirida. A integração da situação laboral na empresa, os níveis coletivos, o *favor laboris*, o Direito europeu e o Direito social fazem agora parte do universo juslaboral. A demonstração é imediata, em face da produção científica que, a esse ramo normativo, assegurou a maturidade.

V. A aproximação ao Direito civil não deve ser entendida como perda da autonomia dogmática. Com efeito, institutos claramente civis, como os direitos de personalidade, uma vez inseridos no Código Romano Martinez, ganham uma coloração própria, induzida das dimensões empresariais e sindicais. A aproximação civil disponibiliza, aos agentes laborais, todo um manancial que, desde a Lei das XII Tábuas, visa a proteção dos fracos. Entre os ganhos da “civilização” do Direito do trabalho contam-se, além dos referidos direitos de personalidade, o recurso às categorias contratuais, a diminuição das “autorizações” prévias do Estado e a presença, muito útil na nossa jurisprudência, de conceitos indeterminados, como o da boa-fé.

VI. A modernização do tecido juslaboral português, levada a cabo pelo Código Romano Martinez, assentou, designadamente, no Direito europeu, na evolução do *favor laboratoris* para um *favor laboris* e nalguma flexibilização das estruturas, tendo em conta a real dimensão das empresas.

Só no plano do surrealismo se pode aplicar, a uma empresa com dois trabalhadores, regras pensadas para empresas que disponham de centenas de pessoas. Neste ponto, os avanços, muito condicionados por preconceitos ideológicos, foram os possíveis. Não há um bom nível laboral sem a criação de riqueza. E esta cabe aos empregadores e aos trabalhadores, no quadro da empresa.

10. Em suma

O Código Romano Martinez irá constituir, no futuro, um marco decisivo no devir do Direito do trabalho português. A obra está feita. Cabe agora, a todos nós, discípulos do Mestre sempre presente, honrar, continuar e ampliar o precioso legado do Professor Doutor Pedro Nuno Romano Martinez.



BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

BRIEF REMARKS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN LABOR RELATIONS

António Monteiro Fernandes

Sumário: 1. Os direitos de personalidade no Código do Trabalho. 2. A sobreposição da Constituição. 3. As possíveis explicações da intervenção do legislador laboral. 4. A “paridade” de direitos. 5. A compatibilização de direitos fundamentais opostos. 6. As restrições aos direitos de personalidade. 7. O caso da liberdade de expressão. 8. A salvaguarda do “normal funcionamento da empresa”. 9. Observações conclusivas.

Resumo:

Discutem-se neste texto os possíveis sentidos da inclusão, no Código do Trabalho português, de uma secção dedicada aos “direitos de personalidade”, selecionados de entre os direitos fundamentais inespecíficos que a Constituição consagra.

Abstract:

This text discusses the possible meanings of including, in the Portuguese Labor Code, a section dedicated to “personality rights”, selected from among the non-specific fundamental rights that the Constitution enshrines.

1. Uma singularidade que caracteriza o Código do Trabalho português¹ - comparado com legislações estrangeiras que tomam por

¹ É justo assinalar que a grande singularidade do Código, na sua versão primeira (a de 2003) consistiu na própria codificação, considerada até então, por muitos, como solução inadequada a um ramo de Direito tão marcado pela instabilidade e pela sensibilidade às correlações de forças sociais e políticas.

objecto as relações individuais e colectivas de trabalho² - consiste na inclusão de um núcleo de normas, sob o título “Direitos de personalidade”, que consagram e desenvolvem certos direitos fundamentais quando encarados em ambiente de trabalho subordinado. Esse título, manifestamente importado do Código Civil, coloca sob foco as referências de ordem personalística que explicam, inclusivamente, a “selecção” realizada pelo legislador do trabalho dentro do vasto catálogo dos direitos fundamentais que a Constituição consagra.

A codificação constituiu um enorme progresso sob o ponto de vista do acesso ao Direito e das necessidades de compreensão e aplicação que uma legislação dispersa e heterogénea tornava anteriormente muito difíceis. É igualmente justo assinalar o papel central que Pedro Romano Martinez desempenhou nesse vasto empreendimento, como membro e coordenador do qualificado grupo de trabalho que o levou a bom termo.

² Tome-se como exemplo próximo o Estatuto de los Trabajadores (ET) espanhol. No seu art. 4, enumera e enuncia os Derechos laborales, começando por um conjunto de direitos colectivos e alargando-se depois a direitos individuais, como o de ocupação efectiva, o de promoção e formação profissional, o de não discriminação no trabalho e no emprego e outros de idêntica natureza. Salienta-se, pela sua inerência à tutela da personalidade, o direito ao respeito da intimidade do trabalhador e à consideração devida à sua dignidade, “incluindo a protecção contra o assédio por motivo de origem racial ou étnica, religião ou convicções, incapacidade, idade ou orientação sexual, e contra o assédio sexual e o assédio em razão do sexo”. Tendo, obviamente, como pano de fundo preocupações de tutela da personalidade, o enunciado normativo de tais direitos não se organiza explicitamente em função dessa referência, faz-se, sobretudo, em conexão estreita com temas especificamente juslaborais, como a prevenção de riscos de saúde e segurança ou a não discriminação no acesso ao emprego e nas condições de trabalho. Por seu turno, o Code du Travail francês compreende dois artigos sob o título “Direitos e liberdades na empresa”: um deles (art. 1121-1) proíbe quaisquer restrições aos “direitos das pessoas e às liberdades individuais e colectivas” que não sejam justificadas “pela natureza da tarefa a cumprir nem proporcionadas ao fim visado”; o segundo (art. 1121-2) proíbe a aplicação de quaisquer desvantagens, sanções ou outras medidas discriminatórias a trabalhadores ou candidatos ao emprego pelo facto de terem denunciado ou divulgado factos ilícitos, nomeadamente no domínio da corrupção.

Na verdade, essa escolha destacou apenas direitos fundamentais *inespecíficos*³, isto é, inerentes à cidadania em geral e não restritos à condição de protagonista de relações de trabalho - ou, por outras palavras, à condição do *trabalhador como pessoa*, e não tanto ao “status” de certa pessoa como trabalhador. A utilização do título adoptado pela lei civil é significativa: trata-se da tutela da personalidade, de garantir certas pessoas contra ameaças ou lesões que atinjam a sua “personalidade física ou moral”, como diz o art. 70º do Código Civil. Essas ameaças ou lesões são encaradas, agora na perspectiva do legislador laboral, como típicos corolários da estrutura própria das relações de trabalho, enquanto relações de *poder* - jurídico e factual - *de um contraente sobre o outro*. Ao entrar numa situação desse tipo, a pessoa, portadora de um complexo de direitos que lhe é conatural, vê esses direitos exporem-se a condicionamentos decorrentes da estrutura da relação e do contexto em que ela se desenvolve.

Encarados no seu conjunto, os “direitos de personalidade” acolhidos no Código do Trabalho suscitam algumas reflexões acerca do sentido desse acolhimento e do seu resultado em termos operatórios,

³ Como se sabe, a distinção entre direitos específicos e inespecíficos dos trabalhadores foi estabelecida por Manuel Carlos Palomeque - veja-se Manuel Carlos Palomeque/ M. Alvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 9ª ed., 2001, p. 148. Olhando o Código do Trabalho português, os direitos fundamentais específicos, encontramos-os nesse pequeno feixe de ditames constitucionais que vai do art. 53º ao art. 59º, e que enquadra e orienta todo o sistema de Direito do Trabalho, nas suas dimensões individual e colectiva. Pode dizer-se que os direitos aludidos nas várias alíneas do art. 59º da Lei Fundamental constituem a estrutura de suporte e legitimação de todo o Código do Trabalho. Para além da afirmação do princípio - que é formulado como uma utópica “garantia” - da segurança do emprego, surgem-nos nesse conjunto os fundamentais direitos colectivos que se compreendem no clássico tripé “liberdade sindical/autonomia colectiva/autotutela colectiva”, e logo depois, no art. 59º, os fundamentos de praticamente todos os principais institutos do direito individual do trabalho.

ou seja, no tratamento das situações concretas que solicitam solução jurídica.

O objecto principal dessas reflexões é justamente a ampla zona de sobreposição da Constituição e do Código do Trabalho neste domínio, para além das questões suscitadas pela referida secção do Código Civil, que surge encimado pelo mesmo título. Neste último caso - o do Código Civil - a sobreposição limita-se à tutela da *integridade física e moral*, apresentada como incumbência necessária da lei (art. 70º)⁴, e que é também referida no art. 15º do Código do Trabalho, e ao direito à *reserva da intimidade da vida privada*, (art. 80º), que surge no art. 16º do Código do Trabalho e, de resto, também no art. 26º da Constituição. A arrumação desses regimes no Código Civil é significativa: eles surgem no capítulo reservado às *peças singulares*, numa secção que tem por objecto a capacidade jurídica dessas pessoas. São, em suma, atributos jurídicos essenciais da *pessoa humana*, do indivíduo, enquanto tal, que, de forma genérica, com validade em todos os domínios da vida social, se trata de afirmar.

2. Esta intenção legislativa não parece, contudo, bastar para explicar a passagem da afirmação de tais direitos do território da lei civil - de onde a sua eficácia irradiaria sem dificuldade sobre as relações de trabalho - para o da lei laboral. A intervenção do legislador do trabalho na configuração própria de “direitos de personalidade”

⁴ Cfr. Heinrich Ewald Hörster, A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria geral do Direito Civil, reimp., Coimbra, Almedina, 2013, p. 259: “Este direito geral de personalidade do art. 70º, nº 1, que visa a realização da autodeterminação e defende contra intervenções ou limitações injustificadas, abrange todos os casos dos direitos de personalidade que não são especialmente protegidos pelos artigos 72º a 80º”.

só pode explicar-se por uma adicional aspiração regulatória, que não parece ser imediatamente apreensível.

É, no entanto, com a Lei Fundamental que se verifica uma mais ampla área de sobreposição do núcleo de normas do Código do Trabalho intitulado “direitos de personalidade”⁵. Com efeito, essa área compreende os direitos à *integridade pessoal*, à *protecção de dados pessoais*, à *protecção contra a discriminação*, além da *liberdade de expressão*. Aí se localizam, na codificação laboral, os direitos fundamentais inespecíficos, que incorporam o estatuto do cidadão e, portanto, também o do cidadão-trabalhador⁶.

É, como se sabe, opinião corrente a de que a inclusão de uma secção sobre “direitos de personalidade” no Código do Trabalho constitui uma decisão legislativa inspirada no propósito de reiterar ou reforçar a plena vigência desses direitos no ambiente de trabalho, configurando, assim, os traços básicos de um estatuto da “cidadania na empresa”. Pode relacionar-se com esse ponto de vista a ideia de que tal inclusão não pode significar um gesto de autonomia por parte do legislador laboral, reservando-se uma configuração privativa dos direitos em causa. Nesta matéria, convergem e reforçam-se mutuamente os regimes constitucional, civilístico e laboral.

Esse ponto de vista pode apoiar-se em considerações dignas de ponderação. O trabalho subordinado, no quadro da empresa, inscreve-se numa relação de poder que é juridicamente reconhecida e

⁵ Sobre o tema, veja-se o estudo clássico de Bernardo Xavier, A Constituição portuguesa como fonte de Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 163-203.

⁶ Neste sentido, Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2022, p. 353.

enquadrada. Essa relação de poder, que se legitima pela necessidade de direcção e organização do trabalho, arrasta consigo, em regra, a supremacia de uns e a submissão de outros, ou seja, fenómenos do foro psico-sociológico que reforçam a desigualdade de posições formais do trabalhador e do empregador e - o que aqui mais nos interessa - favorecem a compressão, quando não o aniquilamento, dos direitos e liberdades que o cidadão trabalhador transporta consigo para o emprego.

Nesta óptica, poderia considerar-se compreensível, de algum modo, a preocupação do legislador de repetir e reforçar os direitos inespecíficos através de disposições que tomem em conta os factores de especificidade que decorrem da sua aplicação em ambiente de trabalho dependente.

3. No entanto, trata-se de uma explicação manifestamente insuficiente da sobreposição entre Constituição e Código do Trabalho: mesmo que essa “reiteração” não ocorresse, ninguém sustentaria de certo que a Constituição tivesse que parar à porta da empresa. As soluções expressamente consagradas nos arts. 14º e seguintes da codificação laboral seriam, sem dúvida, encontradas pela jurisprudência a partir do elenco de direitos fundamentais definidos pelo texto constitucional e da ausência de dispositivos legais de ajustamento desses direitos às condições do trabalho na empresa.

Parece, assim, necessário procurar outras razões para a reiteração dos mencionados direitos fundamentais inespecíficos por parte da lei do trabalho.

Uma primeira explicação pode fundar-se no carácter meramente enunciativo e não definitório das referências constitucionais a tais direitos. A Lei Fundamental não oferece, em regra, um descritivo completo das direcções atribuíveis a cada um dos direitos fundamentais ligados à essência da personalidade, no que respeita à tutela dos valores subjacentes, porventura pela variedade dos cenários e contextos em que a realização deles pode ter lugar. Vejam-se, como exemplos, a enumeração de “direitos pessoais” oferecida pelo art. 26º/1 da Constituição - alguns dos quais estão na raiz de “direitos de personalidade” desenvolvidos pela lei laboral - e até mesmo a amplitude com que a liberdade de expressão é consagrada no art. 37º. Abrem-se assim à doutrina e à jurisprudência constitucionais espaços muito amplos de elaboração de conteúdos, que têm sido, de resto abundantemente explorados⁷. O Código do Trabalho assumiu, em 2003, e bem, um papel nesse labor densificante, evidenciando, em certa perspectiva dogmática, a substância pertinente a cada um desses direitos no cenário da organização de trabalho.

Como vimos, poderia sustentar-se que a mencionada reiteração de direitos se baseia no reconhecimento da especial vulnerabilidade a que eles se expõem no contexto de uma relação de poder que é (ou pode ser) também uma relação de supremacia e submissão. E essa perspectiva manifesta-se a propósito dos vários tópicos em que se desdobra a tutela da reserva da intimidade da vida privada: este direito é regulado exclusivamente a partir do interesse do

⁷ Deve-se esse labor de extraordinária qualidade e utilidade a autores como J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007), e Jorge Miranda/ Rui Medeiros (Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010).

trabalhador e por consideração dos riscos específicos a que ele se expõe na relação de trabalho.

É o que ocorre nos regimes de protecção de dados pessoais (art. 17º), da recolha e utilização de dados biométricos (art. 18º), dos testes e exames médicos (art. 19º), dos meios de vigilância a distância (arts. 20º e 21º) e da confidencialidade de mensagens (art. 22º).

4. Todavia, essa unilateralidade não caracteriza todo o referido conjunto de preceitos do Código do Trabalho. Na verdade, os direitos fundamentais propriamente ditos que nesse conjunto são contemplados - os direitos à liberdade de expressão (art. 14º), à integridade física e moral (art. 15º) e à reserva da intimidade da vida privada (art. 16º) - são enunciados numa lógica de *paridade* entre trabalhador e empregador.

Esta lógica, além do mais, contradiz a explicação que pareceria inteiramente satisfatória para o tratamento especificamente laboral de direitos fundamentais inespecíficos - aquela que se baseia no carácter desnivelado da relação de trabalho e na carência específica de protecção dos direitos do trabalhador. Dificilmente se conceberá que um empresário veja a sua liberdade de expressão coarctada por um trabalhador ou mesmo por uma qualquer organização laboral com a qual se relacione. Já é mais imaginável que a integridade física ou mesmo a reserva da privacidade do empregador sejam afectadas por acções de trabalhadores, mas não em processos e “momentos” integráveis na dinâmica das relações de trabalho propriamente ditas. Na verdade, a afirmação (condicional) da liberdade de expressão, do direito à integridade física e moral e do direito à reserva da

intimidade da vida privada têm, no Código do Trabalho, sentido próprio na medida em que esses direitos são vulneráveis às condições em que as *concretas* relações de trabalho se desenvolvem.

Somos tentados a aproximar essa *consideração paritária* dos direitos fundamentais do trabalhador e do empregador de outros regimes em que tendência semelhante se encontra bem expressa. O exemplo que logo ocorre é o do desenvolvimento da *liberdade sindical* - esta, sim, um direito específico - por parte do legislador do trabalho.

A liberdade sindical surge, na Constituição, como um direito, liberdade e garantia dos *trabalhadores* (arts. 55º e 56º)⁸. Não é meramente uma forma específica do direito de associação, diferenciada por os seus titulares serem trabalhadores. É uma liberdade de associação *garantida*, especialmente *protegida* pela ordem jurídica, em função da carência específica de reforço da capacidade de defesa e promoção de interesses que os trabalhadores experimentam perante a supremacia económica e psicológica dos empregadores.

Ora, como se sabe, o Código do Trabalho, na medida em que as realidades lho permitem, desenvolve o conteúdo da liberdade sindical como se se tratasse de uma pura *emanação do direito de associação* em geral (arts. 440º e seguintes). A ideia de que a liberdade sindical é um atributo comum dos trabalhadores e dos empregadores transparece claramente nos regimes da constituição, da filiação e da

⁸ Entendida a expressão como restrita aos trabalhadores por conta de outrem ou subordinados. As recentes alterações ao Código do Trabalho, consagradoras de alguns direitos colectivos dos trabalhadores autónomos economicamente dependentes (arts. 10º e 10º-A, com a redacção dada pela Lei 13/2023, de 4 de Abril) não parecem - até que surja "legislação específica" esclarecedora - suficientes para fundamentar uma ampliação do âmbito da liberdade sindical constitucionalmente enquadrada.

estruturação orgânica das associações sindicais e das associações de empregadores.

Tanto nesse ponto, como noutros, vem à superfície a sensibilidade civilística - subtilmente inspiradora de algumas soluções do Código de 2003 e mantida, acriticamente, no de 2009 -- segundo a qual a consideração imparitária de sujeitos de direito que são protagonistas de relações contratuais é uma anomalia que se pode suportar quando inevitável, mas que se deve metabolizar sempre que possível por actuação dos enzimas do direito privado comum.

5. A segunda razão da sobreposição que se verifica entre a Constituição e o Código do Trabalho no tocante à consagração de direitos fundamentais inespecíficos localiza-se no facto de os direitos em questão - enquanto direitos fundamentais *dos trabalhadores* - se confrontarem, no âmbito da empresa e no tecido das relações de trabalho, com outros direitos fundamentais, em particular, como vimos, a *liberdade de iniciativa económica* ou *liberdade de empresa*. Esta liberdade compreende o direito de criar, organizar, reestruturar e destruir empresas, ou seja, o direito de criar e destruir emprego. É nessa perspectiva que se abre o referido confronto, a partir da constitucionalização de todos esses direitos - incluindo os alinhados no art. 59º da CRP.

De resto, esse confronto é comum aos direitos específicos e inespecíficos. Não lhes é reconhecível, nem a uns nem a outros, o carácter de direitos absolutos, precisamente porque se inscrevem num cenário relacional, em que as valorações subjacentes à sua estruturação como direitos devem conjugar-se com outras, de sinal contrário,

inerentes ao facto de a sua realização ter um lugar próprio e definido, que é a *organização de trabalho*, portadora de exigências próprias e funcionalizada a interesses contrapostos aos dos trabalhadores. A inclusão de todas essas posições jurídicas num mesmo catálogo, e a possibilidade de colisão entre algumas delas, postula de imediato uma “gestão de conflitos” que implica uma certa dose de relativismo. Essa “gestão” não a faz a Constituição - cabe ao legislador ordinário e, em última análise, à jurisprudência.

É assim, nomeadamente, que a garantia da *segurança do emprego*, indutora da construção de regimes fortemente constrangedores da liberdade de desvinculação dos empregadores, se confronta com a liberdade de iniciativa económica ou liberdade de empresa, prerrogativa igualmente dotada de dignidade constitucional, de que deriva o direito de dispor da própria existência da organização do trabalho e, em sequência lógica, do volume de emprego por ela suportado. A fórmula de compatibilização que a lei ordinária - isto é, o Código do Trabalho - estabelece actualmente entre os dois princípios potencialmente conflituantes é ainda favorável ao da segurança do emprego. Traduz-se na configuração dos despedimentos individuais como medidas de *ultima ratio*, sem alternativa socialmente comportável, e na possibilidade de imposição da reintegração do trabalhador ilicitamente despedido.

No entanto, tal fórmula não abrange o despedimento *colectivo*. Esta modalidade de cessação de contratos de trabalho aparece conformada pela lei como um instrumento de gestão e organização da empresa, destinada, pois, a concretizar decisões que os empregadores têm o direito de tomar ao abrigo da *liberdade de empresa*. Nessa

configuração, secundariza-se a segurança do emprego individual, mas não só isso: ignora-se a necessidade de garantir condições de governo do mercado de trabalho, isto é, de permitir que a administração do trabalho e do emprego acompanhe e escrutine os modos por que são transferidas para o desemprego quantidades mais ou menos importantes de empregados.

Aí, a segurança do emprego só marginalmente é considerada: a liberdade de empresa impera.

6. No que se refere aos direitos inespecíficos a que se referem os arts. 14º e seguintes do Código do Trabalho, parece forçoso reconhecer também que a colisão entre esses direitos e a liberdade de empresa tende, à luz dos respectivos regimes legais, a resolver-se contra os primeiros.

Por um lado, é inegável que o regime legal dos referidos direitos envolve um reforço específico da sua preservação, desde logo através de um certo grau de *densificação* - veja-se o modo por que são regulados o “direito de perguntar” do empregador (art. 17º) e a realização de testes e exames médicos por iniciativa deste (art. 19º) - e, depois, pelo mecanismo da responsabilidade contraordenacional. No mesmo sentido, a verbalização da liberdade de expressão, no art. 14º, ao evidenciar que ela existe e é exercida também “no âmbito da empresa” - ou seja, no espaço de autoridade e controlo do empregador - , confere-lhe uma específica relevância laboral, permitindo configurar uma espécie de imunidade disciplinar para os casos em que essa liberdade seja exercida em termos críticos relativamente aos procedimentos e até às políticas empresariais.

Mas, por outro lado, deixando à margem o direito à integridade física e moral, que é, por natureza⁹ (isto é, pela sua coessencialidade com a personalidade, como o direito à vida), insusceptível de suportar restrições fundadas na harmonização com outros direitos fundamentais, a secção do Código que trata desta matéria contempla um conjunto de acomodações e temperos à plena realização dos direitos de personalidade, tendo em vista a sua compatibilização com uma medida máxima de salvaguarda da liberdade de iniciativa económica, nas vertentes da criação, organização e gestão de empresas. É certo que a preservação das condições de funcionamento da empresa e da sua normal capacidade produtiva constitui um ponto de convergência de interesses, uma vez que a empresa é o suporte do emprego. Mas, por outro lado, essa intangibilidade tem subjacente a salvaguarda dos poderes de gestão e organização do trabalho, definidores da específica posição jurídica dos empregadores e funcionais à realização dos seus interesses.

Tais acomodações - melhor se diria: *restrições* - acabam por gerar dificuldades à efectivação dos referidos direitos dos trabalhadores, no confronto com a realidade da vida das empresas.

7. Veja-se, por exemplo, agora a partir de um outro ângulo de observação, a “liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião” que a lei consagra, para ser exercida “no âmbito da empresa”. O art. 14º do Código do Trabalho logo define que essa liberdade deve ser praticada “com respeito dos direitos de

⁹ Cfr. J.J. Canotilho/Vital Moreira, Constituição..., pp. 445 ss..

personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa”.

Note-se, desde logo, que esta liberdade é reconhecida não só ao trabalhador, mas também ao empregador e aos titulares de cargos hierárquicos na empresa. *Todos* devem, por isso, observar, no exercício da liberdade de expressão e de opinião, os limites impostos pelo “respeito” dos direitos de personalidade de *todos*. Que direitos de personalidade são esses? Naturalmente, e antes de todos, o “direito ao bom nome e reputação” consagrado no art. 26º/1 da Constituição. Notar-se-á que este direito tem que ser respeitado na sua plenitude -- não há, no texto da norma, gradações nem acomodações. Qualquer exteriorização do trabalhador que seja apta a atingir o bom nome e a reputação do empregador - independentemente da sua veracidade, pertinência e até utilidade social - parece, à luz do enunciado legal, susceptível de ser considerada violadora dos limites da liberdade de expressão - nem que seja pela acrítica invocação do factor “confiança” como suporte da relação de trabalho¹⁰.

Com efeito, na escassa jurisprudência sobre o tema, é notória uma sensibilidade peculiar à defesa do bom nome e da reputação do empregador.

Recorde-se um caso decidido há uma década pelo STJ, em que se tratava de críticas feitas por uma jornalista em serviço num canal de televisão, em entrevista a um jornal de grande circulação, à situação difícil do órgão em que trabalhava¹¹. A certa altura, afirmou:

¹⁰ Veja-se STJ 06/03/2019 - Pº 296/17.9T8FAR.E1.S1 (António Leone Dantas).

¹¹ STJ 28/05/2014 - Pº 2786/11.8TTL5B.L1.S1 (Fernandes da Silva). Na entrevista em causa, a jornalista proferiu as seguintes afirmações: “Acho que a BB (o

“piorar, acho que é impossível”. Foi prontamente instaurado um processo disciplinar, que culminou com a aplicação de uma sanção leve, que, mesmo assim, impugnou.

O acórdão pronunciou-se nos seguintes termos: “De gravidade objectiva e subjectiva mitigada (...), não é indiferente ou anódino, em são critério, dizer-se, falando da sua empregadora, nas circunstâncias referidas, que, em termos informativos, ‘piorar, acho que é impossível.’ Mais do que uma aceitável crítica, compreensível no âmbito da reconhecida liberdade de expressão e opinião (...), a afirmação precedente envolve um evidente juízo depreciativo, que atinge negativamente a qualidade de um serviço essencial do empregador, com fatal repercussão pública na sua imagem, alcançando também reflexamente a pessoa dos respectivos responsáveis.”

Se olharmos com atenção, verificaremos que este juízo corresponde bem ao teor literal do art. 14º do Código, e só merece, a nosso ver, censura porque reduz a liberdade de expressão e opinião às dimensões de uma regra de comportamento social delicado e cortez, ainda que possivelmente crítico...

8. Essa constatação resulta reforçada pelo segundo limite ao exercício livre da expressão e da opinião: o “respeito (...) pelo normal funcionamento da empresa”. Estarão porventura aqui em causa

canal e televisão em que trabalhava) tem muito a melhorar em termos informativos. Piorar, acho que é impossível”. “Gostava que começássemos a dar cartas, que deixássemos de seguir as páginas dos jornais e as notícias da rádio e passássemos a ser nós a fazer as páginas do dia seguinte”. Inquirida sobre o que estava a fazer, respondeu: “Estou na “...”, um programa que foi vampirizado, literalmente, pelo “...” por causa das boas audiências que fazia e deixou de ter existência própria. Chegou a ter mais audiências do que quaisquer “...”. E concluía: “Se calhar, o que o “...” tem de fazer é melhor a sua informação”.

formas de expressão - por exemplo, em colectivo - capazes de originar interrupção ou irregularidade no processo de laboração. Assim, neste segundo limite da liberdade de expressão, o que está em causa é, a nosso ver, o cumprimento dos *deveres de respeito e urbanidade* estabelecidos no art. 128º do Código do Trabalho. Esses deveres não assumem apenas uma relevância ético-social - definem condições de viabilidade e funcionalidade da colectividade de trabalho, ou seja, da *normalidade do seu funcionamento*. Deste modo, o que transpõe desse segmento do preceito é ainda a contenção da liberdade de expressão por um critério de normalidade, de moderação, de banalidade, que permite excluir qualquer perturbação da tranquilidade no clima social da empresa.

Algo de semelhante pode dizer-se acerca dos regimes fundados na *protecção da privacidade* do trabalhador (arts. 17º a 22º do Código do Trabalho), que têm como comum denominador a consideração de “particulares exigências inerentes à natureza da actividade” - permitindo, por um lado, contemplar cuidados com a saúde e segurança no trabalho, e, por outro, a *normalidade* da laboração. Desde logo, as “particulares exigências” aludidas pela lei podem abranger uma multiplicidade de considerações. Tratando-se de actividades que obrigam ao contacto com substâncias nocivas para a saúde, ou ao uso de equipamentos perigosos, esses limites à impenetrabilidade da esfera privada do trabalhador assumem significado ainda positivo do ponto de vista dos interesses deste último, podendo falar-se de um equilíbrio de perdas e vantagens. Mas a própria lei torna claro que as referidas “exigências”, restritivas da protecção da privacidade, podem pertencer a outra ordem de circunstâncias e ponderações,

nomeadamente as que se reportam à normalidade do funcionamento da empresa. É o que decorre do art. 19º/1, referente aos testes e exames médicos destinados à “comprovação das condições físicas ou psíquicas” do candidato a emprego ou trabalhador. Eles podem, afinal, ser realizados com uma de duas finalidades (ou mesmo ambas): a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, por um lado, e a observância de “particulares exigências inerentes à actividade”, por outro - sendo manifesto que esta última consideração visa garantir a *normalidade* da laboração da empresa.

Essa mesma expressão se encontra a propósito da admissibilidade do uso de “meios de vigilância a distância” (art. 20º/2), os quais não podem servir para “controlar o desempenho profissional do trabalhador” (nº 1 do mesmo artigo), mas são utilizáveis para a “protecção e segurança de pessoas e bens” e ainda “quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem” - sendo, mais uma vez, muito dificilmente configuráveis situações em que, não estando em causa a protecção de pessoas e bens, nem (muito menos) o desempenho profissional dos trabalhadores, a natureza da actividade legitime tal recurso, para além da garantia da *continuidade e normalidade* da laboração.

9. Já se observou que não é sustentável a opinião de que a liberdade de expressão, no âmbito da empresa, como qualquer outro dos direitos de personalidade consagrados na Constituição e reflectidos no Código do Trabalho, deva assumir carácter absoluto e irrestrito. Pertence à própria lógica interna do catálogo de direitos fundamentais que a eventual colisão dessa liberdade, ou de outros direitos da

mesma natureza, com os das entidades empregadoras tem que pôr em movimento o mecanismo de compatibilização que se traduz na mútua limitação de uns e de outros, com ressalva dos respectivos conteúdos essenciais.

Mas, a nosso ver, o modo (e até, porventura, a motivação principal) por que a lei do trabalho aborda a matéria dos “direitos de personalidade” envolve uma espécie de “metabolização” deles na fisiologia da empresa, uma normalização (e redução?) que acarreta algum risco de distanciamento dos desígnios constitucionais. De algum modo, essa postura normativa aproxima-se do modelo predominante das relações de trabalho na empresa, em Portugal (e noutros países, aliás), revelando uma intencionalidade legislativa mais dirigida à efectividade das normas do que a qualquer objectivo transformador. Que o trabalhador apareça a reclamar severamente o respeito da sua privacidade, a queixar-se à Comissão Nacional de Protecção de Dados ou a proclamar irrestritamente opiniões (fundamentadas em números e análises económicas) acerca do modo por que a empresa é gerida, é algo que não quadra à concepção predominante da empresa, como espaço de domínio e controlo do empregador, concepção essa que o legislador acolhe como sua. Ela parametriza a bitola segundo a qual tendem a ser valorados danos reputacionais ou quebras de respeito e urbanidade derivados do exercício de liberdades na empresa.

A incorporação do reconhecimento expresso dos direitos de personalidade no regime das relações de trabalho, e, portanto, no ambiente da organização de trabalho, constituiu certamente um passo positivo e favorável à efectivação do pensamento constitucional a

esse respeito - mas não pode deixar de ser também encarado, e interpretado, na linha dos critérios de instrumentalidade económica que têm, nas últimas décadas, orientado a evolução do Direito do Trabalho em Portugal.

Bibliografia citada:

MANUEL CARLOS PALOMEQUE/ M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 9ª ed., 2001

HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria geral do Direito Civil*, reimp., Coimbra, Almedina, 2013

BERNARDO XAVIER, *A Constituição portuguesa como fonte de Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra, Almedina, 2004

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2022

J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.



REVISITANDO O REGIME DE HORÁRIOS FLEXÍVEIS NA PARENTALIDADE - NOTAS SOBRE AS RECENTES ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS*

*REVISITING THE PARENTAL FLEXITIME REGIME - NOTES ON RECENT
CASE-LAW GUIDELINES*

António Nunes de Carvalho**

Sumário: 1. O tema; 2. Enquadramento; 3. A noção de horário flexível; 4. Determinação do horário em regime de horário de trabalho flexível; 5. Determinação do horário em regime de horário de trabalho flexível (cont.). A questão dos dias de descanso; 6. A possibilidade de recusa do pedido de regime de horário flexível pelo empregador; 7. Observações finais.

Resumo:

Ensaia-se neste artigo uma reflexão sobre o regime de horário de trabalho flexível no quadro da protecção da parentalidade, estabelecido nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, à luz da abordagem jurisprudencial. Depois de um

* Durante mais de trinta anos, foi-me dado o privilégio de ir encontrando, em tarefas académicas ou em encontros científicos, no âmbito de trabalhos de produção legislativa ou na actividade de jurisconsulto, o Professor Doutor Pedro Romano Martinez. De cada um desses encontros ficou uma marca indelével, desde logo de rigor e maturidade científicas, mas também, num plano ainda mais enriquecedor, de rectidão, afabilidade e generosidade pessoal. O presente texto pretende valer como singelo agradecimento por esse privilégio.

** Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

enquadramento, no qual se assinalam os vectores fundamentais deste tipo de mecanismos, atendendo às abordagens da Organização Internacional do Trabalho e do Direito Europeu, são analisadas três questões fundamentais: noção legal de horário flexível, determinação do horário em regime de horário flexível (com uma nota particular sobre a determinação dos dias de descanso) e possibilidade de recusa de atribuição deste regime pelo empregador. A propósito de cada uma destas questões procede-se à análise crítica da jurisprudência. Essa análise leva a considerar que os tribunais frequentemente desatendem a natureza compromissória do regime, adoptando uma abordagem unilateral, que não pondera suficientemente o quadro geral de protecção na parentalidade e que nem sempre se contem nas margens interpretativas consentidas pelo dado legal.

Abstract:

This article presents a reflection on the flexible working hours regime within the framework of parental protection, set in articles 56 and 57 of the Labour Code, in the light of the relevant case-law. After an overview, in which the fundamental vectors of this type of mechanism are highlighted, taking into account the approaches of the International Labour Organization and of European Law, three fundamental issues are analyzed: the legal concept of flexitime, establishing the working hours within the flexitime regime (with a special note on the establishing of rest days) and the possibility for the employer to refuse to grant this regime. A critical analysis of the case law concerning each one of these issues is carried out. This analysis leads us to consider that the courts often ignore the compromising nature of the regime, adopting a unilateral approach, which does not take sufficiently into account the general framework of the parental protection regime and which does not always limit itself to the interpretative margins allowed by legal provisions.

1. O tema

O ordenamento laboral português consagra, com notável - e adequada - amplitude, a possibilidade de acesso a regimes de flexibilização do horário de trabalho no quadro da tutela da parentalidade. Esse regime, actualmente vertido nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho¹, culmina um percurso iniciado com o artigo 15.º da

¹ As referências a normas legais, salvo indicação em contrário, devem entender-se como reportadas ao Código do Trabalho, na versão em vigor.

Lei n.º 4/84, de 5 de Abril (que estabeleceu o regime de protecção na maternidade e na paternidade), onde se consagrava, para os trabalhadores com um ou mais filhos menores, o direito a trabalhar em horário reduzido ou flexível, em condições a regulamentar. O actual regime do Código do Trabalho recebe, fundamentalmente, a disciplina que foi sendo construída a partir desse preceito da Lei n.º 4/84².

Fruto de uma abordagem (saudavelmente) ambiciosa³ e (menos saudavelmente) voluntarista, nem sempre exigente do ponto de vista técnico-jurídico, mas também de opções menos felizes do ponto de vista sistemático, estas normas deram origem, numa tendência que se avolumou nos últimos anos, a complexos problemas de interpretação, que não têm merecido, por parte da Administração do Trabalho, tratamento consentâneo. A propósito da intervenção da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) neste âmbito⁴

² Para esta evolução, cfr., em particular, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A protecção da maternidade e paternidade no Código do Trabalho, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2004, n.ºs 1-2, pp. 42-44 e BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2014, n.º 1-4, pp. 34-40. Veja-se ainda S. LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares” in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. VIII, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 120-122. CC

³ É significativo que, após a descrição dos tortuosos - senão mesmo torturados - desenvolvimento que conduziram à aprovação da Directiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO assinala que “o enquadramento português já ultrapassa as disposições mínimas impostas pela legislação da EU”, com um “regime mais vantajoso do que o que é imposto pela Directiva” - “O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, a nova Directiva sobre conciliação e o seu impacto no ordenamento jurídico português” in Labour 2030. Papers presented at II International Congress, pp. 64 e 67, disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/38674>

⁴ Da qual, apesar da sua grande importância, não nos ocuparemos nestas páginas, remetendo para BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit. e, para uma

foi já assinalada a tendência para uma abordagem unilateral (aludindo-se, mesmo, a “algum fundamentalismo”), “descurando as dificuldades operacionais das empresas”⁵. Nos últimos anos, este posicionamento da CITE tem sido secundado, com alguma frequência, por vários tribunais, incluindo, em tempos mais recentes, alguma jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

Consideramos, em função desta nossa leitura, que se justifica propor ligeiras notas de reflexão sobre certos pontos essenciais do regime, tendo sobretudo em atenção o posicionamento da jurisprudência. Neste sentido, e após um sumário enquadramento, iremos abordar, sem preocupação de exaustividade, algumas das questões postas pelos referidos artigos 56.º e 57.º, tendo presentes algumas pronúncias dos tribunais portugueses.

2. Enquadramento

I - A regulação do tempo de trabalho, tanto na perspectiva da qualificação do objecto do contrato de trabalho, como na da determinação de regras sobre a sua duração e organização, constitui claramente um dos núcleos fundamentais na criação e evolução do Direito do Trabalho⁶.

visão mas recente, S. LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 135 e ss.

⁵ G. DRAY, anotação ao artigo 57.º in P. ROMANO MARTINEZ et alii, Código do Trabalho Anotado, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, p. 189.

⁶ Poderá dizer-se que tal se deve, pura e simplesmente, à circunstância de “ontem, como hoje, o Direito do trabalho [intervir] para tratar de reconstruir um espaço-tempo humanamente vivível” - J. L. MONEREO PÉREZ/ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, Comares, 2009, p. 8.

O tratamento normativo do tempo de trabalho começou por se centrar numa lógica sobretudo quantitativa, dirigindo-se primordialmente à limitação da jornada de trabalho, com vista à tutela da segurança e saúde dos trabalhadores⁷. A partir daí, a evolução do quadro legal nesta matéria foi pautada por uma crescente abertura a dimensões qualitativas. No último quartel do século XX, foi ganhando especial relevância a consideração do tempo de trabalho como variável fundamental de gestão da empresa, impondo o reconhecimento de mecanismos vários de flexibilização da gestão patronal do tempo de trabalho, bem como a relevância da vertente temporal na concepção das políticas de emprego⁸. Mais recentemente, e para além da valoração crescente do projecto de uma emancipação do trabalhador quanto à gestão do seu tempo - a partir da proposta do *temps choisi*⁹ -, avultam nas últimas décadas as preocupações ligadas à conciliação da actividade profissional com a vida pessoal e familiar do trabalhador. De uma tutela centrada na protecção do corpo do trabalhador e da garantia de algum equilíbrio nos termos da troca objectivada na celebração do contrato de trabalho passou-se, pois, para a consideração de parâmetros crescentemente mais abrangentes, que privilegiam agora, também, os imperativos associados à

⁷ Sobre esta abordagem, cfr., por exemplo, J. THOEMMES, *Vers la fin du temps de travail?*, Paris, PUF, 2000, pp. 22 e ss.

⁸ Neste sentido, refere MONTEIRO FERNANDES que “a evolução que se verifica no tocante aos regimes de duração do trabalho não se explica somente pela pressão reivindicativa dos trabalhadores no sentido da sua progressiva redução”, “outros factores - nomeadamente a necessidade social da partilha do emprego existente, a evolução tecnológica, as mudanças organizacionais - influenciam fortemente a disciplina do tempo de trabalho” - *Direito do Trabalho*, 22.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 480.

⁹ Veja-se, entre muitos outros, G. GASPARINI, *Il tempo e il lavoro*, 2.ª ed., Milão, Franco Angeli, 1990, pp. 19-123.

harmonização dos equilíbrios estritamente laborais com a tutela da qualidade de vida do trabalhador, designadamente no que toca à conciliação da vida pessoal com a familiar. Dando nota da preponderância hoje adquirida por esta perspectiva, sintetiza MELLA MÉNDEZ, “ninguém duvida da extraordinária importância que, no quadro actual de uma sociedade democrática e das políticas sociais da União Europeia e dos organismos internacionais, possui o tema da conciliação da vida laboral e privada - especialmente familiar - das pessoas trabalhadoras”, acentuada “pela transversalidade da matéria e pela necessidade de que ambas as partes harmonizem equilibradamente os seus interesses pessoais e profissionais no sentido de garantir o ideal de que as pessoas possam tornar perfeitas duas coisas ao mesmo tempo: trabalhar e viver”¹⁰.

II - Esta evolução, de um momento fundador ligado à parametrização quantitativa da prestação de trabalho a uma abordagem muito mais recente focada na dimensão qualitativa, de harmonização dos vários interesses envolvidos (de adequação às necessidades da organização produtiva e de resposta aos desafios postos pela conciliação da vida profissional com a vida pessoal), é bem evidenciada no caminho percorrido no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A abordagem tradicional continua a ter o seu paradigma na Convenção n.º 1 sobre a duração do trabalho na indústria (de 1919) e na Convenção n.º 30 sobre as horas de trabalho no comércio e serviços

¹⁰ “Prólogo” in L. MELLA MÉNDEZ (dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Madrid, Delta - Publicaciones Universitarias, 2015, p. VII.

(1930), que se ocupam da matéria do tempo de trabalho estabelecendo limites máximos de duração e impondo regras básicas em matéria de interrupções e de organização no quadro do contrato de trabalho. Já, em momento muito mais recente, o tratamento que encontramos no relatório da Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho (“Trabalhar Para um Futuro Melhor”, de 2019¹¹) aponta para o objectivo de conjugar a atribuição de uma maior soberania aos trabalhadores sobre o seu tempo com a preservação da utilidade da prestação no contexto de organizações produtivas necessariamente mais flexíveis, considerando que “os governos, os empregadores e os trabalhadores devem esforçar-se por acordar sobre a organização do tempo de trabalho que permita aos trabalhadores e trabalhadoras escolher os seus horários de trabalho, respeitando as necessidades que a empresa tenha de maior flexibilidade”. Neste sentido, o “Guia para estabelecer uma organização do tempo de trabalho equilibrada”, publicado em 2019 pela OIT¹², aponta cinco dimensões significativas de trabalho digno na área do tempo de trabalho (ou “tempo de trabalho digno”): promover a saúde e a segurança, aumentar a produtividade e a sustentabilidade das empresas, ser favorável à família e melhorar o equilíbrio entre a vida profissional e a vida pessoal, promover a igualdade de género e proporcionar aos trabalhadores e trabalhadoras um grau de opção e influência no que respeita às suas horas de trabalho.

¹¹ Disponível em www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2019/03/Trabalhar-Futuro-Melhor_COMISSAO-MUNDIAL.pdf

¹² Disponível em www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_771888.pdf

No que concerne especificamente às exigências decorrentes da conciliação da vida profissional com a vida familiar, a Recomendação n.º 165.º da OIT (na sequência da Convenção n.º 156 da OIT, relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos dois Sexos: Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, 1981) determina que “devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades nacionais e com os legítimos interesses de outros trabalhadores para assegurar que as condições de emprego permitam a trabalhadores com encargos de família conciliar o seu emprego e esses encargos” (ponto 17), havendo que “adotar mais flexibilidade na organização dos horários de trabalho, dos períodos de repouso e das férias, levando-se em consideração o estágio de desenvolvimento e as peculiares necessidades do país e de diferentes sectores de actividade” (ponto 18, b).

III - Também o Direito da União Europeia de alguma maneira acompanhou este movimento (ainda que num caminho trilhado a partir das balizas próprias do projecto europeu e das suas vicissitudes), com a aprovação de vários instrumentos normativos que asseguram tutelas de vária natureza e de mecanismos de garantia em matéria de proibição de discriminação em função do sexo, de conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal e de protecção da maternidade e da paternidade. Apesar de, no âmbito da União Europeia, o tema da conciliação da actividade profissional com a vida familiar

e pessoal ter surgido em momento relativamente tardio¹³, registou-se uma rápida evolução¹⁴.

Num momento inicial, o tema começou por ser tratado no âmbito da protecção da segurança e saúde dos trabalhadores, para, numa segunda fase, passar a ser encarado no quadro do tópico da igualdade de oportunidades dos trabalhadores¹⁵, ainda marcado pelo “paradigma da mãe” (na designação de TIZIANA VETTOR)¹⁶.

Cumprе mencionar, desde logo, a aprovação da Directiva 96/34/CE, do Conselho, que concedeu o direito à licença parental, posteriormente substituída pela Directiva 2010/18/UE, do Conselho (alterada pela Directiva 2013/62/UE, do Conselho). Este regime¹⁷ tinha, ainda assim, um âmbito bastante limitado, não abarcando as questões ligadas à definição de esquemas flexíveis de prestação do trabalho¹⁸. Outras intervenções se sucederam, designadamente as Directivas 2006/54/CE, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional, e

¹³ Assim, M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tempo de Trabalho e Conciliação entre a Vida Profissional e a Vida Familiar - Algumas notas” in M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO/ T. COELHO MOREIRA (coords.), *Tempo de Trabalho e Tempos de Não Trabalho*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 103.

¹⁴ C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 453.

¹⁵ Para uma análise desta evolução, cfr. M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Tempo de Trabalho e Conciliação entre a Vida Profissional e a Vida Familiar - Algumas notas”, cit., pp. 103 e ss. Vr. também MARIA MARGARIDA GÓIS MOREIRA, “O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar”, *Questões Laborais*, n.º 41, pág. 134 e ss.

¹⁶ *Conciliare vita e lavoro*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2018, pp. 8-9.

¹⁷ Que apontava, no sentido da superação do “paradigma da mãe”, para uma abordagem mais dirigida à corresponsabilização de ambos os progenitores - P. NUÑEZ-CORTEZ CONTRERAS/ J. F. LOUSADA AROCHENA, *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 14-15.

¹⁸ Apontando, justamente, estas insuficiências, V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Turim, Giappichelli Ed., 2008, págs. 60-62.

2010/41/EU, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente. De todo o modo, apesar da relevância de algumas referências contidas em textos fundamentais do Direito Europeu (v. g., no artigo 153.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e em algumas disposições da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), registava-se “a ausência de uma diretiva específica em matéria de conciliação”¹⁹.

Esta ausência foi colmatada com o surgimento da Directiva (EU) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores. Aprovada em desenvolvimento da alínea i) do n.º 1 do artigo 153.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁰ e considerando os princípios estabelecidos no Pilar Europeu dos Direitos Sociais em matéria de igualdade de género e de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar²¹, esta Directiva enuncia o quadro fundamental no âmbito europeu no que concerne ao tema em análise.

¹⁹ J. CRUZ VILLALÓN, “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” in MELLA MENDÉZ (dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, cit., p. 13.

²⁰ Onde se estabelece que a União deve apoiar e complementar a acção dos Estados-Membros, entre outros, no domínio da igualdade entre homens e mulheres no que respeita às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho.

²¹ Como refere CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “O Pilar Europeu de Direitos Sociais foi aprovado através de dois documentos: a Recomendação (UE) 2017/761 da Comissão, de 26 de abril de 2017³⁸, e a subsequente Proclamação interinstitucional conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (2017/C 428/09)³⁹”; “a Proclamação não corresponde a um ato legislativo, logo estamos perante um instrumento juridicamente não vinculativo, que corresponde antes a um compromisso político a ser concretizado através de ulteriores iniciativas legislativas” - “O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, a nova Directiva sobre conciliação e o seu impacto no ordenamento jurídico português”, cit., p. 60.

Conforme se lê nos seus considerandos, “a fim de incentivar os trabalhadores que são progenitores e cuidadores a permanecerem no activo, é importante que possam adaptar os horários de trabalho às suas necessidades e preferências pessoais”, para o que “deverão ter direito de solicitar regimes de trabalho flexíveis” (n.º 34). Os Estados-Membros deverão regular esta matéria de modo a “responder às necessidades tanto dos trabalhadores como dos empregadores”, podendo “limitar a duração dos regimes de trabalho flexíveis solicitados” (n.º 35). “Ao examinar os pedidos de regimes de trabalho flexíveis, os empregadores deverão ter em conta, nomeadamente, a duração dos regimes de trabalho flexíveis solicitados, assim como os seus recursos e a sua capacidade operacional para oferecer esses regimes” e “o empregador deverá poder decidir se aceita ou recusa o pedido de um trabalhador relativamente a um regime de trabalho flexível” (n.º 36).

No articulado, a Directiva começa por definir “regimes de trabalho flexíveis” como “a faculdade de os trabalhadores adaptarem os seus ritmos de trabalho, nomeadamente pela utilização de regimes de teletrabalho, horários de trabalho flexíveis ou uma redução das horas de trabalho” (alínea i) do n.º 1 do artigo 3.º). Por sua vez, o n.º 1 do artigo 9.º prescreve que “os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os trabalhadores, com filhos até uma determinada idade, de pelo menos oito anos, e os cuidadores tenham o direito de solicitar regimes de trabalho flexíveis para poderem ocupar-se da prestação de cuidados” e que “a duração dos regimes de trabalho flexíveis pode estar subordinada a uma limitação razoável”. De acordo com o n.º 2, “os empregadores devem

tomar em consideração e atender esses pedidos de regimes de trabalho flexíveis referidos no n.º 1 num prazo razoável, tendo em conta as suas necessidades e as dos trabalhadores”, devendo “justificar a recusa de um tal pedido ou qualquer adiamento da aplicação desses regimes”. Também quando esteja em causa o regresso ao ritmo de trabalho original “os empregadores devem tomar em consideração e atender os pedidos (...) tendo em conta as suas necessidades e as dos trabalhadores”.

O teor da Directiva confirma, a nosso ver, a leitura feita por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO quanto à evolução do Direito Europeu “em matéria de conciliação como na maioria das outras matérias ditas sociais”: “o Direito da união Europeia continua a ter uma perspectiva compromissória e não exclusivamente proteccionista, ponderando ora os interesses de protecção dos trabalhadores, ora os interesses dos empregadores e das empresas, ora os interesses financeiros dos Estados Membros”, o que constitui uma “marca indelével do Direito Social da União Europeia”²². Esta ideia de compromisso impregna, na verdade os textos fundamentais do Direito Europeu: verificando-se, por exemplo, que na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a consagração da “protecção da família nos planos jurídico, familiar e social”, inscrita no n.º 1 do artigo 33.º, surge ao lado da afirmação da liberdade da empresa, no artigo 16.º.

Este carácter compromissório está, como vimos, igualmente presente nas próprias orientações emanadas da OIT. E se - de modo algo surpreendente, diga-se - esta natureza compromissória parece, por

²² “Tempo de Trabalho e Conciliação entre a Vida Profissional e a Vida Familiar - Algumas notas”, cit., p. 110.

vezes, ser encarada como uma anomalia, o certo é que traduz um modo de ser fundamental do ordenamento laboral: com efeito, “seja pela definição dogmática, seja pelo desenvolvimento histórico, o direito do trabalho é um direito social e distributivo”, mas é também “um direito da produção, ou seja, um instrumento de gestão da empresa e da regulamentação das modalidades de encontro entre capital e trabalho”²³.

IV - Voltando o olhar para o ordenamento nacional, ainda em sede de enquadramento, há que atentar nas indicações consignadas no plano constitucional.

A alínea *b*) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição consagra o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em termos que facultem a conciliação da actividade profissional com a vida familiar. Desta previsão resulta, claramente, o reconhecimento de limitações à liberdade de organização do empregador²⁴, designadamente no sentido de proporcionar aos trabalhadores a conciliação da vida profissional com a familiar. O preceito tem um sentido eminentemente programático, sendo claro que “o Estado dispõe de uma ampla margem de liberdade na [sua] concretização”²⁵. Ao fazê-lo terá, em

²³ M. BIAGI, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 2003, pp. 363-364. Cfr. também, em sentido não totalmente coincidente, P. ICHINO, *Lezione di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè Editore, 2004, p. 87 e ss. Veja-se ainda P. ROMANO MARTINEZ, “Interpretação e aplicação das normas laborais (Revisitação do favor laboratoris: ativismo jurídico versus segurança jurídica)” in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 251.

²⁴ Sobre a recondução do poder organizativo do empregador à liberdade de empresa, veja-se, por ex., F. DI LORENZO, *Potere di organizzazione dell’imprenditore e flessibilità del lavoro*, Turim, Giapichelli, 2010, pp. 65 e ss.

²⁵ J. MIRANDA/ R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed. revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 836.

qualquer caso, de articular esta posição constitucionalmente tutelada com a liberdade de organização do empregador, enquanto vertente essencial da liberdade de empresa enunciada no artigo 61.º, da qual promanam limitações ao poder de conformação do legislador ordinário²⁶.

Também na alínea *h*) do n.º 2 do artigo 67.º, agora no âmbito da protecção constitucional da família, se incumbe o Estado de “promover, através da concertação das várias políticas sectoriais, a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”. Como notam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, “o legislador pode concretizar uma tal incumbência por vias muito diversas”²⁷. O programa constitucionalmente fixado apresenta, pois, um vasto espaço para as opções a tomar pelo legislador ordinário, não impondo certas soluções concretas²⁸.

Finalmente, há que considerar o direito geral de protecção da paternidade e da maternidade afirmado no n.º 1 do artigo 68.º do texto constitucional, complementado, no n.º 2, pela qualificação da maternidade e da paternidade como valores sociais eminentes. O âmbito muito genérico destas previsões pode englobar, designadamente, a flexibilização do regime de prestação de trabalho. Contudo, também aqui, “o legislador dispõe (...) de uma ampla margem de liberdade na concretização (...), pelo que, na falta de *interpositio*

²⁶ Cfr. de novo, J. MIRANDA/ R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 865-866.

²⁷ *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 989.

²⁸ Como nota J. PEREIRA DA SILVA, “para dar cumprimento a uma imposição constitucional de actuação, o legislador dispõe sempre de diversos caminhos alternativos, podendo percorrer vários deles sem ser alvo de qualquer censura jurídica” - *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 565.

do legislador, não se pode retirar do referido preceito constitucional um direito imediato a uma prestação indeterminada”²⁹. E, tanto aqui como no que concerne ao disposto no artigo 67.º, a intervenção do legislador necessariamente se defronta com as limitações que promanam da afirmação constitucional da liberdade de empresa.

Verificamos, pois, que a conciliação da via profissional com a vida familiar surge no quadro dos valores constitucionalmente tutelados. Esta protecção não tem, contudo, necessariamente associado um certo e concreto regime ou um conjunto específico de soluções³⁰. As soluções que sejam, em cada momento, encontradas pelo legislador têm, forçosamente, que corresponder ao mandato que a Constituição confere, procedendo à necessária conjugação com outros valores constitucionalmente tutelados, como seja o da liberdade de empresa. Não correspondem, naturalmente, à única concretização possível, mas sim à que em cada momento é determinada pelo legislador, no exercício do poder que a Constituição lhe confere. Por isso mesmo, não será admissível a invocação do texto constitucional para, forçando a letra dos preceitos legais, induzir uma outra solução que se pretende legitimar como a única compatível com os dados constitucionais. O apelo à Constituição, com ponderação dos vários

²⁹ J. MIRANDA/ R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 993.

³⁰ GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 772 e 856,-860, justamente acentuam, a propósito do artigo 67.º, “as incumbências ou tarefas estaduais constitucionalmente exigidas para protecção da família” e à necessidade de implementação legislativa. Ressaltam, igualmente, a menção da alínea h) do n.º 2 do artigo à “concertação de várias políticas sectoriais”, o que, a nosso ver, claramente recorta um espaço para as concretas opções do legislador e, bem assim, a abertura a vários equilíbrios possíveis. Esta mesma ideia aflora na anotação ao artigo 68.º, p. 865.

valores envolvidos, é, pelo contrário, especialmente importante para eliminar os sentidos interpretativos que se mostrem contrários ao programa legislativo imposto pelo legislador constituinte ou coadjuvando os demais elementos interpretativos, para ajudar a determinar o sentido relevante quando a lei consinta mais do que uma interpretação.

V - Nesta brevíssima passagem pelos quadros internacional, europeu e constitucional, fica patente a centralidade adquirida pelo tema da conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar do trabalhador no âmbito da regulação da organização do tempo de trabalho. Expressa, desde logo, a referida abertura à consideração, na definição das regras que estabelecem os parâmetros temporais da organização do trabalho, de interesses especialmente relevantes do trabalhador, em particular os que se prendem com as exigências da parentalidade. E é neste contexto que se coloca a criação de mecanismos de flexibilização temporal da prestação de trabalho que permitam aos trabalhadores uma mais fácil conciliação das exigências de cumprimento das suas obrigações laborais com as responsabilidades familiares.

Ao mesmo tempo, tanto no que concerne aos documentos emanados da OIT como na regulação europeia, é igualmente clara a necessidade de harmonizar a tutela desses interesses com a preservação de outros valores fulcrais para o desenvolvimento das relações de trabalho. É também esta a abordagem do texto constitucional, com a concessão ao legislador ordinário de uma ampla margem de concretização dos princípios relativos à tutela da parentalidade e à

conciliação, permitindo a adequada articulação com os demais valores constitucionalmente relevantes. Em particular, fica claro que o legislador não pode desinteressar-se da possibilidade actual de realização efectiva das posições jurídicas associadas à tutela da conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar, abstraindo das circunstâncias concretas (que impõem, por exemplo, a ponderação dos interesses da generalidade dos trabalhadores), como não pode sacrificar a viabilidade das empresas à concretização dessa tutela³¹ (e isto não apenas em consideração da garantia da liberdade de empresa, mas também por força dos interesses gerais da comunidade no que concerne à preservação do saudável funcionamento da economia).

VI - O acesso ao regime de horários flexíveis encontra-se agora consagrado nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho. Este regime traduz, portanto, o concreto equilíbrio encontrado pelo legislador nacional, em execução do mandato que constitucionalmente lhe é conferido, na articulação dos valores em causa.

Corresponde, por outro lado, à recepção e consolidação das intervenções legislativas desenvolvidas desde 1984. Todavia, é patente que se descuroou, no processo de codificação deste regime, a formal articulação, até em termos de técnica legislativa, com os quadros centrais do sistema.

Ao mesmo tempo, a sistematização das matérias padece de evidentes deficiências. Em particular, é manifesta a artificialidade da

³¹ Parafraseando o que se encontra escrito em BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 39.

tentativa de, no artigo 57.º, reconduzir a um regime comum o acesso ao trabalho a tempo parcial e ao regime de horário flexível³². Desde logo, não pode ser despicienda a circunstância de num caso - o trabalho a tempo parcial - se determinar a perda de parte da retribuição (a que corresponde ao período de diminuição da jornada de trabalho), enquanto no outro (regime de horário flexível) tal não acontece. Como é manifesto, no primeiro caso pode, naturalmente, ter lugar a substituição do trabalhador por um outro³³, sem que tal acarrete directamente encargos para o empregador ou o obrigue à reorganização dos tempos de trabalho, ao contrário que se verifica na atribuição do regime de horário flexível. Esta circunstância tem evidente impacto na própria conformação do pedido do trabalhador e na sua ponderação, o que a lei só indirectamente reflecte, como veremos. De outra parte, é substancialmente relevante a possibilidade de, diferentemente do previsto quanto ao acesso ao regime do trabalho a tempo parcial, o benefício da flexibilização do horário de trabalho poder ser atribuído, em simultâneo a ambos os progenitores. Por outro lado ainda, enquanto a lei sujeita a limites temporais estritos o regime (como vimos, mais exigente e menos oneroso para o empregador) de acesso ao trabalho a tempo parcial, tal não ocorre, aparentemente, no regime de flexibilização do horário de trabalho.

Estas incongruências geram, como seria de esperar, perplexidades na aplicação destes regimes. O mesmo sucede por força da

³² Sobre esta opção, comentando as suas deficiências, em BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., pp. 54 e ss e 69 e ss.

³³ Que pode, inclusivamente, ocorrer através da celebração de contrato de trabalho a termo resolutivo - alínea d) do n.º 2 do artigo 140.º.

referida falta de efectiva integração deste regime, oriundo de intervenções legislativas avulsas, no projecto codificador.

Impõe-se, por tudo isto, em cada momento, a articulação com as coordenadas centrais do sistema, de modo a encontrar, em enunciados normativos nem sempre felizes, o seu efectivo sentido, em termos de consistência valorativa e técnico-jurídica. A superação da anterior regulação através de legislação dispersa, com a presente integração no Código do Trabalho, postula este exercício de permanente diálogo com o sistema, sem o qual fica prejudicada a inteligibilidade e a própria consistência do regime.

3. A noção legal de horário flexível

I - De acordo com o previsto no n.º 1 do artigo 56.º do Código do Trabalho: "o trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos".

O número seguinte define, para efeito da determinação da extensão do âmbito da protecção aqui garantida, o conceito de horário flexível: "entende-se por horário flexível aquele em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo do período normal de trabalho diário". Esta noção é complementada pelo n.º 3, no qual se estabelece que "o horário flexível, a elaborar pelo empregador, deve: a) Conter um ou dois períodos de presença obrigatória, com duração igual a metade do período normal

de trabalho diário; b) Indicar os períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho diário, podendo esta duração ser reduzida na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento; c) Estabelecer um período para intervalo de descanso não superior a duas horas".

Acrescenta, depois, o n.º 4 deste artigo 56.º que "o trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efectuar até seis horas consecutivas de trabalho e até dez horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas".

II - Da articulação destes preceitos extrai-se uma noção de horário flexível - conceito que, para outros efeitos, pode assumir sentidos muito distintos³⁴ -, que se apresenta como conceito operativo no âmbito da aplicação do direito aqui conferido aos trabalhadores. Esta noção desdobra-se em quatro elementos: considera-se horário flexível *(i)* um esquema de prestação de trabalho; *(ii)* que combina *plataformas fixas* ("períodos de presença obrigatória", com duração igual a metade do período normal de : diário - alínea a) do n.º 3 do artigo 56.º) e *faixas de variação* ("períodos para início e termo do trabalho normal diário, cada um com duração não inferior a um terço do período normal de trabalho, podendo esta duração ser reduzida

³⁴ Cfr., por ex., F. LIBERAL FERNANDES, *Comentários às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 68-69, e *O Tempo de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Ed., 2012, pp. 135-136. A propósito das modalidades que se encontram na negociação colectiva, são relevantes as referências que constam do Relatório anual sobre a evolução da negociação coletiva em 2022, Lisboa, Centro de Relações Laborais, 2023, pp. 161-162.

na medida do necessário para que o horário se contenha dentro do período de funcionamento do estabelecimento" - alínea *b*) do n.º 3 do artigo 56.º); *(iii)* nos termos do qual se assegura ao trabalhador a faculdade de gerir a sua prestação diária dentro destes parâmetros, devendo observar as balizas fixadas no n.º 4 do artigo 56.º; *(iv)* sendo as *plataformas fixas* obrigatórias e as *faixas de variação* concretizadas na definição do horário de trabalho, "a elaborar pelo empregador" (proémio do n.º 3 do artigo 56.º).

Trata-se, portanto, de um modelo de realização da prestação de trabalho no qual se assegura ao trabalhador uma substancial margem de auto-organização, uma vez que não está limitado pelo limite diário de 8 horas (pode prestar diariamente um número de horas inferior ou, querendo, pode realizar até 10 horas de trabalho diário). É-lhe, também, conferida a faculdade de fazer a gestão da sua prestação de trabalho num ciclo de 4 semanas, sem sujeição, em cada dia ou semana, ao que resultaria do período normal de trabalho semanal estipulado.

Atendendo a estas notas estruturais, poder-se-á dizer que este esquema legal se aproxima de um regime de adaptabilidade, uma vez que existe a observância, em termos médios, do período normal de trabalho acordado, no quadro de um determinado período de referência³⁵. Esta similitude estrutural oculta, porém, uma substancial diferença. Com efeito, o regime de adaptabilidade traduz-se na concessão ao empregador de acrescida flexibilidade na gestão do tempo de trabalho³⁶, ao passo que no regime do artigo 56.º a gestão vai

³⁵ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, "Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)", cit., pp. 42-43

³⁶ Veja-se, por ex., o nosso "Adaptabilidade do tempo de trabalho - tópicos de reflexão" in II Jornadas Regionais de Direito do Trabalho - Memórias, Ponta Delgada, Direção Regional do Emprego e Qualificação Profissional, 2018, pp. 93-94.

sendo feita pelo trabalhador, de acordo com as suas necessidades, no dia a dia, dentro dos limites fixados pelo empregador nos termos do n.º 3 do artigo 56.º. Como escreve LIBERAL FERNANDES, “confere-se ao trabalhador a faculdade de modelar o seu tempo de trabalho, na medida em que não está obrigado a observar o limite máximo do período normal de trabalho diário (...) nem a duração normal do intervalo de descanso (...), podendo antes organizar a sua actividade laboral em moldes semelhantes ao regime de adaptabilidade”³⁷.

A flexibilização aqui consagrada no interesse do trabalhador corresponde, pois, à gestão deste período temporal adjacente às plataformas fixas definidas pelo empregador, conforme determina o proémio do n.º 3 do artigo 56.º. No exercício desta faculdade de gestão, pode o trabalhador ir variando, consoante as suas necessidades, os períodos em que concretamente tem lugar a realização da sua actividade debitória. O mesmo é dizer, portanto, que o espaço de auto-organização do trabalhador está limitado pelo horário flexível que o empregador tenha definido, com observância do preceituado no n.º 3 do artigo - o trabalhador não pode iniciar a jornada de trabalho antes do limite que decorra do período de início fixado nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º, assim como não pode prolongar o trabalho para além do período fixado nesse mesmo preceito para o termo do “trabalho normal diário”.

Com efeito, em conformidade com o dado legal é imperioso ter presente que, reconhecendo-se que o conceito de horário flexível pode abarcar configurações diversas, “o legislador procedeu à

³⁷ O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, Porto, Biblioteca RED, 2018, p. 38 (disponível em repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111840/2/264530.pdf).

fixação das condições em que o mesmo pode ser elaborado”³⁸. Claramente determina o n.º 3 do artigo 56.º os termos em que o empregador deve fixar as condições temporais de prestação de trabalho no regime de horário flexível, condições essas de que resultam, nos termos do n.º 2, os limites dentro dos quais o trabalhador pode escolher as horas de início e termo da jornada.

É, então, a este modelo de horário flexível que se reporta o direito conferido no n.º 1 do artigo 56.º. Modelo que, note-se, corresponde ao proposto pela OIT no já referenciado *Guia para estabelecer uma Organização do Tempo de Trabalho Equilibrada*³⁹.

III - Isto mesmo tem sido entendido por alguma jurisprudência. Assim, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Maio de 2020⁴⁰ sublinhou-se que “no âmbito do direito à atribuição de um horário flexível (...), o que o legislador pretendeu foi dar ao trabalhador uma maior flexibilidade nos períodos de início e de termo da sua prestação laboral, estabelecendo que, dentro de cada um desses períodos, que são fixados pelo empregador, pode iniciar e terminar a prestação à hora que melhor lhe aprouver”.

Numa interpretação diametralmente oposta, em outros arestos sustenta-se que “apesar do horário solicitado ter horas de início e termo do período diário de trabalho e abranger os dias de folga, o mesmo não deixa de ser um horário de trabalho flexível de acordo com a definição legal, pois trata-se de um horário que visa adequar

³⁸ F. LIBERAL FERNANDES, O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, cit., p. 38..

³⁹ Cit., p. 28.

⁴⁰ Proferido no processo n.º 9430/18.0T8VNG.P1. Este aresto, tal como os demais referidos no presente texto, está disponível em www.dgsi.pt.

os tempos laborais às exigências familiares da trabalhadora, em função do seu filho menor de 5 anos” e que “esta é a essência da definição de horário flexível”⁴¹. Numa outra formulação, afirma-se que “será um horário flexível, para os efeitos em causa, todo aquele que possibilite a conciliação da vida profissional com a vida familiar de um trabalhador com filhos menores de 12 anos, ainda que tal horário uma vez definido, na sua execução seja fixo”⁴². Esta aproximação está igualmente presente no Acórdão de 17 de Março de 2022 do Supremo Tribunal de Justiça⁴³, onde se alude a “uma interpretação teleológica do regime de horário flexível”, correspondendo ao que, no caso, “consegue o desiderato da conciliação entre atividade profissional e vida familiar”.

Esta segunda orientação enferma, a nosso ver, de uma patente inversão metodológica.

Os artigos 56.º e 57.º correspondem à concretização legislativa da tutela concedida pela Constituição e pelo Direito Europeu nos termos que se indicaram. Essa disciplina desenha os termos em que é facultado o acesso ao regime de flexibilização do tempo de trabalho no quadro da protecção da parentalidade, procedendo ao equilíbrio entre os vários interesses cuja consideração se impõe. É neste

⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11 de Julho de 2019, proferido no processo n.º 3824/18.9T8STB.E1.

⁴² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2017, proferido no processo n.º 2608/16.3T8MTS.P1.

⁴³ Proferido no processo 17071/19.9T8SNT.L1.S1. Esta formulação surge, igualmente, nos Acórdãos do mesmo Venerando Tribunal de 22 de Junho de 2022 (proferido no processo n.º 3425/19.4T8VLG.P1.S2) e de 12 de Outubro de 2022 (proferido no processo n.º 423/20.9T8BRR.L1.S1). Esta abordagem afasta-se claramente da adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 28 de outubro de 2020 (proferido no processo n.º 3582/19.0T8LSB.L1.S1), a que adiante voltaremos.

contexto que surge uma concreta noção de horário flexível: aquela que resulta da conjugação dos n.ºs 2 a 4 do artigo 56.º.

A noção de horário flexível, no âmbito do regime dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, tem contornos específicos, não resultando de uma aproximação funcional ou teleológica que tome o texto da lei como mero ponto de partida. Noutras palavras, horário flexível, neste contexto, não é todo aquele que se ajuste às necessidades ou interesses do trabalhador com filho menor de 12 anos, mas tão só o que se enquadre na noção que a lei faculta nos mencionados preceitos.

Mais ainda, conforme verificámos acima, a lei impõe os termos dentro dos quais pode desenvolver-se a flexibilidade no quadro do direito concedido no n.º 1 do artigo 56.º. As partes sempre poderão, por acordo, sendo tal admissível em face das exigências de funcionamento da empresa, modelar outros esquemas. Mas o conteúdo do direito consignado no n.º 1 do artigo 56.º corresponde ao que é concretizado nos números seguintes desse artigo.

Certamente que o legislador poderia ter optado, no desenvolvimento dos princípios constitucionais e na transposição das regras europeias (que, como vimos, de modo algum o postulam), por outra via. Não é essa, contudo, a solução plasmada no Código do Trabalho. Não cabe, pois, ao aplicador do Direito - e, concretamente, ao julgador - substituir-se à opção legitimamente tomada pelo legislador. Esta opção equilibra os vários interesses em jogo, do concreto trabalhador, do empregador e, note-se, dos demais trabalhadores. Conjuga os vários valores a ponderar, alicerçados em posições jurídicas constitucionalmente tuteladas como direitos fundamentais. E fá-lo

de acordo com que a Constituição impõe, no âmbito da legitimidade que detém, nos termos e pela forma estatuídos no artigo 18.º do texto constitucional.

Dito isto, não pode deixar de se reiterar que esta orientação patentemente descarta a letra da lei, seja no que concerne à noção de horário flexível, seja - como adiante melhor se verá - considerando, de forma paradoxal, «horário flexível» um horário proposto pelo trabalhador em termos que não consentem efectiva margem de variação nem preservam o indispensável espaço para as opções organizativas do empregador.

4. Determinação do horário em regime de horário de trabalho flexível

I - O proémio do n.º 3 do artigo do n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho estabelece, sem margem para dúvidas, que a determinação do horário de trabalho no âmbito deste regime de flexibilidade cabe ao empregador. Retoma, neste âmbito, a regra geral do n.º 1 do artigo 212.⁴⁴. E, aliás, dificilmente poderia deixar de ser assim.

II - Com efeito, “a atribuição ao empregador da gestão temporal da prestação dos trabalhadores é um elemento fundamental do equilíbrio de interesses característico do contrato de trabalho” e que o

⁴⁴ Inequivocamente neste sentido, tb. M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - situações laborais individuais*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 497, e F. LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, cit., p. 36. Sublinhando também que a fixação do horário flexível cabe ao empregador, MARIA MARGARIDA GÓIS MOREIRA, “O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar”, cit., p. 170.

caracteriza como tipo contratual autónomo⁴⁵. Noutras palavras, “no contrato de trabalho subordinado, a coordenação temporal da prestação laboral relativamente à demais organização produtiva assume normalmente relevância causal, constituindo um requisito indispensável à útil integração da prestação no tecido produtivo”⁴⁶. Pode, neste sentido, dizer-se que “a substância objectiva do contrato de trabalho reside propriamente na disponibilidade continuada do tempo no poder do dador de trabalho”⁴⁷.

A utilidade específica facultada pelo contrato de trabalho assenta na atribuição ao empregador da “possibilidade de ajustar a prestação do trabalhador às necessidades da organização produtiva, conjugando-a com determinado processo produtivo, com os meios que afecta a esse mesmo processo e, em particular, com as prestações dos demais trabalhadores que fazem parte dessa organização”⁴⁸. Envolve, pois, a outorga ao empregador de certos poderes de administração da relação de trabalho.

Mais ainda, “a definição dos esquemas temporais de prestação de trabalho prende-se, directamente, com a própria organização do processo produtivo”, importando ter presente que “a organização da produção reclama ritmos próprios e impõe ciclos específicos, que

⁴⁵ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 47. Iremos, quanto a este ponto, retomar várias vezes as formulações que figuram neste texto.

⁴⁶ P. ICHINO/ L. VALENTE, *L’orario di lavoro e i riposi*, Milão, Giuffrè Editore, 2012, p. 448.

⁴⁷ V. BAVARO, “Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato” in B. VENEZIANI/ V. BAVARO (coord.), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, 2009, p. 16.

⁴⁸ A. NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade funcional” in P. MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, Coimbra, Coimbra Ed., 2011, p. 144.

necessariamente se projectam no plano da parametrização dos modelos temporais a observar pela generalidade dos trabalhadores da empresa”, “tudo isto, naturalmente, num plano colectivo e a montante da gestão da prestação de cada um dos trabalhadores”^{49 50}.

Neste sentido, pode dizer-se que a prestação a cargo do trabalhador é, para utilizar uma expressão de BAPTISTA MACHADO, tipicamente “temporalizada”, no sentido de que a sua utilidade ou valor se perde quando não tenha lugar no período de tempo fixado, por força do “ambiente espaço-temporal” que a envolve⁵¹. A actividade do trabalhador, para que conserve a sua utilidade, carece de ser integrada com o específico modo de funcionamento da organização produtiva a que se se destina e de ser articulada com a prestação dos demais trabalhadores. Existe, portanto, um momento colectivo de estabelecimento de parâmetros gerais ligados ao funcionamento da empresa. A indispensabilidade de conjugação das prestações dos diferentes trabalhadores “fatalmente exige uma acção de coordenação e sistematização conjuntas, que é, naturalmente, função do empregador e que, pelo carácter supracontratual, se realiza ao nível

⁴⁹ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., pp. 48-49.

⁵⁰ As considerações que antecedem fazem avultar a dimensão estratégica, do ponto de vista da gestão empresarial, que assume a determinação do horário de trabalho. É, porém, relevante levar também em linha de conta que essa determinação corresponde também a uma obrigação legal: em princípio, o empregador está obrigado a fixar um horário de trabalho para cada trabalhador. Isto impõe, como é bom de ver, um acrescido esforço de articulação na parametrização temporal das prestações devidas pelos trabalhadores. Esta obrigatória articulação não se deixa, pois, analisar unicamente como poder do empregador, uma vez que é também condição do útil aproveitamento de todas as prestações. Também por aqui se torna evidente a incontornável dimensão colectiva da gestão temporal da actividade dos trabalhadores.

⁵¹ “Risco contratual e mora do credor” in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991, pp. 266 e 277.

colectivo (com o controlo das estruturas representativas dos trabalhadores - n.º 3 do artigo 212.º e n.º 3 do artigo 217.º)”⁵². Está aqui em causa, claramente, uma vertente das faculdades que competem ao empregador enquanto titular da organização produtiva e que integra a liberdade de empresa, na sua dimensão de liberdade de conformação e gestão da organização - liberdade que se impõe ao legislador ordinário, cuja intervenção se encontra sujeita a uma dupla dimensão: necessidade de que as eventuais limitações se justifiquem pela salvaguarda de valores, direitos ou interesses de igual dignidade e respeito pelo princípio da proporcionalidade⁵³.

A este momento de gestão colectiva sucede-se a concretização através da fixação do horário de trabalho - a que a lei correctamente se refere no n.º 1 do artigo 212.º do Código do Trabalho como acto de determinação da prestação, ainda susceptível de recondução à faculdade patronal de determinação da prestação devida, vertente fundamental do poder de direcção.

III - Constituindo uma das dimensões essenciais do poder de direcção, a faculdade patronal de fixação dos horários de trabalho está, genericamente, sujeita aos parâmetros enunciados no artigo 97.º do Código do Trabalho. Para além disso, o empregador encontra-se ainda vinculado, no exercício dessa faculdade, aos imperativos

⁵² BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 48.

⁵³ J. MIRANDA/ R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., p. 873. Aludindo também à liberdade de organização e gestão da empresa como segmento da liberdade de iniciativa privada (reconduzido a “um direito institucional, um direito da empresa em si mesma”) e à necessidade de as restrições a que sejam sujeitos observarem o artigo 18.º, preservado o seu “núcleo essencial”, GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, cit., p. 790.

decorrentes do princípio da boa fé (n.º 1 do artigo 126.º), bem como ao princípio geral consagrado no n.º 2 do artigo 126.º. A estas adstrições gerais, inerentes à recondução da faculdade patronal de determinação do horário de trabalho ao poder de direcção, acrescem os parâmetros específicos impostos no n.º 2 do artigo 212.º e, entre estes, o dever de "facilitar ao trabalhador a conciliação da actividade profissional com a vida familiar" (alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º).

Estes parâmetros, na sua maioria comuns ao exercício das várias faculdades que integram o poder de direcção, têm um significado substantivo. Para utilizar a expressão de JOANA NUNES VICENTE (embora em sentido diverso do apontado pela Autora), estas indicações normativas possuem "um preciso e intencional valor significativo"⁵⁴, indo para além do "alcance meramente programático"⁵⁵. Não sugerem apenas, antes impõem, a ponderação aí prevista. A qual, contudo, carece necessariamente de ser conjugada com todos os demais interesses em presença e não implica a funcionalização do poder organizativo do empregador ou a restrição da utilidade da prestação em função dos interesses de cada concreto trabalhador.

Assim, e tal como se reconhece no Acórdão de 21 de Novembro do Tribunal da Relação do Porto⁵⁶, destes parâmetros não resulta, para o empregador, a imposição de fazer "prevalecer o interesse do trabalhador às necessidades organizativas da empresa", apenas se exigindo que "dentro das opções possíveis, procure conciliar ambos

⁵⁴ "Breves notas sobre fixação e modificação do horário de trabalho" in AA VV, Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 1060.

⁵⁵ L. M. MONTEIRO, anotação ao artigo 212.º in P. ROMANO MARTINEZ et alii, Código do Trabalho Anotado, cit., p. 542.

⁵⁶ Processo n.º 589/14.7T8VNG.P1.

os interesses em termos de razoabilidade, agindo segundo o princípio da boa-fé”, pois que “como bem se compreende, não faria sentido impor ao empregador que criasse um determinado horário à medida dos interesses do trabalhador, sem que nesse período de tempo haja necessidade da sua prestação de trabalho, ou o coloque a cumprir um determinado horário já existente a par de outros trabalhadores, mas sendo a sua prestação de trabalho excedentária”. Naturalmente, “não pode ser exigível ao empregador que, no exercício do seu poder de direção, ao abrigo do qual lhe compete a fixação do horário de trabalho dos seus trabalhadores, ignore as necessidades da organização empresarial, sendo sempre necessário garantir a utilidade da sua prestação”⁵⁷.

Como ensina BERNARDO XAVIER, “a mais simples observação do CT torna nítido que certas posições activas do empregador empresarial, ainda que de carácter unilateral, quando susceptíveis de atingir ou afectar a esfera do trabalhador ou trabalhadores ou até mesmo de apenas alterar o *statu quo*, devem exercer-se por imperativo legal em procedimento próprio, transparentemente, *i. e.*, com informação, com fundamentação, com oportunidades de interlocução com o atingido ou com um terceiro (estrutura representativa dos trabalhadores), por vezes com prazos e formalidades”⁵⁸. Impõe-se, portanto, que o exercício destes poderes tenha lugar no quadro de um procedimento que permita a integração dos vários interesses envolvidos a sua adequada ponderação, assim como o controlo da

⁵⁷ SARA LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 129.

⁵⁸ BERNARDO LOBO XAVIER, “Procedimentos na empresa (para uma visão procedimental do Direito do trabalho)”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2007, n.ºs 1-2, pp. 41-42.

racionalidade da decisão patronal à luz dos critérios normais de gestão empresarial.

É o que se verifica quanto à determinação do horário de trabalho e sua posterior alteração (n.º 3 do artigo 212.º e n.ºs 2 e 3 do artigo 217.º). Preservando sempre a faculdade patronal de definição unilateral do horário de trabalho, “é imposta ao empregador a necessidade de interlocução no âmbito da empresa, com o trabalhador e as estruturas de representação colectiva, de modo a permitir a ponderação de todos os interesses envolvidos”⁵⁹. A decisão que vier a ser tomada é, certamente, controlável - e daí a importância do procedimento⁶⁰ - a partir de parâmetros de objectividade e razoabilidade. Todavia, destas referências legais não resulta, nem pode resultar, a necessária proeminência do concreto interesse, por mais respeitável que seja, de cada concreto trabalhador⁶¹ relativamente à margem de conformação colectiva dos parâmetros temporais de organização da actividade empresarial que cabem ao empregador.

⁵⁹ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 49.

⁶⁰ Em termos gerais sobre a dimensão substancial do procedimento, B. LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa. Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, pp. 47 e ss.

⁶¹ O que - sendo evidente, importa ainda assim sublinhar - não significa que possam ser ignoradas as restrições que o poder patronal deva registar por força de factores como a criação de justificados investimentos de confiança dos trabalhadores ou a imposição de sacrifícios que estes não deveriam antever - aspectos especialmente relevantes em sede de alteração do horário de trabalho. Assim como o empregador, dentro do espectro de possibilidades consentidas pela organização empresarial, deverá ser sensível às conveniências de cada trabalhador.

IV - O regime de horário de trabalho flexível estabelecido nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho não se afasta destes parâmetros⁶².

Como vimos, também aqui cabe ao empregador a fixação do horário de trabalho. Retomando as palavras de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “a sujeição a este regime de horário de trabalho depende da iniciativa do trabalhador, embora o horário de trabalho continue a ser fixado pelo empregador”⁶³. Ou seja, “compete em última instância ao empregador determinar, dentro dos limites legais (art. 56.º, n.º 3), o tipo de organização do tempo de trabalho e o respectivo horário - o que não obsta, todavia, a que o trabalhador indique as suas preferências”⁶⁴.

Não deixa, note-se, de ser significativo que em parte alguma a lei se refira ao direito do trabalhador a um horário flexível, preceituando antes, e dentro do quadro geral a que vimos aludindo, ao direito “a trabalhar em regime de horário de trabalho flexível” (n.º 1 do artigo 56.º), que de seguida passa a concretizar como aquele em que “estão delimitados períodos de presença obrigatória do trabalhador, mas podendo este, com respeito por esses períodos escolher, dentro de certas margens, as horas de entrada e de saída do trabalho”⁶⁵ (n.º 2 do artigo 56.º).

⁶² BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 49

⁶³ Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - situações laborais individuais, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2023, p. 497.

⁶⁴ e F. LIBERAL FERNANDES, O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, cit., p. 36.

⁶⁵ MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, cit., p. 489 e nota 18. Esta noção de horário flexível corresponde, aliás, à que podemos retirar da contratação colectiva - cfr. P. FURTADO MARTINS/ P. AGAPITO, Estudo sobre a negociação colectiva, Lisboa, Centro de Relações Laborais, 2024, p. 91.

Ao mesmo tempo, tal como já sinalizado, competindo ao empregador a fixação do horário flexível, são-lhe, neste âmbito, impostos limites mais estritos, que acrescem aos que normalmente enquadram a definição do horário. Desta sorte, quando o trabalhador exerça o direito de requerer a fixação de horário flexível, o empregador, quando aceda a esse pedido, estará limitado quer pela própria ideia de horário flexível, quer pelas concretizações que essa noção conhece: duração dos períodos de presença obrigatória, indicação das faixas de flexibilidade - isto é, que consentem a margem de gestão pelo trabalhador - e duração máxima do intervalo de descanso.

Devemos, então, considerar que o trabalhador tem o direito de requerer a atribuição do regime de horário flexível, obrigando a uma decisão do empregador, que terá de observar um conjunto de limitações. Não se confere, porém, ao trabalhador a faculdade de determinar ele próprio o horário - no máximo, poderá, quanto a este ponto, falar-se de uma expectativa quanto à ponderação das preferências que porventura manifeste, dotada da forçosamente ténue tutela proporcionada pela alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º.

A imposição ao empregador de, ressalvadas certas situações - adiante analisadas -, estabelecer um horário flexível ao trabalhador que, enquadrando-se no previsto no n.º 1 do artigo 56.º o requeira, observando, nessa fixação, o determinado pelo n.º 3 deste artigo, corresponde, substancialmente, a uma limitação das faculdades que a Constituição lhe reconhece no âmbito da liberdade de empresa. Limitação que está ligada à tutela de outros valores com dignidade constitucional, já enunciados, e que visa encontrar um adequado ponto de equilíbrio, também em homenagem às imposições

decorrentes do princípio da proporcionalidade. O regime legal corporiza, portanto, um específico ponto de equilíbrio. É este, e não outro. A solução legal não pode, conseqüentemente, estar à mercê de interpretações ou modelos de aplicação que subvertam o esquema de concordância prática encontrado pelo legislador, substituindo-o por outro, ou outros, que maximizem um dos interesses constitucionalmente salvaguardados em detrimento de outros (do empregador, naturalmente, no âmbito da sua faculdade de organização da empresa, mas também dos demais trabalhadores que possam estar envolvidos).

V - Não podemos, nesta medida, concordar com a leitura que vem sendo feita por alguma jurisprudência.

Tomando como exemplo paradigmático o Acórdão de 22 de Junho de 2022 do Supremo Tribunal de Justiça⁶⁶, encontramos aí a seguinte linha de argumentação: tendo a trabalhadora em causa na situação que originou esse aresto solicitado o que expressamente qualificava como horário fixo, entendeu-se que “o horário flexível é um horário de trabalho pelo que bem pode a trabalhadora, no seu pedido, precisar que pretende que os seus dias de descanso sejam o sábado e o domingo”, “as questões estão evidentemente imbrincadas e conexas”, acrescentando “que também uma interpretação teleológica do regime de horário flexível aponta no mesmo sentido, porquanto só assim se consegue o desiderato da conciliação entre atividade profissional e vida familiar”.

⁶⁶ Proferido no processo n.º 3425/19.4T8VLG.P1.S2. No mesmo sentido, sem acrescentar fundamentação adicional, o Acórdão do mesmo Supremo Tribunal de 12 de Outubro de 2022, proferido no processo n.º 423/20.9T8BRR.L1.S1.

Conforme se deixou já assinalado, esta argumentação aborda o conceito de horário flexível, tal como surge nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho, como uma noção totalmente aberta, desconsiderando os dados legais. Ao mesmo tempo, e com o devido respeito, assimila “horário flexível” a flexibilidade do horário de trabalho dirigida à protecção da parentalidade. Finalmente, parece atribuir à indicação do concreto regime da flexibilidade pretendido pela trabalhadora um efeito vinculativo que, como melhor veremos, não tem apoio legal. Horário flexível não significa, conforme se demonstrou acima, um horário fixo desenhado pelo trabalhador de acordo com os seus interesses, por mais respeitáveis que sejam.

O apelo ao elemento teleológico não pode, como é bem sabido, sustentar sentido interpretativo sem apoio na letra da lei (n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil) ou, menos ainda, afastar o que expressamente determina o legislador. O qual, neste caso, concretizou normativamente o conceito de horário flexível. Por outras palavras, a ideia de horário flexível é susceptível de várias concretizações, mas no âmbito do artigo 56.º do Código do Trabalho tem contornos que são delimitados pelo n.º 3: um horário fixado pelo empregador com observância, para além das regras gerais aplicáveis, das exigências estabelecidas nas alíneas desse número. Este conceito decorre da actividade legislativa de concretização do programa constitucional, encontrando um equilíbrio que atenda ao estatuído do artigo 18.º do texto constitucional. Daqui resultam, como é bom de ver, limites para o intérprete e, designadamente, para o aplicador do Direito.

VI - Importa, então, precisar o âmbito e sentido das faculdades concedidas ao trabalhador pelos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho.

O n.º 1 do artigo 56.º atribui ao trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação o direito a trabalhar em regime de horário flexível, podendo o direito ser exercido por qualquer dos progenitores ou por ambos. Esse direito reporta-se a um modelo de horário em que o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e termo da jornada de trabalho (n.º 2 do artigo 56.º). Assegurando, com incontornável clareza, o poder patronal de determinação do concreto horário (proémio do n.º 3 do artigo 56.º), o n.º 4 afasta, para estes casos, a limitação genérica da duração máxima da prestação consecutiva de trabalho que consta do n.º 1 do artigo 213.º, permitindo, ao mesmo tempo, jornadas diárias que excedam o previsto no n.º 1 do artigo 203.º e jornadas semanais que ultrapassem o período normal de trabalho semanal acordado: "o trabalhador que trabalhe em regime de horário flexível pode efectuar até seis horas consecutivas de trabalho e até 10 horas de trabalho em cada dia e deve cumprir o correspondente período normal de trabalho semanal, em média de cada período de quatro semanas".

Aqui reside, justamente, a substância do benefício conferido ao trabalhador, com vista a assegurar a articulação das suas obrigações familiares com as exigências inerentes à parentalidade. Em cada dia de trabalho apenas está obrigado a cumprir os períodos de presença obrigatória, tal como fixadas pelo empregador, e, dentro das faixas

de variação pré-determinadas, pode administrar a sua prestação, reduzindo-a em certos dias e aumentando-a noutros, de modo que esteja cumprido, em termos médios e em cada ciclo de quatro semanas, o período normal de trabalho semanal.

Como vimos, este esquema aproxima-se de um regime de adaptabilidade, muito embora, ao contrário do que sucede com os mecanismos previstos nos artigos 204.º a 207.º, estejamos agora perante uma flexibilidade gerida pelo trabalhador. É-lhe facultada, dentro dos limites dos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º, a possibilidade de variar os concretos momentos de realização da sua prestação. Como pode, naturalmente, optar, neste mesmo âmbito, por não variar esses períodos (mantendo ao longo do tempo o específico modelo de prestação de actividade que, observados os descritos limites, considera ser-lhe mais favorável). É neste sentido, e apenas neste, que pode ser aceite a afirmação algumas vezes encontrada na jurisprudência de que o horário flexível “uma vez definido, na sua execução seja fixo”⁶⁷.

VII - O exercício do direito do trabalhador desencadeia a necessidade de uma decisão do empregador, concretizada na fixação do horário flexível, a qual deve ser produzida no âmbito do procedimento desenhado no artigo 57.º, através de um esquema procedimental.

Impõe-se no n.º 1 do artigo 57.º a formalização do pedido em certos termos: “o trabalhador que pretenda trabalhar (...) em regime de horário de trabalho flexível deve solicitá-lo ao empregador,

⁶⁷ Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Fevereiro de 2017, proferido no processo n.º 2608/16.3T8MTS.P1.

por escrito, com a antecedência de 30 dias, com os seguintes elementos: *a)* Indicação do prazo previsto, dentro do limite aplicável; *b)* Declaração da qual conste: *i)* Que o menor vive com ele em comunhão de mesa e habitação; (...). Significativamente, nada se prevê na lei, ao contrário do que acontece quanto ao regime de trabalho a tempo parcial na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 57.º, quanto à possibilidade de, no pedido de atribuição de horário em regime de horário flexível, o trabalhador indicar o específico horário que pretende ou, muito menos, estabelecer condicionantes que limitem o empregador.

Recebido o pedido, o empregador terá, em princípio, que determinar um horário, dentro dos parâmetros do n.º 3 do artigo 56.º, admitindo-se, contudo, que se pronuncie pela recusa do pedido, “com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável” (n.º 2 do artigo 57.º). Conjugando os n.ºs 2 e 3 do artigo 57.º, verificamos que lei impõe uma resposta no prazo de 20 dias contados a partir da recepção do pedido, a qual, no caso de intenção de recusa, deve conter a indicação do respectivo fundamento.

É importante ter presente que, conforme resulta destes preceitos, “a aceitação ou recusa do empregador tem por objecto o pedido do trabalhador, mas não se reporta a um concreto horário, antes à solicitação de prestação do trabalho em regime de horário flexível, entendido nos termos dos n.ºs 2 a 4 do artigo 56.º”⁶⁸.

⁶⁸ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 44.

VIII - O quadro legal é, sublinhe-se, claro: os n.ºs 1 e 2 do artigo 56.º conferem ao trabalhador que preencha as condições aí estabelecidas o direito potestativo de solicitar a aplicação do regime de horário flexível, desencadeando o procedimento estabelecido no artigo 57.º; todavia, nos termos do n.º 3 do artigo 56.º e do procedimento regulado no artigo 57.º, compete, depois, ao empregador a definição do concreto horário a observar.

Fará todo sentido que o trabalhador indique, querendo, as suas preferências, em função da sua específica circunstância familiar. Essa indicação será, desde logo, relevante para a fixação do horário pelo empregador, que sempre deverá, em cumprimento da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 212.º, auscultar as conveniências do trabalhador e dar-lhes a devida ponderação.

Todavia, em parte alguma a lei atribui ao trabalhador o direito de exigir um certo, e específico, esquema de flexibilidade: este será (ou não) definido pelo empregador, dentro dos limites legais. Como não poderia deixar de ser, “a própria lei - alínea *b*) do n.º 3 - valora o imperativo de garantir a utilidade da prestação: o trabalho só pode ser prestado durante o período em que o empregador o possa receber com utilidade (o legislador refere-se, a este propósito, ao período de funcionamento)”⁶⁹. Não podem, a este propósito, perder-se de vista duas dimensões essenciais, ainda que obscurecidas pela linguagem mais contratual adoptada pelo legislador: de uma parte, a fixação dos horários insere-se numa variável estratégica da gestão da organização produtiva⁷⁰, que impõe uma abordagem necessariamente

⁶⁹ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 52.

⁷⁰ Cfr., de novo, A. NUNES DE CARVALHO, “Notas sobre o regime do tempo de

colectiva, a montante de cada contrato de trabalho⁷¹; de outra banda, a determinação de cada horário de trabalho tem de ser feita em articulação com os parâmetros temporais de realização da prestação por outros trabalhadores, também por aqui assumindo carácter indiscutivelmente colectivo (a que a própria lei atende, como não poderia deixar de ser, impondo a participação das estruturas de representação colectiva na organização dos tempos de trabalho - n.º 3 do artigo 212.º e n.º 2 do artigo 217.º)⁷².

Os horários flexíveis de que trata o artigo 56.º são, portanto, esquemas temporais de realização do trabalho que combinam a flexibilidade requerida para facilitar ao trabalhador a disponibilidade para a satisfação de responsabilidades familiares com as exigências básicas de funcionamento da empresa e de preservação da utilidade da prestação. O quadro legal, em conformidade com as orientações da OIT e as indicações do Direito da União Europeia, encontra um ponto de compromisso entre os valores fundamentais da protecção da parentalidade e da tutela da conciliação da vida profissional com a vida familiar, por um lado, e, por outro, dimensões essenciais da liberdade de empresa e de equilíbrio na gestão da pluralidade das relações de trabalho. Assim, “nem o trabalhador pode aspirar a um qualquer horário, nem o empregador lhe pode definir o horário que bem entenda”, “as expectativas do trabalhador e a margem de gestão do empregador devem conter-se dentro dos parâmetros

trabalho na revisão do Código do Trabalho”, cit., pág. 328 e ss.

⁷¹ Sobre esta dimensão colectiva da administração da prestação de trabalho, cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milão, Franco Angeli Editore, 1982, pp. 109 e ss.

⁷² Focando esta dimensão, S. LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p134.

referidos”⁷³, numa lógica de compromisso que assegura a concordância prática dos valores em causa.

É importante insistir neste ponto: o regime desenhado nos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho não se afasta dos parâmetros gerais em matéria de definição dos horários de trabalho, acrescentando apenas a adstrição a exigências específicas e a mais pesada procedimentalização de uma faculdade do empregador - o poder de programar os tempos da organização e das prestações de trabalho, em função do que em cada momento é exigido pelo funcionamento da empresa - que assenta no especial modo de ser do contrato de trabalho e da utilidade específica por este proporcionada. A imposição de especiais limites (dever de fixação de um horário com observância do previsto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º, quando não se verifiquem fundamentos de recusa) e o reforço da procedimentalização são postulados pela especial garantia que se proporciona aos valores constitucionais da protecção da maternidade e da paternidade e da conciliação da actividade profissional com a vida familiar. E concretizam, justamente, o mandato constitucionalmente imposto ao legislador ordinário nesta matéria.

IX - A lei não suporta, portanto, a afirmação de um pretendo direito potestativo do trabalhador a um certo horário: a única consequência automaticamente desencadeada pelo acto de vontade do trabalhador é a constituição do empregador na situação de dever fixar um horário ou, nos termos previstos, recusar essa pretensão.

⁷³ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 52

Não constitui, certamente, esquecimento do legislador a circunstância de não se fazer qualquer referência, no pedido de atribuição do regime de horário flexível, à indicação do concreto esquema temporal pretendido, ao contrário do que acontece, na alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º, na solicitação de realização da actividade no modelo de tempo parcial⁷⁴. Como vimos, essa indicação é útil, mas não integra o conteúdo necessário do pedido de atribuição do regime de horários flexíveis.

E, há que o repetir, os artigos 56.º e 57.º não aludem ao direito a um certo horário flexível, mas tão só à solicitação da aplicação do regime de horário de trabalho flexível, o regime que se desenvolve nos n.ºs 3 e seguintes do artigo 56.º e no procedimento desenhado no artigo 57.º.

⁷⁴ Note-se que também no regime de teletrabalho não se prevê expressamente que o trabalhador tenha de indicar as suas preferências ou que estas tenham carácter vinculativo. Alguma doutrina tem considerado, ainda assim, que tal resulta dessas regras, invocando o n.º 1 do artigo 9.º da Directiva 2019/1158 - assim, JOANA VASCONCELOS, “Os regimes especiais de teletrabalho no Código do Trabalho”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023, pp. 226-227. Não conseguimos, porém, encontrar apoio para tal interpretação. Aliás, o próprio n.º 2 do artigo 9.º refere tão só que os empregadores devem ter em conta as necessidades dos trabalhadores. Fará todo o sentido nos regimes de índole contratual que o trabalhador indique o regime de permanência ou de alternância de períodos de trabalho à distância e de trabalho presencial, com vista a facilitar o encontro de vontades (esse regime deve constar do acordo). Essa indicação não possui, todavia, qualquer vinculatividade. Quanto às situações do artigo 166.º-A a questão assume maior complexidade. Em todo o caso, parece resultar do artigo 167.º que o legislador centrou a sua abordagem nas situações de teletrabalho «total», descurando as situações de teletrabalho «híbrido». Tendemos, por conseguinte, para considerar que o acesso potestativo (no sentido que temos vindo a dar ao conceito no âmbito do regime do horário flexível) ao teletrabalho nos moldes do artigo 166.º-A garante o acesso ao teletrabalho «total», sem prejuízo de poder ser acordada modalidade diferente, não assumindo, por isso, carácter vinculativo a indicação das pretensões do trabalhador quanto a certo regime híbrido. Podem, contudo, reitere-se, assumir relevância para ponderar a existência de fundamento para recusa do empregador.

Esta aproximação encontra-se, aliás, na linha das demais regras em matéria de protecção da parentalidade no que concerne à organização temporal do trabalho.

Os artigos 58.º a 60.º, assim como, em seu desenvolvimento, as alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 206.º e as alíneas b) e c) do artigo 208.º-B, em resposta a necessidades porventura ainda mais ingentes, articulando o princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar e a tutela da saúde e reportando-se a precisos e limitados períodos de tempo, não contemplam qualquer possibilidade de escolha de um concreto horário, antes estatuem a possibilidade de recusa de certos modelos de trabalho (regime de adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado) ou a dispensa de períodos de trabalho fora do horário praticado (trabalho suplementar) ou em período nocturno. Porque é assim, a afirmação - mais a mais, sem qualquer apoio legal - de um suposto direito do trabalhador, no quadro dos artigos 56.º e 57.º, a um concreto horário de trabalho acaba por apontar para uma solução manifestamente assistemática.

Tal assistemática é adequadamente posta em evidência no Acórdão de 18 de Maio do Tribunal da Relação do Porto⁷⁵, proferido no processo n.º 9430/18.OT8VNG.P1. Reconhecendo que “no pedido de horário flexível não pode o Trabalhador impor as balizas dentro das quais o Empregador deverá fixar o horário flexível”, recorda-se que “o artigo 60.º do Código do Trabalho contempla uma outra medida de protecção da parentalidade, regulando sobre a dispensa de prestação de trabalho nocturno”, pelo que “mal se compreenderia que, não podendo já a trabalhadora beneficiar de tal dispensa por

⁷⁵ Proferido no processo n.º 9430/18.OT8VNG.P1.

não se verificarem os respectivos pressupostos, pudesse todavia vir a ser dispensada dessa prestação por uma outra via, qual seja, a de, por via do artigo 56.º, poder impor ao empregador uma baliza temporal para fixação do trabalho flexível que exclua o trabalho nocturno”. Em síntese, escreve-se: “a protecção da parentalidade foi prevista e consagrada pelo legislador, devendo ser integrada e aplicada de forma conjugada e harmoniosa”; “dessa conjugação decorre (...) que, no âmbito do direito à atribuição de um horário flexível (...), o que o legislador pretendeu foi dar ao trabalhador uma maior flexibilidade nos períodos de início e termo da sua prestação laboral, estabelecendo que, dentro de cada um desses períodos, que são fixados pelo empregador, poder iniciar e terminar a prestação à hora que melhor lhe aprouver, mas não já a possibilidade de, para além disso, impor ao empregador balizas de tempo dentro do qual este poderia estabelecer o horário flexível”.

Sempre poderá, naturalmente, afirmar-se, numa certa perspectiva de abordagem da matéria aqui em causa, que todo esse quadro normativo que referimos não assegura uma protecção adequada ou bastante. Estaremos, porém, no âmbito da política legislativa, do direito a constituir, não sendo legítimo esquecer, no que concerne à aplicação do Direito, que todas estas soluções traduzem uma opção do legislador no âmbito das opções que lhe consente o programa constitucional, estabelecendo - pela via legal, como tem de ser, por força do artigo 18.º da Constituição - um certo ponto de compromisso entre os interesses (constitucionalmente tutelados) a atender.

X - Em alguns arestos transparece a ideia de que um suposto direito do trabalhador à determinação do horário flexível a aplicar resultaria do previsto no n.º 3 do artigo 127.º do Código do Trabalho - que impõe ao empregador o dever de “proporcionar ao trabalhador condições de trabalho que favoreçam a conciliação da actividade profissional com a vida familiar e pessoal” - e da já mencionada alínea b) do n.º 2 do artigo 212.º - nos termos da qual o empregador deve, na fixação do horário de trabalho, “facilitar ao trabalhador a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”⁷⁶. Contudo, não parece que esses preceitos possam alicerçar tal interpretação.

O entendimento que vem sendo dado, de forma consensual, a tais regras gerais, aplicáveis a qualquer contrato de trabalho, não permite a afirmação de que delas promana o direito do trabalhador a um concreto horário de trabalho. Impõe-se, tão só, nos termos já referidos, ao empregador que pondere, leve em consideração, os interesses do trabalhador, tal como aí são caracterizados, na gestão temporal da prestação de trabalho, sem que o poder de determinação do horário fique funcionalizado aos interesses do trabalhador. O que, indo além de mero sentido programático, implica que os actos do empregador possam ser sindicados de modo a verificar a se esse juízo teve efectivamente lugar, podendo, eventualmente, conduzir

⁷⁶ Se bem entendemos, esta linha de argumentação está subjacente ao que é afirmado, por ex., no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Outubro de 2020, proferido no processo n.º 12279/1T8LRS.L1-4, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Março de 2019, proferido no processo n.º 3582/19.0T8LSB.L1.S1, e no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Novembro de 2021, proferido no processo n.º 2731/20.0T8MAI.P1.

a um juízo de ilicitude (como dissemos, tal será especialmente relevante nas situações de modificação do horário)⁷⁷.

A conjugação com o artigo 33.º (onde se enunciam princípios gerais em matéria de parentalidade) e com o artigo 56.º do Código não altera essa interpretação. Na verdade, o regime dos artigos 33.º e seguintes corresponde a estatuições específicas e mais garantísticas da posição do trabalhador em situação de parentalidade, acrescentando às regras que se aplicam à generalidade dos prestadores de trabalho. Não se mostra, pois, admissível que essas disposições gerais - com enunciados também eles muito genéricos - possam ser interpretadas no sentido de conferir ao artigo 56.º um sentido que dele não resulta, nem em termos expressos nem no plano da compatibilização com o regime aí consignado. Tal corresponderia, afinal, a uma inversão lógica.

XI - A conclusão acima enunciada quanto à inexistência de um direito legal do trabalhador (que se encontre na situação descrita no n.º 1 do artigo 56.º) a um concreto horário não é, também, de modo algum, contraditada pela previsão do n.º 8 do artigo 57.º.

Como temos visto, o pedido de atribuição do regime de horário flexível deve ser respondido em certo prazo, nos termos do n.º 3 do artigo 57.º. E, ao estabelecer as consequências da falta de cumprimento tempestivo desse dever de resposta, estatui o n.º 8 do artigo que “considera-se que o empregador aceita o pedido” (consequência que é estendida ao incumprimento de outros prazos impostos ao

⁷⁷ cremos que neste sentido, S. LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., pp. 16 e 129.

empregador no âmbito do tratamento do pedido). Ora, poderia dizer-se que este n.º 8 do artigo 57.º, regulando hipóteses em que se considera aceite o pedido do trabalhador, pressupõe que este indicará os termos em que prefere a fixação do horário flexível (muito embora, pelas razões aduzidas, nunca possa admitir-se que essa preferência dispensa o acto patronal de fixação do horário - afirmação muitas vezes repetida na jurisprudência, sem que, todavia, daqui se extraia sempre algum efeito prático ⁷⁸).

É, desde logo, duvidoso que este n.º 8 possa ter efectiva aplicação nas situações em que é solicitada a atribuição do regime de horário flexível. Não pode, com efeito, esquecer-se que esta previsão normativa, e a sua inserção sistemática, resulta da tecnicamente infeliz unificação do tratamento do trabalho a tempo parcial com o regime de horário flexível.

Como bem nota LIBERAL FERNANDES, existem substanciais diferenças entre os regimes de opção pelo trabalho a tempo parcial e de atribuição de horário flexível, que radicam no facto “de o trabalho a tempo parcial não colocar o mesmo tipo de dificuldades de organização e de gestão que um horário flexível”⁷⁹. A aplicação do regime de trabalho a tempo parcial, a partir da modalidade concretamente

⁷⁸ Ilustra bem esta abordagem o Acórdão de 15 de Novembro do Tribunal da Relação do Porto (proferido no processo n.º 2731/20.0T8MAI.P1): depois de afirmar que não podem ser postos em causa “que, no âmbito dos poderes de direcção de que goza, compete ao empregador determinar o horário de trabalho dos trabalhadores ao seu serviço, com respeito pelos limites da lei”, acrescenta-se mais adiante que “compete ao empregador - naturalmente com respeito pelos limites da lei e com base na escolha horária que lhe tenha sido apresentada pelo trabalhador - determinar o horário flexível”. Substancialmente, assume-se que a obrigação de “facilitar ao trabalhador a conciliação da sua atividade profissional com a sua vida familiar” implica a substancial anulação do poder do empregador.

⁷⁹ O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, cit., p 38.

indicada pelo trabalhador (alínea c) do n.º 1 do artigo 57.º), remete para um esquema com estrutura contratual, neste caso de iniciativa do trabalhador, recortando a lei as situações em que o empregador pode legitimamente recusar essa proposta. Já no que respeita ao regime de horário flexível a lei apenas esclarece, e sem margem para dúvidas, que o concreto horário será fixado pelo empregador, pertencendo ao trabalhador apenas o direito de suscitar esse acto de determinação, a menos que sejam invocadas e demonstradas certas circunstâncias: reporta-se, portanto, a um regime de horário a fixar futuramente, com observância de parâmetros que limitam o poder unilateral do empregador. Estalimitação torna difícil a gestão conjunta das prestações e pode repercutir-se na própria esfera de outros trabalhadores, sujeitos a modificações temporais emergentes da adaptação ao horário flexível de um colega de trabalho. A profunda dissemelhança entre os regimes de tempo parcial e de horário flexível é reconhecida pelo próprio legislador (v.g., nas subalíneas *ii* e *iii* da alínea *b*) e alínea *c*) do n.º 1 do artigo 57.º). E é demonstrada também pela muito difícil aplicabilidade aos horários flexíveis de certas regras (por ex., a possibilidade de substituição a que se refere o n.º 2)⁸⁰. Finalmente, a lei supõe sempre, como temos vindo a acentuar, a indispensabilidade do acto patronal de fixação do horário: o pedido de acesso ao regime de horário flexível não é, ao contrário do que acontece com a opção pelo tempo parcial, *self executing*⁸¹.

⁸⁰ Assinalando várias diferenças de regime, F. LIBERAL FERNANDES, O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho, cit., p. 37

⁸¹ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 56.

Poderá, ainda assim, atribui-se ao n.º 8 do artigo 58.º um efeito útil e compatível com esta diversidade de situações.

O proémio do preceito refere-se à aceitação do pedido do trabalhador “nos seus precisos termos”. Quanto à aplicação do regime do trabalho a tempo parcial, esses precisos termos reportam-se à indicação da modalidade de horário pretendida, que deve, já o vimos, constar do pedido, significando, então, que o empregador deixará de poder invocar, contra o pretendido, os fundamentos de recusa admitidos no n.º 2 do artigo.

Já no que toca à definição de um horário flexível, o direito do trabalhador, exercido com a apresentação do pedido nos termos dos n.ºs 1 a 4 do artigo 56.º e do n.º 1 do artigo 57.º, centra-se, como estabelece o quadro legal vigente, na aplicação do regime de horários flexíveis. É essa a faculdade que a lei lhe reconhece, a que corresponderá a obrigação patronal de determinação de um concreto horário, à qual apenas pode eximir-se com a invocação e demonstração de certas circunstâncias ligadas à preservação do normal funcionamento da organização produtiva. Porque é assim, a menção da lei à aceitação do pedido “nos seus precisos termos” tem que ser entendida com base nos termos fixados na lei para a apresentação do pedido. Significando, pois que as omissões elencadas nas alíneas do n.º 8 do artigo 57.º implicam que o empregador deixa de poder recusar o pedido de atribuição do regime de horário flexível, independentemente da verificação dos fundamentos constantes do n.º 2, sem, no entanto, ficar privado da faculdade de determinação do concreto horário, que o n.º 3 do artigo 56.º expressamente reconhece.

Solução, de todo o modo, muito desequilibrada do ponto de vista substancial, não sendo razoável obrigar o empregador a praticar condições de trabalho que contrariam exigências imperiosas da empresa, podendo afectar a sua viabilidade e, consequentemente, o emprego de todos os que nela laboram. Tem inteiro cabimento a aplicabilidade da sanção estabelecida no n.º 10 do artigo, mas dificilmente se compatibiliza a com os princípios constitucionais aplicáveis a obrigatoriedade de prática de actos danosos para a empresa.

Em suma, o n.º 8 do artigo 57.º, produto de deficientes operações de sistematização do regime anterior, confronta-nos com duas soluções: uma interpretação restritiva, recusando a sua aplicabilidade às situações em que é exercido o direito à prestação de trabalho em regime de horário flexível⁸² ou a sua aplicação nos termos da respectiva letra e tendo em consideração o quadro do regime (em particular quanto ao conteúdo do pedido do trabalhador), a qual, todavia, suscita problemas de conformidade constitucional.

Em qualquer caso, não se pode legitimamente extrair deste preceito, distorcendo o regime que consta dos que o antecedem, um suposto direito do trabalhador à atribuição de um concreto horário flexível.

⁸² Solução que perfilhámos, como co-autor, no texto a que temos recorrido - BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 56. Partilhando este entendimento, S LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 138.

5. Determinação do horário em regime de horário de trabalho flexível (cont.). A questão dos dias de descanso

I - Ainda no que concerne à fixação do horário flexível, tem-se colocado a questão de saber em que termos se conciliam as regras que estamos a analisar com a determinação dos dias de descanso semanal (obrigatório e complementar).

De uma parte, afirma-se que “o conceito de horário flexível respeita somente às horas de início e termo do período normal de trabalho diário, não tendo qualquer relação com os dias em que a atividade profissional é prestada”, pelo que “a definição do horário flexível compreende, pois, apenas a escolha das *horas* de início e termo do período normal de trabalho *diário*, mas não os dias de início e termo do período normal de trabalho *semanal*”⁸³. Em sentido diferente, vária jurisprudência recente tem afirmado que “a montante da definição de horário flexível está a definição do que seja um horário de trabalho” e que a definição legal de horário de trabalho abrange a definição do descanso semanal (n.º 2 do artigo 200.º do Código do Trabalho), daqui partindo para a afirmação de que “o horário flexível é um horário de trabalho pelo que bem pode a trabalhadora, no seu pedido, precisar que pretende que os seus dias de descanso sejam (...) o sábado e o domingo”⁸⁴.

⁸³ SARA LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 126. Em sentido convergente, cfr., por ex., o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2020, proferido no processo n.º 2748/19.7T8BRR.L1-4.

⁸⁴ Cfr. Acórdão de 12 de Outubro de 2022 do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 423/20.9T8BRR.L1.S1, com referência a outros arestos deste Tribunal superior.

Com o devido respeito por estes pronunciamentos, afigura-se-nos que a questão não está, num e noutro destes posicionamentos, bem colocada.

// - A formulação do n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho retoma a que constava do n.º 4 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro. Ao tempo, e nos termos da legislação então vigente, não se considerava que os descansos semanais integrassem o conceito de horário de trabalho. Dando conta do entendimento então prevalecente, escrevia LIBERAL FERNANDES: “o horário de trabalho pré-determina o início e o termo do período normal de cada dia de trabalho, bem como os intervalos de descanso, fixando assim as horas em que o empregador pode exigir o cumprimento da prestação laboral e em que o trabalhador está compelido a realizá-la”⁸⁵; “existe um condicionamento mútuo entre as normas relativas ao descanso semanal e as referentes ao horário e à duração diária, semanal ou anual do trabalho, já que, no seu conjunto, todas elas visam limitar o tempo durante o qual o trabalhador se encontra na situação de dependência perante o empregador e, de uma maneira geral, tutelar necessidades pessoais, familiares e sociais do trabalhador”⁸⁶. Nesta lógica, a fixação dos dias de descanso (resultante da lei, da contratação colectiva ou do contrato de trabalho), a par do período de funcionamento, operava como limite à definição do horário de trabalho pelo empregador.

⁸⁵ Comentários às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar, cit., p. 67.

⁸⁶ Comentários às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar, cit., p. 110.

Assim, seria sustentável o entendimento de que o enunciado do n.º 4 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 230/2000 se reportava aos dias «úteis», ou seja, àqueles em que deveria ter lugar a prestação do trabalho.

O conceito legal de horário de trabalho introduzido pelo Código do Trabalho de 2003 (n.ºs 1 e 2 do artigo 159.º), replicado no artigo 200.º do Código vigente, tem um sentido mais amplo, reportando a delimitação diária e semanal da jornada de trabalho, incorporando, pois, o descanso semanal. Porque é assim, apesar de o n.º 3 do artigo 56.º retomar os termos da formulação do Decreto-Lei n.º 230/2000, desenhada noutro contexto legal, afigura-se-nos que o horário flexível a fixar pelo empregador terá, necessariamente, que incorporar também o estabelecimento dos descansos semanais, com observância do previsto nas normas legais e convencionais-colectivas. Tendemos, pois, a concordar com a afirmação, constante de jurisprudência recente, de que “a montante da definição de horário flexível está a definição do que seja um horário de trabalho”⁸⁷

III - Todavia, o certo é que o n.º 3 do artigo 56.º do Código do Trabalho não se refere aos descansos semanais. Por outro lado, nada encontramos no regime especial de tutela na maternidade e na paternidade que se refira à definição dos descansos semanais. O que não pode deixar de significar que se aplicarão, neste âmbito, as regras gerais. Ou seja, *(i)* incluindo a noção legal de horário de trabalho a especificação dos descansos semanais e *(ii)* nada se estabelecendo

⁸⁷ Assim, para além do aresto citado na nota 84, o Acórdão de 17 de Março de 2022 do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no processo n.º 17071/19.9T8SNT.L1.S1.

a este respeito no regime de protecção na parentalidade, (iii) tem certamente aplicação a regra geral em matéria de determinação do horário de trabalho (n.º 1 do artigo 212.º).

Neste exercício de determinação, dentro do espírito das coordenadas legais vigentes, do sentido do n.º 3 do artigo 56.º do actual Código do Trabalho, é forçoso realçar que a lei consente ao empregador a fixação dos limites a partir dos quais opera a flexibilização da jornada. No dizer da lei, “o trabalhador pode escolher, dentro de certos limites, as horas de início e de termo do período normal de trabalho diário” (n.º 2 do artigo 56.º). Esses limites só podem ser os que resultam da lei e do poder de determinação do horário que o n.º 3 do artigo expressamente ressalva.

Ao mesmo tempo, expressamente se confere ao empregador a faculdade de estabelecer as plataformas fixas de prestação da actividade (n.º 3 do artigo 56.º), mais uma vez retomando o princípio geral.

Finalmente, nenhuma previsão legal confere ao trabalhador o direito de determinação do horário ou, mais precisamente, das plataformas fixas a partir das quais se estabelece o espaço de flexibilidade.

Em suma, afigurando-se que o conceito de horário flexível a que se refere o artigo 56.º incorpora também a definição dos dias de descanso, nada aponta para que ao trabalhador pertença qualquer prerrogativa na sua determinação. A lei nada dispõe neste regime específico, pressupondo-se, portanto, a aplicação dos quadros gerais. Dizendo-o por outras palavras, o conceito de horário de flexível aqui em causa compreende a determinação dos dias de descanso, mas

daqui não é possível retirar, muito pelo contrário, que essa determinação seja atribuída ao trabalhador. De acordo com a regra geral (n.º 1 do artigo 212.º) e com o estatuído no n.º 3 do artigo 56.º, a sua determinação cabe ao empregador.

IV - Posto isto, afigura-se-nos que não existe acolhimento na lei para o entendimento de que o trabalhador que pretenda exercer as prerrogativas que lhe são facultadas pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 56.º do Código do Trabalho pode indicar, no seu pedido, de forma vinculativa para o empregador, a colocação dos dias de descanso.

Já tivemos ocasião de verificar que não existe obstáculo, naturalmente, a que o trabalhador indique as suas preferências, assim facilitando ao próprio empregador a definição do horário de trabalho. Tivemos, igualmente, oportunidade de esclarecer que a definição do horário de trabalho abrange a determinação dos dias de descanso. Mas, conforme se notou já, em parte alguma se estabelece que as indicações que o trabalhador entenda inserir no seu pedido correspondam a uma verdadeira imposição para o empregador, limitando os seus poderes, nem tal se adequa ao sentido do regime legal que consta dos artigos 56.º e 57.º.

Sobre esta questão tem sido produzida vária jurisprudência, registando-se uma muito substancial divergência.

Em certos casos, o Tribunal entendeu que “o regime de horário flexível a que tem direito o trabalhador com filho menor de 12 anos, no âmbito deste art. 56.º, concretiza-se apenas à escolha por esse trabalhador da hora de início e da hora termo do período normal de trabalho diário, estando o período de descanso semanal fora do

âmbito do regime de horário flexível”⁸⁸. Pelas razões já amplamente detalhadas, não podemos acompanhar esta linha de argumentação. Tal como se encontra definido nos n.ºs 1 e 2 do artigo 200.º do Código do Trabalho, o horário de trabalho compreende a distribuição do tempo de trabalho pelos dias da semana, havendo, naturalmente, que observar sejam as regras dos artigos 213.º e 214.º, sobre a distribuição da jornada de trabalho nos dias em que deve ser realizada a actividade, seja o disposto quanto à fixação dos dias de descanso nos artigos 232.º e 233.º.

Em sentido diametralmente oposto decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Março de 2019⁸⁹. Reportando-se à solicitação, por uma trabalhadora, de um horário de trabalho “flexível” com início às 9 horas e termo às 17 horas (ou, no máximo, até às 18 horas), de 2ª a 6ª feira, considerou-se, após transcrição das regras legais pertinentes, que “dentro dos limites indicados, procurando possibilitar a conciliação da vida profissional com as responsabilidades da vida familiar da Autora, que tem a seu cargo um filho menor - que constitui afinal a ratio do horário flexível - cabia à Ré [empregador] a determinação do concreto horário de trabalho, a cumprir em cada momento, nos termos do art. 212., n.º 1 do CT”, “assim, a organização dos horário, nomeadamente a definição dos intervalos de descanso e dos períodos de presença obrigatória, dentro dos limites pretendidos pela Autora, não deixariam de pertencer à Ré”.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Novembro de 2020, proferido no processo n.º 2748/19.7T8BRR.L1-4, apoiando-se na argumentação desenvolvida no aresto da mesma Relação de 23 de Outubro de 2019, proferido no processo 13543/19.3T8LSB. No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal dessa Relação de 1º de novembro de 2021, proferido no processo n.º 3690/20.4T8SNT.L1-4.

⁸⁹ Proferido no processo n.º 12279/16.1T8LRS.L1-4.

Este raciocínio acaba, com o devido respeito, por desfigurar o próprio conceito legal de horário flexível, fazendo caber nessa noção um qualquer horário que permita ao trabalhador a articulação com a vida familiar, nos termos que entenda adequados. Como vimos, esta conclusão não é permitida pelos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho. Desvirtua, igualmente, o sentido do n.º 3 do artigo 56.º e do próprio poder patronal de determinação do horário, considerando que basta, para este efeito, permitir - e ainda assim, note-se, em moldes muitíssimo apertados - a fixação das pausas de descanso diário. Esta extrema limitação dos poderes do empregador em matéria de fixação do horário de trabalho carece, conforme vimos igualmente, de qualquer apoio legal. Finalmente, subverte o próprio regime do artigo 56.º: de acordo com o n.º 3, cabe ao empregador a definição do horário, dentro das balizas aí estabelecidas, atribuindo-se depois ao trabalhador a faculdade de, com observância dos períodos de permanência definidos pelo empregador e em cumprimento do período normal de trabalho, ainda que em termos médios, modelar os tempos de presença, organizando assim os períodos de descanso. O aresto em apreço praticamente inverte este regime: seria o trabalhador a escolher os períodos de permanência e o empregador a fixar os intervalos e interrupções da jornada.

Substancialmente no mesmo sentido da decisão por último analisada, mas com maior desenvolvimento, também no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Dezembro de 2021⁹⁰, começando por se afirmar que “tem que se entender que as horas de início e termo do período normal de trabalho diário a que se refere o n.º 2

⁹⁰ Proferido no processo n.º 3425/18.4T8VLG.P1.

do art. 56.º do Código do Trabalho passam também por saber quais são essas horas de início e termo em cada dia da semana, ou seja, saber também em que dias da semana vigorarão essas horas de início e termo”, considera: “sendo assim, tendo presente o antes exposto e a jurisprudência citada, tendo ainda em conta o disposto no n.º 3 do art. 8.º do Código Civil, concluímos (...) dizendo que não se pode, sem mais, qualificar como um pedido de atribuição de um horário fixo o que decorre da indicação feita pelo Réu [trabalhadora], por escrito, à Autora [entidade empregadora] de um horário de segunda a sexta feira no período compreendido entre as 06h00 e as 17h00, com descanso a sábado e ao domingo, tendo em vista a concessão de um regime de horário flexível de forma a que o primeiro possa conciliar a sua vida profissional com a sua vida familiar decorrente da circunstância de ter dois filhos [menores de 12 anos]”; “pois, perante o quadro legislativo, em questão, tendo a empresa/empregadora, um período de laboração em todos dias da semana, incluindo sábados e domingos, faz todo o sentido e só faz sentido que, o horário flexível de trabalho da trabalhadora, que invoca e prova a necessidade de acompanhar o filho menor fora dos horários de abertura das escolas e creches, porque não tem qualquer suporte familiar [tratando-se de família monoparental], e sem possibilidade de a deixar na creche em dias não úteis, seja considerado e lhe seja concedido, tendo em conta não só as horas diárias dos dias úteis, em que aqueles estão encerrados, ou seja, o período normal de trabalho diário, como os dias não úteis em que os mesmos se encontrem fechados”; “só assim sendo entendido, se poderá considerar que a empregadora aceita conceder horário flexível a trabalhador com responsabilidades

parentais e sujeito às referidas limitações, possibilitando-lhe a conciliação da sua actividade profissional com a sua vida familiar de um modo normal quanto possível”.

Neste percurso, que expressamente se pretende sustentado no dever de obediência à lei estatuído no n.º 3 do artigo 8.º do Código Civil, acaba por se desprezar o que claramente resulta dos n.ºs 2 a 4 do artigo 56.º do Código do Trabalho, prescindindo-se, em homenagem aos interesses relevantes da trabalhadora⁹¹, seja da delimitação legal do alcance da protecção conferida, seja da afirmação da prerrogativa patronal de fixação do horário, seja, ainda, da noção legal de horário flexível resultante dos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º. Para sustentar tal posição invocam-se previsões constitucionais e legais de índole genérica, sem dar conta de que os artigos 56.º e 57.º concretizam o seu efectivo alcance⁹². Afinal, está aqui subjacente uma crítica à concretização legal de tais previsões constitucionais, por se entender insuficiente, com a sua substituição por outra composição de interesses.

⁹¹ Mas também dando primazia ao modo como esta concretamente organizou a sua vida familiar e à escolha feita quanto à creche.

⁹² Também M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações laborais individuais, cit., p. 499, invoca (reconhecendo embora que se trata de situações de “rigidificação do horário”) a relevância da situação real de quem invoca o regime e uma alargada interpretação com base no argumento teleológico. No entanto, para além do apelo a lugares que considera paralelos - em moldes que, como se verá de seguida, não acompanhamos -, limita-se a apelar ao elemento teleológico. Mais uma vez com a devida vénia, estes argumentos esvaziam de conteúdo a opção tomada pelo legislador na concretização do programa constitucional em matéria de conciliação e de tutela da vida familiar, desconsiderando os termos em que o regime dos artigos 56.º e 57.º está desenhado. A nosso ver, propõe-se, afinal, uma substituição do regime legal por um outro que se perspectiva mais adequado. O quadro constitucional, como vimos, não confere, porém, sustentação a este entendimento (que, contas feitas, mais do que interpretar a lei tem uma lógica de integração de uma inexistente lacuna - já que, como vimos, o entendimento de que o horário de trabalho compreende a indicação dos dias de descanso deve ser levado até ao fim).

Encontramos, porém, noutros arestos uma leitura do regime mais consentânea com os dados constitucionais e legais.

Numa formulação sintética, aponta-se no Acórdão de 30 de Junho de 2021 do Tribunal da Relação de Lisboa a “circunstância de não ser admissível que o trabalhador delimite o cumprimento da sua prestação a alguns dos dias do período de funcionamento do empregador uma vez que é a este que a lei confere a faculdade de fixar não só o horário como o próprio horário flexível (arts. 212.º, n.º 1 e 56.º, n.º 3 do Código do Trabalho); no pressuposto, naturalmente, de que isso não exceda manifestamente os limites económicos e sociais desse direito (art. 334.º do Código Civil)”.

Com maior desenvolvimento, o Acórdão de 18 de Maio de 2016 do mesmo Tribunal superior recorda, antes de mais, que “cabe ao empregador, em primeiro lugar, estabelecer os limites dentro do qual o mesmo pode ser exercido - depois, dentro desses limites, é que o trabalhador poderá gerir o seu tempo da maneira que melhor lhe aprouver, por forma a cuidar do seu filho menor”. Atentando nos dados factuais em causa, nota depois que “o «horário flexível» que caberia ser fixado à A. como entidade patronal mas de qualquer forma sugerido pela R., questiona quer os próprios termos do contrato que predissemos, principalmente no que respeita aos dias de descanso como também a sua rigidez, entendida como admissível nos termos do art. 57.º, retiraria eficácia nomeadamente ao poder de direcção da A. que nesta matéria tem logo como pressuposto o período normal de trabalho contratado (art. 198.º e 212.º do CT), e ao seu poder de organização e gestão da atividade económica exigida pela empresa (art. 212.º do CT)”; “bem como certo será que a margem

de manobra da A. para organizar o horário da R. não pode ficar apenas subordinada aos interesses particulares desta por muito relevantes e respeitosa que sejam, já que sempre se devem ponderar os interesses da própria organização económica onde a R. está inserida e que é também a razão de ser do seu bem estar através da obtenção de meios de subsistência” - neste âmbito, referem-se, ainda, como “circunstâncias relevantes para a concertação e conciliação” “os interesses do coletivo dos trabalhadores colegas da R.”.

Do nosso ponto de vista, estes últimos arestos colocam adequadamente a questão, na linha do que sustentámos acima. Recordando, certamente, que a noção de horário de trabalho deve hoje ser entendida como abrangendo também a fixação dos dias de descanso, o que significa que o regime de horário flexível abarca a própria fixação dos descansos semanais. Tudo isto cabe, pois, no esquema de horários flexíveis desenhado nos n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º, onde claramente se salvaguarda a prerrogativa patronal de fixação dos horários de trabalho, fazendo, no entanto, acrescer as limitações decorrentes das alíneas do n.º 3. Em parte alguma se encontra indiciada a atribuição ao trabalhador da fixação, em termos de algum modo vinculativos, dos moldes em que o empregador deve exercer essa faculdade. Logo, não cabe ao prestador de trabalho escolher os dias de descanso.

6. A possibilidade de recusa do pedido de regime de horário flexível pelo empregador

I - Recordando os dados normativos relevantes, com a apresentação de pedido do trabalhador solicitando o acesso ao regime de horário flexível, nos termos do n.º 1 do artigo 57.º do Código do Trabalho, o empregador fica, em princípio, constituído no dever de elaborar um concreto horário (n.º 3 do artigo 56.º). Quando o faça, estará a exercer a faculdade genérica que lhe é atribuída no n.º 1 do artigo 212.º, reafirmada no proémio do n.º 3 do artigo 56.º. Mas terá de observar, para além dos parâmetros gerais em matéria de determinação do horário de trabalho (*maxime* os que constam do artigo 212.º), os condicionamentos específicos elencados nas alíneas do n.º 3 do artigo 56.º. Admite-se, porém, no n.º 2 do artigo 57.º, a possibilidade de recusa, pelo empregador, da solicitação que lhe é dirigida, “com fundamento em exigências imperiosas do funcionamento da empresa, ou na impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável”.

A decisão do empregador deve ser comunicada ao trabalhador, por escrito, incluindo, no caso de recusa, indicação do respectivo fundamento (n.ºs 3 e 4 do artigo 57.º).

A lei apenas admite, pois, a recusa pelo empregador com base em um de dois fundamentos: a necessidade de atender a exigências imperiosas do funcionamento da empresa, por um lado, e, por outro, a impossibilidade de substituir o trabalhador se este for indispensável.

// - A disciplina dos artigos 33.º a 65.º do Código do Trabalho, complementada por algumas normas dispersas (v.g. os n.ºs 1 a 3 do artigo 166.º-A, as alíneas *b*) e *c*) do n.º 4 do artigo 206.º e as alíneas *b*) e *c*) do n.º 13 do artigo 208.º-B), corresponde à concretização, pelo legislador, do programa constitucional em matéria de conciliação da vida profissional com a vida familiar e de protecção da família e da parentalidade, operando, ao mesmo tempo, a transposição dos normativos europeus relevantes. Esta concretização é desenhada também em atenção à necessidade de assegurar a concordância prática entre o acima referido programa constitucional e outros valores constitucionalmente referidos, desde logo a liberdade de empresa, nas suas várias vertentes, garantida no artigo 61.º da Constituição.

Ao mesmo tempo, o regime deve ser entendido na sua plenitude: embora se reporte a cada concreta relação de trabalho, em que estão frente a frente trabalhador e empregador, a sua consistência interna requer a ultrapassagem de uma visão atomística, havendo que ponderar os interesses dos vários trabalhadores. São aqui relevantes, para além dos interesses em matéria de conciliação e de parentalidade, também outros com igual relevância constitucional, como sejam os que se prendem, desde logo, com a tutela da estabilidade do vínculo (que não é, pela natureza das coisas, independente da viabilidade da organização produtiva), e ainda os associados, em particular, à organização do trabalho, sobretudo na sua declinação em matéria de tempo de trabalho.

Neste sentido, os vários regimes de tutela, desde logo os enumerados no n.º 1 do artigo 35.º do Código, mas também os que constam de outras disposições legais, exprimem, no seu conjunto e cada um

por si mesmo, nos termos dos respectivos pressupostos de aplicação, o concreto equilíbrio encontrado pelo legislador na execução do programa constitucional e na preservação dos vários valores em presença. Impõe-se, então, a consideração conjunta desses regimes, percebendo a articulação que entre eles se estabelece, bem como o apuramento do concreto equilíbrio específico de cada regime.

É neste quadro que devemos entender o balanceamento de interesses subjacente à figura do artigo 56.º e que se exprime também no n.º 2 do artigo 57.º.

III - De uma leitura mais imediatista do n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho poder-se-á apenas retirar a ideia de que o legislador português vai para além do que estabelece a Diretiva (EU) 2019/1158.

Como sabemos, o artigo 9.º da Directiva refere tão só, no n.º 2, que na apreciação dos pedidos de regime de trabalho flexível “os empregadores devem tomar em consideração e atender esses pedidos (...) tendo em conta as suas necessidades e as dos trabalhadores”. A lei portuguesa adopta uma formulação aparentemente mais exigente para os empregadores, apenas dando relevância a “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”.

Dir-se-á apenas que esta diferença de abordagem cabe na faculdade conferida ao Estados-Membros de introduzir ou manter disposições mais favoráveis aos trabalhadores do que as previstas na Directiva (n.º 1 do artigo 16.º da Directiva). De todo o modo, uma transposição adequada supõe a manutenção dos equilíbrios gerais subjacentes ao normativo a transpor, que exprimem a articulação de

princípios fundamentais do próprio Direito Europeu. E haverá, neste âmbito, que atender às já referenciadas indicações que resultam do preâmbulo.

O acesso a regimes de horário flexível visa permitir aos trabalhadores que são progenitores a presença no mercado de trabalho, conferindo-lhes o direito de solicitar tais regimes “para adaptarem os seus ritmos de trabalho, nomeadamente, se possível, pela utilização de regimes de teletrabalho, horários de trabalho flexíveis ou uma redução das horas de trabalho” (considerando 34, sublinhado nosso). O considerando 35 refere-se à necessidade de os regimes a adoptar responderem “às necessidades tanto dos trabalhadores como dos empregadores”. E o considerando 36 indica as balizas relevantes para a ponderação dos pedidos dos trabalhadores, determinando que haverá que se ter em conta “nomeadamente, a duração dos regimes de trabalho flexíveis solicitados, assim como os seus recursos e a sua capacidade operacional para oferecer esses regimes”. Estes apontamentos são fundamentais para estabelecer os termos em que devem ser encontrados os equilíbrios adequados, não podendo a Directiva considerar-se correctamente transposta se esta matriz genérica não for observada.

IV - Em primeira linha, resulta destas indicações que o acesso a regimes de horário flexível está, necessariamente, condicionado à sua efectiva possibilidade. Embora a lei portuguesa não autonomize este requisito, nem preveja uma recusa liminar pelo empregador, não pode deixar de se considerar que, tal como sucede relativamente a outros regimes de conciliação referidos na Directiva (pense-se, por

exemplo, no acesso ao teletrabalho, integrante do elenco dos regimes de trabalho flexíveis que consta da Directiva - alínea f) do n.º 1 do artigo 3.º -, que, como indica o n.º 1 do artigo 166.º-A do Código do Trabalho, depende da compatibilidade com a actividade desempenhada), é à partida indispensável que a atribuição do regime de horário flexível se mostre viável em função do próprio sistema organizatório da empresa - ou, se se preferir a formulação da Directiva, da capacidade operacional desta para oferecer esses regimes.

Sempre se poderá entender que verdadeiramente inexistente o direito do trabalhador a solicitar o regime de horário de trabalho flexível quando esse mesmo trabalhador labore num regime em absoluto incompatível com a flexibilidade (estando, desta sorte, os instrumentos estabelecidos para tutela da parentalidade restritos à solicitação de trabalho a tempo parcial), já que esse direito está limitado pela própria estrutura temporal do posto de trabalho⁹³. Trata-se, no fundo, de reconhecer, como sucede quanto a outros direitos constitucionais, “uma reserva do possível, exigindo-se, para que surja a possibilidade de exercício de tal direito, que, à partida, o posto do trabalho do trabalhador com responsabilidades parentais seja adaptável a este tipo de flexibilidade”⁹⁴. Nesta linha de reflexão, verifica-se que o direito genericamente concedido aos trabalhadores pelo artigo 56.º “nem chega a concretizar-se ou cede, nestes

⁹³ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 60. Para a noção de posto de trabalho e sua relação com o programa de execução do contrato de trabalho pode ver-se o nosso, “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho” in Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 119 e ss.

⁹⁴ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 60 e 65

casos, perante a necessidade de preservar a utilidade da prestação”⁹⁵. Não é, evidentemente, admissível impor ao empregador um esquema de prestação de trabalho que destrói ou radicalmente diminui a utilidade da prestação - recorde-se que, ao contrário do que sucede no regime de trabalho a tempo parcial, continua a ser devida ao trabalhador a totalidade da retribuição que corresponde ao desempenho da actividade contratada.

Uma vez que os artigos 56.º e 57.º não contemplam solução específica para situações desta natureza, sempre será, no mínimo, de entender que terão de estar compreendidas na referência genérica do n.º 2 do artigo 57.º. Este entendimento mostra-se hoje, a nosso ver, reforçado pelo que se estabelece no artigo 166.º-A em sede de acesso ao regime do teletrabalho. Claramente se distinguem aí as situações de incompatibilidade da actividade desempenhada pelo trabalhador com o regime pretendido, de falta de meios operacionais para a sua aplicação e de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” que obstem à aceitação do pedido do trabalhador. Aliás, ao longo de todo esse preceito surge como pressuposto necessário do acesso ao trabalho a exequibilidade do regime tendo em conta as funções desempenhadas (a compatibilidade). Trata-se, verdadeiramente, de um pressuposto lógico e que se prende com a manutenção da utilidade da prestação. Apenas verificado este pressuposto se pode, naturalmente, equacionar a existência de exigências imperiosas da empresa que inviabilizem a sua aplicação⁹⁶. O mesmo

⁹⁵ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 60.

⁹⁶ No âmbito do regime do teletrabalho, a compatibilidade deste regime com a actividade desempenhada tem, por vezes, sido considerada um “fundamento objectivo” de recusa por parte do empregador (assim, por ex., J. NUNES VICENTE,

tem, forçosamente, que acontecer relativamente ao regime de horário flexível.

V - Em segundo lugar, no preenchimento do conceito de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” há que considerar a própria fisiologia do regime. Está aqui em causa um fundamento para recusa do pedido do trabalhador, pedido esse de que normalmente decorre o dever, para o empregador, de fixar um horário de trabalho cumprindo os requisitos enumerados no n.º 3 do artigo 56.º.

É relevante, para a densificação deste conceito, a alínea *b)* do n.º 3 do artigo 56.º, ao estabelecer a necessidade de compatibilização do regime de horário flexível com o período de funcionamento da empresa. Recordando exemplos já convocados a este propósito: se um trabalhador foi contratado para desempenhar funções de atendimento ao público num estabelecimento cujo período de abertura corresponde estritamente ao seu horário de trabalho, não há, por definição, margem para a observância de horário flexível, o mesmo ocorrendo se o trabalhador desempenha funções de supervisão ou controlo directo e imediato de outros, caso em que o seu trabalho só

“A nova disciplina do acordo para a prestação do teletrabalho - comentário aos artigos 166.º e 167.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 60-61), por contraposição a situações associadas ao interesse da empresa, dependentes de um juízo discricionário da empresa (como parece sugerir MILENA ROUXINOL, “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, p. 86). Não acompanhamos esta aproximação. No que toca especificamente à ideia de necessidades imperiosas de funcionamento da empresa, tal como surge no n.º 2 do artigo 57.º, estamos perante um juízo objectivamente aferível, em termos de racionalidade gestionária, e, por isso mesmo, judicialmente controlável - estamos, pois, longe uma mera apreciação subjectiva ou puramente discricionário do empregador.

pode ser realizado em período que coincida com estes outros trabalhadores⁹⁷.

Note-se que a lei expressamente dá relevância ao período de funcionamento da empresa, tal como vigora ao tempo do pedido. Assume-se esse período como um elemento de facto a considerar na determinação do horário flexível - repercutindo-se, naturalmente, na sua própria viabilidade. Não se descortina qualquer referência legal da qual possa resultar para o empregador, em caso de recepção de um pedido de atribuição do regime de horário flexível, a obrigação de alterar o padrão temporal de funcionamento da empresa.

Também por aqui se percebe que o exercício do direito assegurado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 56.º não deve comprometer a organização do trabalho na empresa, estando, por natureza, sujeito ao crivo da efectiva viabilidade, perante as necessidades operacionais da organização produtiva. As exigências imperiosas devem, portanto, ser aferidas perante estas necessidades operacionais da empresa, emergentes dos parâmetros temporais de funcionamento da organização produtiva como um todo e da sua repercussão na actividade assegurada pelo trabalhador em causa. Elementos como o período de funcionamento da empresa, assim como os mecanismos adoptados para assegurar as exigências dele decorrentes, são parâmetros factuais, não podendo estar à mercê dos pedidos apresentados, na lógica dos interesses individuais - por mais mérito que possuam - de cada trabalhador.

⁹⁷ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 61.

Numa palavra, é incontornável o reconhecimento de que, “com alguma frequência, há posições ou interesses individuais que a organização empresarial não pode absorver”⁹⁸, assim se entendendo a possibilidade de recusa do empregador à pretensão de prestar trabalho em regime de horário flexível.

VI - Neste âmbito, merecem especial atenção as situações em que o trabalhador presta a sua actividade em regime de turnos. A lei postula o recurso a este modelo de organização temporal da actividade quando se trate de empresa cujo período de funcionamento ultrapasse os limites máximos do período normal de trabalho diário (n.º 1 do artigo 221.º), devendo tal regime abranger aqueles que se encontrem afectos às actividades para as quais se estabelece esse funcionamento alargado (por ex., numa empresa que assegure o fornecimento de energia eléctrica o regime será aplicável aos trabalhadores directamente envolvidos nesse processo, não tendo que abarcar os que asseguram apoio administrativo ou outro tipo de suporte).

No trabalho por turnos, ou no quadro de outro modelo que implique o encadeamento estrito dos horários, não existe substancial espaço para a flexibilização, sob pena de se comprometer quer o funcionamento da empresa, quer as prestações - e os interesses - dos outros trabalhadores. O trabalho por turnos, tal como definido no artigo 220.º do Código do Trabalho⁹⁹, corresponde verdadeiramente

⁹⁸ BERNARDO LOBO XAVIER/ A. NUNES DE CARVALHO, “Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)”, cit., p. 62.

⁹⁹ Reproduzindo a noção do n.º 5º do artigo 2.º da Directiva n.º 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho.

a situações de trabalho em equipa¹⁰⁰, nas quais se verifica uma particular conexão entre as prestações de um conjunto determinado de trabalhadores, sejam os que integram uma concreta equipa, sejam os que constituem as que a antecedem e/ou se seguem na execução de determinada actividade.

Nestes casos, o direito a poder requerer e gozar horário flexível confronta-se, no seu exercício, com condicionamentos - necessidades operativas da empresa e conjugação com as posições dos demais trabalhadores envolvidos- perante os quais tem, quase sempre, de ceder. Pode dizer-se que nestas situações o posto de trabalho (na sua vertente funcional e organizatória) é inadaptável à flexibilidade.

É importante, a este propósito, ter presente o recorte geral do regime de protecção na parentalidade¹⁰¹.

A lei expressamente afasta, em vários casos, a sujeição dos trabalhadores a mecanismos de gestão temporal que vão para além do quadro básico de prestação da actividade: adaptabilidade, bancos de horas e, mesmo, trabalho suplementar (artigos 58.º e 59.º e as já referidas alíneas b) e c) do n.º 4 do artigo 206.º e alíneas b) e c) do n.º 13 do artigo 208.º-B). Já no que se refere ao trabalho nocturno, a tutela assegurada pela lei, para os casos especialmente prementes e temporalmente limitados das trabalhadoras grávidas puérperas e lactantes, circunscreve-se à possibilidade de solicitar a afectação a horário de trabalho diurno compatível ou, quando tal não seja possível (por exemplo, porque não existe tal horário disponível para a

¹⁰⁰ Na designação francesa - cfr. F. MOREL, *Durée et aménagement du temps de travail*, 8ª ed, Paris, GRF, 2016, p. 242.

¹⁰¹ Acentuando pertinentemente este ponto, S. LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 137.

actividade em causa), requerer a dispensa do trabalho, cabendo uma prestação social substitutiva do salário (n.ºs 1 a 3 do artigo 60.º e alínea i) do artigo 62.^{o102}). A lei omite referência a tutela específica quanto ao trabalho por turnos, porventura considerando que na dimensão mais relevante se aplicará o regime do artigo 60.º.

Creemos que este quadro evidencia o reconhecimento de que a margem de flexibilidade que se abre ao empregador e ao trabalhador está, muitas vezes, limitada pelo esquema de organização de trabalho existente e que as empresas não podem ser obrigadas a situações à partida contrárias ao seu modo de funcionamento - ou, quando tal eventualmente suceda, não lhes cabe suportar a inerente responsabilidade, a qual poderá ser transferida, porque se trata de tutelar um princípio relevante para toda a comunidade, para o sistema de segurança social. Faz todo o sentido, no quadro dos equilíbrios a que nos temos referido, recusar ao empregador, por força da tutela de todos os valores em presença, a utilização de certos instrumentos de flexibilização da gestão temporal da prestação. Totalmente distinta é a necessidade de preservar os modelos de organização temporal do trabalho instituídos na empresa e ligados às especificidades do seu funcionamento e actividade. Assim se percebe a abordagem específica que encontramos no artigo 60.º e a omissão de protecção específica quanto ao trabalho por turnos. Também o preenchimento do conceito de “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” tem de ser realizado de acordo com estes traços estruturantes do regime de protecção da parentalidade.

¹⁰² Cfr. artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril.

Ainda a propósito do trabalho por turnos, há um outro aspeto que requer ponderação.

A adopção do regime de turnos prende-se, em termos gerais, com a faculdade atribuída ao titular da organização produtiva de definir os termos em que se desenvolve o processo produtivo, ajustando em conformidade as condições de trabalho, dentro dos limites da lei, assumindo relevância crítica a vertente temporal. Existe, pois, em termos gerais, uma incontornável liberdade de tomar as opções ajustadas às necessidades e interesses ligados ao funcionamento pretendido para a empresa, envolvendo dimensões organizativas, técnicas e económicas e o imperativo de responder às circunstâncias que determinam a sustentabilidade da própria empresa (amortização de investimentos, resposta às solicitações do mercado, ajustamento aos desenvolvimentos tecnológicos, etc.). Estas “necessidades de exploração e utilização da infra-estrutura produtiva levam as empresas a estender até ao maior número de horas possível em cada dia o desenvolvimento da sua actividade, pelo que devem acolher como forma de organização do tempo de trabalho o sistema de trabalho por turnos, apesar do seu maior custo salarial relativamente a actividade sem rotação nem trabalho nocturno”¹⁰³. Contudo, encontramos situações em que a própria margem de adaptação do titular da organização produtiva, pela natureza da actividade desenvolvida, postula, à partida e necessariamente, certos modelos de trabalho, designadamente no plano temporal.

¹⁰³ J. CARCELÉN GARCIA, *El Sistema de Trabajo a Turnos y su Problemática*, Madrid, Fundación CONFEMETAL, 2000, p. 145.

A lei portuguesa expressamente reconhece estas situações e as exigências que daí decorrem, inclusivamente em termos de ajustamento de posições fundamentais dos trabalhadores (na sequência, aliás, das indicações da legislação europeia). Importa, neste âmbito, ter presente o que encontramos a propósito do descanso diário, regulado no artigo 214.^o¹⁰⁴. Mesmo considerando as várias vertentes de garantia do quadro constitucional - e europeu - em matéria de limitação da jornada de trabalho e de tutela do descanso, a lei consente em certos termos a derrogação do descanso diário quando estejam em causa certas actividades, designadamente as referidas na alínea d) do n.º 2 do artigo 214.º. Como é bom de ver, esta possibilidade de derrogação está intrinsecamente ligada ao particular modo de ser dessas actividades, nas quais é fundamental assegurar “a continuidade do serviço ou da produção”.

Dir-se-á que não teria necessariamente de ser assim, uma vez que tal continuidade poderia, em tese, ser assegurada através da contratação de maior número de trabalhadores, de modo a evitar o recurso à derrogação de uma regra de especial importância para a tutela da saúde e segurança no trabalho, bem como para a conciliação da vida profissional com a vida pessoal do trabalhador. Contudo, equilibrando os interesses em presença - para além dos indicados, o imperativo de preservar a viabilidade económica das empresas -, o Código do Trabalho, no quadro do permitido pelo Direito Europeu, optou, no fundo, por atender a exigências imperiosas do processo produtivo em causa.

¹⁰⁴ Transpondo o regime constante dos artigos 3.º e 17.º da Directiva n.º 2003/88/CE.

Em situações como as que se acabam de referir, a opção pelo regime de turnos não assenta num mero juízo de rentabilidade económica - em si mesmo digno de tutela, já que é condição de existência das organizações produtivas e da viabilidade dos contratos de trabalho dos que aí prestam a sua actividade -, antes atendendo ao particular modo de ser de certas actividades produtivas, que tipicamente envolvem pelas exigências de continuidade.

Posta esta necessidade, há igualmente que assegurar a preservação do modelo de turnos legitimamente adoptado, impedindo a desorganização dos turnos ou equipas de trabalho, havendo, em especial, que levar em linha de conta a situação dos vários trabalhadores envolvidos.

Mais uma vez, é imperioso não esquecer que a fixação de horários de trabalho tem normalmente uma dimensão colectiva, impondo-se ao empregador a ponderação da situação dos diversos trabalhadores envolvidos¹⁰⁵. Reiterando a ideia em que temos insistido ao longo deste texto, muito embora o Código do Trabalho, retomando a técnica de regulação tradicional, aborde a fixação dos tempos de trabalho no quadro de cada contrato de trabalho, a definição do horário não corresponde à soma de actos pontuais, envolvendo, pelo contrário, a articulação das prestações dos diversos trabalhadores e de todas elas com o processo produtivo e o esquema de organização e divisão do trabalho - e, aliás, assim se entende a necessária intervenção das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores,

¹⁰⁵ Neste sentido, tb. SARA LEITÃO, “Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares”, cit., p. 133.

tal como determinado, por ex., no n.º 3 do artigo 212.º e no n.º 2 do artigo 217.º.

VII - Indo mais além do que, como vimos, resulta da Diretiva EU) 2019/1158, o legislador português não admite a recusa da solicitação do regime de horários flexíveis com fundamento genérico em interesses do empregador - nem sequer, como no Direito espanhol, com as simples necessidades organizativas e produtivas da empresa¹⁰⁶. A lei portuguesa, no n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, apenas atende, neste âmbito, a “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”. Esta formulação é, pois, mais exigente da que consta da Diretiva e da legislação que noutros ordenamentos a transpõe.

Ainda assim, alguma jurisprudência portuguesa considera que apenas serão relevantes “situações excepcionais, extraordinárias”, que ponham “em causa o funcionamento” da unidade produtiva¹⁰⁷, ou que “só podem ser consideradas imperiosas as exigências extraordinárias, excepcionais que não se confundem com a maior ou menor dificuldade de organização da atividade da empresa ou sequer com a maior ou menor onerosidade para o empregador em função da gestão do seu quadro de pessoal”¹⁰⁸.

Decerto que não pode o empregador limitar-se a invocar a mera inconveniência ou a simples perturbação ou acréscimo de dificuldades decorrente da adopção do regime de horário flexível. Mas isso

¹⁰⁶ Cfr. G. RODRIGUEZ PASTOR, *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*, Valência, tirant lo blanch, 2020, p. 63 e passim.

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11 de Julho de 2019, proferido no processo n.º 3824/18.9T8STB.E1.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Março de 2017, proferido no processo n.º 2608/16.3T8MTS.P1.

não significa que as exigências para este efeito relevantes decorram de circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, nem é isso que resulta da lei. O legislador, equilibrando os valores constitucionais em presença, requer - e, repita-se, sendo já mais exigente do que a norma europeia - que se trate de necessidades ingentes ligadas ao funcionamento da empresa, ou seja, que se prendam com a capacidade operacional da organização produtiva, tal como existe. Trata-se de saber se, em termos de capacidade operacional, a organização produtiva pode absorver, é compatível, sem que tal comprometa o seu funcionamento ou desfigure a própria distribuição temporal associada a esse funcionamento, com a prática de horários flexíveis.

Por vezes, apela-se ao conceito de exigibilidade “com vista à manutenção do regular funcionamento da empresa ou do estabelecimento”¹⁰⁹. Esta formulação mostra-se mais consentânea com o que resulta da lei, havendo, contudo, que atentar na circunstância de que não se trata do “regular funcionamento” de uma abstracta empresa, mas sim de uma concreta organização produtiva, desenhada em certos termos pelo seu titular. É perante essa concreta empresa que haverá que apurar se, consideradas as condições em que funciona, é imperativa a recusa, para certo ou certos trabalhadores (os que nela desenvolvem determinadas actividades), do regime de horários flexíveis (porque incompatíveis com esse funcionamento). O critério da exigibilidade é, portanto, por força da lei, o da inexistência de imperativos decorrentes do funcionamento da empresa.

¹⁰⁹ Assim, o acima referido acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11 de Julho de 2019, aludindo a um juízo de inexigibilidade “com vista à manutenção do regular funcionamento da empresa ou do estabelecimento”.

Sustenta-se noutros arestos a necessidade de ponderação conjunta, em termos de proporcionalidade, dos interesses do trabalhador e do empregador, adiantando-se, por vezes, que “o bem protegido do trabalhador é de relevo, de tal forma que a sua proteção parte do disposto no próprio normativo da Constituição da República”¹¹⁰. Esta abordagem afigura-se bastante problemática.

Na verdade, dificilmente poderão ser comparados, porque de natureza totalmente diferente, os interesses em causa. O sublinhado da relevância pessoal para o trabalhador dos interesses em matéria de conciliação de algum modo compromete à partida essa comparação. Atento o carácter pessoal desses interesses e a sua premência, sempre sobrelevariam aos interesses gestionários do empregador, com isto se suprimindo a própria questão, inutilizando deste passo a regra legal. Não é, pois, suficiente a alusão genérica à ideia de proporcionalidade, faltando um esforço de substancial concretização do que esse juízo possa, neste domínio, envolver.

Ao mesmo tempo, deixam-se na sombra os interesses dos demais trabalhadores afectados, esquecendo, desde logo, que a viabilidade da organização produtiva, o seu regular funcionamento, é condição da efectivação da tutela garantida pelo ordenamento juslaboral. A nosso ver, a ponderação conjunta dos interesses envolvidos é realizada pelo próprio legislador, em cumprimento do quadro de valores constitucionais: considerando a relevância dos interesses do prestador de trabalho, o seu pedido apenas poderá ser recusado quando o regime de horário flexível não seja, tendo em conta a actividade que

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Junho de 2023, proferido no processo 21023/21.OT8LSB.L1-4.

desenvolve, compatível com a organização temporal do trabalho observada na empresa ou passível de ser absorvido mediante ajustamentos que não comprometam essa organização.

Este juízo, note-se, não se centra unicamente nos parâmetros estritamente técnicos ou meramente gestionários, mas abarca outros tipos de considerações, nas quais cabem os deveres que, por força da própria lei ou de normativos convencionais-colectivos, impendem sobre o empregador relativamente aos demais trabalhadores (em sede, designadamente, de condições de fixação do horário de trabalho ou de definição dos descansos).

Na ponderação a realizar quanto à situação dos demais trabalhadores envolvidos é de considerar que o regime dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho representa, em certa medida, uma discriminação positiva a favor de quem se encontre nas circunstâncias que conferem acesso ao regime dos horários flexíveis, ancorada no quadro constitucional. Mas não pode, naturalmente, envolver para os demais trabalhadores a preterição dos direitos que a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva lhes conferem, incluindo os que visam, igualmente, concretizar a protecção do princípio da conciliação da vida profissional com a vida pessoal. Quando se determina este complexo equilíbrio é também relevante ter presente que, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos, a lei portuguesa confere o direito ao regime de horário flexível com grande amplitude, admitindo a sua fruição, em simultâneo, pelos dois progenitores e não exigindo, sequer, a demonstração de que se verificam, em concreto, necessidades prementes¹¹¹.

¹¹¹ Veja-se, para a lei espanhola, G. RODRIGUEZ PASTOR, *Adaptación de la*

Em algumas decisões jurisprudenciais vai-se ainda mais longe. Num caso, admitiu-se que a comprovada necessidade de, para acomodar o pedido de regime de horário flexível, a empresa se ver forçada a encerrar o estabelecimento em dois domingos em cada mês não seria atendível para efeito do n.º 2 do artigo 57.^{o112}. Noutra situação, entendeu o Tribunal que os obstáculos para o empregador poderiam “ser facilmente ultrapassados por via da contratação de trabalhadores para horários específicos - no caso, os fins de semana”¹¹³. Não é possível encontrar na lei, sem uma extensão muito substancial assente numa perspectiva estritamente unilateral do quadro constitucional - unilateral na medida em que desconsidera alguns dos valores constitucionalmente assentes que a lei procura harmonizar -, base normativa para tais afirmações.

Como vimos, o período de funcionamento é um dado a assumir pelo empregador na fixação do concreto horário flexível (alínea *b*) do n.º 3 do artigo 56.^o), não lhe sendo imposta ou exigível a sua alteração. Da mesma forma, o efectivo da empresa constitui igualmente um ponto de partida, não podendo impor-se ao empregador encargos acrescidos que possam alterar a sustentabilidade financeira da organização produtiva - parece, aliás, acolher esta premissa o Acórdão de 22 de Novembro de 2023 da Relação de Lisboa, ao referir que “pode concluir-se (...) que, tal como sustentado pela Apelante [empregador], à data da propositura da acção, a concessão de

jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación, cit., p. 78.

¹¹² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de junho de 2023, proferido no processo n.º 21023/21.OT8LSB.L1-4.

¹¹³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Outubro de 2022 proferido no processo n.º 82273/22.1T8PRT.P1.

horários flexíveis, simultaneamente, a todos os 128 VA's que o requereram, impossibilitaria o cabal e normal funcionamento da operação da empresa no Aeroporto de Lisboa sem um aumento do quadro de pessoal de VA's da autora nesse local de trabalho"¹¹⁴ (sublinhado nosso).

A preservação do equilíbrio financeiro da empresa constitui evidente imperativo, até para garantia do indispensável suporte das relações de trabalho, de todas as relações de trabalho dos que nela prestam serviço. A determinação do que é necessário para esse efeito cabe, em termos de racionalidade gestionária e de objectividade, exclusivamente ao empregador, aquele que em primeira linha suporta o risco empresarial, não sendo legítimo que outrem se substitua nesse juízo, apenas controlável externamente e dentro dos referidos parâmetros de racionalidade gestionária e objectividade. Não pode, igualmente, considerar-se que lhe possa ser imposta a reformulação da organização da empresa, designadamente no plano temporal, funcionalizando-a ao interesse de determinado ou determinados trabalhadores. Tal equivaleria a uma insuportável compressão da liberdade de empresa, muito para além dos quadros do artigo 18.º da Constituição e sem que possa entender-se que constitui corolário necessário do programa constitucional de protecção da família e da parentalidade.

Conforme fomos assinalando, o mecanismo constante dos artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho implica, indiscutivelmente, limitações às faculdades de gestão do empregador. Todavia, esses são os que resultam do que decorre desses preceitos legais, sem que seja

¹¹⁴ Proferido no processo n.º 12323/18.8T8LSB.L1-4.

legítimo extrapolar para outro nível de equilíbrio ou conferir sempre primazia ao interesse do trabalhador. Com efeito, sendo claro que no direito do tempo de trabalho está em jogo uma pluralidade de interesses fundamentais com dignidade constitucional, as regras legais “podem submeter a certos limites os direitos e liberdades dos empregadores desde que não atentem contra a sua substância”, sendo “possível ao legislador criar limites à liberdade de empresa (...) justificadas pelo interesse geral ou ligadas a exigências constitucionais, desde que essas limitações não tenham por consequência a distorção da sua substância”¹¹⁵. Os artigos 56.º e 57.º do Código do Trabalho estabelecem um certo equilíbrio, que deve ser entendido neste quadro e nos seus precisos termos, sem deixar espaço à sua reconfiguração por acto do intérprete. Em particular, quando se contrapõem os interesses em presença, assume indiscutível relevância, no âmbito da determinação da extensão dos limites dentro dos quais se contém a possibilidade de recusa do empregador, a circunstância de o direito em causa ser atribuído a ambos os progenitores, que o podem fruir em simultâneo.

Por tudo o que até aqui foi sendo referido, temos igualmente dificuldade em encontrar sustentação legal (e constitucional) para entendimentos como o sustentado no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Janeiro de 2020¹¹⁶. Afirmou-se aí que “numa certa vulgaridade, ou se se preferir, mediania de situações, há lugar a uma efetiva determinação do horário, a qual carece de uma margem mínima de manobra, sob pena de esvaziamento dos seus poderes de

¹¹⁵ M. MINÉ, *Droit du Temps de Travail*, Paris, LGDJ, 2004, p. 172, sintetizando o entendimento da jurisprudência constitucional francesa.

¹¹⁶ Proferido no processo n.º 3582/19.0T8LSB.L1.4.

direção”; “isso impõe que, ao indicar as horas de início e termo, mencionadas no art. 56.º/2, o trabalhador o faça deixando alguma margem ao empregador, o qual só assim pode efetivamente concretizar o horário; menos do que isso - que redundaria numa mera gestão do intervalo de descanso - só é razoável quando prementes limitações do trabalhador assim o impõem”. Com o devido respeito pelo Venerando Tribunal, ocorrem nesta formulação várias inversões.

A lei claramente ressalva o poder patronal de fixação do horário, com as limitações que decorrem do n.º 3 do artigo 56.º: bastante mais do que deixar “alguma margem ao empregador” ou “uma margem mínima de manobra”. Para além disso, vimos igualmente que a lei confere ao trabalhador o direito à atribuição do regime de horário flexível, não lhe conferindo o poder de, com qualquer tipo de vinculatividade, indicar o concreto horário pretendido. Ou seja, cabe ao empregador equacionar a viabilidade de fixação de um qualquer horário nos moldes do n.º 3 do artigo 56.º.

Finalmente, na disciplina dos artigos 56.º e 57.º a possibilidade de recusa do empregador funda-se exclusivamente na existência de exigências imperiosas de funcionamento da empresa, sem qualquer alusão a uma ponderação que integre a concreta situação do trabalhador. E, repita-se, está em causa a fixação de um qualquer horário que permita a utilização da faculdade prevista no n.º 4 do artigo 56.º (dizendo-o por outras palavras, não existe espaço para recusa se, requerido pelo trabalhador determinado horário que não seja viável, há condições para estabelecer um outro que observe os n.ºs 3 e 4 do artigo 56.º).

Não compete ao empregador, dentro doq que lhe é exigido no estrito âmbito do regime de horário flexível, uma ponderação do concreto interesse do trabalhador. Para além do que determinam os artigos 56.º e 57.º entramos no espaço de aplicação das regras gerais de determinação do horário de trabalho, impondo tão só a lei que o empregador tenha em consideração, nos termos gerais do artigo 126.º, do n.º 3 do artigo 127.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 212.º, a conciliação da vida profissional com a vida familiar. Aqui, exige-se que o empregador tenha também em atenção¹¹⁷, que escute e pondere, e apenas isso, os interesses do trabalhador (não lhe é requerida a apresentação de uma fundamentação ou, muito menos, a invocação de uma impossibilidade¹¹⁸, que obstacule a concessão do pretendido).

Percorrendo esta jurisprudência deparamos, pois, com posicionamentos que, no fundo, alteram o concreto equilíbrio de interesses determinado pelo legislador, substituindo-o por outro, ou outros, que se entendem mais adequados. A necessária, indispensável, limitação dos poderes de gestão do empregador, designadamente em ordem à efectivação do programa constitucional de protecção da família e da parentalidade, não pode, evidentemente, justificar a reescrita das disposições legais.

¹¹⁷ A par de outras considerações, como as que decorrem das exigências de protecção da segurança e saúde do trabalhador.

¹¹⁸ É pertinente recordar que mesmo para a prática de um acto tão grave como o despedimento por justa causa, onde rege o artigo 53.º da Constituição, a lei se basta com uma impossibilidade prática, aferida no quadro da gestão da empresa. Exigir, para efeitos do n.º 2 do artigo 57.º uma efectiva impossibilidade implicaria, como é bom de ver, uma claríssima desproporcionalidade, para além de inconsistência com os dados centrais do sistema jusbatal.

VIII - O outro fundamento legalmente admitido para legitimar a recusa de fixação de horário flexível pelo empregador, de acordo com n.º 2 do artigo 57.º do Código do Trabalho, consiste na impossibilidade de substituição do trabalhador.

Trata-se, claramente, de um fundamento mais ajustado às situações em que é requerida passagem ao regime de trabalho a tempo parcial, que se integra na categoria dos “direitos de ausência” (ao lado das várias licenças legalmente contempladas), e menos compatível com os “direitos de presença”, como sejam o de solicitar a atribuição do regime de horário flexível, a dispensa de certas formas de trabalho ou o acesso ao teletrabalho¹¹⁹. Com efeito, nestes “direitos de presença” é assegurada, dentro dos respectivos limites, a continuidade da prestação da actividade, não tendo, portanto, o trabalhador de suportar a perda total ou parcial da contrapartida retributiva (ainda que associada à concessão de um benefício previdencial). Persistindo a realização da prestação de trabalho não há, verdadeiramente, lugar à substituição do trabalhador (daí que a lei não faculte instrumentos como os previstos nas alíneas *a*) e *d*) do n.º 1 do artigo 140.º do Código). Será de considerar que, em bom rigor, a aplicação conjunta desta causa de recusa ao pedido de trabalhador de acesso ao regime de horário flexível e ao de passagem a tempo parcial radica nas vicissitudes legislativas já referidas.

Esta dissemelhança de situações é relevante na ponderação relativa à aplicação do fundamento de recusa agora em apreço, já que, permanecendo a realização da prestação da actividade - e,

¹¹⁹ Sobre esta contraposição, G. RODRIGUEZ PASTOR, *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*, cit., p. 16.

consequentemente, o direito ao pagamento da retribuição -, se mostra crucial garantir que conserva a sua utilidade, continuando a ser viável a sua integração na organização temporal do trabalho.

Será, porventura, aceitável, de modo a reconhecer algum sentido útil a este segmento da norma, considerar que a substituição aí referida contemplará, nas situações de atribuição de horário flexível, casos em que, não podendo a actividade associada a um posto de trabalho ser desempenhada em regime de horário flexível, é possível equacionar a afectação do trabalhador a outro posto de trabalho compatível com a sua categoria, passando a actividade que anteriormente exercia a ser desempenhada por outro que detenha as necessárias qualificações e cujo contrato de trabalho o permita. Admitindo-se, em tese, que tal possa ocorrer, também aqui é evidente que a margem disponível para a absorção de situações desta natureza pela empresa será, naturalmente, limitada. Aliás, impor-se-á, antes de mais, nesses casos a ponderação da situação do outro trabalhador envolvido na substituição, em particular no que toca aos seus interesses em matéria de conciliação.

7. Observações finais

Feito este percurso, necessariamente incompleto, pela jurisprudência recentemente produzida a propósito do regime legal de flexibilização do tempo de trabalho na parentalidade, temos que confessar algum desconforto.

Não, naturalmente, pela circunstância de muitos dos arestos referidos sufragarem entendimento contrário ao que temos

sustentado. Qualquer conclusão que se pretenda alicerçada numa abordagem científica, por mais laborioso quer tenha sido o processo que a ela conduziu, está, por definição, sujeita a superação, com base numa mais adequada aplicação dos parâmetros científicos. O desconforto acima manifestado tem outras raízes.

De uma parte, e num retorno ao início deste texto, parece, em várias das decisões referenciadas, que se tende a reiterar a abordagem unilateral e desatenta às dificuldades operacionais das organizações produtivas que vinha impregnando a orientação da CITE, uma abordagem, no fundo, que se alheia da natureza necessariamente compromissória deste tipo de regimes, bem expressa na perspectiva da OIT e da União Europeia (e que, como vimos, está claramente evidenciada na própria Directiva 2019/1158).

De outra banda, parece ocorrer, em algumas decisões, uma manobra de superação da disciplina legal, buscando-se uma legitimação no texto constitucional a partir de leituras unilaterais e absolutizadoras, assentes num núcleo restrito de normas, que se substitui a um verdadeiro esforço argumentativo¹²⁰ (e que, note-se, prescinde mesmo da ideia fundamental de concordância prática entre posições jusfundamentais inscrita no artigo 18.º da Constituição).

A imperfeição dos textos legais, mais a mais num tema que convoca valores fundamentais e cuja relevância social é cada vez mais premente, coloca questões complexas. A sua ultrapassagem terá, porém, como sempre, de ser alcançada com “a imprescindível neutralidade do jurista em matéria laboral”¹²¹. Neutralidade na análise do

¹²⁰ Fenómeno que tentámos descrever em “Reflexão sobre a Constituição e o Direito do Trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 57, 1998, pp. 55 e ss.

¹²¹ P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina,

texto legal e na sua aplicação, de acordo com os ditames da ciência jurídica. Não, obviamente, uma neutralidade axiológica, que desconsidere os valores em causa. Antes a que é exigida, em última análise, pela realização dos valores do Direito¹²².

Bibliografia

BAPTISTA MACHADO, J., “Risco contratual e mora do credor” in *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, Scientia Iuridica, 1991;

BARNARD, C., *EU Employment Law*, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012;

BAVARO, V., “Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato” in B. VENEZIANI/ V. BAVARO (coord.), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, Cacucci, 2009;

BIAGI, M., *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 2ª ed., Milão, Giuffrè Editore, 2003;

CARCELÉN GARCIA, J., *El Sistema de Trabajo a Turnos y su Problemática*, Madrid, Fundación CONFEMETAL, 2000;

2023, p. 49.

¹²² Veja-se P. ROMANO MARTINEZ, “Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, n.º 2, pp. 589-590 e passim.

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, “A protecção da maternidade e paternidade no Código do Trabalho, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, n.ºs 1-2;

CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, “O Pilar Europeu dos Direitos Sociais, a nova Diretiva sobre conciliação e o seu impacto no ordenamento jurídico português” in *Labour 2030. Papers presented at II International Congress*, pp. 64 e 67, disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/38674>;

CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España” in MELLA MENDÉZ (dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Madrid, Delta - Publicaciones Universitarias, 2015;

DI LORENZO, F., *Potere di organizzazione dell’imprenditore e flessibilità del lavoro*, Turim, Giapichelli, 2010;

DRAY, G., anotação ao artigo 57.º in P. ROMANO MARTINEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020;

FERRANTE, V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Turim, Giappichelli Ed., 2008;

FURTADO MARTINS, P./ AGAPITO, P., *Estudo sobre a negociação coletiva*, Lisboa, Centro de Relações Laborais, 2024;

GASPARINI, G., *Il tempo e il lavoro*, 2.^a ed., Milão, Franco Angeli, 1990;

GOMES CANOTILHO, J./ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.^a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

ICHINO, P., *Lezione di Diritto del Lavoro*, Milão, Giuffrè Editore, 2004;

ICHINO, P./ VALENTE, L., *L'orario di lavoro e i riposi*, Milão, Giuffrè Editore, 2012;

LEITÃO, SARA, "Horário flexível de trabalhador com responsabilidades familiares" in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. VIII, Coimbra, Almedina, 2020;

LIBERAL FERNANDES, F., *Comentários às Leis da Duração do Trabalho e do Trabalho Suplementar*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

LIBERAL FERNANDES, F., *O Trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Porto, Biblioteca RED, 2018, p. 38 (disponível em repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111840/2/264530.pdf);

LISO, F., *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milão, Franco Angeli Editore, 1982;

LOBO XAVIER, B., "Procedimentos na empresa (para uma visão procedimental do Direito do trabalho)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2007, n.ºs 1-2;

LOBO XAVIER, B., *Procedimentos laborais na empresa. Ensinar e investigar*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009;

LOBO XAVIER, B. / NUNES DE CARVALHO, A., "Organização flexível do tempo de trabalho (competências da CITE)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2014, n.º 1-4, pp. 34-40;

MIRANDA, J. / MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed. revista, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017;

MELLA MENDÉZ, L., prologo in L. MELLA MENDÉZ, (dir.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Madrid, Delta - Publicaciones Universitarias, 2015;

MINÉ, M., *Droit du Temps de Travail*, Paris, LGDJ, 2004;

MONEREO PÉREZ, J. L. / GORELLI HERNANDÉZ, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales*, Granada, Comares, 2009;

MONTEIRO, L. M., anotação ao artigo 212.º in P. ROMANO MARTINEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020;

MONTEIRO FERNANDES, A., *Direito do Trabalho*, 22.ª ed., Coimbra, Almedina, 2023;

MOREIRA, MARIA MARGARIDA GÓIS, “O princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar”, *Questões Laborais*, n.º 41;

F. MOREL, *Durée et aménagement du temps de travail*, 8ª ed, Paris, GRF, 2016;

NUNES DE CARVALHO, A., “Reflexão sobre a Constituição e o Direito do Trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 57, 1998;

NUNES DE CARVALHO, A., “Mobilidade funcional” in P. MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, Coimbra, Coimbra Ed., 2011;

NUNES DE CARVALHO, A., “Adaptabilidade do tempo de trabalho - tópicos de reflexão” in *II Jornadas Regionais de Direito do Trabalho - Memórias*, Ponta Delgada, Direção Regional do Emprego e Qualificação Profissional, 2018;

NUNES DE CARVALHO, A., “Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho” in *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

NUNES VICENTE, J., “A nova disciplina do acordo para a prestação do teletrabalho - comentário aos artigos 166.º e 167.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 60, 2022;

NUÑEZ-CORTEZ CONTRERAS, P./ LOUSADA AROCHENA, J. F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación*, Madrid, Tecnos, 2015;

PALMA RAMALHO, M.^a ROSÁRIO, “Tempo de Trabalho e Conciliação entre a Vida Profissional e a Vida Familiar - Algumas notas” in M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO/ T. COELHO MOREIRA (coords.), *Tempo de Trabalho e Tempos de Não Trabalho*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 103;

PALMA RAMALHO, M.^a ROSÁRIO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - situações laborais individuais*, 9^a ed., Coimbra, Almedina, 2023;

PEREIRA DA SILVA, J., *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;

RODRIGUEZ PASTOR, G., *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación*, Valência, tirant lo blanch, 2020;

ROMANO MARTINEZ, P., “Interpretação e aplicação das normas laborais (Revisitação do *favor laboratoris*: ativismo jurídico versus segurança jurídica” in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;

ROMANO MARTINEZ, P., “Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, n.º 2;

ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2023;

ROUXINOL, M., “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, *Questões Laborais*, n.º 60, 2022;

THOEMMES, J., *Vers la fin du temps de travail?*, Paris, PUF, 2000;

VASCONCELOS, J., “Os regimes especiais de teletrabalho no Código do Trabalho”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 4, 2023

VETTOR, T., *Conciliare vita e lavoro*, Turim, G. Giappichelli Editore, 2018.



O REGIME DE REFORMA DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS (BREVE NOTAS)

*THE REFORM SCHEME FOR DIRECTORS OF LIMITED COMPANIES
(BRIEF NOTES)*

Apelles J. B. Conceição¹

Sumário: Razão de ordem; Introdução; 1. A segmentação ou feudalização do social; 2. Enquadramento normativo; 3. A questão organizativa; 4. A questão da indexação; 5. A questão do âmbito material; 6. A questão financeira; 7. A natureza jurídica; Conclusão.

Resumo:

Primeiro damos boa nota de uma singularidade de previdência privada relativamente ao universo dos regimes previdenciais públicos - o regime de pensões de invalidez e velhice dos administradores das sociedades anónimas - previsto no ordenamento jurídico das sociedades comerciais, mas sem suporte normativo específico no ordenamento jurídico previdencial.

De seguida faz-se o enquadramento histórico e sistemático do regime público que parcialmente lhe corresponde - o regime dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas - previsto agora no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

Faz-se então a necessária avaliação percebendo-se que quer a doutrina dominante quer a jurisprudência relevante, se afastam do único entendimento possível: que os regimes em causa pertencem a hemisférios de protecção social diferentes não incompatíveis e parcialmente sobreponíveis: um privado, com regime específico dos administradores das sociedades anónimas livremente acordado pelas

¹ Advogado

partes interessadas e tendencialmente generoso e outro público e geral para todos os membros de órgãos estatutários com regras de regime previdencial público fixadas normativamente.

Concluindo-se que os regimes de reforma privados porque exteriores ao sistema de segurança social público, encerram uma natural dificuldade de articulação e compatibilização doutrinária com os regimes públicos coexistentes pois ocupam um espaço próprio e corporativamente relevante, dadas as suas especificidades relativamente ao ordenamento jurídico geral dos regimes e prestações previdenciais.

Abstract:

Firstly, we highlight the singularity of private pensions in relation to the universe of public pension schemes - the disability and old-age pension scheme for directors of public limited companies - provided for in the legal system of commercial companies, but without specific normative support in the legal system of social security.

Next, we provide a historical and systematic framework for the public regime that partially corresponds to it - the regime for members of the statutory bodies of legal entities - now provided for in the Code of Contributory Regimes of the Social Security Pension System.

The necessary assessment is then made, realizing that both the dominant doctrine and the relevant jurisprudence move away from the only possible understanding: that the regimes in question belong to different, non-incompatible and partially overlapping social protection hemispheres: a private one, with a specific for directors of public limited companies freely agreed by interested parties and tending to be generous and another public and general for all members of statutory bodies with rules of public pension regime established by regulations.

Concluding that private retirement regimes, because they are external to the public social security system, present a natural difficulty in articulation and doctrinal compatibility with coexisting public regimes as they occupy their own and corporately relevant space, given their specificities in relation to the general legal system of social security schemes and benefits.

Razão de ordem

Utilizando a expressão legal “reforma dos administradores” das sociedades anónimas pretendemos avaliar a incursão do Direito das Sociedades Comerciais no Direito Previdenciário que tem como causa

não apenas o facto de o Código das Sociedades Comerciais (CSC)² desde 1986 (ano da sua aprovação - Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro) consagrar no seu art.º 402.º, paralelamente à previdência pública, a faculdade de as sociedades anónimas poderem instituir um regime de reforma por invalidez e velhice a favor dos seus administradores, mas e sobretudo de os autores que integraram esta matéria nos seus tratados³, comentários ou apreciações se situarem exclusivamente nas questões institucionais sem assumirem qualquer posição quanto à relação com os regimes previdenciais públicos, ou seja: trata-se de avaliar a questão da coexistência de ordenamentos jurídicos de protecção social materialmente próximos quando normativamente se ignoram.

A aparentemente abusiva utilização das eventualidades típicas do seguro social como componente da contraprestação de um acordo entre sujeitos privados - as sociedades anónimas e os seus administradores - constituindo um objecto negocial autónomo, embora habilitado legalmente, parece caber com alguma dificuldade na expressão de uma autonomia corporativa de outras situações precedentes, como por exemplo o regime do ACTV dos trabalhadores bancários de

² Convenções nestas notas:

CGA - Caixa Geral de Aposentações

CSC - Código das Sociedades Comerciais

LSS ou LBSS - Lei da Segurança Social - Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro

³ Nomeadamente:

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de - *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2010;

CASSIANO DOS SANTOS, Filipe - A Reforma dos Administradores Societários e a Relação de Administração - Notas (breves) ao regime do art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais, AAVV, Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 889 e ss; ou

CUNHA, Paulo Olavo - *Reforma e Pensão dos Administradores* (a cargo da sociedade administrada, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol III, 2015.

que noutro espaço já demos nota⁴, ou dos Advogados e Solicitadores (com instituição própria), pois tudo acontece paralelamente à previdência social pública sem tangentes ou secantes.

Aliás, a propósito da tendência da abstenção do Estado na regulação da actividade económica, já noutro espaço⁵ tínhamos reportado esta atitude e tendência num contexto de utilização de um mecanismo de “comportamentos de optimização social”⁶, de algum vazio normativo, quando sucedaneamente numa perspectiva de responsabilidade social das empresas, surge a proposta de uma regulação autónoma (mesmo no quadro transnacional) fora da acção do Estado, pelo recurso a mecanismos de auto-regulação (*soft law*), nomeadamente pela celebração de acordos-quadros (mesmo internacionais) e de elaboração de códigos de conduta⁷.

Reportámos, então, um (indesejável ?) acantonamento do direito social nos sectores económicos enquanto partes inteiras da nova economia que ameaçam escapar-lhe, seja por dúvida, desinteresse,

⁴ Ver exercício de avaliação semelhante em *Notas sobre Protecção Social dos Empregados Bancários*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XLVII, Junho 2006.

⁵ Revista Internacional de Direito do Trabalho nº 2, Instituto de Direito do Trabalho, 2021, pp. 189 e ss, disponível *online* em <https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-1/>.

⁶ Normalmente não desacompanhados de práticas de *programação fiscal agressiva* “compensatórias” dos encargos sociais assumidos - entendida como “práticas intencionalmente abusivas e evasão da legislação europeia e nacional vigentes...”

⁷ Ver, nomeadamente:

BOURQUE, R., Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises, La Revue de l'Ires, n.º 57, 2008;

COSTA, I. et alii, Les accords-cadres européens et internationaux: nouveaux outils pour des relations professionnelles transnationales, La Revue de l'Ires, n.º 66, 2010.

tolerância ou assumida concessão (ou transferência) para um conceito alargado de responsabilidade (social) das empresas (RSE).

A inovação que agora avaliamos situa-se na consagração de uma norma habilitante de remissão para a elaboração de regras livremente acordadas no âmbito privado com efeitos jurídicos mas exterior e sem envolvimento do sistema público: representa a consagração de um direito derivado a criar direito, mesmo em sentido diverso ao já instituído.

Assim, das questões previdenciais que o art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais nos coloca, tentaremos dar alguma resposta nomeadamente às seguintes:

- a viabilidade e eventuais funções sociais de regimes de previdência admitidos por disposições legais sectoriais específicas;
- a relação de eventual sobreposição com o regime público dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas;
- o nível de paralelismo com outros regimes satélites coexistentes.

Introdução

As normas legais que pretendemos confrontar com o sistema público da segurança social estão integradas no art.º 402.º⁸ do Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º

⁸ Aplicável, por remissão do art.º 433.º n.º 3 do CSC, aos administradores executivos (designação dos antigos directores desde 2006) das sociedades anónimas de modelo dualista ou germânico (art.º 278.º n.º 1, c) do CSC).

A referência a directores da alínea a) do art.º 62.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (por transcrição directa da alínea a) do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro) deve ser entendida neste mesmo sentido.

262/86, de 2 de Setembro, com a *epígrafe reforma dos administradores das sociedades anónimas* que dispõe nos seguintes termos:

“1 - O contrato de sociedade pode estabelecer um regime de reforma por velhice ou invalidez dos administradores, a cargo da sociedade.

2 - É permitido à sociedade atribuir aos administradores complementos de pensões de reforma, contanto que não seja excedida a remuneração em cada momento percebida por um administrador efectivo ou, havendo remunerações diferentes, a maior delas.

3 - O direito dos administradores a pensões de reforma ou complementares cessa no momento em que a sociedade se extingue, podendo, no entanto, esta realizar à sua custa contratos de seguro contra este risco, no interesse dos beneficiários.

4 - O regulamento de execução do disposto nos números anteriores deve ser aprovado pela assembleia geral.”

Do texto legal parece decorrer directamente o seguinte:

i) As contrapartidas pecuniárias do contrato de mandato⁹ celebrado entre as sociedades anónimas e os seus administradores podem ter duas componentes completamente distintas: uma primária relativa à vida activa - a remuneração - outra facultativa e secundária no final da vida activa que em alternância são: ou uma compensação pecuniária a título de invalidez ou velhice, autónoma mas com pressupostos e condições de atribuição próprias relativamente à pensão pública, ou os complementos de pensão pública.

Cabe aos n.ºs 1 e 2 do art.º 402.º do CSC a função normativa de regular as contrapartidas derivadas no final da vida activa dos

⁹ Regulado nos arts 1157.º e ss. do Código Civil.

administradores das sociedades anónimas os quais sistematicamente constituem regras especiais¹⁰ relativamente ao art.º 399.º do CSC que prevê as remunerações.

As contrapartidas de fim de vida activa tendo como objecto uma componente pecuniária de fim de carreira, sob a forma de extensão e alongamento (uma parcela especial), ou um regime compensatório diferido e derivado da vida activa para os administradores das sociedades anónimas, são constituídas:

- quer por um “regime de reforma”, substancialmente um *seguro de carreira* com considerável expressão financeira (verificando-se por isso a exigência de previsão nos estatutos da sociedade, nos termos do n.º 1 do art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais), determinantes da atribuição de rendimentos indirectos e diferidos não públicos com regime jurídico livremente estabelecido, designadamente quanto aos montantes;

- quer por “complementos¹¹ de pensão de reforma” dos regimes públicos, estes com os limites pecuniários das remunerações dos administradores em exercício¹².

ii) Quanto ao n.º 1, que tem como objecto a eventual celebração de um contrato de seguro comercial, acresce que a expressão “regime de reforma” porque utiliza termos próprios dos regimes públicos, previsto na lei, não pode só por isso ser considerado integrado

¹⁰ Acompanhando Menezes Cordeiro em *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed, Almedina, Coimbra, 2014, anotação ao art.º 402.º.

¹¹ Suplementos na expressão utilizada por FERREIRA, Ânia e FERNANDES, Teresa - *Estudos sobre a Atribuição de Pensões e Suplementos de Reforma dos Administradores das Sociedades Anónimas*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 5, Vol 9, Almedina, Coimbra, 2013.

¹² Voltaremos à controversa questão da indexação dos montantes do n.º 1 aos valores previstos no n.º 2 em título próprio.

ou sequer relacionado com o sistema de segurança social público - só o seria se os elementos que o compõem conduzissem nesse sentido.

Na verdade, no caso, embora as eventualidades previstas (invalidade e velhice) sejam tipologia própria da previdência pública, estamos em presença de normas que atribuem iniciativa às sociedades anónimas não apenas no exercício da livre instituição das referidas prestações, como a livre elaboração do seu regime jurídico, organização e suporte financeiro: tratando-se, não por ser facultativo (o sistema previdencial também tem regimes facultativos, nomeadamente o seguro social voluntário) mas por os seus conteúdos adequados totalmente aos interesses em presença e com gestão privada (regras de mercado), nos situarem fora do sistema de segurança social e, portanto, dos seus princípios ou regras.

Ou seja, o n.º 1 não tem como objecto apenas delimitar materialmente o âmbito das atribuições pecuniárias (excluindo a pensão de sobrevivência¹³), mas sim atribuir à sociedade comercial o poder de instituir um verdadeiro seguro de carreira de montante livremente estabelecido e organizado apenas com limites técnicos (de solvabilidade, por exemplo).

iii) *occasio legis e ratio legis* do art.º 402.º do CSC

O legislador de 86, no âmbito das atribuições pecuniárias sucedâneas ou secundárias das remunerações dos administradores das sociedades anónimas, quando permite a atribuição de complementos (n.º 2), e faculta que se consagre (com a exigência de previsão estatutária) um regime de reforma específico para os administradores das sociedade anónimas, não ignora:

¹³ Voltaremos a esta questão em título próprio.

Primeiro, nem a existência na lei de um regime previdencial (então incompleto) dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas que abrangia a generalidade dos administradores, nomeadamente das sociedades comerciais - o do Decreto-Lei n.º 8/82, de 18 de Janeiro - melhor: será em função da insuficiência de atractividade do regime público instituído em 82 face às expectativas dos administradores das sociedades anónimas que legisla. Por isso, o objecto legal da sua iniciativa só poderia ser o de instituir a faculdade de criação de um regime próprio especialmente adequado às características em que se desenvolve a actividade deste grupo profissional e dos seus interesses - carreiras profissionais curtas com concentração de elevadas remunerações no caso na fase final da vida activa¹⁴ - que se pretende sejam reflectidas com essa expressão no *regime de reforma* privilegiado (em sentido etimológico), com situações (por antecipação da idade de reforma, por exemplo) que o regime geral de previdência não pode contemplar dados os princípios e regras públicas de equilíbrio financeiro geral por que está condicionado, designadamente em função da regularidade da carreira contributiva;

¹⁴ Aliás situação semelhante de rendimentos anormalmente muito elevados por carreiras bem sucedidas apenas numa parte da vida activa pode ocorrer noutras situações, por exemplo com desportistas profissionais (parte inicial da vida activa), cujas carreiras são também por isso, blindadas com inserção no âmbito dos seus contratos desportivos de *cláusulas de rescisão* de valor muito elevado, embora nas restantes situações justificando apoios compensatórios públicos de fim de carreira - *subvenção temporária de reintegração* (art.º 9.º da Lei n.º 13/2024, de 19 de Janeiro).

Também relativamente à protecção social pública dos profissionais da cultura há expressões desta preocupação, quer na adequação (antecipação) da idade de reforma por velhice a carreiras especiais (eg. profissionais de bailado - Decreto-Lei n.º 482/99, de 9 de Novembro), quer um *subsídio de reconversão profissional* dada a cessação da carreira artística por incapacidade, fora da invalidez específica (em idade activa) (art.º 74.º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 105/2021, de 29 de Novembro).

Por outro, nem o facto de se pretender organizar um regime de reforma, garantir que o seu desenho técnica e financeiramente dotado de solvabilidade seja apto à satisfação das expectativas (em regra elevadas) dos administradores consentâneas com a profissionalização da gestão societária: garantir um nível de determinado rendimento com critérios livremente estabelecidos e sem qualquer relação com a pensão pública (tipo cláusulas de rescisão, por exemplo, quanto a antecipação de idade de reforma ou montantes) com atribuições pecuniárias autónomas (não sujeitas nem dependentes de regras públicas das prestações complementares ou não) com montante estabelecido na medida dos rendimentos pretendidos, mesmo que superiores aos valores das suas últimas remunerações e “a cargo da sociedade”¹⁵.

Por outro lado ainda, nem as consequências de vicissitudes dotadas de consequências próprias (morte do administrador sem pensão de sobrevivência ou a extinção da sociedade determinante da extinção da pensão) se mostram minimamente comunicáveis com o regime previdencial público.

Aliás, o aparente desinteresse da segurança social pública para com situações e pretensões de dimensão tão específica não é alheia à posição de não introduzir nos seguros sociais elementos que possam

¹⁵ A questão da computabilidade dos meios adequados à satisfação dos encargos a assumir (jurisprudencialmente considerados como “não computáveis *a priori*” - Ac STJ , de 10 de Maio de 2010) tem natureza técnica e não jurídica (assim fora do âmbito da apreciação dos tribunais). Na verdade, a viabilidade financeira, ou seja, a garantia do equilíbrio da responsabilidade financeira dos encargos a assumir com as prestações a constituir não é feita empiricamente a *queixómetro* (passe a gíria actuarial): é determinada cientificamente pelo recurso a técnicas actuariais adequadas (do cálculo probabilístico...).

escapar ou perturbar financeiramente as regras gerais da solidariedade comutativa, designadamente a intergeracional¹⁶.

Ora, sucede que a generalidade das questões institucionais relativas a esta matéria já estão vastamente trabalhadas por alguns autores.

Vejamos, pela ordem cronológica inversa da publicação apenas dois dos trabalhos mais recentes desenvolvidos nesta matéria e algumas das suas conclusões relevantes, nomeadamente:

i) Cassiano dos Santos de cujo trabalho se pode retirar para o que nos interessa, sucintamente que¹⁷:

- os n.ºs 1 e 2 do art.º 402.º do CSC constituem normas autónomas e distintas, pelo que separa com clareza pensões e complementos como realidades a que se aplicam regimes próprios e, no caso das pensões com previsão estatutária, contra a generalidade da doutrina¹⁸ e da jurisprudência¹⁹ que entendem que a restrição quantitativa do n.º 2 se aplica também ao n.º 1²⁰;

¹⁶ Aliás, a solidariedade intergeracional integra sobretudo objectivos de redistribuição vertical, tendo muito pouco de solidariedade horizontal, a única que está ao alcance do seguro social.

¹⁷ CASSIANO DOS SANTOS, Filipe, *op. cit.*, pp. 889 e ss.

¹⁸ Nesta matéria notem-se as observações de VALLES, Edgar - *Responsabilidade dos Gerentes e Administradores*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 9, relativamente a uma situação concreta do BCP.

¹⁹ Nomeadamente o Acórdão da Relação de Lisboa de 04/03/2014, também referido por Edgar Valles.

²⁰ Questão da indexação de valores tratada em título próprio.

- o n.º 1 prevê um *sistema*²¹ de *reforma privativo*²² que não constitui liberalidade antes se trata de um acto oneroso²³ adveniente da relação contratual com os administradores;

- a relação administrador / sociedade é uma relação contratual - contrato de mandato -, constituindo as pensões e os complementos contrapartida diferida pela actividade exercida, ou seja, rendimentos substitutivos de rendimentos perdidos.

ii) Santos e Silva²⁴ de cujo trabalho - síntese das diversas teses jurídicas nesta matéria (tese de mestrado) - se pode retirar muito sucintamente o seguinte:

- designa a realidade em causa como *sistema previdencial corporativo*;

- a reforma privada dos administradores vinculados por contrato de mandato²⁵ já era admitida pela doutrina antes da elaboração do CSC²⁶;

- as pensões de sobrevivência dos dependentes dos administradores estão excluídas;

²¹ A expressão sistema, se entendida como conjunto autónomo, neste contexto parece discutível.

²² No âmbito dos seguros sociais privativo não é o mesmo que privado; privativo significa aplicável apenas a um grupo de beneficiários de um regime público.

²³ Questão válida, como sabemos, para efeitos de determinação do respeito pelo disposto no art.º 6.º do CSC (capacidade das sociedades).

²⁴ SANTOS E SILVA, António Saraiva - *Reforma dos Administradores das Sociedades Anónimas*, disponível online em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31438/1/Tese_Ant%C3%B3nio%20Santos%20e%20Silva.pdfhttps://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31438/1/Tese_Ant%C3%B3nio%20Santos%20e%20Silva.pdf.

²⁵ Sobre o contrato de mandato ver MENEZES CORDEIRO, António - *Direito das Obrigações*, 3º vol., AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 263 e ss.

²⁶ FERRER CORREIA, António e CAEIRO, António - *Modificações do objecto social e sua especificação nos estatutos; aumento do capital a deliberar pelo conselho de administração; previdência dos administradores* - Revista de Direito e Economia, Anos VI/VII (1980/1981), Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, Coimbra, 1981.

- o n.º 1 do art.º 402.º do CSC configura um regime excepcional (se for entendida como liberalidade) relativamente ao art.º 6.º do mesmo código.

Como já se percebeu, quanto à questão da autonomia das pensões relativamente aos complementos, acompanhamos claramente a posição de Cassiano Santos, não por mera adesão mas porque:

. formal e literalmente - trata-se efectivamente de duas normas autónomas previstas em 2 números distintos do mesmo artigo; tanto mais que a formulação do n.º 3 separa claramente em “pensões ou complementos” como duas realidades distintas;

. substancialmente - não há confusão possível entre uma pensão que é uma atribuição pecuniária autónoma substitutiva de uma remuneração perdida e um complemento que é apenas isso: não é um regime complementar mas uma atribuição pecuniária complementar de outra prestação pré-existente, no caso, uma pensão (esta naturalmente pública). Por mais lógico ou ético que possa ser entendida a assimilação das duas realidades, que regras de interpretação podem habilitar a extensão da aplicação a um regime autónomo de pensões de uma limitação prevista expressa e exclusivamente apenas para os complementos de pensão?

Parece, assim, que devemos entender que no n.º 1 estamos situados no âmbito da autonomia da vontade privada - a lei admite a suspensão da vontade geral a favor da vontade particular - onde afinal deixam de ser válidas ou aplicáveis regras ou princípios próprios do sistema público previdencial (designadamente o princípio da coesão intergeracional) pois nada conduz nesse sentido.

. funcionalmente:

Enquanto o n.º 1 só reflexamente relevante (dada a coexistência de regime geral) habilita a sociedade anónima quanto à constituição de um regime materialmente reduzido ou incompleto (apenas pensões de invalidez e velhice) a seu cargo (privado, portanto) taxativamente (nomeadamente sem sobrevivência) conforme veremos;

O n.º 2 apenas estatui quanto à questão da validade e limites dos complementos de pensões, como sabemos, questão doutrinariamente objecto de controvérsia também relevante no âmbito laboral dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT).

Assim, trabalhadas algumas das questões institucionais, embora de forma divergente, o objecto destas notas vai levar-nos a avaliar o modelo de previdência específico dos administradores das sociedades anónimas, resultante da lei no âmbito previdencial, tomando em consideração os elementos caracterizadores próprios deste grupo profissional relativamente à generalidade dos regimes de previdência públicos (como o dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas).

Sucintamente serão referenciados os seguintes temas e questões:

- a segmentação ou feudalização do social;
- o enquadramento normativo;
- as questões orgânica, da indexação, do âmbito material e do financiamento;
- a natureza jurídica das prestações específicas.

1. Segmentação ou feudalização do social

Quando se pretende caracterizar um qualquer regime de previdência específico, esquematicamente que seja, deparamo-nos com uma situação de coexistência, convivência e justaposição de institutos de há dezenas de anos com os actuais modelos públicos de protecção, o que não deixa de pôr à prova as melhores tentativas de análise e sistematização já feitas. Vejamos:

É sabido que no topo do ordenamento jurídico nacional a lei fundamental, designadamente no seu art.º 63.º, perante vários modos de organização de segurança social possíveis, abdicou de formular o modelo pretendido - o que efectivamente merecia a sua preferência, deixando ao legislador comum a livre organização de um sistema de segurança social público²⁷.

À Lei de Bases da Segurança Social revista (LSS) agora na sua 4.ª versão - Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro - foi confiada esta tarefa.

Assim, após a enumeração de alguns princípios gerais mais ou menos ecléticos²⁸, nos seus arts.º 23.º e seguintes, começou por organizar a segurança social pública dividindo-a em 3 grandes conjuntos funcionalmente autónomos²⁹, a saber:

²⁷ Conclusão que se extrai do trabalho de António da Silva Leal - *Direito à Segurança Social*, Estudos sobre a Constituição, II Vol, Petrony, Lisboa, 1979, pp. 335 e ss.

²⁸ Princípios gerais não porque sejam aplicáveis a todas as situações mas porque se trata de uma enumeração num quadro de objectivos abstractos mas ainda desacompanhados de institutos correspondentes (enumerados na LSS), não são aplicáveis a todas as situações de previdência (pública ou privada); ao intérprete cabe determinar quais são aplicáveis à natureza da matéria em causa.

²⁹ Sistemas como conjuntos de normas ordenados, permanentes e autónomos.

Aliás, percebe-se à primeira que a estratificação por sistemas utilizada, reflecte sensivelmente a tripartição doutrinariamente trabalhada por vários autores no sentido de sistematizar as técnicas de intervenção do Estado nas políticas

i) sistema previdencial, de função comutativa (*do ut des*) - prestações substitutivas de rendimento perdido;

ii) sistema de protecção de cidadania, de função distributiva (composto por 3 subsistemas: prestações familiares, não contributivas e de acção social);

iii) sistema complementar, caracterizado pela negativa aparentemente desligado das funções sociais do Estado.

No sistema complementar, de natureza também aparentemente residual relativamente aos 2 primeiros funcionalmente caracterizados, caberiam todas as situações não contempladas nos sistemas anteriores acolhidos pelo sistema como complementares.

Que a questão do âmbito ou da compreensão da expressão complementar não está resolvida demonstra-o jurisprudência recente do Tribunal Constitucional donde se retira que “tem sido entendido que a lei fundamental permite a implementação de quadros jurídicos assentes na iniciativa privada que *operem de forma acessória e complementar a esse sistema centralizado* (cf. arts 14.^{o30} e 15.^{o31} ambos

sociais, dos quais podemos destacar Esping-Andersen. A saber: sistema profissional conservador, sistema social-democrata e sistema liberal - modelos de protecção social presentes em quase todos os sistemas nacionais mas acolhidos em níveis de intensidade distinta, consoante designadamente o nível mais ou menos elevado de intervenção estatal existente. (V. Tabela in *Segurança Social - Manual Prático*, 14^a ed, Almedina, Coimbra, 2023, p. 77)

Quanto à origem, fundamentação teórica e histórica de cada um dos modelos ver Esping-Andersen, Gosta, *Les Trois Mondes de l'État Providence*, PUF, Paris, 1999, pp. 41 e ss. (versão francesa).

³⁰ Artigo 14º - Princípio do primado da responsabilidade pública

O princípio do primado da responsabilidade pública consiste no dever do Estado de criar as condições necessárias à efectivação do direito à segurança social e de organizar, coordenar e subsidiar o sistema de segurança social.

³¹ Artigo 15º - Princípio da complementaridade

O princípio da complementaridade consiste na articulação das várias formas de protecção social públicas, sociais, cooperativas, mutualistas e privadas com o objectivo de melhorar a cobertura das situações abrangidas e promover a partilha das responsabilidades nos diferentes patamares da protecção social.

da Lei da Segurança Social) daqui emergindo este grupo, mais ou menos amplo, de regimes previdenciais privados”³².

Ora, embora não se ignore que a lei parece indicar este caminho pois consagra um sistema complementar limitado na sua composição dificilmente caracterizável como conjunto, à partida não podemos acompanhar esta posição jurisprudencial de pretender limitar a matéria de ordenamento jurídico-social aos quadros jurídicos que *operem de forma acessória e complementar a esse sistema centralizado*, pois nem sequer é o que parece resultar da realidade normativa existente.

Na verdade, note-se, por um lado, a presença no ordenamento jurídico-social de múltiplas situações não acessórias nem complementares de seguro público normativamente fora do sistema de segurança social³³, designadamente as seguintes:

- o seguro social penal gerido pelo Ministério da Justiça³⁴,
- o apoio judiciário, embora com gestão administrativa atribuída à segurança social, mas da responsabilidade financeira do Ministério da Justiça.

³² Ac TC n.º 842/2023.

³³ Para além:

- da situação singular da Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores com o actual regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de Junho, que continua a escapar à organização geral das instituições de segurança social instituída pelo Decreto-Lei n.º 549/77, de 31 de Dezembro, que alguns pretendem votar ao ostracismo, por falhar o respeito pela ortodoxia institucional (o que nem sequer é a maior das preocupações); ou
- das situações decorrentes dos mecanismos da garantia de acesso aos serviços públicos essenciais - tarifa social (água, electricidade, gás, internet), subsídios sociais de mobilidade...

³⁴ Regime de indemnização previsto na Lei n.º 104/2009, de 14 de Setembro.

- a compensação salarial dos profissionais da pesca³⁵ e o apoio à cessação temporária das actividades de pesca³⁶ geridos pelo Ministério do Mar;

- seguros obrigatórios geridos pelas seguradoras³⁷, (para além do seguro de acidentes de trabalho³⁸)...

Aliás, face a uma pretendida universalidade do sistema de segurança social (no sentido de uma integralidade³⁹ ou plenitude com vocação *eucaliptal* que seca tudo à sua volta) que resultaria da Constituição da República e da Lei de Bases da Segurança Social (LSS), aí está com autoridade de cláusula de salvaguarda, o art.º 103.º da LSS⁴⁰, sob a epígrafe de regimes especiais, embora ainda dentro da mesma lógica da integralidade, a admitir a presença e o

³⁵ Regime da compensação no Decreto-Lei n.º 311/99, de 10 de Agosto (com alterações).

³⁶ Regime do apoio no Decreto-Lei n.º 81/2008, de 16 de Maio (com alterações).

³⁷ Lista disponibilizada no site da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) em <https://www.asf.com.pt/regula%C3%A7%C3%A3o/empresas-de-seguros/seguros-obrigat%C3%B3rios>.

³⁸ A gestão fragmentada da eventualidade acidentes de trabalho e doenças profissionais, aquela pelas seguradoras, para além da sua cada vez mais difícil justificação (o que voltaremos a referir), não é isenta de perplexidades de ordem burocrática, designadamente quando na recolha e apresentação de elementos para efeitos estatísticos europeus surgem 2 parcelas separadas porque organizadas por instituições pertencentes a hemisférios diferentes...

³⁹ “O direito à segurança social... deve ser integral...” na expressão que os Ac TC 517/98 e 634/98 retiram do n.º 3 do art.º 63.º da Constituição, o mesmo é dizer que deve ser verificada a *generalidade objectiva*. A harmonização de eventualidades a considerar é feita nos instrumentos normativos internacionais aplicáveis (no caso da OIT: Convenção n.º 102 (1952) - Norma mínima de segurança social; no caso do Conselho da Europa: Código Europeu de Segurança Social (1964).

A este princípio básico de segurança social próprio do âmbito material, em regra, acrescenta-se o da *universalidade subjectiva* próprio do âmbito pessoal (art.º 6.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro - Lei da Segurança Social).

⁴⁰ Artigo 103º - Regimes especiais

Os regimes especiais vigentes à data da entrada em vigor da presente lei continuam a aplicar-se, incluindo as disposições sobre o seu funcionamento, aos grupos de trabalhadores pelos mesmos abrangidos, com respeito pelos direitos adquiridos e em formação.

funcionamento das situações anteriormente constituídas, mas não só não determina qualquer agregação de situações externas pré-existent (que classifica de regimes especiais), e que parece não obstar a uma inevitável admissibilidade da consagração de formas privadas ou públicas formalmente fora do sistema de segurança social público.

Por outro lado, em matéria de presença do sector privado na coisa pública, note-se a evolução das designadas “iniciativas particulares de fins análogos”, previstas quer o n.º 3 do art.º 63.º de Constituição da República Portuguesa, quer os artsº 1.º, 15.º e 24.º n.º 2 da Lei da Segurança Social, que só na área da *acção social por acordo* conseguiram o desenvolvimento desejado, através da consagração de um regime privado / público (modelo de contratação pública) de acordos de cooperação e de gestão segurança social / instituições particulares de solidariedade social (IPSS)⁴¹.

Quanto às formas previdenciais privadas já constituídas e as que foram surgindo, embora a lei tenha tentado discipliná-las⁴² nunca tal foi conseguido dada a prevalência da autonomia da iniciativa privada por constituírem matéria do domínio do seguro privado, sujeito, por isso, quanto ao funcionamento e solvência à regulação de uma entidade externa ao sistema de segurança social - a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)⁴³. Na verdade, a lei não proíbe a presença da iniciativa privada nos seguros

⁴¹ Com princípios consagrados no Decreto-Lei n.º 120/2015, de 30 de Junho (com alterações) e regime de aplicação na Portaria n.º 196-A/2015, de 1 de Julho (com alterações).

⁴² Decreto-Lei n.º 225/89, de 6 de Julho, cuja aplicação é ignorada por alguns e posta em dúvida pelos restantes dada a sua questionável extensão aos operadores privados. ...Na verdade, desrespeitar a lei nesta dimensão parece mais constituir mera irregularidade formal do que ilegalidade.

⁴³ Com estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 1/2005, de 6 de Janeiro (com alterações).

complementares (não houve colectivização, que se saiba); apenas tenta (sem legitimidade, diga-se) discipliná-la, sem sucesso, aliás.

A designada *previdência supletiva*⁴⁴ responde assim à questão do *esgotamento das energias utópicas* (parafraseando Habermas) ou seja, a percepção da necessidade de convocação do privado retira a exclusividade do social ao Estado conferindo à livre iniciativa dos actores sociais emancipados e sem vassalagens institucionais os espaços não ocupados e deixados para trás, mas indispensáveis à boa gestão dos seus recursos humanos.

Ora, perante uma vastidão e diversidade de situações sociais catalogáveis como tal, onde é visível a densidade da presença do mercado, as sistematizações utilizáveis exigem quadros de análise mais amplos e abertos, como é o caso do designado *sistema dos 3 pilares*⁴⁵, denominação que foi adoptada relativamente ao sistema de segurança social suíço desde 4 de Março de 1968⁴⁶ e agora seguido pela generalidade dos tratadistas e analistas e, nomeadamente, pelo tornado célebre Relatório do Banco Mundial de 1994 sobre políticas públicas de 3ª idade⁴⁷, com composição e formação seguintes:

i) primeiro pilar (público) - seguros sociais públicos financiados pelos trabalhadores, pelos empregadores e pelos poderes públicos (componente previdencial - *do ut des*) e por outra componente de solidariedade;

⁴⁴ Na designação de PÓVOAS, Manuel Soares - *Previdência Privada, Planos Empresariais*, Fundação Escola Nacional de Seguros Ed, 1991.

⁴⁵ *Patamares de protecção social* na expressão da lei (art.º 15.º da LSS) aqui no sentido organizativo dividindo-se em pública, privada e solidária (ou mista).

⁴⁶ Segundo PÓVOAS, Manuel Soares - *Previdência Privada, Planos Empresariais*, Fundação Escola Nacional de Seguros Ed, 1991, p. 372.

⁴⁷ *Averting the Old Age Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1994.

ii) segundo pilar (privado colectivo) - seguros colectivos profissionais financiados pelas empresas;

iii) terceiro pilar (privado individual) - esquemas de iniciativa individual em contratos celebrados pelos interessados.

Quer o regime de reforma quer os complementos do art.º 402.º do CSC situam-se, como se percebe, no 2.º pilar, fora do sistema público de segurança social, portanto, para além do ordenamento jurídico previsto no art.º 23.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro).

Daqui decorre podermos acompanhar, nesta linha de pensamento, a posição doutrinária anterior à aprovação do Código das Sociedades Comerciais (1986)⁴⁸, no sentido de admitir a constituição de uma prestação previdencial supletiva (com natureza jurídica de contrapartida como acto oneroso, não como liberalidade) com o objectivo de preencher espaço deixado livre pela imperfeição da previdência pública: ir até onde esta não alcança - aliás, no exercício de uma inalienável responsabilidade social das empresas no quadro de uma adequada gestão de recursos humanos que tem o dever de otimizar.

Nada nos impede, porém, de relativamente a estas situações utilizar doutrinariamente classificações e expressões próprias da segurança social pública⁴⁹ dada quer a sua flagrante uniformidade de

⁴⁸ FERRER CORREIA, António e CAEIRO, António - Modificações do objecto social e sua especificação nos estatutos; aumento do capital a deliberar pelo conselho de administração; previdência dos administradores - Revista de Direito e Economia, Anos VI/VII (1980/1981), Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, Coimbra, 1981.

⁴⁹ Para os conceitos próprios de expressões utilizadas na área da segurança social ver *Glossário*, parte integrante da *Segurança Social - Manual Prático*, ed. actual, Almedina, Coimbra.

objectivos quer pelo seu enquadramento num regime particular (ou especial), já não quanto ao número de eventualidades consideradas (incompletas⁵⁰) mas quanto às regras próprias da sua organização.

2. Enquadramento normativo do regime de previdência dos administradores das sociedades anónimas

Um conjunto de normas de natureza previdencial de âmbito pessoal e material determinados, inscritas no âmbito do direito privado, que remete para o exercício pleno da liberdade negocial (autonomia contratual), não representa propriamente o quadro institucional mais adequado para nos situar com clareza no âmbito do seguro social.

Por razões que aqui não cabe avaliar, a este regime de previdência privado não se fez corresponder formalmente a criação de instituição adequada, ou a elaboração e a aprovação de qualquer regulamento de benefícios próprio que materializassem orgânica e regulamentarmente a previdência do grupo.

A não imediata (nem posterior) institucionalização do regime de protecção em causa que, previsto na lei, gerou uma situação que parece não perturbar a consideração que a jurisprudência e a doutrina fazem do regime em causa como de previdência privada,

⁵⁰ Em termos de âmbito material. Esta expressão cujo sentido é de apreensão imediata pode ser aplicada a outras situações, caso do pessoal docente dos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo abrangidos principalmente pelo regime da CGA., mas, dadas as características privadas da entidade empregadora, dotados de um regime “complementar” (não prestações complementares) ou satélite apenas para as eventualidades não previstas naquele regime (seguros imediatos) com taxa própria (10%) a cargo da entidade empregadora.

ignorado pelo direito interno nesta dimensão em análise e implicitamente desconsiderado pelo direito da União Europeia.

Conduzem neste sentido:

a. formalmente:

- a organização previdencial do regime dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas, pela especificidade do seu regime jurídico (contrato de mandato) não preenche os requisitos para o seu enquadramento num regime da segurança social pelo que o legislador socorreu-se do mecanismo da equiparação normativa⁵¹ para abranger esta actividade profissional. Na verdade, quer no âmbito da Portaria n.º 115/77, de 9 de Maio⁵², quer do Decreto-Lei n.º 8/82, de 18 de Janeiro, equiparou-os aos trabalhadores independentes e, posteriormente, como equiparados a trabalhadores por conta de outrem pelo Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro⁵³, e actualmente com regime inscrito nos arts 61.º a 70.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro, e sem qualquer referência ao regime quando já consagrado no art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais de 1986.

⁵¹ Os critérios para a equiparação de determinados grupos a regimes previdenciais (paralelamente ao que sucede nas equiparações laborais do art.º 10.º do Código do Trabalho) correspondem a situações que embora juridicamente diferentes (o critério geral e primário como sabemos era o exercício da actividade laboral e, no caso, nem sequer são trabalhadores por conta de outrem) contêm elementos que os aproxima de regimes já consagrados, por isso a lei procede à sua integração nos regimes através da utilização da técnica da presunção legal.

⁵² Estamos a desconsiderar o anterior regime dos comerciantes abrangidos desde 1968.

⁵³ A equiparação fiscal já sucedera com a aprovação do CIRS - Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro - as remunerações dos membros dos órgãos estatutários foram equiparadas às remunerações dos trabalhadores por conta de outrem.

- no direito derivado da União Europeia - nesta matéria só aplicável à segurança social pública como sistema -, no âmbito das regras de coordenação dos regimes nacionais de segurança social o art.º 1.º j) do Regulamento (CEE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, determina que se entenda por *legislação* “...as leis, os regulamentos, as disposições legais e outras medidas de aplicação respeitantes aos ramos de segurança social...”⁵⁴

b. substancial ou materialmente

O suporte normativo utilizado - a lei - para dar corpo ao regime em causa não é isento de consequências. Assim, tem de ser caracterizado normativamente bem como a natureza jurídica do seu conteúdo à luz do suporte que era utilizado. Ora os regimes de previdência tinham como única fonte a contratação colectiva da qual faziam parte integrante, o que não é o caso.

Na medida em que este modelo de instituição de previdência privada não teve acolhimento em nenhum regulamento de instituição geral ou específica - é o próprio texto legal que habilita com regime de protecção autónomo - o que não deixa de constituir uma situação singular face à evolução normativa da delimitação negativa do conteúdo dos regimes convencionais deixando-o exposto a adversidades e vicissitudes (que o regime geral não conhece), neste caso, especificamente à extinção da sociedade instituidora nos termos do n.º 3 do art.º 402.º do CSC⁵⁵.

⁵⁴ Ramos de segurança social enumerados no art.º 3.º do mesmo Regulamento (CEE) n.º 883/2004.

⁵⁵ A falta de idoneidade da autonomia privada para regular instrumentos ou

Trata-se de um regime desde a sua instituição intocado por qualquer reforma da segurança social: desde há 40 anos previsto e assumido como previdência privada.

Na medida em que se configura como uma situação especial (não regime especial) objecto de salvaguarda legal nas normas de segurança social, não é susceptível de ser considerado um regime complementar⁵⁶ como a generalidade dos regimes convencionais actuais: é a final o próprio regime principal instituído por via convencional, não se devendo considerar aplicáveis, assim, as limitações legalmente impostas às cláusulas de previdência nos diplomas que sucessivamente regularam esta matéria⁵⁷.

situações de segurança social complementar é defendida pelo Prof. Doutor Vieira de Andrade, referindo, nomeadamente que “...as expectativas (dos trabalhadores) não serão protegidas se as prestações ficarem ligadas à autonomia contratual...” (*opus cit*, pp 29 e ss) parece, porém, não constituir vício que afecte a validade da situação. A falta de adequação ou de aptidão para a produção de determinados efeitos parece dever ser entendido como uma imperfeição técnica; não como um vício jurídico.

⁵⁶ Para os Drs Catarina Pires e João da Costa Andrade, referindo-se à situação paralela dos bancários: “O sistema de segurança (social) correspondente ao sector bancário é independente e alheio de outros sistemas, como ao da segurança social ou da Caixa Geral de Aposentações. Cada um deles possui individualidade própria, funcionando em relação aos demais com autonomia e não como espécie de um género. São patrimónios e entidades autónomas, geridas de forma específica... Em suma não podem considerar os diferentes sistemas de segurança social como complementares, devendo-se antes figurá-los como realidades independentes. E isto até pelo facto de os factores constitutivos dos direitos à pensão serem diversos e constituídos por elementos contributivos diferentes...” in *O Direito*, ano 136.º (2004), I, pp. 158 e ss.

⁵⁷ Tratou-se inicialmente do Decreto-Lei n.º 887/76, de 29 de Dezembro (art.º 4.º n.º 1 e), do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro, (na redacção do Decreto-Lei n.º 209/92, de 2 de Outubro) no âmbito do qual se foram discutindo as consequências não apenas da violação directa de tais preceitos legais mas também da manifesta inviabilidade financeira de muitos dos complementos acordados.

A matéria está agora regulada no art.º 478.º n.º 2 do Código do Trabalho nos seguintes termos:

“2 - O instrumento de regulamentação colectiva de trabalho pode instituir regime complementar contratual que atribua prestações complementares do

O respeito pelas regras do princípio da plenitude do sistema de previdência (depois de segurança social) conduziram a que prudentemente não só não se ignorasse, repudiasse ou recusasse a existência dos regimes anteriormente constituídos (os considerados especiais⁵⁸) mas se fizesse e tenha continuado a fazer a afirmação expressa da salvaguarda dos seus regimes próprios nas sucessivas leis da segurança social (art.º 69.º e 83.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, art.º 109.º da Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, e o art.º 123.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, e art.º 103.º da actual Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro) cuja conformidade com a Constituição se vai, entretanto, pretendendo pôr em causa.

3. A questão organizativa

Quanto à necessidade de uma estrutura orgânica própria que então integrasse a totalidade das eventualidades em causa - estaríamos a falar obviamente de uma caixa de actividade⁵⁹.

subsistema previdencial na parte não coberta por este, nos termos da lei.”

Obviamente que às clausulas que tenham natureza complementar tal regime é plenamente aplicável.

⁵⁸ Na segurança social quer o conceito de regime quer o conceito de regime (formal ou materialmente) especial parece manter contornos muito pouco precisos. Nestas notas não vai caber tal apreciação deixando aqui apenas a indicação de, por um lado, fazer corresponder a expressão *regime* ao conteúdo de cada um dos “velhos” regulamentos de benefícios das antigas caixas de previdência - a cada regulamento correspondia um regime de previdência - por oposição ao seu suporte organizativo e por outro da não coincidência da expressão *regime especial*, frequentemente utilizada, com os critérios caracterizadores da relação internormativa de especialidade no sentido técnico-jurídico. Note-se que o Prof. Doutor Vieira de Andrade entende até os regimes complementares como regimes especiais *in* “Contratação Colectiva e Benefícios Complementares de Segurança Social”, *in Scientia Jvridica*, 2001, p. 40.

⁵⁹ As caixas de previdência podiam organizar-se em: *caixas regionais* - com base regional (distritais, por exemplo) - *caixas de empresa* ou *caixas de actividade* (Base XIII da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962).

Também a este propósito pode ler-se como texto marcante nesta matéria no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 241/2005⁶⁰ “Tal sistema tinha de resto alguma vantagem ao nível da sua gestão que não podia deixar de considerar-se relevante no que se refere aos seus custos, pois dispensava a conformação de uma organização de pessoal adstrita a tal fim. Bem como a aquisição de bens necessários ao desempenho de tal actividade (instalações, bens de equipamento e de consumo gastos pelo quadro de pessoal)”.

Punha-se a questão da flagrante desadequação face à reestruturação organizativa da segurança social então em curso, no sistema de segurança social (regime geral) e com um argumento considerado de peso: o acolhimento constitucional do modelo de serviço público ou da exclusividade do sistema público de segurança social que se extrairia com clareza do art.º 63.º da Constituição da República.

Porém, a questão central só aparentemente sofreu desvio, mantendo-se substancialmente a mesma: o que sempre esteve em causa nunca foi a estrutura organizativa ou a falta de suporte normativo (legal ou constitucional), mas sim uma questão prévia: a tomada em consideração das especificidades do regime de exercício de actividade profissional (que escapa à generalidade dos trabalhadores, mesmo dos administradores) e de uma previdência adequada aos administradores das sociedades anónimas e da sua responsabilidade financeira ou seja a potencial partilha do esforço contributivo

⁶⁰ Acórdão já citado.

adequado ao plano das prestações pretendido, como veremos de seguida.

4. A questão da indexação do n.º 1 aos valores do n.º 2 do art.º 402.º do CSC

Entre os autores que sustentam a indexação do n.º 1 aos valores do n.º 2 do art.º 402.º do CSC relativamente às duas situações previstas (regime de reforma e complementos de pensões) às quais se aplicaria o limite do n.º 2, salientamos Paulo Olavo Cunha e Coutinho de Abreu, cuja doutrina tem sido repetidamente utilizada como suporte de decisões judiciais nesta matéria, nomeadamente da, quanto a nós, controversa decisão do Acórdão do STJ de 14/09/2021.

i) Para o primeiro, o n.º 2 do art.º 402.º constitui uma mera especificação do disposto no n.º 1 e não um preceito complementar, conclusão que retira da sua parte final “que estabelece um limite às reformas a atribuir pela sociedade.” Sublinhando: “por *não fazer sentido* que um administrador reformado possa, à custa da sociedade, receber mais do que aqueles que estão no activo e asseguram os meios indispensáveis ao pagamento da sua reforma complementar”⁶¹.

Para o segundo, “Embora este limite esteja directamente fixado para os complementos de reforma, *afigura-se contudo razoável* sustentar a sua aplicação à reforma regulada no n.º 1... Prevalecem, na verdade, análogas razões de decidir”⁶².

⁶¹ Paulo Olavo Cunha em *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed, Almedina, Coimbra, p. 842.

⁶² J M Coutinho de Abreu, *Revista de Direito das Sociedades*, ano II, 3/4, p.

ii) Por seu lado, jurisprudencialmente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 842/2023 vem reforçar e fundamentar de modo diferente o mesmo entendimento (pretendendo encontrar a qualquer custo um *plafond* - limite superior de montante - para o regime de reforma previsto no n.º 1 do art.º 402.º) do seguinte modo:

“Em suma, a indexação do valor de pensões (ou complementos) atribuídas a ex-administradores de sociedades ao máximo salarial atribuído a executivos em exercício do cargo, ainda que importando a *variabilidade potencial* de quantitativo ao longo do período de execução do programa de reforma, atende a *interesses de ordem pública sobre estabilidade e garantia financeira dos operadores económicos*⁶³ e participa na consistência das condições retributivas entre executivos e demais colaboradores” (extraíndo tais conclusões dos artigos 9.º, alínea d), e 81.º, ambos da Constituição da República Portuguesa).

Parece, pois, que resulta tanto mais justificada uma *norma profiláctica do excesso de despesa para atendimento a pensões*⁶⁴: a compressão do estatuto remuneratório de executivos em exercício sinalizará uma menor disponibilidade actual de recursos, resultando consistente com o *princípio de coesão intergeracional* que os ex-administradores beneficiários de pensões sejam chamados a partilhar da perda de riqueza. A solução legal, capeando o estatuto de reforma ao que seja a solução salarial mais alta no conselho de administração, parece garantir um mínimo de consistência na partilha de

552.

⁶³ Na área social só reflexamente com os efeitos perversos do desemprego.

⁶⁴ Como se o funcionamento das sociedades, no caso as opções financeiras, os seus limites e objectivos financeiros - a gestão financeira corrente de uma sociedade - pudessem ser directamente sindicados pelos tribunais.

recursos disponíveis de acordo com a solvabilidade actualizada da sociedade anónima, constituindo uma forma muito modesta de coar o princípio contido no artigo 13.º da LBSSS.” (itálicos nossos).

Ora, quanto aos dois autores referidos parece não fazer qualquer sentido acompanhar posições doutrinárias sustentadas não em fundamentos de ordem jurídica mas em considerandos de menor consistência científica como “não fazer sentido” ou “afigura-se razoável”. Na verdade, em nada contribuem quer para uma definição da natureza jurídica, quer da função do *regime de reforma* inscrito no n.º 1, apontando apenas para a assimilação aritmética e empírica das duas situações.

Se seguíssemos estas linhas de pensamento esvaziariámos o n.º 1 de qualquer conteúdo normativo válido e teríamos de acreditar que o legislador elaborou uma norma inútil - o n.º 1 seria não mais do que outro complemento de pensão sem qualquer estatuto ou função próprios no contexto em análise.

Ora, conforme Pires de Lima e Antunes Varela sublinham, a propósito do elemento gramatical da interpretação, “o intérprete deve, em princípio, admitir que a lei procede dum legislador que sabe exprimir com suficiente correcção o seu pensamento, é evidente que do simples texto da lei recebe, nessa ordem de ideias, maior impulso o sentido que melhor corresponde ao seu significado natural, ao seu alcance normal...”⁶⁵

⁶⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 144.

Quanto à posição jurisprudencialmente assumida no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 842/2023, se já parece difícil extrair do texto da Constituição da República Portuguesa (arts 9.º d) e 81.º) a consagração de “*interesses de ordem pública sobre estabilidade e garantia financeira dos operadores económicos*”⁶⁶, mais difícil se torna aplicá-los ao n.º 1 do art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais relativo a uma situação clara de Direito Privado, elaborado no exercício da autonomia e da liberdade de estipulação estatutária, que envolve a eventual celebração de um contrato de seguro por uma sociedade anónima tendo como objecto um regime de reforma legalmente admitido sem reservas jurídicas.

Aliás, o legislador em matéria de confiança nos privados, vai muito mais longe quando relativamente ao seguro de acidentes de trabalho, embora constitua uma eventualidade própria do regime público de protecção social nos termos da Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o entrega ao sector privado (seguradoras) confiando na sua capacidade de gestão⁶⁷.

Na verdade, trata-se de situações onde a *reserva de sector público*, ao nível da gestão pelo menos, parece não estar em causa.

Pois, como escrevem Jorge Miranda e Rui Medeiros “A este propósito deve salientar-se que as tarefas sociais e económicas do Estado não se identificam hoje com qualquer ideia de monopólio, incluindo o estatal. Mercê da citada “cultura da concorrência”, do desenvolvimento e aprofundamento da união e integração europeias e

⁶⁶ Questão que nestas breves notas naturalmente não é possível desenvolver.

⁶⁷ Nesta matéria ver António da Silva Leal in prefácio ao Direito da Segurança Social, 3.º Vol, Doenças Profissionais e Acidentes de Trabalho, INCM, 1984.

o processo de globalização da economia, o Estado Social dos nossos dias tende a revestir a forma de “Estado Regulador”...⁶⁸

Note-se, por outro lado, a expressão pelo menos pouco feliz, de se entender que zelar pela solvabilidade de uma sociedade anónima é “*uma forma muito modesta de coroar o princípio contido no art.º 13.º da LBSS*”!⁶⁹ na verdade, articular o princípio da coesão intergeracional exclusivo do sistema público de segurança social com o zelo que o Tribunal Constitucional entendeu manifestar quanto à “*consistência na partilha de recursos disponíveis de acordo com a solvabilidade actualizada (sic) da sociedade anónima*”, não parece tarefa fácil...

A que nível um contrato privado de seguro comercial de carreira, livremente celebrado por uma sociedade anónima e gerido financeiramente por uma entidade idónea e tendo como objecto garantir um regime de reforma adequado a uma gestão profissionalmente de excelência, pode contribuir para perturbar o princípio da coesão intergeracional⁷⁰ inscrito numa ordem jurídica pública específica, apenas organizado para fins de distribuição horizontal de rendimentos⁷¹,

⁶⁸ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2006, anotação ao art.º 81.º.

⁶⁹ Trata-se, como se sabe, da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

⁷⁰ “Nos padrões de comportamento vão no sentido de que a sociedade (comercial, entenda-se) remunere adequadamente a responsabilidade assumida e a competência colocada ao serviço dessa sociedade tomando em consideração a riqueza efectivamente criada para a sociedade não estão presentes princípios de ordem pública...”

Decorre do exposto que o tema da justiça intergeracional, *qua tale*, está fora das preocupações da governança societária, tal como esta tem sido dominantemente entendida e praticada em Portugal”.

V. MENDES, Evaristo - *Governança Societária e Justiça Intergeracional*, in *Justiça entre Gerações*, AAVV, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 486 e 520.

⁷¹ Da redistribuição vertical trata constitucionalmente, como sabemos, o art.º 103.º da CRP, como sabemos.

completamente alheios aos objectivos de mercado dos seguros privados. Será porque a lei usou a expressão “reforma”, entendendo-se como exclusiva do sector público⁷²?

Se seguíssemos tais posições teríamos de admitir também como nulas as cláusulas inscritas nos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT) relativas a atribuições pecuniárias diferenciadas previdenciais específicas de cada grupo profissional (quando por avaliação actuarial se percebe que vão exceder a capacidade financeira conhecida das entidades empregadoras) porque contrárias aos “interesses de ordem pública sobre estabilidade e garantia financeira dos operadores económicos”... só que não constitui responsabilidade pública a prévia avaliação da capacidade de gestão financeira das empresas.

5. O âmbito material

Quanto à questão da exclusão das pensões de sobrevivência do regime do art.º 402.º do CSC parece haver quase uniformidade de posições quer doutrinárias, quer jurisprudenciais. Na verdade:

i) Jurisprudencialmente escolhemos uma decisão que sintetiza bem a matéria - o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/09/2021, P. 24983/17.2T8LSB.L1.SI, nos seguintes termos:

- O art.º 402.º não prevê um direito a pensão de reforma dos cônjuges e descendentes dos administradores;

⁷² ...ou quando utiliza a expressão pensões em planos de pensões e fundos de pensões, matérias completamente alheias à protecção social pública, porque exclusivas do domínio do Direito de Seguros e do Direito Financeiro.

- O direito à reforma é de carácter pessoal, ainda que patrimonial, que não se transmite *mortis causa*;

- O direito à pensão de reforma extingue-se com a morte do (ex-) administrador beneficiário (citando Jorge Coutinho de Abreu);

- É um direito com estreita conexão entre a prestação do trabalho e a reforma do administrador, que se justifica pelo risco de diminuição abrupta dos rendimentos daquele e como compensação pela fidelização à empresa, circunstâncias que não ocorrem com os familiares;

- A atribuição do benefício do direito de reforma a outrem que não o administrador traduzir-se-ia num acto gratuito / liberalidade, acto esse vedado à sociedade face ao seu escopo traduzido no lucro (conforme Acórdão da Relação de Lisboa de 05/03/2020, P. 10071/13);

ii) Doutrinariamente, salientamos o seguinte:

- Carvalho Fernandes e João Labareda alertam para o carácter gratuito de tais pensões, desprovidas de norma habilitadora. “As demais regalias para além da retribuição (*fringe benefits*) desfrutadas no exercício de funções de administração não são extensíveis ao cônjuge sobrevivente, tal como não o são sequer ao administrador aposentado”⁷³;

- Para Paulo Olavo Cunha “não se enquadra no prolongamento das contrapartidas a pagar ao administrador pelo prévio exercício de

⁷³ FERNANDES, Luís A Carvalho e LABAREDA, João - *Do Regime Jurídico do Direito à Reforma dos Administradores a Cargo das Sociedades Anónimas*, Revista de Direito das Sociedades, Ano II, 2010, Vol III/IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 551.

funções, tratando-se por isso de uma acto desconforme à natureza e fim da sociedade anónima”⁷⁴;

- Para Paulo de Tarso Domingues⁷⁵ as atribuições pecuniárias em causa têm carácter *intuitu personae* e por isso a intrínseca circunscrição da pensão de reforma ao limite temporal da vida do administrador aposentado;

- Porém, Bernardo da Gama Lobo Xavier⁷⁶ admite as pensões de sobrevivência invocando a *prevalência da autonomia e da liberdade de estipulação estatutária*, entendendo que, sendo o sujeito tutelado o *de cujus* estaria em causa a protecção de eventos danosos que possam atingir os seus dependentes (familiares ou equiparados).

iii) Podemos acrescentar à tese da exclusão

- quer uma razão de ordem técnica - as pensões de sobrevivência são prestações próprias de uma eventualidade específica - a morte - nada tendo em comum com as prestações das eventualidades velhice ou invalidez;

- quer uma razão de ordem formal:

Para o n.º 1, as prestações derivadas por morte não cabem no conceito de regime de reforma nem dependem dela - pois podem ocorrer em situação de morte de trabalhador activo;

Para o n.º 2, as eventualidades invalidez e velhice são as únicas enumeradas no art.º 402.º, devendo considerar-se como enumeração

⁷⁴ *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed, Almedina Coimbra, p. 162.

⁷⁵ *A Reforma dos Administradores* - 1.º Colóquio Internacional sobre o Regime Jurídico da Administração das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2014, p. 27.

⁷⁶ *As Pensões de Reforma e a Segurança Social dos Administradores e doutros Membros dos Órgãos das Sociedades* (art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais, Revista de Direito das Sociedades, Ano VII (2015), Vol III, Almedina, Coimbra, 2016, p. 582.

exaustiva que, como norma especial, exige que se “interprete esta matéria em termos restritivos” ⁷⁷.

6. A questão financeira

Teoricamente a responsabilidade financeira do empregador (actuariamente determinada) relativa aos riscos sociais⁷⁸ pode efectivar-se por:

- transferência obrigatória do risco para entidade com capacidade financeira;
- consagração de complementos do sistema público;
- responsabilidade directa substitutiva ou supletiva do sistema público.

Enquanto relativamente aos trabalhadores em geral abrangidos pelo regime geral (completo ou incompleto) a efectivação da responsabilidade financeira se centra na responsabilidade transferida obrigatoriamente para instituições públicas⁷⁹ - no caso, instituições de segurança social⁸⁰ -, pelo pagamento das correspondentes contribuições; nos regimes convencionais a responsabilidade financeira é assumida directamente pelas entidades empregadoras dos trabalhadores onde o rendimento directo ou primário é susceptível de alguma

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed, Almedina, Coimbra, 2014.

⁷⁸ Cujo fundamento não cabe aqui analisar.

⁷⁹ Salvo a eventualidade acidentes de trabalho transferida para as seguradoras - regime regra.

⁸⁰ O designado seguro obrigatório da força de trabalho.

confusão com os encargos do rendimento indirecto ou derivado por-
que geridos pela mesma entidade.

Conforme expressão que colhemos na jurisprudência, no caso o Ac TC 241/2005 já antes citado, referindo-se às instituições bancárias “... organizavam a prestação da segurança social ..., suportando os respectivos custos quando os mesmos sobreviessem, sem necessidade de terem de efectuar descontos nos salários dos trabalhadores e sem terem de libertar os fundos correspondentes às suas próprias contribuições, para a constituição do fundo da segurança social...”

E continua: “...geriam o dinheiro que, de outro modo, teriam de libertar para as caixas de previdência, tirando daí as respectivas vantagens, entre as quais se incluía a contabilização como custos das próprias provisões que constituíam para assegurar o cumprimento de tais acontecimentos incertos quanto ao momento a ocorrência. Por seu lado, os trabalhadores não viam diminuído o seu salário com os descontos e, constituindo uma classe profissional restrita, poderiam gozar de condições especiais de assistência na doença e na reforma.”

Note-se que a responsabilidade directa do empregador (por oposição à responsabilidade transferida) não é proibida por lei nem faria qualquer sentido que o fosse, no caso face ao n.º 1 do art.º 402.º do CSC. Historicamente era a regra; a protecção social foi tornada obrigatória e pública como sucedânea da responsabilidade directa dos empregadores não apenas por questões de capacidade financeira das entidades empregadoras mas face à “falência” da, agora designada,

responsabilidade social da empresa⁸¹. Veja-se o caso do salário familiar⁸² cujo insucesso conduziu à instituição de encargos familiares como eventualidade autónoma⁸³.

Apesar de tudo, continua a fazer parte das reacções patronais uma sistemática tentação de aceitar ou, por sua iniciativa, assumir compromissos financeiros com prestações complementares (do subsídio de doença, das pensões e mesmo do subsídio de desemprego!) quer no âmbito dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho quer fora deles por mera liberalidade⁸⁴.

Uma hipótese que se apresenta quando se pretende apurar da validade jurídica de tal tipo de responsabilidade numa atribuição pecuniária imediata é a seguinte: se uma entidade patronal (por mera liberalidade) se substitui espontaneamente à segurança social⁸⁵ decidindo manter a “remuneração” (melhor dizendo e na medida em que não estamos perante a contrapartida do exercício de actividade profissional, o valor correspondente à remuneração) a um trabalhador na situação de incapacidade temporária para o exercício da sua actividade profissional por doença⁸⁶, *quid juris?*

⁸¹ Questão que está lançada sob os acrónimos de RSE (responsabilidade social da empresa) ou CSR (*corporate social responsibility*). Sobre este tema ver VOGEL, David - *The Market for Virtue: the Potential and Limits of CSR*, Booking Institution, 2006. As reservas de muitos situam-se ao nível da sua potencial utilização como publicidade, *marketing* e tratamento ou branqueamento da imagem da empresa.

⁸² Situação em que a retribuição do trabalho seria modulada em função do número de elementos do agregado familiar.

⁸³ Decreto-Lei n.º 32192, de 13 de Agosto de 1942.

⁸⁴ Nem se pense que atitudes de “generosidade”, aparentemente paradoxais face à fulminação das entidades empregadoras contra o “peso intolerável dos encargos sociais”, são pouco frequentes...

⁸⁵ Sem que se admita a figura da sub-rogação, pois não decorre desta iniciativa qualquer direito ao reembolso dos valores despendidos.

⁸⁶ Note-se que não estamos a falar de complementos de subsídio de doença

O regime que resulta da lei aplicável conduz-nos no sentido de entender que enquanto não se verificar perda de “remuneração” (ou prejuízo, na perspectiva civilista) não há lugar ao *pagamento* do subsídio de doença regulamentar devido ao beneficiário⁸⁷ (art.º 1º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro). Trata-se de uma “prestação destinada a compensar a perda de remuneração presumida” (da lei), com o fundamento simples de impedir o locupletamento à custa alheia por parte do beneficiário, apenas por recurso a um instituto próprio do Direito Civil⁸⁸ (no caso o enriquecimento sem causa) e não a quaisquer princípios fundamentais do Estado ou do Direito.

Qualquer juízo de ilicitude por violação do princípio do sistema de protecção público quando o empregador se substitui espontaneamente às instituições públicas parece padecer de fundamento jurídico: parece estarmos, na verdade, perante uma forma de exercício livre de responsabilidade directa da entidade empregadora que, muito embora no caso já tenha suportado as despesas da transferência do risco doença, substitui-se na prestação indemnizatória correspondente⁸⁹.

nem de “entidades centralizadoras” (as entidades empregadoras que mantêm o fluxo remuneratório com reembolso subsequente das prestações correspondentes por parte da segurança social) .

⁸⁷ Na nossa opinião o direito à prestação não pode ser afectado; apenas o seu pagamento pode ser suspenso.

⁸⁸ O Direito da Segurança Social pela sua imperfeição conduz sistematicamente ao recurso a princípios e regras de outros ramos de Direito, assim subsidiariamente aplicáveis. V. *Os rendimentos de substituição e a sua tutela administrativa (algumas considerações)* na Revista Internacional de Direito do Trabalho n.º 4, 2023, pp. 105 e ss, disponível no site do Instituto de Direito do Trabalho (IDT).

⁸⁹ Não há sub-rogação pessoal pois não se verifica a substituição do devedor (da instituição de segurança social): o *solvens* não tem direito a ser reembolsado

Numa outra dimensão financeira e material numa atribuição de prestação diferida mas com equilíbrio comutativo (não há sobresse-guro) pode situar-se uma atribuição autónoma com regras estatutariamente fixadas visando objectivos que ultrapassam e coexistem com regras públicas.

Assim, a mera invocação do princípio do serviço público ou do primado da responsabilidade pública, na expressão da lei (artº 14º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro - LSS), parece não bastar para impedir automaticamente e de imediato o funcionamento de regimes de seguro social autónomos ou anteriores embora geridos por entidades exteriores à segurança social pública, caso dos chamados *regimes satélites*, alguns geridos por seguradoras (relativamente aos acidentes de trabalho⁹⁰ - uma situação de longa transitoriedade⁹¹). Veja-se outro exemplo igualmente significativo, embora de interesse apenas histórico⁹², na dispensa de transferência do risco de acidentes de trabalho e doenças profissionais legalmente admitida na Base XLIII da Lei n.º 2127, de 3 de Agosto de 1965, e, então, concedida à Companhia dos Caminhos de Ferro Portugueses por reconhecimento de capacidade económica (Decreto n.º 205/75, de 16 de Abril).

da despesa feita.

Trata-se de uma situação de evidente sobresse-guro no sentido em que ao pagamento do prémio acresce a assunção, embora voluntária, dos prejuízos correspondentes.

⁹⁰ Ver avaliação desta situação específica em SILVA LEAL, António - Prefácio ao *Direito da Segurança Social*, 3.º Vol, *Doenças Profissionais e Acidentes de Trabalho*, INCM, Lisboa, 1984.

⁹¹ Com integração prevista expressamente no art.º 111.º da Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto, e no art.º 72.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto, e implicitamente no art.º 128.º da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro, e art.º 107.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

⁹² Vigorou até à reforma de 1997/99.

Na responsabilidade directa em geral e nos regimes próprios em particular é forte a tentação de encontrar afinidades ou lugares paralelos com a relação pública; só que não está formalmente presente, por exemplo, a relação jurídica pública contribuinte / instituição de segurança social. Ausente a obrigação contributiva não parece legítimo *usar a lógica da simetria de fundamentação e de soluções* falando nomeadamente em base de incidência, de taxa, contribuição a pagar ou em registo de remunerações o que não afecta a determinação dos valores que devam ser considerados. No caso, um processo interno de aprovisionamento financeiro garante a satisfação das despesas: prestações a suportar, na determinação das quais o grau de comutatividade relevante será dado pelo plano de financiamento assumido negocialmente pelas partes sem recurso a quaisquer regras do seguro social público.

Vem aqui a propósito referir a questão do *princípio da equivalência*. Na verdade, a tentação de considerar violado o princípio da equivalência, segundo o qual os regimes especiais (não em sentido técnico-jurídico mas por oposição a regime geral) devem assegurar aos seus beneficiários, para o conjunto de prestações de cada risco, prestações equivalentes às do regime geral da segurança social⁹³, não deve passar disso mesmo: na verdade, quer o âmbito material quer os níveis de protecção não padecem de qualquer insuficiência. O princípio da unidade entendido como projecção do princípio da igualdade (art.º 16.º da Lei da Segurança Social) aponta para uma

⁹³ Figura expressamente consagrada no direito francês. V. Jean Jacques Dupeyroux, *Droit de la Sécurité Sociale*, 12.^a éd, Dalloz, Paris, p. 632.

actuação articulada não para uma cega e desajustada uniformização de regras ou de um injustificado nivelamento de prestações⁹⁴.

Parece, assim, pacífico e legalmente admitido que e bem ou mal *de jure condendo*, a gestão, a responsabilidade financeira e o nível do rendimento (directo e indirecto) deste grupo profissional podem ser assumidos negocialmente por expressa disposição legal não dependem das limitações instituídas para a previdência pública.

Na tabela I anexa a este trabalho apresentamos as modalidades públicas, privadas e do sector social que têm em comum o facto de dependerem da manifestação da vontade dos destinatários (ou das corporações em que se integram) podendo haver a tentação de serem consideradas integradas sem mais no âmbito do que a Lei da Segurança Social designa de sistema complementar o que apenas relativamente às modalidades públicas consideramos verificável.

7. A natureza jurídica do regime de previdência dos administradores das sociedades anónimas

O desenvolvimento económico trazendo consigo uma crescente complexidade técnica das organizações empresariais modernas veio exigir a autonomização de responsabilidades e profissionalização do seu funcionamento, designadamente da sua gestão até então exercida simultânea e até gratuitamente pelos próprios sócios⁹⁵.

⁹⁴ O facto de, em matéria de protecção social, ser deixado à doutrina o encargo de arrumar, sistematizar, graduar e compatibilizar os princípios consagrados na Constituição da República e sobretudo os enumerados na Lei da Segurança Social (expressamente mais de 20...) não facilita muito o trabalho interpretativo.

⁹⁵ Os então designados sócios-gerentes, expressão que ainda hoje perdura nos serviços da segurança social para distinguir os gerentes sociais (prestadores de

A especialização assim imposta conduziu à necessidade de integrar na empresa e de contratar pessoas, independentemente da sua qualidade de sócio, exteriores à organização, profissionalmente habilitadas para a prática exclusiva das técnicas profissionalmente adequadas a uma eficaz gestão das sociedades - administradores⁹⁶ ou gerentes de sociedades comerciais vinculados à sociedade por contrato (não de trabalho mas) de mandato (contrato de prestação de serviços) e ao reconhecimento jurídico como grupo autónomo dos gestores mandatados - com contrato de administração.

Esta integração na empresa da actividade profissional de alguns grupos e situações vinculados por contrato de prestação de serviços com proximidade com o exercício de actividade em contrato de trabalho quer substancial (não formal) - volume considerável de prestação de serviços a uma mesma entidade beneficiária dessa actividade - quer prática e operativa (não jurídica) - as regras e os procedimentos previdenciais aplicáveis aos trabalhadores por conta de outrem são totalmente utilizáveis e compatíveis com esta forma de prestação de serviços - tem vindo a conduzir à sua gradual equiparação a trabalhadores por conta de outrem: fiscalmente desde 1989 (pelo Código do IRS⁹⁷ onde as remunerações dos administradores passaram a ser consideradas rendimentos de trabalho dependente) e previdencialmente desde 1993⁹⁸ (após terem sido inicialmente integrados na

serviços, mandatados com representação e autonomia) dos gerentes comerciais (trabalhadores por conta de outrem, com poderes de representação mas não autónomos).

A confusão sócio / trabalhador / gerente era (e nalgumas situações ainda é) uma evidência.

⁹⁶ Relativamente aos antigos directores ver nota nº 8.

⁹⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-A/88, de 30 de Novembro.

⁹⁸ Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro. Com regime actual nos arts 61.º a 70.º do Código dos Regimes Contributivos.

previdência como trabalhadores independentes desde 1977⁹⁹) fazendo parte do agora crescente grupo do que doutrinaria e legalmente se veio a impor como trabalhadores autónomos economicamente dependentes ou trabalhadores equiparados, atendendo ao princípio da prevalência da substância sobre a forma, aplicadas mais recentemente a várias outras situações¹⁰⁰ (trabalhadores em acumulação art.º 129.º do Código dos Regimes Contributivos, o regime inscrito no art.º 140.º do mesmo Código relativo aos trabalhadores autónomos economicamente dependentes, com a designação legal de entidades contratantes¹⁰¹).

Durante este percurso temporal e paralelamente, o Código das Sociedades Comerciais de 1986, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, no seu art.º 402.º n.º 1, instituiu a faculdade da criação de um regime previdencial específico incompleto (apenas invalidez e velhice) para os administradores das sociedades anónimas, aliás a doutrina já admitia a anterior constituição de situações de previdência privada mesmo sem suporte normativo específico¹⁰².

⁹⁹ Portaria n.º 115/77, de 9 de Março (se desconsiderarmos o regime dos comerciantes em vigor desde Janeiro de 1969).

¹⁰⁰ Híbridos sociais: por oposição aos genuinamente trabalhadores independentes (expressão utilizada no considerando 8 da Directiva 2019/1152), mesmo tecnicamente não trabalhadores por conta de outrem mas são normativamente considerados como tal (num contexto de falsos recibos verdes - presunção *juris et de jure*).

¹⁰¹ Situação também tornada aplicável aos profissionais da cultura pelos arts 48.º e 49.º do Estatuto aprovado pelo DL 105/2021, de 29/11.

¹⁰² FERRER CORREIA, António e CAEIRO, António - Modificações do objecto social e sua especificação nos estatutos; aumento do capital a deliberar pelo conselho de administração; previdência dos administradores - Revista de Direito e Economia, Anos VI/VII (1980/1981), Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, Coimbra, 1981.

Na verdade, o regime previdencial contido no n.º 1 do art.º 402.º do CSC por fazer parte de um ordenamento jurídico exterior ao sistema de segurança social que, por isso, não carece de qualquer legitimação (*nihil obstat*) por parte da Lei da Segurança Social, posição que chegou a percorrer os corredores da Direcção-Geral da Previdência, embora sem qualquer consistência técnica, pois a lei é lei independentemente do departamento ministerial onde seja elaborada e o ordenamento jurídico a que pertence, tornando a necessidade da sua compatibilização normativa questionável... embora conforme o sentido da utilização da expressão *regimes especiais* o art.º 103.º da Lei da Segurança Social lhe pareça dar um tímido suporte. O regime aqui em análise e o regime geral de segurança social embora no mesmo sentido e com o mesmo objectivo mas com regimes diferentes - salvaguarda dos rendimentos perdidos - pertencem a pilares distintos e correm em pistas separadas (privado e público).

Quer o “sistema de segurança social unificado” do n.º 2 do artº 63º da Constituição da República Portuguesa, quer a Lei da Segurança Social (nas suas 4 versões) não conduziram no sentido da nacionalização ou da colectivização da protecção social: as formas previdenciais privadas escaparam à homogeneização e continuam a coexistir pacificamente com as públicas.

Na verdade, as regras inscritas no n.º 1 do art.º 402.º do CSC configuram numa nomenclatura previdencial um regime defectivo, imperfeito, irregular ou incompleto que não acompanhou formalmente o sentido da generalidade dos regimes particulares ou privativos, tornados mais ou menos convergentes numa perspectiva institucional. E não corresponde minimamente a uma situação “perdida

no tempo” mas sim a uma implícita mas clara opção politico-legislativa, quanto a nós, contida na admissão da ampla liberdade de conformação do legislador ordinário nesta matéria, comportando a abstenção de inovar mantendo intocadas estas singularidades no âmbito do que podemos designar de Direito Previdenciário privado.

A manutenção da diversificação própria da previdência privada inicial impulsionada pela feudalização e mutualização de então, gerou casulos sociais, refúgios e isolamentos onde se desenvolveram regimes de previdência profissional, categorial ou grupal que tinham todas as hipóteses de escapar quer à uniformização organizativa, quer à compensação financeira entre instituições¹⁰³ e mesmo às vicissitudes e ao esforço de solidariedade profissional ou geracional geral de todos os outros.

Aproximando esta situação de classificações próprias dos regimes de protecção social actuais, podemos considerar que:

1) Não se trata de:

a) um regime previdencial meramente privativo (o que é específico de um grupo) mas privado. Constituído adequadamente numa perspectiva profissional e grupal, nos termos institucionalmente previstos na lei aplicável e assumido doutrinária e jurisprudencialmente, para além da natureza convencional as pensões do n.º 1, nada têm de comum com os regimes complementares privados;

¹⁰³ Regra imposta legalmente bem cedo às caixas de previdência, apesar de, então, estar actuarialmente garantida uma boa gestão financeira (Base XIV da Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, e art.º 3.º n.º 1 do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963) e consagrada na actual Lei da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro) como o princípio da solidariedade (art.º 8º).

b) um regime ou grupo fechado: a lei em vigor permite a adesão de qualquer sociedade anónima interessada;

c) um fundo especial: só o seria se e na medida em que a sua integração na segurança social pública fosse exigida para preservação de especificidades a acrescer ao regime geral de protecção (não é o caso...);

d) um regime não contributivo. Embora na perspectiva puramente contributiva pública pudesse assim ser considerado, pois não há contribuições para o regime por parte dos destinatários das prestações; uma gestão financeira autónoma situa-o, porém, fora de tal qualificação;

2) Devendo ser considerado:

a) um regime convencional facultativo: a lei confiou à iniciativa empresarial a organização de um regime de previdência privada;

b) um regime aparentemente complementar: materializado em regras regulamentares, confunde-se facilmente com os regimes complementares. O suporte formal adequado garante porém a necessária legitimidade jurídica no quadro exterior à protecção social pública;

c) um *regime satélite ou exterior* aos regimes formalmente legais ou regulamentares - regime autónomo dotado de regras próprias exterior ao sistema público de segurança social - aliás próximo ao que sucedeu com os regimes então previstos de caixas de reforma ou de previdência, por exemplo com as caixas de previdência dos médicos¹⁰⁴ ou dos advogados¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Absorvida pela ordem profissional como Fundo de Solidariedade Social, nos termos do DL 27/88, de 30 de Janeiro.

¹⁰⁵ Embora a estas caixas (já atrás referidas) acresça a faculdade do uso da

Um regime de protecção social previsto legalmente e organizado no âmbito material da autonomia privada de celebração, objecto de recepção legal das actuais normas que disciplinam o sistema de segurança social exterior ao sistema público de segurança social, é susceptível de ser desenvolvido no âmbito do exercício da liberdade contratual de celebração e de estipulação, ou seja, por vontade das partes - actos normativos sem natureza legislativa nem regulamentar.

Na verdade, como corolário da autonomia da vontade das partes, mesmo da soberania das partes, no âmbito das regras aplicáveis aos administradores das sociedades anónimas, a determinação dos conteúdos do regime de protecção social aplicável e do seu conteúdo constitui “*reserva das partes*”. Podemos, assim, entender que a vontade das partes adequadamente formulada (no caso em regulamento próprio) determina autonomamente o quadro normativo aplicável em matéria de previdência privada sem ter que respeitar os princípios ou as normas do sistema público de segurança social, e sem reflectir no regime jurídico da segurança social os efeitos das regras que tem o poder de produzir (como se de um verdadeiro direito potestativo se tratasse) - é bem uma singular manifestação do primado negocial como fonte de direito face à soberania do Estado¹⁰⁶, contrariando,

reserva de regulamento das entidades de administração autónoma corporativa, própria das ordens profissionais. Esta última ora designada Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores tem, como sabemos, regulamento próprio aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/2015, de 29 de Junho (com alterações) mas sem que a hipótese da sua integração no sistema geral de segurança social pareça estar definitivamente posta de parte.

¹⁰⁶ Quanto à falta de idoneidade destes instrumentos em matéria de prestações complementares ver nota 55.

aparentemente, a afirmação de que a efectivação do direito à segurança social não está na disponibilidade das partes. A lei (então aplicável) conferiu liberdade de conformação do direito à previdência e do seu conteúdo à vontade das partes e nenhuma iniciativa legislativa posterior se conhece que tenha pretendido retirar-lhes esse poder.

Por outro lado, considerado o princípio da universalidade subjectiva e da plenitude do sistema público de protecção social¹⁰⁷, os serviços da segurança social pública não podem recusar o enquadramento¹⁰⁸ no regime geral de segurança social que legitimamente - por manifestação de vontade das partes - não adiram^{109/110}.

Numa perspectiva teórica, esta previdência privada dos administradores das sociedades anónimas instituída há 40 anos pelo ressurgimento de algumas ideias de então, acaba por não estar sequer fora do nosso tempo. Na verdade, a actual busca de uma alternativa ao

¹⁰⁷ E de certo modo residual. Veja-se o que sucedia com os trabalhadores da Administração Pública a que Caixa Geral de Aposentações (CGA) recusava a inscrição por entender não reunirem as condições (poderá caber noutro espaço avaliar a bondade de algumas de tais decisões) a segurança social passiva e residualmente acolhia e enquadrava nas eventualidades desconsideradas pela CGA.

¹⁰⁸ Inscrever trabalhadores por conta de outrem ou equiparados na segurança social por se deverem considerar enquadrados ou integrar na segurança social grupos de trabalhadores com fortes expectativas ou direitos adquiridos junto de outras entidades são questões a que, no caso presente, o tempo se encarregou de conferir dimensão totalmente diferente...

¹⁰⁹ Obviamente sem desrespeito pelas regras jurídico-laborais aplicáveis porque estamos situados no domínio de um regime só susceptível de modificação por via convencional (soberania das partes) como já se referiu.

¹¹⁰ Entendemos que o regime jurídico de protecção dos administradores das sociedades anónimas configura especialidade normativa (derrogatória) relativamente às normas do regime geral porque se trata de actos normativos e do mesmo nível normativo permitem que se estabeleça entre elas essa relação de especialidade. V. nota 58.

Estado-Providência (que, segundo alguns, estaria esgotado e numa fase de implosão¹¹¹) tem vindo a realizar-se através da redução dos atributos de soberania do Estado¹¹²:

i) pela perda moderada de protagonismo do Estado (tão querido do modelo latino de serviço público) - modelo renano (com manifestação por exemplo na manutenção do salário no caso de verificação de eventualidades previstas);

ii) pela revitalização da vontade das partes como fonte de direito - neocorporativismo - modelo nórdico (domina o contrato colectivo como fonte de direito) exaltação da vontade das partes *versus* a vontade geral. Trata-se da denominada refeudalização das sociedades e dos parceiros sociais que vêm reconhecido o “seu direito de criar o direito”¹¹³;

iii) pela implantação da lógica de mercado (*império dos negócios*) - de que foi exemplo extremo o modelo privado chileno experimentado nos anos 80 mas, posteriormente, fragilizado por graves e sucessivas crises do mercado financeiro¹¹⁴.

¹¹¹ V. nesta questão nomeadamente HABERMAS, Jurgen, *A Nova Opacidade: a Crise do Estado-Providência e o Esgotamento das Energias Utópicas*, RCL, 2, Dezembro 1985, referido por Paulo Ferreira da Cunha em *Justiça Social*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 78.

Não cabe nestas notas avaliar a apressada e dirigida apreciação negativa que, por vezes, se vai fazendo nesta matéria por consideração de factores perturbadores do equilíbrio financeiro (a questão demográfica, a alteração do rácio activo/inactivo, a crise da solidariedade geracional - a temida “rebelião dos activos”...).

¹¹² A supressão destes atributos que conduza ao desmantelamento do Estado e à reformulação das políticas redistributivas cabe nos objectivos do neoliberalismo, como sabemos.

¹¹³ Nesta matéria ver SUPLOT, Alain - *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, 2003, p. 252, n.º 625.

¹¹⁴ Aliás, note-se as recentes alterações dos regimes jurídicos de fundos de pensões constituídos aquando do entusiasmo pelos planos de pensões (da CGD e do Instituto Nacional de Estatística, respectivamente, Decretos-Leis nº 14/2023, de 24 de Fevereiro, e 110/2023, de 27 de Novembro) aparentemente com objectivos

Conclusão

1. O n.º 1 do art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais veio formalizar um regime privado de previdência próprio dos administradores das sociedades anónimas, aliás já antes doutrinariamente admitido, situado no hemisfério privado da previdência, de livre organização pelos interessados - as sociedades anónimas - que resulta:

i) na inserção de uma compensação no âmbito das contrapartidas derivadas da profissionalização de uma actividade e como instrumento de optimização da gestão, impulsionada pela capacidade económica e financeira para desenvolver um esquema previdencial corporativamente autónomo e generosamente adequado aos objectivos pretendidos que representa mais uma *rebelião sectorial* relativamente ao sistema complementar, normativamente previsto na Lei da Segurança Social, pretensamente integrador das formas previdenciais privadas que sistematicamente vão escapando às suas regras e à sua esfera de influência.

ii) da natureza jurídica dos interesses próprios (do grupo; não gerais) e da capacidade de valorização de uma carreira específica em regra não muito longa mas densamente remunerada (com expressão na valorização da formação de uma pensão correspondente), sectorialmente subtraído às regras ou princípios gerais dos regimes previdenciais públicos;

de transferência de gestão, uniformização ou normalização mas, na verdade, por recomposição (redução) das responsabilidades inicialmente assumidas.

e constitui:

i) no âmbito do ordenamento jurídico-societário (se se entender pensão como liberalidade), uma excepção - matéria subtraída e contrária aos fins gerais societários designadamente dos referidos no artº 6º do CSC;

ii) relativamente ao ordenamento jurídico da segurança social público

- substancialmente uma situação de previdência especial incompleta (não regime especial) das eventualidades invalidez e velhice, e

- formalmente como norma especial relativamente às regras do regime geral de previdência - o regime dos agora designados membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas, dos arts 61.º a 70.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC), aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro, que, como sabemos, não constituem normas imperativas e nem sequer tem valor reforçado.

iii) orgânica e financeiramente um grupo autónomo (autonomia corporativa onde a vontade do grupo impera) com regras próprias de gestão financeira actuarialmente assegurados por entidades gestoras de planos e fundos de pensões idóneas que garantem a solvência do modelo de equilíbrio escolhido.

2. O n.º 2 configura a hipótese dos complementos das prestações da previdência pública sem mais, mas com a limitação legal e lógica da remuneração das administrações em exercício, aliás prática comum utilizada pelas sociedades como gestão de recursos humanos.

ANEXO I

Modalidades tecnicamente complementos do sistema previdencialista

Características		Lei aplicável	Fim	Equilíbrio financeiro	Entidades gestoras (continente)	Supervisão / Tutela / Entidades reguladoras (continente)
Modalidades						
Públicos	Regimes voluntários Seguro social voluntário	Lei nº 110/2009, 16.09 (arts 169º e 184º CRC)	Previdência	Repartição	Instituto de Segurança Social, IP (ISS, IP)	Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (MTSSS)
	Fundos especiais de segurança social	Lei nº 1884, 16/03/1935	Previdência e acção social		Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IP (IGFSS, IP)	
	Regimes profissionais Complementares (a)	DL 225/89, 06.07	Previdência	Repartição / Capitalização	- Associações mutualistas - Fundações de segurança social complementar - Empresas seguradoras - Sociedades financeiras gestoras de fundos de pensões ou de investimento	Direcção-Geral da Segurança Social (DGSS) Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) ou CMVM
	Regime público de capitalização	DL 26/2008, 22.02		Capitalização	Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social (IGFCSS, IP)	Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (MTSSS)
	Prestações complementares	Lei nº 7/2009, 12.02 (artº 478º CT)		Repartição	Empresas (d)	-----
Privados	Seguros comerciais	DL 72/2008, 16.04	Previdência e Financeiro	Capitalização	Empresas de seguros Lei nº 147/2015, 09.09 - Anexo I	ASF
	Pensão de invalidez e velhice Administradores SA	DL 262/86, 02.09 (artº 402º)			- Empresas de seguros - Sociedades financeiras gestoras de fundos de investimentos ou de fundos de pensões	ASF ou CMVM
	Planos de pensões profissionais - Planos poupança reforma - Fundos de pensões - Fundos de investimento	DL 158/2002, 02.07 Lei nº 27/2020, 23.07				
Sector Social	Seguro mutualista	DL 59/2018, 02.08	Previdência e acção social	Repartição / Capitalização	Associações mutualistas	DGSS
		Lei nº 147/2015, 09.09			Mútuas de seguros	ASF
	Serviços e equipamentos sociais (b)	DL 119/93, 25.02	Acção social	-----	Instituições particulares de solidariedade social (IPSS) (c) e empresas	Instituto da Segurança Social (ISS, IP)

- (a) Enquadramento facultativo. Técnica profissionalista ou previdencialista. Antigos esquemas de prestações complementares.
(b) Modalidades não previdenciais.
(c) Intervenção social por acordos de cooperação e de gestão - Portaria nº 196-A/2015, de 1 de Julho, (continente e Madeira; na RAA, contratos de cooperação e de gestão).
(d) Como componente da responsabilidade social da empresa (RSE), através dos IRCT ou dos regulamentos de empresa.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.^a ed, Almedina, Coimbra, 2010

- *Revista Direito das Sociedades*, Ano II, 3/4

ANDRADE, Vieira de - *Contratação Colectiva e Benefícios Complementares de Segurança Social*, Scientia Juridica, 2001

CASSIANO DOS SANTOS, Filipe - *A Reforma dos Administradores Societários e a Relação de Administração - Notas (breves) ao regime do art.º 402.º do Código das Sociedades Comerciais*, AAVV, Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade, AAFDL, Lisboa, 2021

CONCEIÇÃO, Apelles J B

- *Notas sobre Protecção Social dos Empregados Bancários*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVII, Junho 2006

- *Os Rendimentos de Substituição e a sua Tutela Administrativa (algumas considerações)*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho* nº 4, Instituto de Direito do Trabalho, 2023

- *O Seguro do Rendimento do Trabalho e o Modelo Social Europeu, os Desafios da Revolução Tecnológica*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho* nº 2, Instituto de Direito do Trabalho, 2021

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Justiça Social*, Gestlegal, Coimbra, 2021

CUNHA, Paulo Olavo

- *Reforma e Pensão dos Administradores* (a cargo da sociedade administrada), Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol III, 2015

- *Direito das Sociedades Comerciais*, 7^a ed, Almedina, Coimbra, 2019

DOMINGUES, Paulo Tarso - *A Reforma dos Administradores* - 1^o Colóquio Internacional sobre o Regime Jurídico da Administração das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2014

DUPEYROUX, Jean-Jacques - *Droit de la Sécurité Sociale*, 12^a ed, Dalloz, Paris, 1998

ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Les Trois Mondes de l'État Providence*, PUF, Paris, 1999, versão francesa de *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (1990)

FERNANDES, Luís A Carvalho e LABAREDA, João - *Do Regime Jurídico do Direito à Reforma dos Administradores a Cargo das Sociedades Anónimas*, Revista de Direito das Sociedades, Ano II, 2010 . Vol III/IV, Almedina, Coimbra, 2011

FERREIRA, Ânia e FERNANDES, Teresa - *Estudos sobre a Atribuição de Pensões e Suplementos de Reforma dos Administradores das Sociedades Anónimas*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 5, Vol 9, Almedina, Coimbra, 2013

FERRER CORREIA, António e CAEIRO, António - Modificações do objecto social e sua especificação nos estatutos; aumento do capital a deliberar pelo conselho de administração; previdência dos administradores - Revista de Direito e Economia, Anos VI/VII (1980/1981), Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, Coimbra, 1981

MENDES, Evaristo - *Governança Societária e Justiça Intergeracional*, AAVV, Justiça entre Gerações, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017

MENEZES CORDEIRO, António

- *Direito das Obrigações*, 3º vol., AAFDL, Lisboa, 1991

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª ed, Almedina, Coimbra, 2014

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2006

PIRES, Catarina e ANDRADE, João da Costa - O Regime Jurídico relativo à Atribuição e Cálculo da Reforma de certos Trabalhadores do Sector Bancário: Tentativa de Superação de um (falso) Problema de Aplicação da Lei no Tempo, O Direito, ano 136º (2004)

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 1957

PÓVOAS, Manuel Soares - *Previdência Privada, Planos Empresariais*, Fundação Escola Nacional de Seguros Ed, 1991

SANTOS E SILVA, António Saraiva - *Reforma dos Administradores das Sociedades Anónimas*, disponível online em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31438/1/Tese_Ant%C3%B3nio%20Santos%20e%20Silva.pdf
https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31438/1/Tese_Ant%C3%B3nio%20Santos%20e%20Silva.pdf

SILVA LEAL, António

- Prefácio ao Direito da Segurança Social, 3º Vol, Doenças Profissionais e Acidentes de Trabalho, INCM, 1984

- *Organização da Previdência*, Lições 1966/67, Instituto de Estudos Sociais

- *Estudos sobre a Constituição*, II Vol, Petrony, Lisboa, 1979

SUPIOT, Alain et al. - *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, 2003

VALLES, Edgar - *Responsabilidade dos Gerentes e Administradores*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2019

VOGEL, David - *The Market for Virtue: the Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Bookings Institution, 2006

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *As Pensões de Reforma e a Segurança Social dos Administradores e doutros Membros dos Órgãos das Sociedades* (artº 402.º do Código das Sociedades Comerciais, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), Vol III, Almedina, Coimbra, 2016

Jurisprudência referida

- Ac TC 842/2023
- Ac STJ de 14/09/2021, Proc 24983/17
- Ac TRL 500/12 O TVL.SB.L1.7





ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O PRÉMIO DE ASSINATURA DE CONTRATO DE TRABALHO

SOME LEGAL AND LABOR REFLECTIONS ON SIGNING BONUS CLAUSES

Benjamim Mendes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Contexto e conceito do prémio de assinatura. 3. A quase inexistente regulamentação do prémio de assinatura. 4. A natureza não retributiva do prémio de assinatura. 5. A obrigação de permanência associada ao prémio de assinatura. 6. Conclusões.

Resumo:

O presente artigo explora a temática dos "signing bonuses" ou prémios de assinatura de contratos de trabalho, analisando-se a sua natureza jurídica e a obrigação de permanência usualmente associada aos mesmos. Este tipo de prémio coloca desafios significativos em termos de enquadramento legal. A análise visa apresentar um conceito e caracterizar estes pagamentos, diferenciando-os da retribuição, e procura efetuar o enquadramento legal da obrigação de permanência eventualmente associada, face ao regime jurídico em vigor para o pacto de permanência.

Abstract:

This article explores the topic of the "signing bonus" or hiring bonus, analyzing its legal nature and the permanence obligation usually associated with it. This type of bonus poses significant challenges in terms of legal framework. The analysis aims to present a concept and characterize these payments, distinguishing them from remuneration, and attempts to present the legal framework of the permanence obligation that may be associated with them, in light of the legal regime in force for the permanence pacts.

¹ Sócio da DLA Piper ABBC

1. Introdução

Com este artigo, pretendemos prestar uma homenagem ao Professor Catedrático Doutor Pedro Romano Martinez, uma referência incontornável no Direito do Trabalho moderno em Portugal. Ao longo da sua brilhante carreira académica e profissional, este ilustre académico contribuiu de forma significativa para o desenvolvimento e consolidação desta área jurídica. O seu trabalho não apenas enriqueceu a doutrina científica laboralista, como também teve um impacto profundo na jurisprudência e na prática jurídica, influenciando gerações de juristas laboristas. Em particular, a sua contribuição foi fundamental na construção e na implementação do Código do Trabalho de 2003², uma das mais importantes reformas legislativas em matéria laboral, que trouxe inovações e clarificações essenciais para as relações laborais e que, na sua estrutura genética, se manteve inalterado na revisão de 2009.

O “signing bonus”, “hiring bonus” ou, na terminologia portuguesa, prémio de assinatura de um contrato de trabalho (“prémio de assinatura”), constitui um incentivo financeiro, usualmente uma importância em dinheiro, oferecido aos trabalhadores aquando da sua contratação, tendo em vista a aceitação do emprego por parte destes. A atribuição de um prémio de assinatura pode ter também associada uma obrigação de permanência durante um período mínimo de tempo, por parte do trabalhador.

² Representativo da importância do nosso homenageado para a criação do Código do Trabalho atual, destaque-se a recente celebração nas Universidades de Lisboa e Universidade Católica de Lisboa da Conferência “Código do Trabalho: Balanço de Duas Décadas. Homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez”.

Esta nova realidade social, que já ocorria, sobretudo, no recrutamento de altos quadros por empresas multinacionais, tem-se disseminado nos últimos anos no mercado laboral em Portugal, particularmente em profissões ou setores em que existe maior competitividade no recrutamento de mão-de-obra qualificada³.

Sendo uma prática relativamente recente (pelo menos, em elevada escala), apesar de crescente, em Portugal, não espanta que a regulamentação expressa da mesma seja praticamente inexistente, como parcos são os estudos acerca da mesma. No entanto, ela suscita algumas questões jurídicas relevantes, não só no que concerne à sua caracterização face ao conceito de retribuição, como as relativas ao acordo de permanência usualmente associado.

2. Contexto e conceito do prémio de assinatura

O contexto laboral em que maioritariamente surgem os prémios de assinatura é muito variado. No entanto, estes prémios tendem a ser relativamente comuns em setores onde a procura por competências específicas supera a oferta disponível no mercado de trabalho, como no setor das empresas tecnológicas, bem como em cargos de gestão de topo de grandes empresas.

A existência de um prémio de assinatura pode constituir uma vantagem significativa para ambas as partes. Para os empregadores,

³ Não obstante, no âmbito desportivo já se verificava um uso mais massivo destas cláusulas, especialmente em algumas ligas profissionais, de futebol, basquetebol e outras modalidades desportivas, onde os prémios de assinatura são uma prática estabelecida, oferecendo os empregadores desportivos esses prémios para garantir a contratação de desportistas de alto desempenho, transmitindo ao atleta (e, obviamente, ao mercado de contratações) o valor e importância estratégica do atleta para a equipa.

funciona como um diferenciador competitivo, ajudando a atrair e manter trabalhadores talentosos, podendo ser estruturado de forma a incentivar não apenas a contratação do trabalhador, mas também a sua permanência. Para os trabalhadores, o prémio de assinatura oferece uma compensação económica imediata e/ou significativa, que compensa, também, o risco de mudança de emprego ou de recusa de outras propostas de emprego.

Por regra, os prémios de assinatura, incluindo a condição de permanência associada, são regulados expressamente em cláusula do contrato de trabalho ou em documento contemporâneo complementar.

Os prémios de assinatura tendem a ser estruturados de acordo com as específicas realidade e objetivos do empregador, variando de acordo com as estratégias de compensação dos empregadores e as expectativas dos candidatos a um emprego. Podem assumir o pagamento de uma compensação financeira e/ou envolver ainda prestações de outra natureza, como opções de compra de ações. A compensação financeira pode ser paga em uma única prestação, contemporaneamente com a celebração do contrato de trabalho ou com o início da relação laboral, ou faseadamente, usualmente em prestações anuais, ao longo de um determinado período mínimo de permanência. A opção de pagamento numa única prestação é utilizada para oferecer um incentivo imediato ao candidato ao emprego, compensando-o pelo risco associado à mudança de emprego ou à não aceitação de outras propostas de emprego. Por outro lado, um pagamento escalonado ao longo do tempo constitui uma forma mais eficaz de contribuir para assegurar a retenção do trabalhador. Eventualmente,

pode prever-se o pagamento da totalidade do prémio no final desse período mínimo de permanência, mas tal não constitui prática usual.

A concessão do prémio de assinatura tem, habitualmente, subjacente uma condição de permanência do trabalhador durante um determinado período de tempo mínimo, sendo essa condição estabelecida tendo em vista compensar o empregador pelo investimento financeiro realizado.

De um ponto de vista jurídico, o prémio de assinatura constitui uma contrapartida económica acessória, distinta da retribuição base e de outras compensações regulares pagas ao trabalhador. A natureza jurídica deste prémio pode revelar-se complexa, envolvendo considerações sobre sua subsunção ao conceito de retribuição. Se o prémio de assinatura for considerado parte da retribuição, tal terá implicações laborais, fiscais e em sede de segurança social.

3. A quase inexistente regulação do prémio de assinatura

Em Portugal, a figura do prémio de assinatura (excluindo-se desta análise a questão do acordo de permanência, que será abordada mais adiante) não é objeto de uma regulamentação específica no quadro normativo laboral⁴.

Apesar de não existir uma regulamentação específica no domínio juslaboral, a legislação de segurança social não desconhece esta figura. Com efeito, a Lei n.º 110/2009, que aprovou o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, no

⁴ Caso merecesse referência legal, seria expectável encontrá-la no artigo 260.º do Código do Trabalho, intitulado “Prestações incluídas ou excluídas da retribuição”, do qual, contudo, não consta.

seu artigo 76.º, com a epígrafe “Remuneração mensal efetiva”, no âmbito específico da regulação do regime previdencial dos “praticantes desportivos profissionais”, aborda este prêmio, embora apenas no âmbito da incidência contributiva. Nessa norma, afirma-se que integram a remuneração mensal efetiva dos praticantes desportivos profissionais as prestações pecuniárias estabelecidas no contrato que os vincula à entidade empregadora, incluindo-se nessa remuneração mensal “os montantes pagos a título de *prémios de assinatura* de contrato, os quais são parcelados por cada um dos meses da sua duração”⁵. Esta norma tem um objeto específico, limitando a referência à regulação do âmbito de incidência de contribuições de segurança social, mas também a um específico grupo profissional, que são os desportistas profissionais, pelo que a sua previsão, embora importante, não releva, para efeitos de aplicação geral a todos os trabalhadores, na interpretação e aplicação das cláusulas que regulem estes prémios.

Perante a relativa falta de regulação destes prémios - o que não significa necessariamente uma lacuna jurídica, considerando as disposições gerais sobre retribuição, previstas nos artigos 258.º e seguintes do Código do Trabalho - a determinação da sua natureza jurídica terá de ser feita principalmente à luz dos princípios gerais do direito laboral, isto é, das normas do Código do Trabalho que regulem as contrapartidas remuneratórias atribuídas aos trabalhadores, apesar de essas normas não regularem especificamente esta figura. Logicamente, para esse efeito também terá de ter-se presente as estipulações contratuais estabelecidas entre empregador e trabalhador,

⁵ Cfr. artigo 76.º, n.º 2, da Lei n.º 110/2009.

quando estas sejam compatíveis com aquelas normas legais do Código do Trabalho⁶.

A falta de uma regulação específica sobre esta prática pode criar um ambiente de incerteza jurídica, como já sucedeu em alguns casos que determinaram decisões judiciais dos nossos tribunais superiores. Por essa razão, impõe-se que as partes tenham um cuidado especial para garantir que as cláusulas respeitam os princípios do direito do trabalho (gerais e específicos de certos institutos jurídicos laborais) e que são redigidas de forma clara e precisa, especificando-se, em documento escrito, o montante do prémio, a previsão do prazo e forma do seu vencimento e pagamento e quaisquer requisitos que o trabalhador deva cumprir para ter direito ao prémio, bem como, sendo o caso, as situações em que deva ter que o restituir.

4. A natureza não retributiva do prémio de assinatura

Como vimos, os prémios de assinatura suscitam questões várias derivadas da quase ausência de uma regulamentação específica. Um dos principais problemas discutidos é da natureza jurídica de tal prémio à luz das normas que regulam a retribuição do trabalhador, previstas nos artigos 258.º e seguintes do Código do Trabalho e, consequentemente, a exigibilidade da restituição de tais prémios nas situações de cessação prematura do contrato de trabalho.

Dessa forma, num caso específico de pagamento de um prémio de assinatura, há que determinar se essa contrapartida financeira

⁶ Tendo presente a natureza, em regra, imperativa mínima das normas legais no confronto com o contrato de trabalho (artigo 3.º, n.º 4, do Código do Trabalho).

tem natureza retributiva e, nesse caso, se está abrangida pelas normas legais que protegem a retribuição do trabalhador⁷.

Desde logo, a própria denominação desta contrapartida financeira, como “prémio” (ou “bonus” na terminologia anglo-saxónia), deve conceder-nos uma primeira pista sobre a natureza jurídica não retributiva deste pagamento.

A jurisprudência dos tribunais superiores já se ocupou sobre essa temática - discussão e análise da natureza retributiva, ou não, dos prémios de assinatura -, embora no âmbito específico dos acidentes de trabalho de desportistas profissionais, onde estas cláusulas são frequentes. A orientação fixada será extensível aos demais casos⁸ e, por isso, constituindo uma linha jurisprudencial que se deve seguir. Num caso em que se discutia a natureza retributiva de um prémio de assinatura recebido por um desportista, o qual seria pago se o mesmo se mantivesse em algumas épocas desportivas, o tribunal considerou

⁷ Como observa PEDRO ROMANO MARTINEZ, “no art. 258.º, n.º 4, do CT2009 (na sequência do disposto no mesmo número do art. 249.º do CT2003), de modo inovador relativamente ao regime anterior, determina-se que da qualificação de certa prestação como retribuição resulta (apenas) a aplicação dos regimes de garantias dos créditos retributivos previstos no Código do Trabalho (art. 129.º, n.º 1, al. d), e arts. 279.º, 280.º, 333.º ss. e 337.º do CT). Deste modo, a lei determina quais são as consequências emergentes da qualificação de certa prestação como retribuição, circunstância que permite reiterar, *a contrario sensu*, que a qualificação como retribuição não releva para outros efeitos” (PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 592).

⁸ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de abril de 2024 (Relator José Eduardo Sapateiro), processo n.º 2875/20.8T8PNF.P1.S1 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2014 (Relator Melo Lima), processo n.º 870/10.4TTMTS.P1.S1; veja-se, ainda, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de outubro de 2022 (Relatora Teresa Sá Lopes), processo n.º 1400/13.1TTPRT.P1 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de novembro de 2023 (Relatora Rita Romeira), processo n.º 2875/20.8T8PNF.P1; em sentido diverso, mas com contornos de facto distintos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 2022 (Relator Duro Mateus Cardoso), processo n.º 3285/19.5T8FNC.L1-4.

que o prémio de assinatura não tinha natureza retributiva, fundamentalmente, no que aqui nos interessa, porque não se subsumia nos critérios de regularidade e periodicidade, nem de contrapartida do trabalho.

Assim, seguindo os critérios legais de qualificação de retribuição que resultam dos artigos 258.º a 269.º do Código do Trabalho, para que o prémio de assinatura fosse considerado e protegido como retribuição, teríamos de estar perante uma prestação paga de forma regular e periódica, como contrapartida direta do trabalho realizado ou da disponibilidade do trabalhador. Ora, tais prémios, apesar de previstos contratualmente, são uma contrapartida pela assinatura do contrato e não do trabalho⁹. Portanto, em linha com a jurisprudência existente, dever-se-á entender que os prémios de assinatura constituem incentivos únicos, sem o carácter de continuidade exigido para serem considerados contrapartida do trabalho e, por isso, como retribuição.

Como referimos antes, os prémios de assinatura podem ter estruturas de pagamento diversas, seja prevendo-se que o prémio é concedido num pagamento único contemporaneamente com a assinatura do contrato de trabalho, seja prevendo-se que é pago em prestações ou prazos distribuídos ao longo de um período inicial

⁹ De acordo com a doutrina e jurisprudência, podemos definir retribuição do trabalho como o conjunto de valores (pecuniários ou não) que o empregador está obrigado a pagar regular e periodicamente ao trabalhador em razão da atividade por ele desempenhada (ou pela disponibilidade da força de trabalho) - neste sentido, entre outros, veja-se Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de abril de 2018 (Relator Nelson Fernandes), processo n.º 721/17.9T8PNF.P1; no âmbito da doutrina, podem consultar-se, entre muitos outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 576 e ss..

como, por exemplo, um ou dois anos. A orientação que se sustenta aplica-se a estas duas hipóteses de facto.

Para além da relevância da qualificação em sede de acidentes de trabalho, a determinação da natureza jurídica dos prémios de assinatura assume relevância, sobretudo, num cenário de cessação antecipada, antes de decorrido o período de permanência acordado, de que pode resultar, à luz do estipulado pelas partes, uma obrigação de devolução do montante do prémio e/ou de não pagamento de prestações não vencidas do prémio. Nesta sede, e fora do enquadramento que mais adiante se fará acerca do acordo de permanência, dir-se-á que não existirão obstáculos de natureza legal à instituição de uma tal obrigação de devolução ou a uma previsão de não pagamento de montantes ainda não vencidos, desde que tal se compagine com a obrigação de boa-fé na execução do contrato, prevista no artigo 126.º, n.º 1, do Código do Trabalho, nomeadamente tendo em conta, também e se aplicável ao caso concreto, o tempo em que o contrato de trabalho se manteve em vigor.

5. A obrigação de permanência associada ao prémio de assinatura

A atribuição de um prémio de assinatura pode ter associada a assunção de uma obrigação de permanência do trabalhador ao serviço do empregador. Assim, como contrapartida pelo recebimento do prémio de assinatura, o trabalhador poderá obrigar-se a manter-se ao serviço do empregador durante um determinado período de tempo. O não cumprimento dessa obrigação determinará para o

trabalhador um dever de devolver ao empregador a importância do prêmio de assinatura recebido.

A obrigação de permanência pode também ser assumida de forma implícita, ao prever-se apenas que o trabalhador deverá proceder à devolução da importância do prêmio de assinatura caso dê causa à cessação do contrato de trabalho antes de decorrido o período de permanência acordado, sem assumir uma expressa obrigação de permanência. Verdadeiramente, nessa eventualidade, mais que uma obrigação de permanência, o trabalhador assume um ônus.

De todo o modo, esta diferenciação prática não tem especial relevância para efeitos da análise que aqui fazemos, dado que, em ambas as situações (estipulação expressa ou apenas implícita de uma obrigação de permanência), estará em causa uma limitação à livre denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador e, consequentemente, uma limitação à liberdade de trabalho.

Este tipo de acordos corresponde, assim, pelas obrigações assumidas e pelos efeitos do incumprimento, a um pacto através do qual o trabalhador assume uma obrigação de permanência ao serviço do empregador.

A lei regula o que designa por “pacto de permanência” no artigo 137.º do Código do Trabalho, que admite a estipulação, pelas partes na relação laboral, de uma obrigação de permanência ao serviço do empregador, por um período não superior a três anos, como compensação por despesas avultadas feitas com a formação profissional do trabalhador¹⁰.

¹⁰ Não constitui objeto deste breve estudo a discussão dos aspetos essenciais do instituto jurídico do pacto de permanência. Essa análise tem sido feita pela doutrina¹⁰ (designadamente, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à*

É comumente entendido que o pacto de permanência previsto no artigo 137.º do Código do Trabalho constitui, por isso, uma limitação à liberdade de trabalho, a qual advirá do princípio constitucional do direito ao trabalho, previsto no artigo 58.º, n.º 1, da Constituição, que se enquadra no âmbito dos direitos fundamentais¹¹. O Código do Trabalho assim o considera, ao inserir o pacto de permanência numa Subsecção com a epígrafe “cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”.

Em face do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição (e da regulação contida no Código do Trabalho), poder-se-ia entender que vigora neste âmbito um princípio de tipicidade, ou seja, somente seriam admissíveis as limitações à liberdade de trabalho expressamente reguladas na lei. Por conseguinte, um acordo limitativo da liberdade de trabalho, como o associado a um prémio de assinatura, somente seria legalmente válido se se configurasse como um pacto de permanência, tal como regulado no artigo 137.º do Código do Trabalho. Neste cenário, apenas seria admissível que o trabalhador se obrigasse a permanecer ao serviço do empregador como

Liberdade de Trabalho, Almedina, Coimbra, 2016 (em especial, pp 237 e ss); JÚLIO GOMES, *Direito de Trabalho*, Vol I , Coimbra Editora, 2007, pp. 624 e ss.; JOANA VASCONCELOS, “Pacto de permanência, liberdade de trabalho e desvinculação do trabalhador”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 821-839 e *RDES - Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2013, n.ºs 1 a 3, pp. 23-48) e por alguma jurisprudência. O propósito deste trabalho é, tão só, suscitar a discussão sobre esta nova realidade do mundo do trabalho, em especial sobre a conformação (e conformidade) legal do acordo de permanência subjacente à atribuição de um prémio de assinatura. Temos consciência de que este tema merecerá uma análise mais aturada da nossa doutrina, embora sem prejuízo da defesa das soluções que aqui aventamos. Espera-se que este pequeno estudo possa suscitar essa discussão.

¹¹ GUILHERME DRAY, *Código do Trabalho Anotado*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, anotação III ao artigo 14.º.

compensação por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional (artigo 137.º, n.º 1, do Código do Trabalho).

Contudo, afigura-se-nos que o princípio da tipicidade não pode ser entendido neste âmbito de uma forma totalmente fechada e acabada, adotando-se interpretações da lei que não levam em conta as alterações ocorridas na sociedade e no mercado de trabalho em particular.

O direito do trabalho - e, em concreto, o Código do Trabalho - deve ser aplicado, também, de forma a dar solução a novas realidades sociais. Não se trata de preconizar interpretações arbitrárias e sem um mínimo de correspondência com a letra da lei (n.º 2 do artigo 9.º do Código Civil), mas, antes, de reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo em conta as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada, em conformidade com o princípio de interpretação plasmado no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil.

Por outro lado, a lei admite, de forma genérica, a limitação voluntária dos direitos de personalidade, no artigo 81.º do Código Civil, revestindo a liberdade de trabalho tal natureza¹².

A atribuição de prémios de assinatura - e a assunção de correspondentes obrigações pelo trabalhador - constitui uma novidade recente no mercado laboral em Portugal (excetuando-se naturalmente,

¹² Como já se afirmou, “Implicando um direito de personalidade, a liberdade de trabalho traduz-se num corolário axiológico da liberdade pessoal, que compreende a proteção da personalidade, enquanto substrato da individualidade ou dos seus múltiplos aspetos, enquanto garantia do poder de autoconformação conferido à pessoa e a proteção da liberdade geral de ação humana” (BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Da (in)admissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência por iniciativa do trabalhador”, *RIDT*, 2021, n.º 1, p. 272). Cfr., igualmente, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, cit., p. 86.

o mercado dos praticantes desportivos profissionais, em que existe regulamentação parcial e práticas muito próprias), embora se trate de uma prática desde há muitos anos instituída em outros países, nomeadamente em países anglo-saxónicos.

Como já antes se discorreu, existem setores ou profissões em que o fator de atração para um trabalhador aceitar entrar numa relação laboral com uma empresa (termo que se usa por facilidade de expressão) já não é apenas o montante do salário, mas também a concessão de outras condições, como a atribuição de um prémio de assinatura. Essa nova realidade do mercado de trabalho terá de ser enquadrada à luz dos diversos interesses em presença, sobretudo o interesse que o trabalhador pode ter numa convenção desta natureza, que, para o empregador, poderá fazer sentido apenas como fomento da retenção de mão-de-obra.

De todo o modo, estando-se perante um acordo que substancialmente configura um pacto através do qual o trabalhador assume uma obrigação de permanência, importa, então, aferir se um tal acordo se conforma com a regulação legal existente, mormente a referente ao pacto de permanência, ou se a lei veda a existência de outros convénios com tal objeto.

O artigo 137.º do Código do Trabalho admite que as partes convençionem “que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional”.

Em conformidade, a lei estabelece os seguintes elementos do pacto de permanência: (i) realização de um investimento

importante, avultado ou extraordinário (na redação anterior, a lei adotava este termo), por parte do empregador e em favor do trabalhador; (ii) uma obrigação de permanência do trabalhador; (iii) uma duração máxima (de 3 anos) da obrigação de permanência; (iv) um direito de desvinculação do trabalhador, com devolução do montante do prêmio recebido.

É certo que o preceito legal apenas prevê a possibilidade de estabelecimento de uma obrigação de permanência como compensação pela realização de despesas avultadas com a formação profissional do trabalhador. Contudo, a lei não exclui expressamente a possibilidade de estabelecimento de obrigações de permanência com fonte diversa, não prevendo, de forma genérica, a proibição de pactos de permanência com outra causa, contrariamente ao que sucede nos casos previstos no artigo 136.º do Código do Trabalho, para os pactos de não concorrência. Neste caso, a lei começa por estabelecer um princípio geral de proibição e de nulidade deste tipo de pactos, para depois criar uma situação excecional.

Assim, em nosso entender, a causa ou fonte de uma eventual obrigação de permanência não deve limitar-se aos casos em que o empregador realizou despesas avultadas com a formação profissional do trabalhador, podendo visar a compensação de um outro investimento importante avultado ou extraordinário por parte do empregador, no limite, do investimento de confiança associado ao recrutamento e pagamento de um prêmio de assinatura.

Aliás, a situação em apreço constitui, indubitavelmente, um acordo “tipicamente” similar ao pacto de permanência, em que existe um “investimento” por parte do empregador e tendo como

contrapartida, por parte do trabalhador, uma obrigação de permanência. Assim, caso se perfilhasse um entendimento diverso do supra defendido, o regime do pacto de permanência sempre seria e aplicável por via de interpretação extensiva da norma do artigo 137.º do Código do Trabalho, tendo em conta o princípio de interpretação consagrado no n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil- uma interpretação extensiva seria admissível ainda que se considerasse como excecional a norma do artigo 137.º do Código do Trabalho (cfr. artigo 11.º do Código Civil).

Entendendo-se como válido um convénio desta natureza, ou seja, tendo como fonte o pagamento de um prémio de assinatura de montante avultado ou extraordinário, importará saber qual o regime que lhe será aplicável, nomeadamente quanto à duração máxima da obrigação de permanência e faculdade de desvinculação do trabalhador.

Adotando-se um entendimento como o primeiramente assumido - de que este tipo de acordo é válido fora do âmbito do artigo 137.º do Código do Trabalho, porque não proibido - será lógico sustentar que não existem balizas temporais quanto à duração da obrigação de permanência. Na verdade, um empregador pode assumir o pagamento de um prémio de assinatura de valor avultadíssimo, na ordem de milhões de euros, tendo em vista garantir a permanência do trabalhador por um período longo, eventualmente, superior a três anos.

Se, no entanto, se considerar que nesta sede (admissibilidade de uma obrigação de permanência) se aplicará o artigo 137.º do Código do Trabalho por via de interpretação extensiva, então concluir-se-á que todo o regime do pacto de permanência regulado nesse preceito - com exceção do fundamento específico ali previsto - é aplicável,

incluindo quanto à duração da obrigação de permanência assumida pelo trabalhador, que não poderá exceder três anos.

Igual raciocínio poderá ser tecido quanto à faculdade de desvinculação do trabalhador. No entanto, quanto a este segmento, afi-gura-se-nos que o princípio de livre desvinculação do trabalhador a todo o tempo (obviamente com as inerentes consequências) não poderá deixar de se aplicar em todas as situações, isto, é, seria inválida uma qualquer estipulação contratual que visasse impedir o trabalhador de se poder desvincular a todo o tempo, pois só assim se respeita a liberdade de trabalho, constitucionalmente garantida.

Assumindo-se uma visão diversa quanto à conformidade legal do acordo de permanência associado ao prêmio de assinatura, o pacto seria nulo, por contrariar normativos legais imperativos (cfr. artigo 3.º, n.º 4, do Código do Trabalho e artigos 81.º, n.º 1, e 294.º do Código Civil). A nulidade afetaria todo o acordo, e não somente a obrigação de permanência assumida pelo trabalhador - a redução (que implicaria a nulidade da obrigação de permanência assumida pelo trabalhador, mas não da contrapartida assumida pelo empregador) só seria admissível se se demonstrasse que o empregador teria aceitado efetuar o pagamento do prêmio de assinatura ainda que sem uma obrigação de permanência do trabalhador (artigo 292.º do Código Civil).

Numa tal situação - de nulidade do pacto -, importaria conhecer quais as consequências daí resultantes, num cenário em que o trabalhador denuncia o contrato de trabalho antes do termo do período de permanência acordado e tendo recebido já a totalidade do montante do prêmio de assinatura. No domínio do direito civil, vigora o

princípio da restituição, ou seja, deve ser restituído tudo o que tiver sido recebido pelo trabalhador (artigo 289.º, n.º 1, do Código Civil). Essa consequência deverá, no entanto, sofrer uma adaptação, em linha com o princípio vigente no âmbito do contrato de trabalho e consagrado no artigo 122.º, n.º 1, do Código do Trabalho. Assim, o acordo nulo produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado. Essa regra conduzirá a que a obrigação de restituição do trabalhador deva ser balizada pelo cumprimento da obrigação de permanência do trabalhador. Em princípio, estar-se-á perante uma obrigação de devolução do prémio de assinatura proporcional ao incumprimento da obrigação de permanência. Contudo, esta conclusão não é necessariamente a adequada, não só porque o “investimento” do empregador pode não ser justamente compensado com uma devolução parcial (o que terá de ser analisado em função das circunstâncias do caso concreto), como porque a própria norma do artigo 137.º, n.º 2, do Código do Trabalho, embora não diretamente aplicável, parece permitir uma interpretação no sentido de poder haver lugar a uma devolução integral.

Caso o montante do prémio de assinatura esteja a ser pago faseadamente, será de aplicar um raciocínio semelhante ao antes exposto, com as devidas adaptações.

Numa situação em que o empregador assume a obrigação de pagar o prémio de assinatura, integralmente, apenas no final do período de permanência acordado, e o trabalhador promove a denúncia do contrato antes do fim do período de permanência acordado, não assistirá ao trabalhador o direito a receber qualquer importância a esse título, visto que não foi cumprida a condição contratualmente

fixada e um tal direito também não advém para o trabalhador por via da nulidade do pacto. Poderá, no entanto, invocar-se uma nulidade parcial (redução do negócio), tendo em vista uma composição adequada dos interesses em causa, mas uma tal solução não é linear.

6. Conclusões

O mercado de trabalho dos nossos dias tem gerado algumas novas realidades no âmbito da contratação de trabalhadores. Entre essas realidades, está a atribuição de prémios de assinatura, tendo em vista a contratação de trabalhadores qualificados, assumindo o trabalhador, como contrapartida, uma obrigação de permanência durante um determinado período de tempo mínimo. Esses acordos suscitam questões de natureza legal, quer quanto à natureza do pagamento efetuado (caráter retributivo ou não), quer quanto ao enquadramento da obrigação de permanência assumida pelo trabalhador. Concluímos que o prémio de assinatura não tem a natureza de retribuição, por não constituir contrapartida do trabalho prestado, e que a assunção de uma obrigação de permanência é legalmente admissível.

Jurisprudência citada:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de abril de 2024 (Relator José Eduardo Sapateiro), processo n.º 2875/20.8T8PNF.P1.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2014 (Relator Melo Lima), processo n.º 870/10.4TTMTS.P1.S1.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de outubro de 2022 (Relatora Teresa Sá Lopes), processo n.º 1400/13.1TTPRT.P1.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de novembro de 2023 (Relatora Rita Romeira), processo n.º 2875/20.8T8PNF.P1.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de fevereiro de 2022 (Relator Duro Mateus Cardoso), processo n.º 3285/19.5T8FNC.L1-4.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de abril de 2018 (Relator Nelson Fernandes), processo n.º 721/17.9T8PNF.P1.

Bibliografia citada:

- BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Da (in)admissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência por iniciativa do trabalhador”, *RIDT*, 2021, n.º 1, pp. 267-298.

- GUILHERME DRAY, *Código do Trabalho Anotado*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, anotação III ao artigo 14.º.

- JOANA VASCONCELOS, “Pacto de permanência, liberdade de trabalho e desvinculação do trabalhador”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 821-839 e RDES - Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2013, n.ºs 1 a 3, pp. 23-48.

- JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016.

- JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.



DIREITO A INFORMAÇÃO DO TRABALHADOR: NOVIDADES DA AGENDA DO TRABALHO DIGNO^{1/2/3}

*EMPLOYEE'S RIGHT TO INFORMATION: NEWS FROM AGENDA
FOR DECENT WORK*

Cláudia Madaleno⁴

¹ Este texto destina-se a integrar o número especial da Revista Internacional do Direito do Trabalho, publicado em homenagem ao Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, seu Diretor e Fundador. O Professor Doutor Pedro Romano Martinez esteve presente em todos os momentos da nossa formação académica: na Licenciatura, como Regente de Direito das Obrigações; no Mestrado, como Co-Regente de Direito do Trabalho e de Direito Comercial (Marítimo); e no Doutoramento, como Arguente. Marcou profundamente o nosso percurso e foi determinante na opção pelo Direito Privado. Recordamos, com muita saudade, os seus ensinamentos, mas também o carácter, a firmeza nas convicções, a sensibilidade e a integridade que faziam dele uma pessoa verdadeiramente única e especial, a quem dedicamos o presente texto.

² Principais abreviaturas:

CC - Código Civil

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CRP - Constituição da República Portuguesa

CT - Código do Trabalho

CT 2003 - Código do Trabalho de 2003

EM - Estados membros

ET - *Estatuto de los Trabajadores*

FCT - Fundo de Compensação do Trabalho

FGCT - Fundo de Garantia e de Compensação do Trabalho

IRCT - Instrumento de regulamentação coletiva de trabalho

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

Tratado CEE - Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia

UE - União Europeia

³ Qualquer artigo citado sem indicação da fonte refere-se ao Código do Trabalho (CT).

⁴ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

Sumário:

1. Delimitação. 2. O Direito europeu. 3. Âmbito de aplicação. 4. Efeitos decorrentes da Diretiva. 5. Conteúdo do dever de informação. 6. Forma do cumprimento. 7. Incumprimento dos deveres de informação. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

Resumo:

O presente texto faz uma análise dos deveres de informação do empregador em relação ao trabalhador (dimensão individual), tendo presente a Diretiva 91/533/CEE, revogada pela Diretiva (UE) 2019/1152, a jurisprudência europeia sobre o tema e a transposição efetuada pelo legislador português. É em especial analisado o novo regime jurídico que resultou da alteração da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, em particular no que se refere ao conteúdo do direito a informação e às consequências do incumprimento do dever de informação, com destaque para a nova presunção de exclusão do período experimental no artigo 111.º, n.º 4, do CT.

Abstract:

This text analyzes the obligation of the employer to provide information to the worker (individual dimension), taking into account Directive 91/533/EEC, revoked by Directive (EU) 2019/1152, European jurisprudence on the subject and the transposition carried out by the Portuguese law. In particular, is analyzed the new legal regime that result from the amendment of Law 13/2023, of 3 April, especially with regard to the content of the right to information and the consequences of failure to comply with the duty of information, with emphasis on the new presumption of exclusion of the trial period in article 111/4 of Portuguese Labour Code.

1. Delimitação

I. O contrato de trabalho, como qualquer contrato de direito privado, encontra-se sujeito ao Princípio da boa fé e ao cumprimento de deveres de informação pelas partes⁵. A informação é um elemento essencial para aferir não apenas o interesse na celebração do negócio jurídico, como também para determinar os próprios trâmites desse negócio. Nessa medida, devem ambas as partes proceder de boa fé

⁵ Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 288 e 289.

e comunicar reciprocamente os aspetos relevantes para o contrato em causa. Esse dever é tão mais importante quando se considere a natureza duradoura da relação laboral⁶.

Do ponto de vista temporal e pensando nos deveres de informação em geral, estes assumem importância em dois momentos: por um lado, ao nível pré-contratual, ou seja, ainda antes da celebração do negócio e como preparação e celebração do mesmo; e, por outro, ao nível da execução do contrato. Por sua vez, como veremos, no caso dos deveres de informação específicos do âmbito laboral, esses surgem apenas após a celebração do contrato.

II. No domínio laboral, o legislador fez questão de determinar, de forma expressa, a sujeição do contrato de trabalho ao Princípio da boa fé, no artigo 126.º CT. Contudo, há particularidades da relação laboral que conferem à informação essencial uma feição específica⁷. Assim, não obstante a aplicação do Princípio da boa fé, quer no momento prévio à celebração, quer na celebração, os deveres de informação impostos ao empregador ao nível da execução do contrato - no atual artigo 106.º CT, e, em termos gerais, nas Diretivas 91/533/CEE e 2019/1152 - transcendem esse princípio, assumindo uma natureza própria e exclusiva da relação laboral^{8/9}. Esta

⁶ Neste sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 261.

⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 281 ss, refere os artigos 1.º, 102.º, n.º 3, 123.º, n.º 3, 126.º, 489.º, n.º 1, 520.º, n.º 1 e 522.º do CT.

⁸ A Diretiva 91/533/CEE foi revogada pela Diretiva 2019/1152, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia.

⁹ JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, em *Revista Questões Laborais*, N.º 63,

especificidade é ainda reforçada pelo facto de se estabelecer, na alínea f) do n.º 3 do artigo 3.º CT, que, quando respeitem ao dever de informação do empregador, as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por IRCT que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Com efeito, o empregador - tal como também o trabalhador - está obrigado a informar o candidato a emprego, ou o trabalhador, das informações relevantes para a celebração do contrato e para a sua execução, bem como das circunstâncias que possam afetar o seu normal funcionamento¹⁰. Não obstante, no âmbito da execução do contrato, esse dever de informação - comum, aliás, à generalidade dos contratos de direito privado - assume particularidades que extravasam o que resultaria do Princípio da boa fé, em ordem a satisfazer outros vetores de ordem pública, designadamente a transparência do mercado de trabalho e a segurança jurídica do trabalhador^{11/12}.

Julho-dezembro, 2023, p. 112, afirma que “uma análise mais atenta [do artigo 106.º CT] acaba por revelar que o legislador quis atribuir ao empregador um dever de informação mais complexo e qualificado”.

¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, cit., p. 287, considera que “o empregador deve avisar o trabalhador de quaisquer circunstâncias anormais que rodeiem a prestação de trabalho ou ponham em risco a remuneração devida, incluindo a própria situação económica da empresa, se disso for o caso.”. A propósito do artigo 106.º CT, considera, a páginas 290, que se trata da formalização, pelo legislador, de “múltiplos deveres de informação preliminar, vertendo-os em preceitos legais”, situação que também ocorre noutras disciplinas jurídicas.

¹¹ Em sentido próximo, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 262, refere uma “obrigação específica e autónoma do empregador - o dever de informação inicial sobre os aspectos relevantes da relação de trabalho.”.

¹² Assim, não acompanhamos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, cit., pp. 292 e 293, ao referir o excesso dos deveres de informação e até que, “Por certo que tudo isso só é praticável numa grande empresa; ninguém imagina o dono de uma pequena oficina, que contrate um batedor de chapas, a percorrer as minudências do artigo 106.º/3. Mas além disso, fica a

Destarte, pese embora a inevitável conexão entre os deveres de informação e o Princípio da boa fé, quando se trate das informações obrigatórias que o empregador deve comunicar ao trabalhador, estaremos num domínio exclusivo do contrato de trabalho.

III. No que concerne aos deveres de informação, o Código do Trabalho tratou o tema em duas sedes muito distintas. Com efeito, no caso dos *deveres de informação do trabalhador*, a matéria consta desde logo dos artigos 16.º a 19.º, no âmbito dos direitos de personalidade, sendo perspetivada como uma exceção ao regime de tutela da vida privada do trabalhador, isto é, como situações limite em que o empregador poderá ter acesso a certos aspetos relativos ao trabalhador¹³. E, em segunda instância, consta do regime geral dos deveres de informação, constante dos artigos 106.º a 109.º CT, aplicáveis ao trabalhador por força do n.º 2 do artigo 106.º.

Por sua vez, no caso dos *deveres de informação do empregador*, encontram-se apenas previstos nos artigos 106.º a 109.º CT.

Por outro lado, são estabelecidos para o empregador deveres de informação ao nível individual, mas também ao nível coletivo, destacando-se aqui o regime da informação a prestar às comissões de

pergunta: algum candidato a um lugar de emprego, tendo sido esclarecido sobre a função e o salário, irá ponderar as demais informações?”. O autor sugere a aplicação do “direito à legítima ignorância”, de modo a que a informação essencial não se perca no aglomerado de informações exigidas. Essa deve, efetivamente, ser o objeto essencial do direito à informação do trabalhador, ainda que, de todo o modo, o empregador tenha de dar cumprimento a todos os aspetos exigidos pela lei.

¹³ Sobre o tema, PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2003, Ano XLIV, n.ºs 1 e 2, pp. 47 ss.

trabalhadores (artigo 424.º CT) e aos delegados sindicais (artigo 466.º CT)¹⁴.

O presente estudo centra-se, exclusivamente, nos deveres de informação do empregador em relação ao trabalhador (dimensão individual). Assim, não iremos abordar os problemas específicos que se colocam no caso da posição devedora ser ocupada pelo trabalhador¹⁵, nem a prestação de informação aos representantes dos trabalhadores.

Neste âmbito, serão apenas analisados os deveres de informação em relação ao trabalhador que presta a sua atividade em território nacional. Em relação ao trabalhador que presta a sua atividade no estrangeiro, sem prejuízo de uma breve referência a este importante tema, remeteremos a sua análise para um futuro estudo autónomo, dada a relevância que o mesmo assume.

¹⁴ A que acrescem deveres de informação em caso de vicissitudes ou cessação do contrato, como os previstos nos artigos 286.º e 360.º CT.

¹⁵ Ainda que não seja objeto do presente estudo, não podemos deixar de referir duas importantes inovações da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, das quais resulta uma acrescida importância dos deveres de informação a cargo do trabalhador. Trata-se dos novos n.ºs 5 e 6 do artigo 112.º, nos termos dos quais “O período experimental previsto na subalínea iii) da alínea b) do n.º 1 é reduzido ou excluído consoante a duração de anterior contrato de trabalho a termo, celebrado com empregador diferente, tenha sido igual ou superior a 90 dias” e “O período experimental é reduzido ou excluído consoante a duração do estágio profissional com avaliação positiva, para a mesma atividade e empregador diferente, tenha sido igual ou superior a 90 dias, nos últimos 12 meses” (redação dada pela Retificação n.º 13/2023, de 29 de maio).

Ora, e independentemente da apreciação da constitucionalidade destas normas, atendendo às consequências estabelecidas em sede de redução ou exclusão do período experimental, passa a ser essencial para o empregador saber se (i) o trabalhador celebrou anteriormente um contrato de trabalho a termo, com outro empregador, cuja duração tenha sido igual ou superior a 90 dias, e (ii) se o trabalhador teve algum estágio profissional com avaliação positiva, para a mesma atividade e empregador diferente, tenha sido igual ou superior a 90 dias, nos últimos 12 meses. Esta passa assim a ser uma informação relevante e suscetível de ser solicitada ao candidato a emprego, à qual este deve, a nosso ver, responder com verdade.

2. Direito europeu

I. Ao contrário do que se verifica noutras áreas, a matéria dos específicos deveres de informação do empregador (para além dos resultantes do Princípio da boa fé) surgiu primeiramente no Direito europeu. O tema surge com a publicação da Diretiva 91/533/CEE¹⁶, do Conselho, de 14 de outubro de 1991, relativa à obrigação de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho¹⁷.

Esta Diretiva foi aprovada com base em duas fontes europeias. Por um lado, o *artigo 100.º do Tratado CEE*, correspondente ao atual artigo 94.º do Tratado que constitui a Comunidade Europeia, nos termos do qual, “O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adota diretivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum”. E, em segundo lugar, na *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*, adotada em 9 de dezembro de 1989, cujo ponto 9 estabelece o direito de todos os assalariados à definição das respetivas condições de trabalho, definição essa que pode ser feita por lei, por um contrato coletivo, ou por um contrato individual de trabalho, de acordo com as regras próprias de cada país¹⁸. No entanto, enquanto a Carta

¹⁶ Conhecida como a “Written Statement Directive”.

¹⁷ Cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., pp. 90 ss.

¹⁸ Isso mesmo é referido nos Considerandos da Diretiva 91/533/CEE.

determina o direito à fixação das condições essenciais, a Diretiva 91/533/CEE preocupa-se com a informação dos elementos essenciais ao trabalhador^{19/20}.

II. Desde cedo, o Direito europeu manifestou a sua preocupação com a harmonização dos deveres de informação a cargo do empregador^{21/22/23}. A Diretiva 91/533/CEE^{24/25} consistia numa medida para

¹⁹ Neste sentido, MÓNICA MOLINA GARCÍA, *El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*, em *Revista de Derecho Social*, 1999, p. 45.

²⁰ Considerando as duas fontes de inspiração da Diretiva, JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 octubre de 1991*, em *Relaciones Laborales*, 1992, p. 255, consideram que a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores assume uma importância acrescida, dadas as preocupações eminentemente sociais presentes na Diretiva 91/533/CEE.

²¹ Não foi bem sucedida a proposta de diretiva para a prova do contrato de trabalho, elaborada em 1991. Neste sentido, JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, em *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1999, p. 214.

²² MARGARIDA APILLUELO MARTÍN, *Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, em *Actualidad Laboral*, 2000, n.º 32, p. 541, considera que o objetivo da Diretiva 91/533/CEE é a harmonização de mínimos. Apesar da possibilidade de os EM fixarem condições mais favoráveis, sublinha que o nível mínimo de proteção é já um nível elevado.

²³ Assim também ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, em *Actualidad Laboral*, n.º 12, 29 marzo 1992, p. 185.

²⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I - Relações Individuais de Trabalho, Coimbra editora, Coimbra, 2007, p. 481, informa que, aquando da adoção desta Diretiva, apenas a Irlanda e o Reino Unido tinham disposições sobre as obrigações de informação do empregador.

²⁵ JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 206, dá-nos conta que esta Diretiva consubstancia um raro exemplo de exportação de legislação laboral da Grã-Bretanha para a Comunidade Europeia, inspirando-se no “Contracts of Employment Act 1963”. Contudo, no relatório de avaliação dos resultados da Diretiva (p. 10) refere-se que o país que, antes da entrada em vigor da Diretiva, tinha uma regulação muito similar, era o Luxemburgo.

assegurar a liberdade de circulação dos trabalhadores, atendendo à grande disparidade de soluções legislativas no espaço comunitário, as quais poderiam ter consequências ao nível do mercado comum²⁶.

De acordo com os vários Considerandos da Diretiva 91/533/CEE, são essencialmente três as suas finalidades: uma finalidade de cariz económico, por um lado, e duas finalidades ao nível social, por outro²⁷. Assim, tratava-se em primeira linha de reduzir as disparidades nas legislações nacionais, contribuindo para um *melhor funcionamento do mercado comum*. Adicionalmente, do ponto de vista social, pretendia-se a *melhoria das condições de trabalho*. O aparecimento desta Diretiva constituiu um marco importante no desenvolvimento, pelo Direito europeu, de condições mínimas de proteção dos trabalhadores. Como assinala Martin Valverde, até então as preocupações comunitárias incidiam apenas sobre três pontos: segurança e saúde no trabalho; igualdade entre homens e mulheres; proteção de trabalhadores em caso de crise ou reestruturação empresarial²⁸. Com o aparecimento da Diretiva 91/533/CEE, denota-se o surgimento de uma preocupação de proteção da parte mais vulnerável no contrato, fornecendo-lhe um conjunto de informações essenciais relativamente à relação laboral. Por último, como terceira finalidade, surgia já nos Considerandos da Diretiva de 1991 a *transparência do mercado de*

²⁶ ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, cit., p. 181, assinala o aparecimento desta Diretiva num momento em que as disposições comunitárias em matéria de proteção social pareciam estar reduzidas à segurança e saúde no trabalho.

²⁷ Neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 481 e 482, assinalando a existência de uma certa tensão entre estas duas finalidades.

²⁸ ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, cit., p. 182.

trabalho, elevada a aspeto essencial e até à própria denominação da nova Diretiva de 2019, que substituiu a Diretiva 91/533/CEE²⁹.

Apesar de serem enunciadas estas três finalidades, o certo é que na Diretiva 91/533/CEE é claramente dominante a finalidade social³⁰, no sentido de providenciar aos trabalhadores informação escrita acerca dos seus direitos e condições de trabalho, assente na ideia de que dispor dessa informação será o pressuposto básico para o subsequente exercício de direitos. Com efeito, não é demais sublinhar que o que se pretende neste momento é a informação dos trabalhadores, e não a informação dos seus representantes. Os aspetos que constituem o objeto deste dever não assumem conotação coletiva, sendo claramente um direito de informação do trabalhador, individualmente considerado.

III. A Diretiva 91/533/CEE impõe ao empregador o cumprimento de um conjunto de deveres de informação, no momento da celebração do contrato - ou num curto espaço de tempo após essa celebração - bem como sempre que se verifique alguma alteração superveniente. No entanto, apesar de algumas tentativas iniciais, no âmbito dos trabalhos preparatórios e dos estudos que a antecederam, um aspeto relevante e que se procurou salvaguardar no texto final foi a circunstância de não impor aos Estados Membros a observância de uma forma escrita para a celebração do contrato. Assim, o seu artigo

²⁹ Assim também JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 octubre de 1991*, cit., p. 256.

³⁰ ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1999, p. 135.

6.º declara que a Diretiva não prejudica as legislações e/ou práticas nacionais em matéria de forma do contrato ou da relação de trabalho.

Outrossim, a informação prestada pelo empregador também não visa a prova da celebração do contrato de trabalho e do seu conteúdo, nem em termos das regras processuais aplicáveis nesta sede, ainda que inicialmente pudesse ser esse um dos objetivos da Diretiva. Na verdade, este propósito, que era visível nos trabalhos preparatórios, acabou por não se concretizar, dado que, também aqui, o artigo 6.º expressamente determina que a Diretiva não prejudica o Direito nacional em matéria de prova da existência e do conteúdo do contrato ou da relação de trabalho. Esta circunstância levou a algumas críticas da doutrina, de que com tal dispositivo a Diretiva ficaria esquecida³¹. Em contrapartida, como grande parte da doutrina também reconhece, a verdade é que, ao permitir o cumprimento do dever de informação através da sua aposição em cláusulas contratuais, existe pelo menos uma importante influência da Diretiva nas disposições internas relativas à forma do contrato^{32/33}.

³¹ Neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 482 e 483, considerando mesmo a Diretiva como uma “*genuína Cinderela*”.

³² JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 octubre de 1991*, cit., p. 266.

³³ No Direito interno, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho. Noções básicas*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 173, refere que o CT obriga o empregador a prestar ao trabalhador um conjunto de informações por escrito, “*em ordem a suprir as naturais «insuficiências informativas» decorrentes da consagração do princípio da liberdade de forma*”.

IV. Tal como se declara no segundo Considerando da Diretiva 91/533/CEE, pretendia-se então uma melhor proteção dos trabalhadores contra um eventual desconhecimento dos seus direitos e proporcionar uma maior transparência no mercado de trabalho. O empregador está obrigado a informar o trabalhador dos “elementos essenciais” do contrato ou da relação de trabalho, seguindo-se, no artigo 2.º, um conjunto de alguns dos aspetos considerados essenciais. Como nota Júlio Gomes, a expressão “elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho” não é aqui utilizada em sentido técnico, o que se retira, desde logo, da listagem de elementos que se lhe seguem^{34/35}. Nesta listagem originária, incluía-se a identidade das partes, o local de trabalho, informações referentes à categoria ou às funções desempenhadas, a data de início, a duração previsível (no caso de relação temporária), a duração das férias remuneradas, os prazos de pré-aviso em caso de cessação do contrato, o montante da remuneração e a periodicidade de pagamento, o período normal de trabalho diário ou semanal³⁶, e, sendo caso disso, a convenção coletiva aplicável. Estavam também previstas regras especiais caso o trabalhador fosse exercer o seu trabalho num ou em vários países

³⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 484.

³⁵ Assim também ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, cit., p. 186.

³⁶ No Acórdão de 8 de fevereiro de 2001 (Wolfgang Lange, Processo C-350/99), disponível em www.curia.eu, o TJUE decidiu que o artigo 2.º, n.º 2, alínea i), da Diretiva 91/533/CEE deve ser interpretado no sentido de que esta disposição não diz respeito à prestação de horas extraordinárias. Contudo, o artigo 2.º, 1 da mesma Diretiva estabelece que “a entidade patronal é obrigada a dar conhecimento ao trabalhador assalariado de uma cláusula que tenha o carácter de um elemento essencial do contrato ou da relação de trabalho, nos termos da qual esse trabalhador seja obrigado a efetuar horas suplementares a simples pedido da entidade patronal”, informação que deve ser comunicada nas mesmas condições que as previstas para os elementos mencionados expressamente no artigo 2.º, n.º 2.

diferentes do Estado membro a cuja legislação e/ou prática o contrato ou a relação de trabalho estava sujeita (artigo 4.º), bem como, em termos gerais, deveres de informação em caso de alteração de algum dos aspetos essenciais inicialmente informados (artigo 5.º). Deve assim entender-se que a expressão “elementos essenciais” se reporta às condições ou cláusulas substanciais ou principais do contrato³⁷, não se tratando de elementos essenciais em termos técnicos.

De referir que, apesar de aplicável essencialmente às relações posteriores, a Diretiva 91/533/CEE podia também ser aplicada a relações anteriores à sua publicação, uma vez que o artigo 9.º, n.º 2, determinava para os EM a obrigação de assegurar que o empregador devesse entregar ao trabalhador os elementos constantes no seu artigo 3.º e/ou 4.º, quando tal fosse solicitado pelo trabalhador, no prazo de dois meses a contar da receção do pedido. Portanto, às relações anteriores só se aplicariam estes deveres se o próprio trabalhador tomasse a iniciativa de o solicitar.

V. A Diretiva 91/533/CEE foi transposta para o Direito interno pelo Decreto-Lei n.º 5/94, de 11 de janeiro. Atendendo à data da publicação, não foi claramente cumprido o prazo de transposição, que terminara em 30 de junho de 1993. Foi, entretanto, revogada pela Diretiva 2019/1152, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, cujo prazo de transposição terminou

³⁷ ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, cit., p. 186.

em 1 de agosto de 2022 (artigo 21.º)^{38/39}, mas que foi efetivamente transposta pelo Estado Português através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril^{40/41}. A aprovação da nova Diretiva surgiu no seguimento do relatório elaborado pela Comissão, no qual se avaliaram os resultados da implementação da Diretiva 91/533/CEE durante mais de vinte e cinco anos⁴². A apreciação global foi positiva⁴³, salientando-se algumas desvantagens, tais como o facto de a Diretiva não abranger todas as categorias de trabalhadores e novas formas de emprego. Assim, havia dúvidas quanto à sua aplicação aos trabalhadores domésticos, trabalho *on call*, e nómadas digitais, por exemplo^{44/45}. Na verdade,

³⁸ No entanto, em França, entendeu-se que não era necessária essa transposição, dado que o cumprimento das obrigações impostas pela Diretiva já estaria assegurado pela obrigação de entregar um “*Bulletin de paie*”, que contém os elementos exigidos pela Diretiva. PASCAL LOKIEC, *Droit du Travail*, 2.ª edição, Presses Universitaires de France, 2022, p. 106, considera que esta dispensa poderá não ter o mesmo valor face à redação mais exigente da nova Diretiva, nomeadamente no que concerne ao conteúdo e aos prazos da informação.

³⁹ NASTAZJA POTOCKA-SIONEK / ANTONIO ALOISI, ‘*Festina Lente*’: The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work, em *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 37, n.º 1, 2021, pp. 36 e 49, dão-nos nota que a Diretiva 2019/1152 foi uma das mais importantes iniciativas no sentido do reforço da dimensão social da UE.

⁴⁰ Cf. o disposto no artigo 1.º, alínea a), da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

⁴¹ Há que atender ainda à Declaração de Retificação n.º 13/2023, publicada no *Diário da República*, 1.ª Série, n.º 103, de 29 de maio.

⁴² Staff Working Document REFIT Evaluation of the ‘Written Statement Directive’ (Directive 91/533/EEC).

⁴³ No entanto, como salienta JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, em *Cadernos de Direito Privado*, N.º 81, Março de 2023, p. 3, uma parte da doutrina fazia “um outro diagnóstico, bastante mais severo, referindo-se a uma diretiva “olvidada” e de reduzido interesse prático.”.

⁴⁴ Staff Working Document REFIT Evaluation of the ‘Written Statement Directive’ (Directive 91/533/EEC), pp. 3 e 4.

⁴⁵ Cf. também VOLODYMYR BOZHKO / INNA KULCHII / VOLODYMYR ZADOROZHNYI, *Comparative legal analysis of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union with the current labour law of all its Member States*, SHS Web of Conferences 85, 01005 (2020), p. 2.

pese embora se invoque a necessidade de avaliar os resultados de uma longa implementação, parece sobressair no relatório que a necessidade da avaliação resultou, essencialmente, das mudanças fundamentais ocorridas no mercado de trabalho e no Direito europeu durante os últimos vinte anos, destacando-se, precisamente, estas novas formas de emprego^{46/47}.

A avaliação identificou quatro pontos de preocupação⁴⁸:

- 1) O âmbito de aplicação da Diretiva em geral e em relação às formas atípicas de emprego;
- 2) O prazo relativamente longo para o fornecimento da informação escrita;
- 3) As consequências (meios de reparação/sanções) em alguns Estados-Membros, em especial o facto de nalguns casos só haver um efeito indemnizatório caso sejam provados danos;
- 4) A sensibilização dos empregadores para as obrigações existentes.

Como veremos, estes pontos foram objeto de alteração na Diretiva 2019/1152.

VI. A leitura da Diretiva 2019/1152 é reveladora do significativo desenvolvimento que a matéria dos deveres de informação sofreu ao nível europeu⁴⁹. Essa evolução é visível, desde logo, na própria

⁴⁶ Staff Working Document REFIT Evaluation of the 'Written Statement Directive' (Directive 91/533/CE/CE/EEC), p. 6. O relatório contém um Anexo VII no qual são referidas e descritas as características destas novas formas de trabalho.

⁴⁷ Cf. também NASTAZJA POTOCKA-SIONEK / ANTONIO ALOISI, *'Festina Lente': The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work*, cit., p. 49.

⁴⁸ Staff Working Document REFIT Evaluation of the 'Written Statement Directive' (Directive 91/533/CE/CE/EEC), p. 25.

⁴⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 4, refere que a nova Diretiva procurou corrigir

denominação da Diretiva: enquanto a Diretiva de 1991 se limitava a mencionar o dever de a entidade patronal informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho, a Diretiva 2019/1152 eleva o tema à garantia de “condições de trabalho transparentes e previsíveis”, tratando de outras matérias para além do dever de informação, como o período experimental e o *pluriemprego*.

Esta ideia é complementada pelos primeiros Considerandos, onde são invocados, por um lado, o artigo 31.º CDFUE⁵⁰, e, por outro, os Princípios n.ºs 5 e 7 do Pilar Europeu dos Direitos Sociais. Com efeito, o Princípio n.º 7 estabelece que, no início da relação de trabalho, os trabalhadores têm o direito de ser informados por escrito⁵¹ sobre os seus direitos e obrigações decorrentes da relação de trabalho, incluindo durante o período experimental; antes de qualquer despedimento, os trabalhadores têm o direito de ser informados sobre os motivos do despedimento e de dispor de um pré-aviso razoável; os trabalhadores têm direito de acesso a um sistema de resolução de litígios eficaz e imparcial e, em caso de despedimento sem justa causa, direito de recurso, acompanhado de uma indemnização adequada.

O legislador europeu é também sensível às novas condições de trabalho, decorrentes - não apenas, mas também - da digitalização, o que levou ao aparecimento de novas formas de emprego diferentes

alguns dos defeitos da Diretiva anterior.

⁵⁰ Nos termos do qual todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas, a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

⁵¹ No relatório de avaliação da Diretiva 91/533/CEE, é invocado o provérbio latino “*verba volant scripta manent*”.

das ditas relações de trabalho tradicionais e nas quais existe alguma incerteza quanto aos direitos aplicáveis e à proteção social dos trabalhadores, sendo, por esse motivo, ainda mais relevante a imposição de estritos deveres de informação (Considerando 4).

Tal como a Diretiva 91/533/CEE, também a Diretiva 2019/1152 é aplicável às relações anteriores à sua entrada em vigor (artigo 22.º). No entanto, em relação a estas, o empregador só está obrigado a disponibilizar ou completar os documentos referidos no artigo 5.º, n.º 1, e nos artigos 6.º e 7.º, se houver um pedido do trabalhador nesse sentido.

3. Âmbito de aplicação

I. O âmbito de aplicação da Diretiva 91/533/CEE foi o primeiro problema identificado no relatório de avaliação. Com efeito, o artigo 1.º, n.º 1, daquela Diretiva estabelecia a sua aplicabilidade “*a qualquer trabalhador assalariado que tenha um contrato ou uma relação de trabalho definido na legislação em vigor num Estado-membro e/ou sujeito à legislação em vigor num Estado-membro*”. Pretendia-se assim a aplicação do regime a todos os trabalhadores, independentemente de terem ou não um vínculo especial. Daqui resultava, desde logo, a aplicação da Diretiva 91/533/CEE às relações laborais de natureza privada e a sua consequente inaplicação ao contrato de trabalho em funções públicas⁵².

⁵² Neste sentido, MARGARIDA APILLUELO MARTÍN, *Directiva 91/533/CE/CEE, de 14 de outubro, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, cit., pp. 544 e 545, considerando também a não aplicação da Diretiva às situações previstas no artigo 1.3 ET.

II. Por sua vez, de acordo com o artigo 1.º da Diretiva 2019/1152, o seu objetivo é a *“melhoria das condições de trabalho, pela promoção de um emprego mais transparente e previsível, e garantir, simultaneamente, a adaptabilidade do mercado de trabalho”*. Trata-se - como refere, de modo expresso, o artigo 1.º, n.º 2 - de estabelecer os *“direitos mínimos aplicáveis a todos os trabalhadores na União que tenham um contrato de trabalho ou outra relação de trabalho definidos na legislação, nas convenções coletivas ou nas práticas vigentes em cada Estado-Membro, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça”*. É esta parte final, que faz referência ao conceito de trabalhador adotado pelo TJUE, que constitui inovação, ainda que, como assinala a doutrina, tenha ficado aquém da consagração em termos amplos do conceito de trabalhador.

Pode questionar-se qual o conceito de trabalhador a atender neste preceito, face à expressa remissão para o direito interno. Com efeito, o conceito de trabalhador estabilizado pela jurisprudência do TJUE a propósito da liberdade de circulação de trabalhadores^{53/54/55}

⁵³ Com uma interessante análise do conceito de trabalhador nos vários países da UE, cf. também VOLODYMYR BOZHKO / INNA KULCHII / VOLODYMYR ZADOROZHNYI, *Comparative legal analysis of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union with the current labour law of all its Member States*, cit., pp. 3 e 4.

⁵⁴ Cf. também, sobre a amplitude deste conceito, JUAN MANUEL DIESTE COBO, *Contractual Relations between Providers and Digital Platforms: The Spanish ‘Riders Law’*, *European Business Law Review* 34, n.º 7, 2023, p. 1206.

⁵⁵ ANJA ELEVELD / TANIA BAZZANI / ALEXANDRE DE LE COUR / EWA STASZEWSKA, *Implementation of the European Youth Guarantee and the Right to Work: A Comparative Analysis of Traineeship Programmes Under the EU Active Labour Market Policy*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 38, n.º 3, 2022, p. 279, referindo expressamente que, nos termos da Diretiva 2019/1152, os estagiários e aprendizes podem ser considerados trabalhadores, independentemente da natureza da relação estabelecida em termos de direito nacional, desde que efetivamente desempenhem a sua atividade sob a direção de outra pessoa e recebam uma remuneração em contrapartida dessa

afigura-se mais amplo do que o que resulta do direito nacional. Na linha daquela orientação jurisprudencial, mas afastando-se claramente do artigo 1.º, n.º 2, o Considerando 8⁵⁶ refere que a característica essencial da relação de trabalho é a circunstância de uma pessoa realizar, durante certo tempo, em benefício de outra e sob a sua direção, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração⁵⁷, não sendo determinantes a qualificação jurídica no direito nacional e a natureza do vínculo jurídico que liga essas duas

atividade, sendo irrelevante a fonte desse pagamento poder provir ou não de fundos obtidos para esse efeito.

⁵⁶ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 4, sublinha que o texto da Diretiva não se encontra em consonância com este Considerando, uma vez que terá havido uma “*significativa resistência por parte dos Estados-Membros no Conselho*”.

⁵⁷ Ao contrário do que aconteceu com outras Diretivas de âmbito laboral, como é o caso da Diretiva sobre segurança e saúde no trabalho e a Diretiva sobre os limites do tempo de trabalho, a Diretiva 91/533/CEE apenas se aplica ao trabalho pago. Neste sentido, JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 217.

pessoas^{58/59}. Destarte, com base neste Considerando, a Diretiva 2019/1152 poderia também aplicar-se a trabalhadores domésticos,

⁵⁸ No Acórdão do Tribunal do TJUE de 3 de julho de 1986 (Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg, Processo C-66/85), decidiu-se que devia ser considerado trabalhador, na aceção do artigo 48.º, 1 do Tratado CEE, um professor estagiário que realizasse, sob a direção e fiscalização das autoridades escolares públicas, um estágio de formação preparatória para a profissão de docente, durante o qual assegurasse a prestação de serviços dando cursos e auferindo uma remuneração. Por sua vez, no Acórdão do TJUE de 14 de outubro de 2010, (Union syndicale Solidaires Isère, Processo C-428/09), decidiu-se aplicar a Diretiva 2003/88, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, aos titulares de contratos de participação em atividades educativas que exercem atividades ocasionais e sazonais em centros de férias e de lazer e que trabalham no máximo 80 dias por ano. Também no Acórdão do TJUE de 9 de julho de 2015 (Ender Balkaya, Processo C-229/14) se entendeu, para efeitos de aplicação da Diretiva 98/59/CE, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos coletivos, que para o cálculo do número de trabalhadores empregados devia ser contabilizado um membro da direção de uma sociedade de capitais, que exerce a sua atividade sob a direção e sob o controlo de um órgão dessa sociedade, que recebe em contrapartida da sua atividade uma remuneração e que não possui ele próprio nenhuma participação social na referida sociedade. No Acórdão do TJUE de 4 de dezembro de 2014 (FNV Kunsten Informatie, Processo C-413/13), entendeu-se que “O direito da União deve ser interpretado no sentido de que a disposição de uma convenção coletiva de trabalho, como a que está em causa no processo principal, que fixa remunerações mínimas para os prestadores de serviços independentes, filiados numa das organizações de trabalhadores contratantes, que exercem a favor de um empregador, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços, a mesma atividade que os trabalhadores assalariados desse empregador, só não está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE se esses prestadores constituírem «falsos trabalhadores independentes», isto é, prestadores que se encontram numa situação comparável à dos referidos trabalhadores”. Por fim, no Acórdão do TJUE de 17 de novembro de 2016 (Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH, Processo C-216/15), considerou-se que a Diretiva 2008/104/CE, relativa ao trabalho temporário, se aplica à cedência por uma associação sem fins lucrativos, em contrapartida de uma compensação financeira, de um dos seus membros a uma empresa utilizadora para aí prestar, a título principal e sob a direção desta última, uma prestação de trabalho mediante retribuição, contanto que esse membro seja protegido nessa qualidade no Estado-Membro em causa, ainda que não tenha a qualidade de trabalhador nos termos do direito nacional.

Todas as decisões encontram-se disponíveis em www.curia.eu

⁵⁹ Embora não o tenha referido expressamente, no Acórdão de 18 de dezembro de 2008 (Ruben Andersen, Processo C-306/07), disponível em www.curia.eu, o TJUE admitiu a aplicação da Diretiva 91/533/CEE a cinco contratos de reinserção profissional celebrados nos termos da legislação dinamarquesa relativa à política social. Tratava-se de medidas de auxílio social e as funções desempenhadas não podiam ser exercidas no âmbito de um contrato de trabalho normal. Aos titulares

trabalhadores ocasionais, trabalhadores intermitentes, trabalhadores de plataformas, estagiários e aprendizes, excluindo-se assim, apenas, os efetivos trabalhadores por conta própria⁶⁰. Contudo, como salienta Júlio Gomes⁶¹, é diverso o texto que consta do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2019/1152, pelo que tal não se afigura viável. No entanto, comparando a redação do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2019/1152 com a Diretiva 91/533/CEE, há de facto um novo elemento a considerar no conceito de trabalhador, que consiste na necessidade de atender à jurisprudência do TJUE. Assim, uma interpretação conforme ao direito europeu e à jurisprudência do TJUE parece apontar para uma maior abrangência desde conceito em termos subjetivos.

III. Por outro lado, contrariamente à Diretiva 91/533/CEE, a Diretiva 2019/1152 é aplicável também ao contrato de trabalho em funções públicas, como se retira da amplitude do seu artigo 1.º, n.º 2⁶², ao referir “todos os trabalhadores na União que tenham um

desses contratos era aplicada a legislação relativa aos trabalhadores assalariados, salvo no que dizia respeito às férias pagas, aos subsídios diários em caso de doença ou de nascimento de um filho e ao reembolso pelo empregador das despesas de formação.

⁶⁰ Cf. também NASTAZJA POTOCKA-SIONEK / ANTONIO ALOISI, *‘Festina Lente’: The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work*, cit., p. 49.

⁶¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., pp. 4 e 5, referindo que o texto final foi o resultado de um “compromisso político, no mínimo ambíguo”, que resultou num “fracasso, ao menos parcial, da tentativa de resolver as dúvidas interpretativas sobre o âmbito de aplicação das obrigações de informação, que era um dos pontos mais débeis da Diretiva revogada”.

⁶² JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, Revista Questões Laborais, N.º 63, Julho-dezembro, 2023, pp. 117 e 118, lembra que a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, na sua redação em abril de 2023, não remetia para o Código do Trabalho em matéria de deveres de informação, sendo que: “No entanto, o artigo 36º da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, autoriza expressamente o Governo a regular a adaptação ao universo

contrato de trabalho ou outra relação de trabalho definidos na legislação”. Contudo, uma vez que esta Diretiva não contém apenas os deveres de informação, mas também outras normas importantes em termos de transparência do mercado de trabalho, designadamente a imposição de requisitos mínimos relativos às condições de trabalho, é concedida aos EM a faculdade de excluir - apenas quanto a este segundo tema - a não aplicação, desde que com base em critérios objetivos. Ao invés, os deveres de informação serão plenamente aplicáveis, mesmo quando o empregador é o Estado. Neste sentido, o Decreto-Lei n.º 53/2023, de 5 de julho, alterou o n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, expressamente determinando a aplicabilidade do Código do Trabalho em matéria de deveres de informação, quando se trate de trabalhador em funções públicas.

IV. Ambas as Diretivas constituem a fixação de um mínimo, pelo que os EM podem estabelecer - ou manter em vigor - disposições de direito interno em sentido mais favorável, ou seja, com um âmbito de proteção mais alargado do que aquele que resulta do texto da Diretiva. Era exatamente neste sentido que se dispunha no artigo 7.º da Diretiva 91/533/CEE⁶³. Na Diretiva 2019/1152, o legislador parece ter ido um pouco mais longe: o artigo 20.º, com a epígrafe “Cláusula de não regressão e disposições mais favoráveis”, declara que a diretiva não constitui um fundamento válido para reduzir o nível geral de proteção já concedido aos trabalhadores nos Estados-Membros,

do trabalho em funções públicas das normas do diploma quanto às condições de trabalho transparentes e previsíveis”.

⁶³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 482, considera que apenas se consegue, por esta via, uma harmonização parcial.

nem prejudica a faculdade de estes aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores, ou favorecerem ou permitirem a aplicação de convenções coletivas que sejam mais favoráveis aos trabalhadores. Além disso, a Diretiva é aplicável sem prejuízo de quaisquer outros direitos conferidos aos trabalhadores por outros atos jurídicos da União.

Por conseguinte, atendendo à fixação de um conteúdo mínimo, seria por exemplo perfeitamente admissível que um EM aplicasse o direito a informação a prestadores sem subordinação jurídica, mas com dependência económica, ainda que o pudesse fazer em moldes mais restritos, uma vez que nem todos os aspetos relevantes para o contrato de trabalho se aplicariam nesse caso.

V. Apesar de ambas as Diretivas se aplicarem aos trabalhadores por conta de outrem, a verdade é que ambas têm cláusulas de exceção. Aliás, como veremos, a amplitude das cláusulas de exceção da Diretiva 91/533/CEE foi um dos motivos que levou às alterações da Diretiva 2019/1152, dado o recurso generalizado pelos EM a estas exceções. Ao invés, como veremos, em Portugal, apenas no primeiro diploma de transposição se recorreu à cláusula de exceção, situação que se alterou a partir do Código do Trabalho de 2003.

A cláusula de exclusão prevista no artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 91/533/CEE permitia aos EM prever a não aplicação aos trabalhadores que tivessem um contrato ou uma relação de trabalho e que se encontrassem numa das seguintes situações:

- a) Cuja duração total do contrato ou da relação não excedesse um mês; e/ou
- b) Cuja duração de trabalho semanal não excedesse oito horas (independentemente da sua duração); ou
- c) Com um carácter ocasional especial, desde que razões objetivas justificassem a não aplicação; ou
- d) Com um carácter especial, desde que razões objetivas justificassem a não aplicação⁶⁴.

As duas primeiras situações atendiam apenas a critérios temporais: ou uma duração relativamente curta do contrato ou da relação laboral, ou uma prestação de atividade que, ainda que prolongada no tempo, tivesse uma duração semanal reduzida.

Diferentemente, nas duas últimas situações, o legislador exigia a invocação de razões objetivas que justificassem a não aplicação, podendo estar em causa uma relação com carácter ocasional, ou determinados contratos de trabalho especiais. Apesar de a Diretiva não esclarecer o que poderiam ser estas razões objetivas, a doutrina parece chamar à colação, por um lado, a reduzida duração do contrato, e, por outro, a peculiaridade das tarefas desempenhadas, como exemplos de situações que tornariam desnecessária qualquer informação complementar⁶⁵.

⁶⁴ ANTONIO MARTIN VALVERDE, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, cit., p. 188, dá alguns exemplos do que poderia ser enquadrado neste conceito: (i) atendendo à situação do trabalhador, por exemplo, o facto de ocupar um lugar na direção da empresa; (ii) atendendo ao lado do empregador, a circunstância de não exercer uma atividade a título empresarial ou profissional.

⁶⁵ Neste sentido, JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 octubre de 1991*, cit., p. 258.

VI. À semelhança da Diretiva 91/533/CEE, também a Diretiva 2019/1152 prevê cláusulas de exceção ao âmbito de aplicação. No entanto, dada a avaliação efetuada ao recurso generalizado às exceções previstas na Diretiva anterior, reduziu significativamente o número de situações. Assim, no seu artigo 1.º, n.º 3, é concedida a possibilidade de os EM decidirem não aplicar os deveres decorrentes da Diretiva aos “trabalhadores cuja relação de trabalho se caracterize por um tempo de trabalho predeterminado e efetivo de duração inferior ou igual a três horas por semana, em média, num período de referência de quatro semanas consecutivas^{66/67}. Esta cláusula é, assim, bastante mais restrita do que a anterior⁶⁸, já não sendo possível determinar a não aplicação a relações de carácter ocasional ou especial, mesmo com a invocação de razões objetivas para tal.

Por outro lado, de referir que, a partir do momento em que o trabalhador tenha ultrapassado este limiar - três horas por semana, em média, num período de referência de quatro semanas

⁶⁶ Há a considerar outras exclusões no artigo 1.º, tais como a possibilidade de não aplicação aos “funcionários públicos, aos serviços públicos de emergência, às forças armadas, às autoridades policiais, magistrados judiciais, magistrados do Ministério Público, investigadores ou outros serviços de aplicação da lei” (n.º 6), a eventual não aplicação parcial às “pessoas singulares pertencentes a agregados familiares que atuem na qualidade de empregadores quando o trabalho é efetuado para esses agregados” (n.º 7) e a não aplicação parcial aos “marítimos nem aos pescadores marítimos” (n.º 8). No entanto, estas exceções referem-se ao Capítulo III da Diretiva, respeitante às condições mínimas da prestação de trabalho, e não aos deveres de informação.

⁶⁷ Contudo, como refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 6, o n.º 4 do artigo 1.º da Diretiva 2019/1152, acaba por ser uma exclusão da exclusão, ao determinar que tal “*não se aplica a uma relação de trabalho em que não é determinado qualquer volume garantido de trabalho remunerado antes do início da atividade*”, ou seja, no dito trabalho à chamada.

⁶⁸ De acordo com o Considerando 11, tal evolução deve-se ao facto de os Estados membros terem utilizado de forma crescente a cláusula de exclusão da Diretiva 91/533/CEE.

consecutivas - serão plenamente aplicáveis as disposições da Diretiva 2019/1152, independentemente do número de horas de trabalho que o trabalhador preste posteriormente a esse facto, ou do número de horas previstas no contrato de trabalho⁶⁹. Também é relevante referir, como decorre da segunda parte do n.º 3 do artigo 1.º da Diretiva 2019/1152, que para o cálculo desta média de três horas é contabilizado o tempo de trabalho prestado junto de todos os empregadores que fazem parte ou pertencem à mesma empresa, grupo ou entidade⁷⁰.

VII. Tal como nos dá conta o relatório de avaliação referente à implementação da Diretiva 91/533/CEE, a maior parte dos EM utilizou, de forma mais ou menos ampla, as cláusulas de exceção previstas na Diretiva.

Por exemplo, em Espanha, o dever de informação era inicialmente efetivado por intermédio dos representantes dos trabalhadores^{71/72}. Com a transposição da Diretiva, foi introduzido um n.º 5 ao artigo 8.º ET (alteração resultante da Ley 11/1994, de 9 de maio), estabelecendo o dever de informar por escrito o trabalhador de um conjunto de elementos essenciais do contrato e as principais

⁶⁹ Assim o esclarece, expressamente, o Considerando 11.

⁷⁰ Além disso, o artigo 1.º, n.º 4 da Diretiva 2019/1152 estabelece que esta exceção não se aplica a uma relação de trabalho em que não é determinado qualquer volume garantido de trabalho remunerado antes do início da atividade.

⁷¹ MARGARIDA APILLUELO MARTÍN, *Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, cit., p. 540.

⁷² JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/ CEE de 14 octubre de 1991*, cit., pp. 253 e 254.

condições de execução. Todavia, não se especificavam nesta norma quais eram estes elementos e condições⁷³. O regime foi posteriormente complementado pelo Real Decreto 1659/1998, de 24 de julho, modificado pelo Real Decreto 1620/2011, de 14 de novembro, de cujo artigo 1.º consta a limitação deste dever quando o vínculo tenha uma duração superior a quatro semanas⁷⁴. São também excluídas as relações laborais especiais do trabalho prestado em instituições penitenciárias e de alguns menores, nos termos de legislação especial^{75/76}. Porém, o mero confronto entre o conteúdo do dever de informação - constante do artigo 2.º deste diploma e a Diretiva 2019/1152 permite concluir que o texto ficou aquém do exigido pelo legislador europeu. O mesmo se diga quanto ao prazo de dois meses a contar do início da relação laboral que se encontra estabelecido no artigo 6.º.

Mais recentemente, o Decreto Legislativo n.º 104/2022, introduziu a previsão de condições de trabalho transparentes e previsíveis. A informação a trabalhador que preste atividade no estrangeiro também se aplica apenas ao caso de tal prestação ser superior a quatro

⁷³ É esta a redação da norma: “Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.”.

⁷⁴ Sublinhando o incumprimento do prazo de transposição, cf. MÓNICA MOLINA GARCÍA, *El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*, cit., p. 46.

⁷⁵ MARGARIDA APILLUELO MARTÍN, *Directiva 91/533 /CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, cit., p. 546

⁷⁶ Com uma perspetiva crítica sobre a exclusão, principalmente dada a ausência de invocação dos motivos objetivos estabelecidos na Diretiva, cf. MÓNICA MOLINA GARCÍA, *El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*, cit., pp. 50 e 51.

semanas. O incumprimento destes deveres de informação origina uma infração leve⁷⁷.

Por sua vez, em Itália, os deveres de informação foram transpostos pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 26 de maio de 1997⁷⁸. Excluíram-se as relações de trabalho de duração não superior a um mês e com um período de trabalho não superior a oito horas semanais e as relações de trabalho com cônjuge, parentes ou afins até ao terceiro grau, quando houvesse coabitação do empregador com o trabalhador.

VIII. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 5/94 foi o único diploma nacional que, até à data, utilizou a cláusula de exceção prevista na Diretiva 91/533/CEE. Assim, o empregador não teria a obrigação de informação em quatro situações: (i) no caso de contratos de trabalho de curta duração, até um mês⁷⁹; (ii) em caso de contrato de trabalho a tempo parcial não superior a oito horas por semana; (iii) em caso de contratos de natureza especial, se essa natureza dispensasse a informação; (iv) nos contratos de trabalho sujeitos a termo resolutivo, se o motivo justificativo da aposição do termo dispensasse a

⁷⁷ JESÚS M. GALIANA MORENO, *Forma del contrato de trabajo*, em JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET (Coordenador), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 226 e 277.

⁷⁸ Sobre o tema, cf. ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., pp. 148 ss.

⁷⁹ No entanto, o diploma previa o dever de informar quando o contrato cessasse antes de decorridos dois meses a contar da data de entrada ao serviço. Assim, como afirmava PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., p. 91, parece que havia um renascimento do dever de informar quando o contrato durasse mais do que um mês, mesmo que o contrato cessasse antes de atingir os dois meses de duração. Em bom rigor, não seria propriamente um “renascimento”, mas sim um verdadeiro surgimento do dever de informar a partir do momento em que se atingisse a duração de um mês de contrato. Não obstante, seria difícil, se não impossível, garantir o cumprimento deste dever, dado que o Decreto-Lei n.º 5/94 concedia ao empregador um prazo de 60 dias para a comunicação, o que já extravasaria a duração do próprio contrato.

aplicação deste regime⁸⁰. Em contrapartida, contrariamente ao que se verifica no atual Código do Trabalho, o artigo 7.º daquele diploma expressamente referia que, “Relativamente aos contratos de trabalho em execução, os trabalhadores podem solicitar à entidade empregadora a informação referida no n.º 2 do artigo 3.º e, se for caso disso, no n.º 1 do artigo 5.º, devendo o empregador prestá-la nos termos e condições fixados no presente diploma.”.

O Decreto-Lei n.º 5/94, de 11 de janeiro, foi revogado pelo artigo 21.º, n.º 1, alínea r), do Diploma Preambular que aprovou o CT 2003. A matéria passou a constar dos artigos 97.º a 101.º deste Código, que bilateralizaram o tema, passando a referir expressamente também os deveres de informação do trabalhador^{81/82/83}, sem conter qualquer cláusula de exceção. Posteriormente, com a aprovação do Código do Trabalho em 2009, os deveres de informação passaram a ser tratados nos artigos 106.º a 109.º, com ligeiras alterações de conteúdo.

Atualmente, impõe-se constatar que a transposição efetuada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril é referente apenas aos trabalhadores, ou seja, prestadores de atividade com subordinação jurídica, independentemente de estarem sujeitos ao regime do Código do

⁸⁰ Sobre este regime, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 460 e 461.

⁸¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I - Relações Individuais de Trabalho, cit., p. 480, ainda a propósito do Código de 2003, refere que a lei “*cria uma ilusão de simetria na realidade inexistente*”.

⁸² Em concordância com esta bilateralização, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, cit., p. 291.

⁸³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 195 e nota 328, assinala que a perspetiva do CT 2003 relativa ao dever de informação “*foi tributária da visão «igualitarista» deste Código sobre a posição do empregador e do trabalhador no contrato de trabalho*”.

Trabalho, ou a um regime especial⁸⁴. Por conseguinte, nada foi dito quanto a outras situações enquadradas pela jurisprudência europeia, nomeadamente o caso dos trabalhadores de plataformas, dos estagiários e dos aprendizes⁸⁵.

É certo que, quando não se trate de verdadeira relação de trabalho, poderá haver nestes casos um contrato equiparado^{86/87}, com dependência económica, nos termos do artigo 10.º CT. Não obstante, apesar de se aplicar então uma parte do regime laboral, não foi objeto de extensão pelo artigo 10.º CT a matéria referente aos deveres de informação, mas antes as “normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho, bem como os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho negociais em vigor no âmbito do mesmo setor de atividade, profissional e geográfico”. Portanto, não se determinando a aplicação a estes prestadores (sem subordinação jurídica) dos deveres de informação do empregador, questiona-se se estará integralmente cumprida a obrigação de transposição. É certo que é dado cumprimento ao artigo 1.º, n.º 2 da Diretiva 2019/1152, pelo

⁸⁴ Cf. o disposto no artigo 9.º CT.

⁸⁵ Cf. também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 5, considerando que estão excluídos os trabalhadores independentes, bem como os prestadores com dependência económica, mas admitindo “urna obrigação de resposta [do empregador] a qualquer pedido de informação de um trabalhador que possa vir a ser abrangido por uma convenção coletiva por força das citadas disposições dos arts. 10.º-A e 498.º-A”.

⁸⁶ Abordando a aplicação da Diretiva 2019/1152 ao equivalente aos contratos equiparados, cf. JUAN MANUEL DIESTE COBO, *Contractual Relations between Providers and Digital Platforms: The Spanish ‘Riders Law’*, cit., pp. 1206 e 1207, referindo ainda a criação de um novo modelo que garanta a proteção dos direitos laborais e da proteção social também a esta categoria de trabalhadores.

⁸⁷ JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., p. 114, concorda que este dever não se aplica a trabalhadores sem subordinação jurídica.

que, do ponto de vista formal, tal dever mostra-se cumprido. Não obstante, considerando uma interpretação conforme ao direito europeu e em especial ao Considerando 8, parece que a solução encontrada peca por incompleta.

Porém, com a nova Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho em plataformas digitais, será necessário alargar aos trabalhadores de plataformas (com ou sem subordinação jurídica) este dever de informação, o qual, nos termos do artigo 9.º, assume contornos específicos e muito pormenorizados⁸⁸.

IX. Conforme já referido, Portugal, contrariamente à maior parte dos EM, apenas fez uso da cláusula de exceção prevista no Decreto-Lei n.º 5/94, de 11 de janeiro. No entanto, a partir do CT 2003, o regime passou a aplicar-se a todos os contratos de trabalho,

⁸⁸ A informação incide sobre a utilização de sistemas automatizados de monitorização ou de sistemas automatizados de tomada de decisões. No que respeita aos sistemas automatizados de monitorização, há que informar o trabalhador sobre se esses sistemas estão a ser utilizados ou se foram tomadas medidas para a sua introdução, quais as categorias de dados e de ações monitorizados, supervisionados ou avaliados por esses sistemas, incluindo qualquer avaliação pelo destinatário do serviço, qual o objetivo da monitorização e a forma como o sistema deve efetuar essa monitorização e quais os destinatários ou categorias de destinatários dos dados pessoais tratados por esses sistemas e qualquer transmissão ou transferência desses dados pessoais, inclusive no âmbito de um grupo de empresas. No que diz respeito aos sistemas automatizados de tomada de decisões, há que informar o trabalhador sobre se esses sistemas estão a ser utilizados ou se foram tomadas medidas para a sua introdução, as categorias de decisões tomadas ou apoiadas por tais sistemas e as principais categorias de dados e os principais parâmetros tidos em conta por esses sistemas e a importância relativa desses parâmetros nas decisões automatizadas, incluindo a forma como o comportamento ou os dados pessoais das pessoas que trabalham em plataformas digitais influenciam as decisões. É ainda necessário explicar os motivos subjacentes a qualquer decisão de restringir, suspender ou encerrar contas pessoais das pessoas que trabalham em plataformas digitais, de recusar remuneração por trabalho efetuado por essas pessoas, bem como a qualquer decisão que altere a sua situação contratual ou qualquer decisão de efeito equivalente ou prejudicial (cf. artigo 9.º, n.º 2).

obrigando todo e qualquer empregador e em relação a qualquer contrato de trabalho^{89/90}, incluindo na recente Lei n.º 13/2023, de 3 de abril⁹¹. A opção de aplicação a todo o universo de trabalhadores pode suscitar algumas reservas. Com efeito, em particular nos contratos de muito curta duração, pareceria justificar-se a exclusão, até porque, muitas vezes, o prazo para o cumprimento dos deveres de informação poderá extravasar a própria duração da relação laboral. Com efeito, ainda que à data (2003) não estivesse em vigor o regime dos contratos de muito curta duração (atual artigo 142.º CT), já havia a possibilidade de celebração de contratos com uma duração muito reduzida, no âmbito do contrato a termo certo ou incerto, pelo que se poderia justificar - então, bem como atualmente - referida exceção⁹². Por outro lado, a partir de 2009, desde que tal regime surge

⁸⁹ De acordo com o Staff Working Document REFIT Evaluation of the 'Written Statement Directive' (Directive 91/533/EEC), p. 17, dezoito EM utilizaram a exceção relativa às quatro Semanas, sete EM utilizaram a exceção relativa ao trabalho que não excedesse 8 horas semanais e quinze EM utilizaram a terceira exceção, relativa a relações com carácter ocasional e/ou especial, desde que, nesses casos, razões objetivas justificassem a não aplicação.

⁹⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 461, justifica esta solução, considerando que a "informação a cargo do empregador impõe-se em todos os contratos de trabalho, independentemente da respetiva duração, até porque essa é a solução que decorre dos deveres gerais de informação do artigo 227.º do CC."

⁹¹ Portugal também não excluiu da aplicação da Diretiva determinadas categorias de trabalhadores especiais, em relação aos quais se poderia justificar a sua não aplicação. Com efeito, no Considerando 14, o legislador europeu previu a possibilidade de os Estados-Membros excluírem da aplicação da diretiva as pessoas singulares que fossem empregadores de trabalhadores domésticos nas suas habitações, relativamente a algumas matérias: consideração e resposta a pedidos de transição para outra forma de emprego; prestação de formação obrigatória e gratuita; e previsão de meios de recurso com base em presunções favoráveis em caso de informação em falta na documentação que deve ser facultada ao trabalhador nos termos da presente diretiva. No entanto, uma vez mais, esta exceção não seria aplicável aos deveres de informação, e sim a certos requisitos mínimos das condições de trabalho previstos no Capítulo III da Diretiva 2019/1152.

⁹² No entanto, JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after*

expressamente consagrado, parece menos justificável a omissão desta exclusão, pois que é dificilmente crível que na prática seja possível cumprir - e ainda menos que seja efetivamente cumprido - tal dever de informação.

4. Efeitos decorrentes da Diretiva

I. Conforme se referiu, apesar de algumas reservas iniciais, a Diretiva 91/533/CEE determinou, no seu artigo 6.º, que não prejudica as legislações e/ou práticas nacionais em matéria de forma do contrato ou da relação de trabalho, de regime de prova da existência e do conteúdo do contrato ou da relação de trabalho, nem em matéria de regras processuais aplicáveis na matéria. No entanto, esta afirmação suscitou sempre algumas reservas na doutrina, pelo que quando a questão foi colocada ao TJUE, este órgão acabou por tomar uma posição no problema.

Na verdade, é muito pouca a jurisprudência existente sobre estas Diretivas. Constitui uma importante exceção o Acórdão Kampelmann, do TJUE, onde se averiguou se a informação prestada por escrito pelo empregador tinha ou não valor probatório^{93/94}. A decisão é extremamente relevante, não só porque retoma um assunto muito discutido aquando da elaboração da Diretiva 91/533/CEE e que o

Kampelmann, cit., p. 218, parece considerar que tal exceção poderia colidir com o princípio da igualdade e não discriminação dos trabalhadores a tempo parcial, em especial por força da Diretiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial.

⁹³ Acórdão de 4 de dezembro de 1997, Processos C-253/96 e C-258/96, disponível em www.curia.eu

⁹⁴ Com uma análise do Acórdão, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., pp. 96 ss.

legislador europeu procurou resolver com o artigo 6.º, como também porque o TJUE acabou por conferir algum valor probatório às declarações informativas emanadas do empregador.

Estava em causa a interpretação do artigo 2.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 91/533/CEE. O processo foi instaurado por alguns trabalhadores contra o empregador, após este se recusar a fazer uma promoção, pelo facto de não terem provado a antiguidade necessária no exercício das funções correspondentes ao nível e a qualificação pertinentes, apesar de, vários anos antes, os trabalhadores terem recebido informações escritas por parte do empregador em sentido contrário. Segundo o que ficou provado, ainda antes da entrada em vigor da Diretiva, os trabalhadores foram informados por escrito que tinham sido promovidos, sendo identificado o novo grau e nível de atividade em que se encontravam. Muitos anos depois, em 1991 e 1992, solicitaram uma promoção para o grau superior (o que já seria possível, de acordo com a regulamentação aplicável), que o empregador rejeitou, invocando que a informação anterior estava incorreta, já que as suas atividades correspondiam a um nível inferior, que não podia ser tido em conta para a classificação no grau superior de acordo com as convenções coletivas aplicáveis.

A questão discutida era referente ao ónus da prova: deveria ser o empregador a provar que a classificação inicialmente comunicada estava incorreta, ou deveriam ser os trabalhadores a provar que as suas funções correspondiam efetivamente ao grau e nível comunicados? A questão prejudicial colocada ao TJUE foi, precisamente, a de saber se da Diretiva 91/533/CEE resultava ou não uma inversão do

ónus da prova, que seria assim do empregador, uma vez que ele teria prestado previamente aquela informação por escrito.

II. Num primeiro momento, o TJUE afirmou que, nos termos do artigo 6.º da Diretiva 91/533/CEE, as normas nacionais relativas ao ónus da prova não são, enquanto tais, afetadas pela mesma. Contudo, reconhecendo que o empregador está efetivamente obrigado a comunicar certos elementos essenciais ao trabalhador, o Tribunal concluiu que este objetivo não seria atingido se o trabalhador não pudesse utilizar a informação efetivamente recebida, para qualquer efeito de prova, principalmente em caso de litígio sobre os elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho. Assim, a informação tinha de ter algum valor probatório, havendo uma *presunção de verdade* do seu conteúdo, comparável à que o Direito interno reconhece à prova documental, ainda que o empregador possa demonstrar o contrário⁹⁵. Esta *presunção de verdade* acaba assim por constituir uma nova forma de prova, inexistente no direito interno^{96/97}. Sublinhe-se, contudo, que não existe aqui uma *presunção legal*

⁹⁵ Corresponde também à solução do Direito Britânico, como nos informa JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 225, ao referir que se trata de um princípio de prova muito forte (“very strong *prima facie* evidence”).

⁹⁶ Cf. ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., p. 181: “La *presunzione* che il giudice comunitario ritiene annessa alle informazioni previste dalla direttiva definisce infatti l'attendibilità delle dichiarazioni del datore di lavoro, introducendo una nuova fonte di prova privilegiata, diretta a garantire al lavoratore un'effettiva giustiziabilità dei propri diritti.”.

⁹⁷ Sobre o tema, PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., pp. 102 e 103, considera que houve uma incorreta tradução do Acórdão para português e que, se se aplicam as regras de direito probatório dos EM, então não se pode falar em *presunção de verdade* em sentido técnico-jurídico, já que não existe tal *presunção* entre os meios de prova existentes no nosso direito.

associada ao documento informativo, já que, de acordo com a decisão, o seu valor é o de um documento escrito, tal como resulta do direito interno⁹⁸. Portanto, em bom rigor, quando se fala em presunção, não é em sentido técnico, pois a presunção em sentido técnico corresponderia a dispensar a prova, enquanto que, no caso em apreço, se considera haver uma prova equivalente à de um documento escrito.

Esta tomada de posição do TJUE afasta-se da orientação que prevaleceu nos trabalhos preparatórios da Diretiva 91/533/CEE, nos quais se optou por não tomar partido em matéria de prova⁹⁹. De facto, na prática, como o Tribunal reconheceu, se o único documento existente acerca do elemento em causa for aquele pelo qual se cumpriu a obrigação de informação, será difícil ao empregador afastar esse princípio de prova¹⁰⁰.

⁹⁸ Assim também ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., p. 138.

⁹⁹ Neste sentido, JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 225.

¹⁰⁰ Em sentido diverso, PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., pp. 103 e 104, considera que quando a informação seja relativa a factos (identidade das partes, local de trabalho, categoria do trabalhador e caracterização sumária do seu conteúdo, data da celebração e do início de efeitos do contrato e duração previsível, em caso de contrato a termo), a declaração do empregador consubstancia uma confissão extrajudicial, nos termos do artigo 358.º, n.º 2, do CC, a qual admite sempre prova em contrário. Se a informação for referente a elementos jurídicos (duração das férias, prazos de aviso prévio, valor e periodicidade da retribuição, período normal de trabalho e IRCT), não será confissão, por não derivar de factos.

Não acompanhamos este entendimento, por nos parecer que contraria a solução adotada no Acórdão Kampelmann, mas essencialmente por considerarmos que não se aplica aqui a diferenciação entre factos e direito. Com efeito, por exemplo, em termos de férias, pode ser aplicável o regime contratualmente acordado, sendo uma matéria de facto e não de mera aplicação da lei. Para além disso, se alguns elementos da informação são apenas comunicativos, outros resultam de um acordo negocial (por exemplo, retribuição, período normal de trabalho, local de trabalho).

III. Por outro lado, e apesar de isso não ter sido afirmado pelo Tribunal, há também que fazer uma ressalva quanto à possibilidade de o empregador refutar a informação que prestou por escrito. Com efeito, o trabalhador tem de poder confiar na informação que recebe do empregador, caso contrário a imposição deste dever não teria qualquer efeito útil. O empregador informa o trabalhador no cumprimento de uma obrigação imposta pela Diretiva e por lei, pelo que este cumprimento não pode ser feito em contradição com o Princípio da boa fé e do correto cumprimento das obrigações contratuais¹⁰¹.

Significa isto que da possibilidade de refutar a informação prestada não pode resultar a possibilidade de o empregador fornecer informações não verdadeiras, nem de provar *a posteriori* que forneceu informações erradas. Esses comportamentos seriam, como é óbvio, manifestamente contrários à boa fé, podendo constituir abuso do direito, em particular *venire contra factum proprium*. Assim, concordamos com a doutrina que considera que a eventual refutação da informação escrita previamente fornecida apenas poderá ser admitida se tiver ocorrido um erro desculpável¹⁰² por parte do empregador, o que compete a este demonstrar. Note-se, porém, que esta exigência não resulta do Acórdão Kampelmann, consubstanciando uma interpretação restritiva¹⁰³ do que foi decidido nesta sede, em consonância com o que resulta da articulação com o Direito interno, em especial o Princípio da boa fé.

¹⁰¹ Assim também ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., p. 139.

¹⁰² A expressão é utilizada por ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., p. 139.

¹⁰³ Defendida por ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., p. 139.

IV. Outro problema será o caso de haver um acordo assinado por empregador e trabalhador com um conteúdo diferente do que consta do documento pelo qual o empregador cumpriu a sua obrigação de informação¹⁰⁴. De facto, o objetivo das duas Diretivas é o de proteger o trabalhador que não tem um contrato escrito, e não o de pôr em causa as estipulações contratuais eventualmente existentes¹⁰⁵. Para além disso, as obrigações do empregador decorrem do contrato, e não do documento que utiliza para cumprir o dever de informação. Assim, neste caso, pressupondo a contemporaneidade dos documentos, parece-nos que deverá prevalecer o estipulado a nível contratual. Situação diversa poderá ser a prestação de informação posterior, já que esta poderá decorrer de um novo acordo, o que competirá à parte interessada demonstrar, nos termos gerais do ónus da prova. Não obstante, seguindo o Acórdão Kampelmann, o documento da informação constituirá então uma presunção de verdade.

V. No Acórdão Kampelmann, o Tribunal também desenvolveu alguns pontos específicos da Diretiva, considerando que, no que concerne à categoria, não bastaria o empregador informar a sua denominação, tendo efetivamente que fazer uma descrição das funções e

¹⁰⁴ No Direito Britânico, caso se demonstre que havia efetivamente um acordo do trabalhador (que não se limitou a assinar o documento), prevalece a estipulação contratual, que pode modificar o contrato previamente celebrado. Assim, cf. JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, p. 226. Posteriormente, na p. 229, afirma: “where the contract has been created prior to the entry into force of the Directive and there is an inconsistency between the contractual documentation and the employer’s subsequent notification, the employee ought to be able to rely upon the contract.”.

¹⁰⁵ JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 229.

tarefas a desempenhar, norma que seria de aplicação direta e imediata.

A propósito da aplicabilidade da Diretiva, independentemente de transposição, o TJUE considerou que o artigo 2.º, n.º 2, alínea c) continha de forma clara e inequívoca alguns elementos essenciais do contrato que deviam ser comunicados ao trabalhador, apesar de ser oferecida aos EM uma alternativa¹⁰⁶: informar “«o título, grau, qualidade ou categoria do posto de trabalho que o trabalhador ocupa», ou «a caracterização ou descrição sumárias do trabalho»”. Para o Tribunal, não obstante essa escolha que cada Estado teria de fazer, trata-se de uma disposição incondicional e suficientemente precisa para que os particulares a possam invocar diretamente nos órgãos jurisdicionais nacionais, raciocínio que nos parece poder ser transposto para normas similares constantes na Diretiva atual. Portanto, esta invocação pode ter lugar quer quando o Estado se abstenha de transpor a Diretiva 91/533/CEE, quer quando o faça de forma incorreta¹⁰⁷.

A questão da aplicabilidade direta não era de somenos importância, uma vez que, nos termos do artigo 189.º TCE, o efeito direto apenas pode ser invocado perante o Estado, e não perante particulares. Na verdade, o Tribunal considerou - na linha de outros arestos citados na decisão - que este efeito direto pode ser invocado também

¹⁰⁶ JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 227, assinala, e bem, que o Tribunal teve alguma dificuldade em justificar que a obrigação tinha efeito direto, dada a alternativa possibilitada aos EM.

¹⁰⁷ Cf. consta do texto do próprio Acórdão: “*Há portanto que concluir que as disposições em causa são incondicionais e suficientemente precisas para que os particulares as possam invocar directamente nos órgãos jurisdicionais nacionais seja porque o Estado se absteve de transpor nos prazos prescritos a directiva para direito nacional, seja porque fez uma transposição incorrecta.*”.

contra entidades ou organismos submetidos ao poder do Estado, bem como perante entidades ou organismos “que disponham de poderes especiais que ultrapassem os que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares, tais como pessoas coletivas territoriais ou organismos que, qualquer que seja a sua forma jurídica, foram encarregados, por força de um ato de autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta última, um serviço de interesse público”¹⁰⁸.

VI. Noutra decisão¹⁰⁹, o TJUE considerou que o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 91/533/CEE, deve ser interpretado no sentido de que “não se opõe a uma legislação nacional que prevê que uma convenção coletiva que assegura a transposição para o direito nacional das disposições dessa diretiva é aplicável a um trabalhador, mesmo que este não seja membro de uma organização sindical signatária dessa convenção coletiva”. Também o n.º 2 deste artigo 8.º não se opõe a que “um trabalhador que não seja membro de uma organização sindical signatária de uma convenção coletiva que regula a relação de trabalho deste último possa ser considerado «abrangido por» essa convenção”.

Em contrapartida, não se encontra ainda jurisprudência relativa à Diretiva 2019/1152¹¹⁰. Sem prejuízo disso, afigura-se que as

¹⁰⁸ JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., p. 228, refere que uma entidade privada foi vista como uma emanção do Estado.

¹⁰⁹ Acórdão de 18 de dezembro de 2008 (Ruben Andersen, Processo C-306/07), disponível em www.curia.eu

¹¹⁰ Apenas foi possível encontrar a referência à Diretiva 2019/1152 no Acórdão de 28 de outubro de 2021 (BX/Unitatea Administrativ Teritorială D., Processo C-909/19), disponível em www.curia.eu, relativa a um problema de tempo de trabalho. Na fundamentação desta decisão, o Tribunal referiu o artigo 13.º da Diretiva

decisões referidas a propósito da Diretiva 91/533/CEE continuam aplicáveis no atual enquadramento jurídico dos deveres de informação do empregador, com as devidas adaptações.

5. Conteúdo do dever de informação

I. Como já vimos, tanto a Diretiva 91/533/CEE, como a Diretiva 2019/1152 estabelecem o dever de o empregador informar o trabalhador acerca dos elementos essenciais do contrato ou da relação de trabalho¹¹¹. Ambas contêm um elenco de matérias em que esse dever é declarado, mas que não exclui a possibilidade de abarcar outros temas dele não constantes.

Atento o regime do artigo 106.º CT, verifica-se que o legislador português delimitou os deveres de informação aos “aspetos relevantes”, impondo essa obrigação tanto para o empregador, como para o trabalhador¹¹². Ainda assim, o objeto desta obrigação não é

2019/1152, nos termos do qual os EM devem garantir que, “nos casos em que um empregador seja obrigado pelo direito da União ou nacional ou por convenções coletivas a ministrar formação a um trabalhador para o desempenho das funções para as quais foi contratado, essa formação deve ser ministrada sem custos para o trabalhador, deve contar como tempo de trabalho e, se possível, decorrer durante o horário de trabalho”. Neste âmbito, concluiu que o artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, deve ser interpretado no sentido de que “o período durante o qual um trabalhador segue uma formação profissional que lhe é imposta pela sua entidade patronal, que decorre fora do seu local de trabalho habitual, nas instalações do prestador dos serviços de formação, e durante o qual não exerce as suas funções habituais, constitui «tempo de trabalho», na aceção dessa disposição”.

¹¹¹ A Diretiva 91/533/CEE referia tanto o contrato de trabalho, como a relação de trabalho, enquanto a Diretiva 2019/1152 refere apenas a relação de trabalho. Contudo, ainda que se possa pensar, por exemplo, num contrato de trabalho inválido, sempre haverá efeitos dele decorrentes que não podem ser destruídos (artigo 122.º, n.º 1, do CT).

¹¹² No sentido da bilateralização, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 455, invocando o carácter sinalagmático do contrato de trabalho,

coincidente: no caso do empregador, este deve informar o trabalhador sobre os aspetos relevantes do *contrato de trabalho*¹¹³, enquanto o trabalhador deve informar o empregador sobre os aspetos relevantes para a *prestação da atividade laboral*. No entanto, como já foi sublinhado, no que concerne ao trabalhador, apenas serão aspetos relevantes na prestação de trabalho aqueles que não contendam com os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, devendo assim ser feita uma articulação com os artigos 16.º a 19.º CT, tema do qual não nos ocupamos no presente estudo.

Por outro lado, apesar desta *aparente bilateralização*, a verdade é que os artigos 106.º a 109.º se dirigem exclusivamente ao empregador^{114/115}, donde se consegue concluir que, no caso em apreço, é apenas essa a matéria que está em causa, aliás em cumprimento da obrigação de transposição das Diretivas europeias.

II. Centrando-nos no empregador, em cumprimento das Diretivas, o n.º 3 do artigo 106.º elenca um conjunto de aspetos cuja informação é obrigatória.

pelo que, “tanto na formação como na execução, há deveres recíprocos, nomeadamente no que respeita a informações a prestar pelas partes. A consagração de deveres recíprocos impostos a cada uma das partes de informar a contraparte da sua situação jurídica e das alterações relevantes para o cumprimento do contrato de trabalho constitui um dos aspetos de alteração introduzida pelo Código do Trabalho.”.

¹¹³ Designados por ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 262, como as “«regras do jogo» a que a relação entre as partes irá submeter-se”.

¹¹⁴ Cf. também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 195, onde salienta a existência de uma diferença fundamental na posição do empregador e do trabalhador no que respeita ao dever de informação.

¹¹⁵ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 262, refere que este paralelismo “forçado” se desvanece nos artigos subsequentes.

Tal como já referido, muito embora esta listagem seja significativa, daqui não resulta uma restrição dos deveres de informação do empregador quanto a outros aspetos importantes para a relação laboral e que não estejam aí indicados¹¹⁶. Com efeito, como nos demais contratos de direito privado, aplica-se o Princípio da boa fé, consagrado especificamente no artigo 126.º CT. Assim sendo, sem prejuízo de deverem ser transmitidos todos os aspetos constantes do artigo 106.º, n.º 3, tal não obsta à existência do dever de informação de outros elementos relevantes, como, aliás, também resulta do n.º 1 desse mesmo preceito. Contudo, consideramos haver uma diferença: no âmbito do artigo 106.º - C quer o n.º 1, quer o n.º 3 - trata-se do dever de informar aspetos relevantes *do contrato de trabalho*, na linha das duas Diretivas. Esta informação está diretamente relacionada com a segurança e transparência do mercado de trabalho, permitindo fornecer ao trabalhador um conjunto de aspetos essenciais relativos à relação de trabalho, especialmente importantes quando o contrato não tenha observado a forma escrita. Diferentemente, os deveres de informação emanados da boa fé, como por exemplo sobre aspetos relacionados com a atividade propriamente dita, integram o dever geral de informação previsto no artigo 126.º CT. Podem estar em causa quaisquer outros aspetos, ainda que não relacionados com o contrato propriamente dito: a título de exemplo, poderia pensar-se na situação económica da empresa, sendo essa, sem dúvida, uma informação relevante para a decisão de contratar por parte do trabalhador, mas que não consta da listagem do n.º 3

¹¹⁶ Assim também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 7.

do artigo 106.º. Assim, se a empresa foi declarada insolvente, ou se está em vias de o ser, essa será decerto uma informação relevante, ao abrigo do Princípio da boa fé^{117/118}.

III. Seguidamente, vamos então debruçar-nos sobre os aspetos indicados no artigo 106.º, n.º 3, do CT. Como referido, esta norma foi significativamente alterada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

Duas notas prévias: em primeiro lugar, o legislador nacional optou pela transposição por via legislativa, mas o artigo 21.º, n.ºs 4 e 5, da Diretiva 2019/1152 admite igualmente a intervenção dos parceiros sociais, desde que sejam tomadas todas as medidas necessárias para garantir a todo o tempo os resultados pretendidos pela diretiva¹¹⁹.

¹¹⁷ Considerando que é uma informação relevante ao abrigo do artigo 106.º CT, cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 264.

No mesmo sentido, GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024, p. 343, acrescentando também a possibilidade de falhar pontualmente ao pagamento do salário.

¹¹⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 459, considera ainda que, ao abrigo do artigo 106.º, n.º 1, do CT, o empregador “deverá prestar ao trabalhador todas as informações necessárias para a prossecução da atividade, tanto as que respeitam ao conteúdo do contrato, como as que se relacionam com a sua execução, designadamente em termos de segurança (artigo 106.º, n.º 1, do CT). Impõem-se, assim, deveres de informação sobre vários aspetos, p. ex. o dever de informar sobre os riscos para a segurança e saúde do trabalhador e medidas em caso de perigo (v. g., regras de evacuação em caso de incêndio) ou sobre os equipamentos de trabalho utilizados, nomeadamente quanto às condições e riscos decorrentes da utilização.”.

¹¹⁹ O Considerando 38 da Diretiva 2019/1152 estabelece que “A autonomia dos parceiros sociais e a sua qualidade de representantes dos trabalhadores e dos empregadores deverão ser respeitadas. Por conseguinte, os parceiros sociais deverão poder considerar que, para a consecução dos objetivos da presente diretiva, em determinados setores ou situações é mais adequado aplicar disposições diferentes de certas normas mínimas estabelecidas na presente diretiva. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão poder autorizar os parceiros sociais a manter, negociar, celebrar e aplicar convenções coletivas que diferem de certas disposições constantes da presente diretiva, desde que o nível global de proteção dos trabalhadores

Em segundo lugar, a transposição não teve em consideração os eventuais efeitos relativamente às empresas de menor dimensão, dado que o disposto na lei interna se aplica a todos os empregadores, independentemente de se tratar de pessoa coletiva ou não, em forma empresarial ou não, entre outros aspetos. Em contrapartida, o Considerando 48 da Diretiva 2019/1152 indicava que, ao dar execução à Diretiva, os EM deveriam “evitar impor restrições administrativas, financeiras e jurídicas contrárias à criação e ao desenvolvimento das micro, pequenas e médias empresas. Os Estados-Membros são, por conseguinte, convidados a avaliar o impacto do seu ato de transposição para as pequenas e médias empresas, a fim de garantir que não sejam afetadas de forma desproporcionada, dedicando especial atenção às microempresas e aos encargos administrativos, e a publicar os resultados dessas avaliações.”. Situação que desconhecemos se terá ocorrido, mas é certo que a aplicação do regime não sofreu qualquer alteração em função da natureza e da dimensão do empregador.

IV. Analisando o disposto nos artigos 106.º e seguintes do CT, verifica-se que a alteração não se verificou ao nível das primeiras quatro alíneas, que mantiveram a sua redação. Nos termos da alínea a), deve o empregador informar ao trabalhador: *a) A respetiva identificação, nomeadamente, sendo sociedade, a existência de uma relação de coligação societária, de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como a sede ou domicílio.*

Esta norma corresponde ao artigo 4.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2019/1152, que identifica o dever de informar a “identidade das

não seja reduzido.”.

partes na relação de trabalho”. Assim, o legislador português densificou este dever, esclarecendo que, por identificação das partes na relação de trabalho, se entende não apenas a identificação do empregador, como também, sendo caso disso, a eventual existência de uma relação societária.

Ainda que não esteja expressamente referido, a identificação compreende: (i) a denominação ou nome do empregador, consoante se trate de pessoa coletiva ou singular; (ii) a indicação do número de contribuinte fiscal, e, sendo caso disso, de pessoa coletiva; (iii) a identificação da pessoa que representa a pessoa coletiva, de acordo com os respetivos estatutos. E, por fim, como resulta da própria alínea a), a sede ou domicílio do empregador.

A comunicação desta informação é essencial, não apenas para o trabalhador saber a quem realmente presta trabalho, como principalmente para o exercício dos seus direitos, nomeadamente no que concerne à tutela dos créditos laborais e ao recurso a certos mecanismos previstos na lei, como é o caso do artigo 334.º CT^{120/121}.

V. Por sua vez, a alínea b) estabelece o dever de o empregador comunicar ao trabalhador *o local de trabalho ou, não havendo um fixo ou predominante, a indicação de que o trabalho é prestado em várias localizações*. Esta disposição não corresponde exatamente ao artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2019/1152, nos termos do qual há que informar “O local de trabalho; na ausência de local de

¹²⁰ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 208.

¹²¹ Por esse motivo, sempre que se verifique alguma alteração a nível societário, deve igualmente ser atualizada a informação a esse respeito, nos termos do artigo 109.º CT.

trabalho fixo ou predominante, o princípio de que o trabalhador desenvolve a sua atividade em vários locais ou pode determinar o seu local de trabalho, bem como a sede ou, eventualmente, o domicílio do empregador”¹²².

No entanto, parece haver uma razão de ser para tal: é que a referência ao facto de o trabalhador poder determinar o seu local de trabalho não parece, de todo, aplicável ao trabalhador com subordinação jurídica. Com efeito, dado o abrangente conceito de trabalhador presente na Diretiva (pelo menos, se se tiver em conta o Considerando 8), esta parte do preceito poderá estar pensada para as situações de dependência económica, e não propriamente de subordinação jurídica, uma vez que, nestas últimas, a determinação do local de trabalho é um elemento essencial do acordo contratual, tal como previsto no artigo 193.º, n.º 1.

A indicação do local não se confunde, assim, com a sua determinação: a determinação faz parte dos elementos que as partes devem, de comum acordo, estabelecer; de seguida, o empregador informa o trabalhador por escrito da localização onde deverá prestar a sua atividade. Por conseguinte, não é ao empregador que compete a definição do local, mas este deverá, em cumprimento do acordo contratual, indicar por escrito esse mesmo local. Por outro lado, o local de trabalho deve ser indicado em concreto, identificando de forma suficientemente clara a localização exata, quando ela exista. Essa localização pode ser mais ou menos abrangente - por exemplo, a ou as

¹²² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 8, considera que, em articulação com o Considerando 16 da Diretiva 2019/1152, “não seria suficiente, ao que parece, a indicação de que há vários locais de trabalho, mas seria ainda necessária informação sobre como é que se altera a localização”.

lojas de Lisboa - podendo também ser feita com referência à morada propriamente dita.

A verdade é que parece que a Diretiva 2019/1152 procura chamar a atenção para as novas formas de emprego (por exemplo, Considerandos 4 e 5)¹²³, principalmente aquelas em que o local de trabalho já não é um elemento essencial, tais como o teletrabalho, o trabalho disperso por vários locais, ou até mesmo os nómadas digitais. Quando o local não seja fixo - caso típico dos trabalhadores que prestam a sua atividade numa determinada área, podendo, por exemplo, realizá-la no domicílio do cliente do empregador - o trabalhador deverá receber “informação sobre as modalidades, caso existam, de deslocação entre os locais de trabalho”¹²⁴. A nossa lei não parece ainda acolher essa possibilidade, mas, a nosso ver, a alínea b) deve ser lida nesse sentido, ou seja, em conformidade com a Diretiva.

VI. A alínea c) do n.º 3 do artigo 106.º refere a informação sobre *a categoria do trabalhador ou a descrição sumária das funções correspondentes*. Esta exigência corresponde ao artigo 4.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2019/1152, que impõe o dever de informar: “i) o título, grau, natureza ou categoria do posto de trabalho que o trabalhador ocupa; ou ii) a caracterização ou descrição sumárias do trabalho”.

O legislador português optou, assim, por implementar a dupla alternativa: ou se comunica qual é a categoria do trabalhador, ou a

¹²³ No relatório de avaliação da Diretiva de 1991, o Anexo VII contém a descrição de algumas das novas formas de emprego, incluindo o teletrabalho, o trabalho móvel baseado em tecnologias de informação (“ICT-based mobile work”) e o trabalho em plataformas (“Crowd employment”).

¹²⁴ Conforme resulta do Considerando 16 da Diretiva 2019/1152.

descrição sumária das funções¹²⁵. Não obstante, à semelhança do que se disse a propósito da alínea b), também aqui a categoria não será um elemento a determinar apenas pelo empregador. Bem pelo contrário, a definição da categoria faz parte do núcleo essencial do acordo das partes, nos termos dos artigos 11.º e 115.º, n.º 1, do CT. Assim, também aqui há apenas o dever de, por escrito, indicar o que terá resultado do acordo contratual, ainda que por referência a uma categoria convencional. De relembrar ainda que, no seguimento do Acórdão Kampelmann, não basta indicar a denominação da categoria do trabalhador, sendo necessário, pelo menos, uma descrição genérica das atividades a desempenhar.

VII. O artigo 106.º, n.º 3, alínea d), impõe o dever de informar sobre *a data de celebração do contrato e a do início dos seus efeitos*. Apesar de corresponder ao artigo 4.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2019/1152, a formulação da lei nacional vai mais longe, não se limitando a referir “a data de início da relação de trabalho”. Com efeito, para além do início dos efeitos, o empregador deve informar a data de celebração do contrato. Em princípio, os direitos emergentes do contrato de trabalho apenas existem a partir do início da produção de efeitos, mas pode, na verdade, haver outros efeitos que atendam apenas à data de celebração, como por exemplo a contagem de antiguidade, nomeadamente quando haja uma ação de formação profissional prévia ao início do desempenho de funções¹²⁶.

¹²⁵ Diversamente, no Decreto-Lei n.º 5/94, o empregador devia informar a categoria do trabalhador e a caracterização sumária do seu conteúdo. Sobre o tema, cf. PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, cit., pp. 93 e 94.

¹²⁶ Neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 198.

VIII. A alínea e) do n.º 3 do artigo 106.º do CT impõe o dever de o empregador informar o trabalhador relativamente ao “*termo estipulado ou a duração previsível do contrato, quando se trate, respetivamente, de contrato a termo certo ou incerto*”, encontrando-se aqui uma das alterações da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

A norma corresponde exatamente ao disposto no artigo 4.º, n.º 2, alínea e), da Diretiva 2019/1152, cuja formulação é ligeiramente diversa da constante da Diretiva 91/533/CEE, onde se referia “a duração previsível do contrato ou da relação de trabalho”. A atual redação diferencia consoante se trate de um termo certo, caso em que deve ser indicada a data de termo do contrato, ou de um termo incerto, caso em que se deverá informar a duração previsível.

Também aqui não há que confundir o dever de informar com o núcleo contratual propriamente dito. Com efeito, não é o empregador que impõe o termo, devendo este ser aceite pelo trabalhador, no âmbito da sua autonomia contratual. Mas, uma vez aceite, o empregador deve informar por escrito qual a duração do contrato, quando esta seja previamente conhecida, ou a previsão de duração, quando o não seja. Esta informação surge claramente no contexto de uma relação de trabalho com previsibilidade, objetivo máximo da Diretiva 2019/1152.

IX. Nos termos da alínea f) do n.º 3 do artigo 106.º do CT, o empregador deve informar o trabalhador acerca da “*duração das férias ou o critério para a sua determinação*”. Este regime não corresponde exatamente ao artigo 4.º, n.º 2, alínea i), da Diretiva 2019/1152, que indica “o período de férias remuneradas a que o trabalhador tem

direito ou, caso não seja possível dispor dessa indicação no momento da prestação da informação, os critérios de atribuição e de determinação dessas férias”. Portanto, encontra-se em falta a indicação de que as férias são remuneradas¹²⁷.

Esta informação pode, de acordo com o n.º 4 do preceito (que se encontra, de resto, em consonância com o artigo 4.º, n.º 3, da Diretiva 2019/1152), ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa. Quer isto dizer que o empregador pode, nesta matéria, remeter para a lei, IRCT ou regulamento interno, indicando as correspondentes disposições aplicáveis ao caso concreto. Contudo, não basta, quanto a nós, a remissão para o dispositivo aplicável, devendo antes indicar-se em concreto as normas de onde resulta a determinação das férias¹²⁸, de modo a que haja certeza da parte do trabalhador relativamente ao exercício dos seus direitos. Assim, não será suficiente, a nosso ver, uma remissão para os artigos 237.º e seguintes do CT, uma vez que isso obrigaria o trabalhador a interpretar e aplicar a lei, quando tais conhecimentos não podem ser exigidos a um trabalhador médio. Assim, sem prejuízo da admissibilidade da remissão, deve conhecer, exatamente, o número de dias de férias a que tem direito em cada período, ou como podem estas ser calculadas (por exemplo, mediante um critério de majoração).

¹²⁷ A menos que se entenda que essa indicação resulta do dever de informação relativamente aos elementos da remuneração, entendimento que não nos parece de aceitar, uma vez que se trata de matérias diferentes: uma coisa é o regime das férias, outra será o da retribuição.

¹²⁸ Também neste sentido, cf. JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., p. 129, ao referir que não basta uma remissão genérica.

X. A alínea g) do n.º 3 do artigo 106.º do CT, alterada em 2023, estabelece o dever de informar o trabalhador acerca dos “prazos de aviso prévio e os requisitos formais a observar pelo empregador e pelo trabalhador para a cessação do contrato, ou o critério para a sua determinação”. Porém, a redação não corresponde exatamente ao artigo 4.º, n.º 2, alínea j), da Diretiva 2019/1152, que menciona “o procedimento a observar pelo empregador e pelo trabalhador, incluindo requisitos formais e períodos de pré-aviso, em caso de cessação da relação de trabalho ou, caso não seja possível indicar os períodos de pré-aviso no momento da prestação da informação, o método para a sua determinação”.

Tal como na alínea anterior, também aqui se aplica o artigo 106.º, n.º 4, do CT, podendo este dever ser cumprido pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa, aplicando-se também aqui as observações que fizemos quanto à inadmissibilidade de uma mera remissão para o enquadramento legal.

Importa lembrar que esta disposição se encontra em linha com o Considerando 18 da Diretiva 2019/1152, que salienta a importância de fornecer informação sobre o procedimento a observar pelo empregador e pelo trabalhador em caso de cessação da relação de trabalho, o que deverá poder incluir os prazos para intentar uma ação de impugnação contra o despedimento¹²⁹.

¹²⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 8, parece ir em sentido diferente, ao afirmar: “Sem negar que tal informação seria muito útil, já que o prazo para impugnar a licitude ou regularidade do despedimento é hoje muito curto, afigura-se que se trata aqui apenas de uma possibilidade de que os Estados-Membros poderiam lançar mão ao transpor a Diretiva e o nosso legislador nacional não ampliou o dever de informação a este ponto”.

Os termos da alínea g) parecem apontar essencialmente para a cessação por motivos objetivos ou para a denúncia do contrato (aqui se incluindo não apenas a denúncia pelo trabalhador, mas também em sede de período experimental), atendendo ao facto de serem mencionados os “prazos de aviso prévio”. No entanto, parece de incluir também o dever de informar referente à cessação por motivos subjetivos, ainda que neste caso não haja sujeição a um aviso prévio. Neste sentido, por exemplo, na Grã-Bretanha, o Employment Rights Act (ERA) 1996¹³⁰ inclui nos deveres de informação, para os empregadores com pelo menos vinte trabalhadores, a referência às regras disciplinares aplicáveis ao trabalhador, ao procedimento aplicável à tomada de decisões a nível disciplinar em relação ao trabalhador, ou a uma decisão de despedimento, podendo remeter para as disposições de um documento que especifique tal procedimento e que seja razoavelmente acessível ao trabalhador. Deve ainda ser informado ao trabalhador qual a identificação da pessoa à qual o trabalhador se deve dirigir caso esteja insatisfeito com qualquer decisão disciplinar de que tenha sido alvo (podendo tratar-se de decisão de despedimento) e da pessoa à qual se deve dirigir para fazer qualquer reclamação relacionada com o seu trabalho, bem como o procedimento para esse efeito. Estas informações apenas não se aplicam aos processos disciplinares relacionados com a infração a regras de segurança e saúde no trabalho¹³¹.

¹³⁰ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>

¹³¹ Para JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., pp. 221 e 222, trata-se de uma lacuna da Diretiva: “There is an obvious lacuna in the Directive which does not enumerate disciplinary procedures among the specified areas in the particulars (...)”, considerando por isso que o regime de direito interno britânico é mais favorável, sendo admitido ao abrigo do

No caso português, tendo presente o Considerando 18 da Diretiva 2019/1152, parece-nos relevante indicar a possibilidade de resolução do contrato com justa causa (subjéctiva), quer por parte do empregador, quer do trabalhador, com uma indicação (ainda que) genérica do fundamento para esta cessação, nomeadamente o incumprimento grave e culposos dos deveres contratuais.

XI. Uma das principais alterações resulta da nova redacção da alínea h) do n.º 3 do artigo 106.º do CT. Com efeito, na redacção anterior, o objecto do dever de informação era apenas “o valor e a periodicidade da retribuição”, o que não correspondia à transposição da Diretiva 91/533/CEE, que, já então, mencionava “o montante de base inicial, ou outros elementos constitutivos, bem como periodicidade do pagamento da remuneração a que o trabalhador tem direito”.

Na redacção actual, o empregador é obrigado a informar o trabalhador quanto ao “valor, a periodicidade e o método de pagamento da retribuição, incluindo a discriminação dos seus elementos constitutivos”. O desenvolvimento da norma permite a integral correspondência com o artigo 4.º, n.º 2, alínea k), da Diretiva 2019/1152, nos termos da qual se refere “a remuneração, incluindo o montante de base inicial, quaisquer outros elementos constitutivos aplicáveis, indicados separadamente e a periodicidade e o método de pagamento da remuneração a que o trabalhador tem direito”.

artigo 7.º da Diretiva. A relevância do cumprimento desta obrigação é tão importante que, como nos explica o Autor, pode suscitar a ilicitude do despedimento, quando se conclua que o empregador não deu cumprimento às próprias regras disciplinares objecto da informação.

De referir ainda que, tal como nas alíneas anteriores, esta informação pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa (artigo 106.º, n.º 4). Contudo, como já defendemos, uma remissão genérica não permitirá cumprir este preceito.

Em concreto, importa então determinar que elementos devem constar desta informação: (i) em primeiro lugar, a retribuição base, acordada pelas partes nos termos do artigo 258.º CT, já que, também aqui, esta integra o núcleo contratual essencial, tal como resulta também do disposto no artigo 11.º; (ii) os demais elementos constitutivos da retribuição, na aceção legal, parecendo assim que apenas estarão consideradas nesta norma as prestações que possam ser qualificadas como tal; (iii) a periodicidade de pagamento da remuneração; (iv) o método de pagamento. Excluídas estarão então todas as prestações patrimoniais não retributivas, designadamente nos termos do artigo 260.º CT.

O Considerando 20 da Diretiva 2019/1152 indica o objetivo pretendido com esta informação, lembrando que o propósito da Diretiva é a melhoria das condições de trabalho e a promoção de um emprego mais transparente e previsível (artigo 1.º Diretiva 2019/1152). Assim, de acordo com aquele Considerando, a informação sobre remuneração deverá incluir “todos os elementos que a compõem, indicados separadamente, incluindo, se for o caso, contribuições pecuniárias ou em espécie, o pagamento de horas extraordinárias, prémios e outros direitos, direta ou indiretamente recebidos pelo trabalhador em razão do seu trabalho”, ainda que se esclareça que a não inclusão de

tais prestações no dever de informação não obsta a que o trabalhador as possa exigir, quando sejam devidas, o que aliás constituiria o empregador numa situação de abuso de direito, por *tu quoque*.

XII. Outra relevante modificação é a que decorre da nova redação da alínea i), nos termos da qual o empregador deve informar o trabalhador relativamente ao “período normal de trabalho diário e semanal, especificando os casos em que é definido em termos médios, bem como o regime aplicável em caso de trabalho suplementar e de organização por turnos”, a qual corresponde ao artigo 4.º, n.º 2, alínea l), da Diretiva¹³². Esta informação, à semelhança das anteriores, pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa (artigo 106.º, n.º 4).

Importa, no entanto, aprofundar de que modo o empregador deve cumprir este dever. Com efeito, se a situação se afigura simples no caso de “regime de trabalho previsível” - expressão utilizada na Diretiva - o mesmo poderá ser mais complicado nas demais situações. Com efeito, quando o tempo de trabalho seja previsível, bastará ao empregador informar o trabalhador sobre o período normal de trabalho diário e semanal. Sublinhamos que se trata de mera

¹³² Na sequência do Acórdão do TJUE de 8 de fevereiro de 2001 (Acórdão *Lange*), Processo n.º C-350/99, disponível em www.curia.eu, no qual se considerou que, pese embora a Diretiva 91/533/CEE não estabelecesse nas suas alíneas o dever de informação acerca do trabalho extraordinário, tal dever poderia ainda resultar da Diretiva, ao afirmar o seguinte: “*Todavia, resulta do artigo 2.º, n.º 1, da referida directiva que a entidade patronal é obrigada a dar conhecimento ao trabalhador assalariado de uma cláusula que tenha o carácter de um elemento essencial do contrato ou da relação de trabalho, nos termos da qual esse trabalhador seja obrigado a efectuar horas extraordinárias a simples pedido da entidade patronal*”.

informação, já que, também aqui, a determinação do número de horas que serão realizadas integra o núcleo contratual que deve ser livremente fixado pelas duas partes.

Ao invés, se o “regime de trabalho for totalmente ou em grande parte não previsível” - expressão utilizada no artigo 4.º, n.º 2, alínea m), da Diretiva 2019/1152, não se afigura que a transposição tenha sido integral, já que teria o empregador de informar:

- i) O princípio de que o horário de trabalho é variável, o número garantido de horas pagas e a remuneração do trabalho prestado para além do número de horas garantidas;
- ii) O número de dias e horas de referência que o trabalhador pode ser obrigado a prestar;
- iii) O período de antecedência mínima com que o trabalhador deve ser informado antes de iniciar um trabalho específico e, se aplicável, o prazo para o cancelamento fixado no artigo 10.º, n.º 3, da Diretiva 2019/1152;

Está, assim, muito aquém do necessário o disposto na atual alínea i), que se limita a referir o período normal de trabalho diário e semanal e a referência ao facto de o mesmo ser prestado em termos médios.

Na verdade, o legislador português parece ter apenas prestado atenção ao facto de poderem ser acordados regimes flexíveis de prestação - como a adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado - desatendendo as demais situações previstas pela Diretiva, que, em bom rigor, abrange também o próprio tempo de disponibilidade do trabalhador. Isso é claro pela análise da primeira subalínea (i), quando refere a possibilidade de o horário de trabalho ser variável, devendo então o empregador informar esse mesmo facto, bem

como o número garantido de horas pagas e a remuneração do trabalho prestado para além do número de horas garantidas¹³³.

Por outro lado, em qualquer dos casos, não se transpuseram as segunda e terceira subalíneas, pelo que, para a lei interna, não será necessário informar “o número de dias e horas de referência que o trabalhador pode ser obrigado a prestar”, nem “o período de antecedência mínima com que o trabalhador deve ser informado antes de iniciar um trabalho específico e, se aplicável, o prazo para o cancelamento”.

Estes aspetos encontram-se bastante desenvolvidos, não apenas no artigo 4.º da Diretiva 2019/1152, como também nos Considerandos 30 a 35, o que se compreende, atendendo a que um dos objetivos da Diretiva é a garantia de condições de trabalho transparentes e previsíveis (como resulta da sua própria denominação), embora sem pôr em causa a adaptabilidade do mercado de trabalho (parte final do n.º 1 do artigo 1.º). Ora, as situações em que maior imprevisibilidade existe para o trabalhador são, precisamente, aquelas em que este realiza a sua atividade em regime de período normal de trabalho flexível, ou em que o seu tempo de trabalho integra períodos de disponibilidade¹³⁴, que o trabalhador - e o próprio empregador -

¹³³ O que está, de resto, em consonância com o Considerando 21 da Diretiva 2019/1152: “Se não for possível indicar um horário fixo devido à natureza do trabalho a prestar, como no caso de um contrato de trabalho ocasional, os empregadores deverão informar os trabalhadores do modo como será determinado o seu tempo de trabalho, incluindo as faixas horárias em que podem ser chamados a trabalhar e o período de antecedência mínima com que devem ser notificados antes do início da prestação de trabalho”.

¹³⁴ Sobre o tema, PEDRO MADEIRA DE BRITO / MARIA LEONOR RUIVO, “*Tempo de trabalho*” ou “*tempos de trabalho*”: sobre o tempo de trabalho como conceito operativo, em *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, N.º 6, Junho de 2024, pp. 195-279.

desconhecem se serão ou não utilizados. O legislador europeu atendeu particularmente a este problema, procurando assim estabelecer o maior nível de segurança possível.

Assim, daqui resulta o seguinte:

- a) Mesmo que o regime de trabalho seja totalmente ou em grande parte imprevisível, deve haver um “nível mínimo de previsibilidade quando o horário é determinado sobretudo pelo empregador, quer direta - por exemplo, através da atribuição de tarefas - quer indiretamente - por exemplo, exigindo que o trabalhador responda a pedidos de clientes” (Considerando 30);
- b) Acresce que “as horas e os dias de referência, entendidos como faixas horárias durante as quais o empregador pode solicitar a prestação de atividade, deverão ser estabelecidos por escrito no início da relação de trabalho (Considerando 31);
- c) O trabalhador deve dispor de um “período mínimo razoável de pré-aviso”, entre o momento em que é informado de um novo trabalho e o momento em que este efetivamente começa, ainda que este possa variar em função das necessidades do setor em causa (Considerando 32);
- d) Se lhe for solicitada a prestação de trabalho fora das horas e dos dias de referência, ou caso não tenha sido respeitado o pré-aviso mínimo, o trabalhador deve poder recusar a prestação sem qualquer penalização, ainda que também o possa aceitar, se assim o desejar (Considerando 33);
- e) Se o trabalhador aceitar executar uma prestação de trabalho específica para o seu empregador, deverá poder planear as

atividades em conformidade e ser protegido contra a perda de rendimentos resultante do cancelamento tardio do trabalho acordado mediante uma indemnização adequada (Considerando 34);

- f) Os contratos de trabalho ocasional ou outros contratos de trabalho análogos, incluindo os contratos sem especificação do horário, nos termos dos quais o empregador tem flexibilidade para chamar o trabalhador em função das suas necessidades, são particularmente imprevisíveis para o trabalhador, pelo que os Estados-Membros devem prever medidas eficazes para prevenir abusos (Considerando 35).

Ora, observando este quadro normativo, conclui-se que há aqui um conjunto de preocupações que transcendem o próprio dever de informação, antes parecendo que o legislador europeu aproveitou, na Diretiva 2019/1152, para *aperfeiçoar* o regime do tempo de trabalho flexível, de certo modo completando a proteção derivada da Diretiva 2003/88/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho.

Para o tema em estudo, interessam as alíneas a), b) e c) acima referidas, que, a nosso ver, constituem elementos integrantes do dever de informação do empregador, na aceção da Diretiva, ainda que o legislador interno não haja devidamente transposto estes conteúdos. Ora, apelando ao decidido no Acórdão Kampelmann, parece poder concluir-se, dada a clareza da norma europeia e a incompleta transposição do direito interno, pela possibilidade de invocação direta do artigo 4.º, n.º 2, alínea m), da Diretiva 2019/1152.

Assim sendo, entendemos que o empregador é obrigado a informar o trabalhador do “nível mínimo de previsibilidade”, indicando, nomeadamente, se tal resulta da atribuição de tarefas ou de resposta a pedidos de clientes. De igual modo, o trabalhador tem o direito a conhecer as horas e os dias de referência em que o empregador pode solicitar a prestação de atividade. E, por último, o trabalhador deve saber qual o período de pré-aviso (que deve ser razoável) entre o momento em que é informado de um novo trabalho e o momento em que efetivamente o tem de iniciar.

Adicionalmente, mesmo nos casos de regime de período normal de trabalho fixo, ainda podemos questionar se é suficiente o empregador informar o trabalhador acerca do período normal de trabalho, diário e semanal, ou se deve igualmente transmitir informação relativa aos períodos de descanso, designadamente o intervalo de descanso (artigo 213.º), o descanso diário (artigo 214.º) e o descanso semanal (artigo 232.º). Na verdade, este é um ponto mencionado pelo legislador europeu no Considerando 19, onde apela à articulação com a Diretiva 2003/88/CE, acrescentando que a informação deve incluir os “períodos de descanso diário, pausas, descanso semanal e duração das férias remuneradas, garantindo assim a proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores”. Todavia, não tendo incluído esses mesmos elementos no próprio artigo 4.º da Diretiva, não cremos que seja obrigatória essa menção, a menos que se entenda que se trata de elemento essencial nos termos do n.º 1 do preceito. A única exceção são as férias, que são, por sua vez, objeto de uma alínea autónoma. A nosso ver, não nos parece que haja incumprimento da obrigação de transpor a Diretiva pelo facto de o artigo

106.º, n.º 3, do CT não referir a informação sobre o período de descanso, já que a própria Diretiva não o parece exigir, ainda que mencione o problema no Considerando 19. Por outro lado, consideramos que o trabalhador estará suficientemente informado com os elementos referentes ao tempo de trabalho propriamente dito, sendo certo que o tempo de descanso resultará dessa própria delimitação.

XIII. Nos termos da alínea j) do n.º 3 do artigo 106.º, o empregador deve também informar o trabalhador do número da apólice de seguro de acidentes de trabalho e a identificação da entidade seguradora, em correspondência com o artigo 4.º, n.º 2, alínea o), da Diretiva 2019/1152. Esta alínea não foi objeto de modificação, sendo apenas relevante referir a sua importância no âmbito da proteção do trabalhador ao nível da segurança e saúde no trabalho e da proteção contra acidentes de trabalho, com previsão no artigo 58.º, n.º 1, alínea f), da CRP.

XIV. Por seu turno, a alínea l), alterada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, impõe o dever de informar o “instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável, se houver, e a designação das respetivas entidades celebrantes”. Esta é uma informação muito relevante para o trabalhador, dado que, havendo IRCT aplicável, será esta a fonte a atender para a determinação de um conjunto significativo de direitos e obrigações de ambas as partes, devendo assim o trabalhador poder ter acesso a tal dispositivo.

Neste ponto, o legislador interno parece ter ido além do artigo 4.º, n.º 2, alínea n), da Diretiva 2019/1152, que apenas menciona “as

convenções coletivas que regem as condições de trabalho do trabalhador ou, caso se trate de convenções coletivas celebradas fora da empresa por órgãos ou instituições paritários específicos, a menção dos órgãos ou instituições no âmbito dos quais foram celebradas”.

Com efeito, por um lado, a norma do Código do Trabalho não se limita a referir a convenção coletiva, antes abrangendo todo e qualquer IRCT, designadamente os não negociais. Por outro lado, mesmo tratando-se de IRCT negocial, não bastará a indicação do mesmo, sendo necessário identificar os seus outorgantes. Tal como refere Júlio Gomes¹³⁵, havendo vários IRCT aplicáveis na empresa, o empregador deve comunicar a existência de todos, quer negociais, quer não negociais. Aliás, esta informação é relevante, desde logo, para a aplicação do disposto no artigo 497.º CT¹³⁶.

XV. De igual modo, foi alterada a alínea m) do n.º 3 do artigo 106.º, referente à “identificação do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho (FGCT), previsto em legislação específica”¹³⁷. Na verdade, desde a Lei n.º 53/2011, de 14 de outubro, que o empregador se encontrava obrigado a identificar o fundo de compensação do trabalho a que estava vinculado, ainda que, na prática, essa

¹³⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 10.

¹³⁶ Sobre a escolha de convenção aplicável prevista no artigo 497.º, cf. a anotação a este preceito de LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 1059 ss. Cf. também, do mesmo autor, *Da escolha do trabalhador da convenção colectiva aplicável*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, 2.ª série, n.ºs 1-4 (Jan.-Dez. 2018), pp. 145-212.

¹³⁷ Esta alínea insere-se no artigo 4.º, n.º 2, alínea o), da Diretiva, uma vez que se trata da instituição de segurança social que recebe as contribuições sociais inerentes à relação de trabalho e a proteção de segurança social assegurada pelo empregador.

obrigação apenas se tenha tornado efetiva a partir de 1 de outubro de 2013, com a Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto¹³⁸.

Todavia, por efeito do Acordo de médio prazo de melhoria dos rendimentos, dos salários e da competitividade¹³⁹, assinado em 9 de outubro de 2022, o artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, determinou a suspensão, “até à entrada em vigor das alterações aos regimes jurídicos do fundo de compensação do trabalho”, das obrigações relativas ao FCT, previstas nos n.ºs 1 a 7, 10 e 11 do artigo 8.º, nos n.ºs 1, 3 a 6 do artigo 11.º, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º-A, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º-B, nos artigos 13.º e 35.º e nos n.ºs 1 a 4, 7 a 9 e 11 do artigo 36.º da Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto. Ficaram assim suspensas as obrigações contributivas relacionadas com os fundos de compensação.

Entretanto, a Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 115/2023, de 15 de dezembro, que procedeu à reconversão do Fundo de Compensação do Trabalho, permitindo às empresas que tenham contribuído investir as verbas mobilizadas no apoio aos trabalhadores, destacando-se o apoio à habitação, o apoio a investimentos em creches e refeitórios, ou o financiamento da qualificação e da formação certificada dos trabalhadores, sem prejuízo de o fundo também poder continuar a servir para garantir a compensação devida em caso de cessação do contrato de trabalho (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 115/2023, de 15 de dezembro). Ora, apesar de

¹³⁸ Sobre o tema, cf. a anotação ao artigo 106.º de PEDRO ROMANO MARTINEZ em PEDRO ROMANO MARTINEZ / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / JOANA VASCONCELOS / PEDRO MADEIRA DE BRITO / GUILHERME DRAY / LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 271 e 272.

¹³⁹ O ponto E. Simplificação Administrativa e Custos de Contexto, refere, no seu n.º 4, o fim das contribuições para o FCT e, durante a vigência do acordo, a suspensão das contribuições mensais para o FGCT.

atualmente se encontrar suspensa a obrigação de contribuição para o FGCT (nos termos do artigo 4.º, alínea b) do Decreto-Lei n.º 115/2023, de 15 de dezembro¹⁴⁰), o empregador é obrigado a informar a “identificação do Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho (FGCT)”, o que não deixa de gerar alguma perplexidade. De facto, em coerência com a suspensão da obrigação de contribuição, parece que se deveria igualmente ter suspenso a obrigação de informação. Ao não o ter feito, obriga-se o empregador a informar a existência de um fundo para o qual não está a contribuir, pelo que poderá acontecer que o trabalhador nem nunca venha a poder beneficiar do mesmo, desde logo quando o contrato de trabalho cesse antes de retomada a obrigação de contribuição.

XVI. A reforma de 2023 veio acrescentar a alínea n) ao elenco do artigo 106.º, n.º 3, obrigando o empregador a identificar o utilizador no âmbito do trabalho temporário^{141/142}. Apesar de corresponder ao artigo 4.º, n.º 2, alínea f), da Diretiva 2019/1152, verifica-se que esta última norma especifica que essa identificação apenas é feita “quando e assim que for conhecida”. De facto, tratando-se de

¹⁴⁰ “São suspensas, até ao final da vigência do Acordo de Médio Prazo de Melhoria dos Rendimentos, dos Salários e da Competitividade (Acordo), as obrigações previstas no n.º 6 do artigo 8.º e no artigo 49.º da Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto, na redação dada pelo presente decreto-lei.”.

¹⁴¹ Em nota crítica, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p 205, onde considera que “a informação solicitada em relação aos contratos especiais é despicienda, porque sendo estes contratos, por imperativo legal, reduzidos a escrito, estes elementos já estão incluídos no respectivo clausulado - o que, nos termos do artigo 107º n.º 3, dispensa a prestação desta informação.”.

¹⁴² Diferentemente, JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., p. 125, considera que esta informação será relevante para que “o trabalhador temporário possa fazer valer cabalmente os seus direitos”.

contrato de trabalho temporário, será desde o início conhecida a identidade da empresa utilizadora, o que já não acontecerá no caso de contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária. Esta especificação é relevante, dado o arco temporal de que o empregador dispõe para dar cumprimento aos deveres de informação do artigo 106.º, que será, no máximo, 30 dias após o início da relação laboral. Assim, podemos concluir que este dever apenas poderá ser cumprido - na linha da Diretiva - caso se trate de contrato de trabalho temporário, e não naquela outra situação. Não obstante, uma interpretação sistemática entre o regime do trabalho temporário e os artigos 106.º e 109.º do CT levam-nos a concluir que, tratando-se de contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, o dever de informação acerca do utilizador impor-se-á quando este seja conhecido, ou seja, em relação a cada período de cedência propriamente dito.

XVII. Uma das principais alterações ao artigo 106.º, n.º 3, do CT é a constante da alínea o), que é uma norma inteiramente nova, através da qual se impõe ao empregador o dever de informar “a duração e as condições do período experimental, se aplicável”, em correspondência com o artigo 4.º, n.º 2, alínea g), da Diretiva 2019/1152. Também aqui, trata-se de informação que pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa. Dada a relevância deste tema, vamos analisar com particular detalhe esta disposição, até porque é um dos

aspectos que merece também uma grande atenção por parte do legislador europeu.

O período experimental, não sendo obrigatório, é o período inicial do contrato de trabalho, durante o qual ambas as partes podem livremente proceder à denúncia, sem invocação de qualquer justa causa, e, dentro de certos limites temporais, sem a necessidade de observar um pré-aviso. Não obstante a bilateralidade deste direito, trata-se de uma prerrogativa incomensuravelmente mais importante para o empregador, dado que, uma vez ultrapassado o período experimental, tem plena aplicação o princípio da proibição de despedimento sem justa causa (artigo 53.º da CRP e artigos 114.º e 351.º do CT).

A Diretiva 2019/1152 reconhece a importância e a necessidade do período experimental, mas assume a perspetiva de que a sua existência “não deverá ser sinónimo de insegurança prolongada. Conforme estabelecido no Pilar Europeu dos Direitos Sociais, os períodos experimentais deverão, por conseguinte, ter uma duração razoável” (Considerando 27). Em regra, não devem exceder seis meses, ainda que, excecionalmente, isso possa acontecer, nomeadamente atendendo à natureza do trabalho, como por exemplo em cargos de gestão ou direção; a Diretiva é também sensível às situações de doença e férias do trabalhador, que não podem ser consideradas na contagem do período experimental (Considerando 28 e artigo 8.º)¹⁴³.

¹⁴³ A Diretiva 2019/1152 é referida na sua fundamentação pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 318/2021, de 18 de maio (em especial, no ponto 2.2.4.3), no qual se concluiu pela não inconstitucionalidade das alterações ao artigo 112.º do CT realizadas pela Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro.

Analisando agora o conteúdo deste dever de informação, o legislador refere-se à “duração” e às “condições” do período experimental. Se a primeira parte do preceito se afigura fácil de interpretar, já o mesmo não parece quanto à segunda parte, referente às “condições” do período experimental¹⁴⁴.

Assim, em primeiro lugar, o empregador deverá informar o trabalhador relativamente à duração do período experimental, que pode ser um dos períodos previstos no artigo 112.º, n.ºs 1 ou 2, como poderá ser igualmente um período inferior, acordado pelas partes ou estipulado em convenção coletiva (artigo 112.º, n.º 5 CT). Essa duração deve ser determinada com clareza, permitindo ao trabalhador conhecer exatamente a data do seu início e do seu termo.

Em segundo lugar, para cumprir este dever, o empregador deve também informar o trabalhador acerca das condições do período experimental. Pergunta-se então, a que se refere o legislador europeu com esta expressão. Em Portugal, considerando os quatro artigos que o Código do Trabalho dedica ao tema do período experimental (artigos 111.º a 114.º), nenhum deles tem como epígrafe a referência às condições do período experimental, nem tal expressão é utilizada no seu conteúdo.

Tendo presente que estamos a tratar da transposição de uma Diretiva, parece-nos que não podemos perder de vista os objetivos que o legislador europeu fixou com este dispositivo, que foram,

¹⁴⁴ Em sentido crítico da solução legal, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 259, considerando que “*não se vislumbra o sentido da referência da norma nacional às «condições» do período experimental que possam ir além da respectiva duração, a não ser que se deva incluir todo o regime legal desta fase do contrato no âmbito daquele dever de informação, o que parece manifestamente excessivo.*”.

indubitavelmente, a existência de condições de trabalho transparentes e previsíveis. Ou seja, pretende-se que o trabalhador esteja devidamente informado acerca dos seus direitos, de modo a não ser surpreendido durante a execução do contrato. Assim, e atendendo também aos supra citados Considerandos 27 e 28, bem como ao artigo 8.º da Diretiva 2019/1152, somos da opinião de que a expressão “condições do período experimental” se reporta aos seguintes aspetos: a) por um lado, a *contagem do período experimental*, com referência expressa às situações que devem ser excluídas, nomeadamente as situações de doença. Parece-nos que a relevância desta menção resulta, desde logo, do n.º 3 do artigo 8.º da Diretiva 2019/1152¹⁴⁵; b) por outro, a menção ao *direito que ambas as partes têm de cessar o contrato, por denúncia, sem aviso prévio e invocação de justa causa, nem direito a indemnização*, salvo acordo em contrário. Por sua vez, esta menção resultará da parte final dos Considerandos 2 e 3 da Diretiva 2019/1152; c) em terceiro lugar, a referência às *situações em que esse aviso prévio deve existir e consequências do seu incumprimento*, em conformidade com o afirmado no Considerando 3 da Diretiva 2019/1152.

Portanto, transpondo este regime para o direito interno, o empregador deverá informar o trabalhador do disposto nos artigos 113.º e 114.º do CT. Apesar de aparentemente se tratar de muita informação, lembre-se que, nos termos do artigo 106.º, n.º 4, do CT, o empregador poderá cumprir esta obrigação pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva

¹⁴⁵ “Nos casos em que o trabalhador tenha estado ausente do trabalho durante o período experimental, os Estados-Membros podem prever que o período experimental seja correspondentemente alargado, em função da duração da ausência.”.

de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa, ainda que, a nosso ver, não o possa fazer através de uma mera remissão genérica para os preceitos legais.

XVIII. Outra norma inovadora é a alínea p) do n.º 3 do artigo 106.º do CT, que estabelece o dever de o empregador informar o trabalhador relativamente ao seu “direito individual a formação contínua”, a qual corresponde ao artigo 4.º, n.º 2, alínea h), da Diretiva 2019/1152.

Trata-se, também aqui, de informação que pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa. Ainda que o artigo 4.º da Diretiva 2019/1152 não o refira expressamente, resulta do seu Considerando 17 que esta informação deve incluir (i) o número de dias de formação por ano, bem como (ii) a política geral de formação seguida pelo empregador. Apesar de não estar diretamente relacionado com o dever de informação, o legislador europeu fez questão de mencionar que a formação deve ser proporcionada a todos os trabalhadores, sendo proibida qualquer discriminação, nomeadamente dos trabalhadores em formas atípicas de emprego; os custos da formação não devem impenhorar sobre o trabalhador, nem afetar a sua remuneração, o tempo de formação deve ser considerado como tempo de trabalho, e, sempre que possível, ser realizada no horário de trabalho¹⁴⁶ (Considerando

¹⁴⁶ Em consonância com o Acórdão do TJUE de 28 de outubro de 2021 (Processo C-909/19), no qual se decidiu: “O artigo 2.º, ponto 1, da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, deve ser interpretado no sentido de que o período durante o qual um trabalhador segue uma formação

37). Uma vez mais, parece que o legislador europeu aproveitou para regular esta matéria, indo além do mero estabelecimento de um direito a informação.

XIX. A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril procedeu também à modificação da alínea q) do artigo 106.º, n.º 3, aplicável ao trabalho intermitente¹⁴⁷, passando o empregador a ter que informar o trabalhador dos elementos constantes dos artigos 158.º, n.º 1, alínea b), 159.º, n.ºs 1, 2 e 4 e 160.º, n.º 2. Pretendeu-se aqui transpor o artigo 4.º, n.º 2, alínea m), da Diretiva 2019/1152, mas o resultado foi uma correspondência apenas parcial, já que, segundo a Diretiva, a informação deve abranger o seguinte: (i) o princípio de que o horário de trabalho é variável, o número garantido de horas pagas e a remuneração do trabalho prestado para além do número de horas garantidas; (ii) o número de dias e horas de referência que o trabalhador pode ser obrigado a prestar; (iii) o período de antecedência mínima com que o trabalhador deve ser informado antes de iniciar um trabalho específico e, se aplicável, o prazo para o cancelamento fixado no artigo 10.º, n.º 3.

profissional que lhe é imposta pela sua entidade patronal, que decorre fora do seu local de trabalho habitual, nas instalações do prestador dos serviços de formação, e durante o qual não exerce as suas funções habituais, constitui «tempo de trabalho», na aceção dessa disposição”.

Em sentido próximo, cf. JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., p. 125.

¹⁴⁷ Com uma apreciação crítica, cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., pp. 9 e 10, considerando que poderão estar em causa outras situações para além do trabalho intermitente, tais como o trabalho a tempo parcial em que apenas são prestados alguns dias por semana, mês ou ano, sendo que o número de dias de trabalho deve ser fixado por acordo.

Em sentido próximo, cf. JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., p. 125.

Também aqui, atendendo às características do artigo 4.º, n.º 2, alínea m), da Diretiva 2019/1152, nos parece que pode ser invocada a sua aplicabilidade direta, independentemente da transposição realizada.

XX. É também nova a alínea r) do n.º 3 do artigo 106.º do CT, onde se estabelece o dever de informar os “regimes de proteção social, incluindo os benefícios complementares ou substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social”, em paralelo com o artigo 4.º, n.º 2, alínea o), da Diretiva 2019/1152, sendo que, também aqui, esta informação pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa.

Parece haver aqui alguma pedagogia por parte do legislador, como que impondo ao empregador o dever de “ensinar” ao trabalhador os seus direitos, mesmo perante terceiros, designadamente ao nível da Segurança Social, de forma que pode ser criticável. Com efeito, o legislador europeu vai ao ponto de afirmar, no Considerando 22 da Diretiva, que esta informação “deverá incluir informação relativa à identidade das instituições de segurança social que recebem as contribuições sociais para, consoante o caso, prestações de doença, maternidade, paternidade e prestações parentais, por acidente de trabalho ou doença profissional, e prestações por velhice, invalidez, sobrevivência, desemprego, reforma antecipada e familiares”, o que parece manifestamente desproporcional. Em bom rigor, trata-se de direitos de conhecimento geral, acessíveis a

qualquer cidadão com a diligência de um homem médio, sendo que, em contrapartida, não constituem prestações do empregador. Poderá assim entender-se que a imposição desta informação contribui para uma maior burocratização da relação laboral e, a nosso ver, neste ponto em concreto, a uma excessiva sobrecarga da posição do empregador, ainda que possa permitir o esclarecimento de diversas questões que o trabalhador possa ter a este respeito¹⁴⁸.

XXI. É ainda nova a alínea s) do n.º 3 do artigo 106.º do CT, sendo esta a única disposição do preceito que não tem correspondência na Diretiva 2019/1152¹⁴⁹. Com efeito, passou a ser obrigatório o empregador informar o trabalhador¹⁵⁰ em relação aos “parâmetros, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional”, ainda que esta informação possa ser

¹⁴⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 464, considera que a “informação salarial”, prevista no artigo 276.º, n.º 3, do CT, abrange o montante da sua retribuição, os complementos retributivos e o modo da respetiva fixação e os descontos salariais, em especial a retenção na fonte para imposto sobre o rendimento de pessoas singulares e a dedução para a Segurança Social.

¹⁴⁹ No entanto, como assinala JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligência artificial en el derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 84, o assunto foi discutido na preparação da Diretiva 2019/1152, tendo mesmo havido uma sugestão de inclusão por iniciativa do Comité Económico e Social Europeu.

¹⁵⁰ A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, conferiu também uma dimensão coletiva a este dever de informação, em relação às comissões de trabalhadores (artigo 424.º, n.º 1, alínea j), do CT) e aos delegados sindicais (artigo 466.º, n.º 1, alínea d), do CT). Neste ponto, é de atender também à Diretiva 2002/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia.

prestada por referência às disposições pertinentes da lei, do IRCT aplicável ou do regulamento interno de empresa (artigo 106.º, n.º 4, do CT).

Uma primeira observação: apesar de não constar do elenco das informações obrigatórias (artigo 4.º), o Considerando 4 da Diretiva 2019/1152 menciona as “profundas alterações em razão da evolução demográfica e da digitalização” que os mercados de trabalho sofreram, destacando as novas formas de emprego, que contrastam com as relações de trabalho tradicionais. Por outro lado, uma vez que o elenco não é taxativo, poderia retirar-se a obrigatoriedade de prestar estas informações do disposto no n.º 1 do artigo 4.º (elementos essenciais da relação de trabalho). Além disso, como é sabido, a Diretiva consubstancia uma proteção mínima, podendo os EM aumentar o nível de proteção conferido ao trabalhador (Considerando 47 e artigos 1.º, n.º 2 e 20.º da Diretiva 2019/1152), o que sempre legitimaria a inclusão desta alínea s).

Não nos alongaremos sobre este ponto, uma vez que o objeto central do presente estudo são os deveres de informação que resultam da Diretiva. Não obstante, a evolução tecnológica que sofreu um significativo desenvolvimento com a inteligência artificial permite aplicar ao Direito do trabalho, com adaptações, algumas das inovações reconhecidas noutros domínios. É o caso dos *smart contracts*, ou a dita contratação automatizada, que pode ter alguma relevância a nível laboral. Admitimos que assim seja, ainda que o contrato de trabalho tenha uma feição pessoal, muitas vezes *intuitu personae*, pelo que não se admitiria a sua aplicação a um prestador não

humano¹⁵¹. Contudo, a contratação automatizada pode ser muito útil para a gestão de pessoal¹⁵², estabelecendo mecanismos automáticos de reação, que podem ir desde o simples pagamento da retribuição total em caso de ausência de faltas ao trabalho, até ao pagamento de prémios ou a abertura de procedimentos disciplinares caso ocorra um determinado comportamento identificado como infração¹⁵³. Frequente é, ainda, o recurso a estes mecanismos para a seleção de trabalhadores a despedir, no âmbito de um despedimento coletivo¹⁵⁴. Neste sentido, é particularmente relevante assegurar a proteção do trabalhador em relação ao funcionamento destes sistemas e aos seus riscos¹⁵⁵. Em simultâneo, é necessário garantir que a

¹⁵¹ Neste sentido, ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ, *Hacia el smart labour contract: el papel de las nuevas tecnologías en el proceso de ejecución contractual*, em LOURDES MELLA MÉNDEZ (Directora) / ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ (Coordinadora), *La revolución techonológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un recto del siglo XXI*, Woters Kluwer, 2018, p. 287.

¹⁵² Sobre o tema, cf.: TERESA COELHO MOREIRA, *A discriminação algorítmica*, em *Questões Laborais*, N.º 58, 2021, p. 98; JOSÉ JOÃO ABRANTES / ISABEL VALENTE DIAS, *Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais*, em *Questões Laborais*, N.º 63, 2023, p. 38.

¹⁵³ JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho del trabajo*, cit., p. 82, sublinha o fenómeno da dependência algorítmica das empresas, afirmando que “Los algoritmos están pasando a convertirse en un instrumento básico en la ordenación y gestión de los poderes empresariales.”

¹⁵⁴ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de janeiro de 2022 (Processo n.º 26986/21.3T8LSB-A.L1-4, Relatora Albertina Pereira), disponível em www.dgsi.pt, já tinha considerado que era necessária a “clara enunciação e a concretização dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir”, sendo que, “embora caiba ao empregador a definição de tais critérios, os mesmos devem permitir estabelecer o nexo entre os motivos invocados e o despedimento de cada trabalhador em concreto - e assim evitar abusos, práticas discriminatórias e mesmo erros de avaliação - bem como estabelecer a sã articulação entre o princípio da iniciativa económica privada e o princípio da segurança do emprego”. No caso, o empregador recorrera a um “Modelo Multicritério”, mas a informação prestada não permitia ao trabalhador compreender por que motivo lhe tinha sido atribuída uma determinada classificação e a sua consequente inclusão no despedimento coletivo.

¹⁵⁵ Assim também ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ, *Hacia el smart labour contract: el papel de las nuevas tecnologías en el proceso de ejecución contractual*, cit., p. 287.

utilização destes mecanismos não põe em causa o princípio da igualdade e não discriminação¹⁵⁶.

O estabelecimento do dever da nova alínea s) encontra-se em consonância com o objetivo de *transparência algorítmica*^{157/158}: o empregador deve informar os seus trabalhadores sobre a utilização de algoritmos ou de sistemas de inteligência artificial, deve descrever (de modo inteligível) a tecnologia utilizada, indicar os dados (designadamente, pessoais) que são recolhidos e tratados, os objetivos desse tratamento e as decisões eventualmente tomadas com recurso a estes mecanismos¹⁵⁹. Ora, o recurso a algoritmos implica três momentos: a recolha de dados, o tratamento dos dados e o resultado ou decisão. Portanto, não se pretende uma explicação matemática, mas sim informação acerca das categorias de dados recolhidos ou utilizados, do motivo pelo qual se recorre a tais categorias de dados para uma determinada decisão e do modo de funcionamento da decisão automatizada. Com efeito, a fórmula ampla da alínea s), ao referir “parâmetros, critérios, regras e instruções” aponta para o direito de o trabalhador conhecer o modo de funcionamento do

¹⁵⁶ Neste sentido, TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na era digital*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 167 e 179.

¹⁵⁷ Cf. JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho del trabajo*, cit., p. 171. O autor acrescenta, a páginas 173, que “La exigencia de transparencia resulta especialmente importante cuando los algoritmos suplen la función directora de la empresa, como ocurre en el caso de las plataformas profesionales, pero también cuando se trata de cualquier otra intervención que afecta a los derechos y las libertades de las personas trabajadoras.”.

¹⁵⁸ Do mesmo modo, o artigo 13.º do Regulamento de Inteligência Artificial determina que os sistemas devem ser desenhados de forma que os usuários interpretem e utilizem corretamente a informação.

¹⁵⁹ Em termos similares, JOSÉ JOÃO ABRANTES / ISABEL VALENTE DIAS, *Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais*, cit., p. 45.

algoritmo, que lhe deve ser explicado de modo perceptível de acordo com os conhecimentos de um homem médio^{160/161}.

Em bom rigor, no Direito interno, tal dever de informação decorria já do RGPD, quanto aos dados pessoais, em particular do Considerando 22 e dos artigos 13.º, n.º 2, alínea f), 14.º, n.º 2, alínea f) e 22.º, n.º 3^{162/163/164}. Por outro lado, considerando a não taxatividade do elenco constante do n.º 3 do artigo 106.º do CT, afigura-se que tal dever de informação já existiria, mesmo antes da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, uma vez que o recurso a estes mecanismos consubstancia um aspeto relevante do contrato de trabalho, na aceção do n.º 1 do artigo 106.º do CT.

É importante notar, com Júlio Gomes, que a lei restringiu este dever de informação ao trabalhador, não se aplicando assim ao

¹⁶⁰ Acompanhamos JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, em XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho In Memoriam Professor Doutor Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 149-171, pp. 159 e 160.

¹⁶¹ A fórmula nacional é ligeiramente mais ampla do que a adotada no artigo 64.º, n.º 4, alínea d), do ET: “*Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles*”.

¹⁶² “Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.”

¹⁶³ Neste sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES / ISABEL VALENTE DIAS, *Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais*, cit., pp. 45 e 46, bem como JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, cit., p. 156.

¹⁶⁴ Cf. também JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho del trabajo*, cit., pp. 159 ss.

candidato a emprego^{165/166}, nem aos prestadores de atividade com dependência económica¹⁶⁷.

Por outro lado, neste ponto em concreto, mais do que informação, poderá haver um problema de falta de formação, tanto de quem informa, como de quem é informado, problema com o qual a nova alínea s) não lida¹⁶⁸.

Sendo positiva a consagração deste direito a informação, sempre se dirá que se nota a ausência de um direito de controlo ou de avaliação dos resultados do recurso a algoritmos ou a sistemas de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. Tratando-se da utilização de mecanismos de risco elevado¹⁶⁹, parece que se

¹⁶⁵ Apesar de a alínea s) referir as “decisões sobre o acesso ao emprego”, como nota JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, cit., p. 155.

Contudo, em relação a estes, o recurso a tais mecanismos deve ser devidamente informado, nos termos do RGPD, desde logo quando haja quando haja lugar à elaboração de perfis e a decisões automatizadas.

¹⁶⁶ Em França, o artigo L. 1221-8 do *Code du Travail* impõe o dever de informar expressamente o candidato ao emprego, antes da sua implementação, dos métodos e técnicas de apoio ao recrutamento utilizados a seu respeito, sendo que os resultados obtidos são confidenciais e tais métodos e técnicas devem ser relevantes para a finalidade pretendida. O artigo L. 1221-9 acrescenta que nenhuma informação pessoal relativa a um candidato a emprego pode ser recolhida por um dispositivo que não tenha sido previamente levado ao seu conhecimento. É também obrigatória essa informação em relação ao comité social e económico (artigo L. 2312-38).

¹⁶⁷ JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, cit., p. 156.

¹⁶⁸ Acompanhamos JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, cit., p. 161.

¹⁶⁹ A classificação resulta do Regulamento da Inteligência Artificial (Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024), em particular do Considerando 57, uma vez que se trata de sistemas “utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção de pessoal, de tomada de decisões que afetem os termos da relação de trabalho, de promoção e cessação das relações contratuais de trabalho, de atribuição de tarefas com base em comportamentos individuais, traços ou características pessoais, e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de

justificaria esse direito de controlo, sob pena de se pôr em causa a própria utilidade prática do dever de informação.

Uma última nota para a recente Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho em plataformas digitais, que “estabelece direitos mínimos aplicáveis a todas as pessoas que trabalham em plataformas digitais na União que têm um contrato de trabalho ou relação de trabalho ou que, com base numa apreciação dos factos, se possa determinar que têm um contrato de trabalho ou relação de trabalho, tal como definidos pelo direito, por convenções coletivas ou pelas práticas em vigor nos Estados-Membros, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça” (cf. artigo 1.º, n.º 2). Também aqui se estabelece um específico dever de informação ao trabalhador (ou às pessoas que trabalhem em plataformas digitais) “sobre a utilização de sistemas automatizados de monitorização ou de sistemas automatizados de tomada de decisões”, a qual deve ser prestada de uma forma transparente, inteligível e facilmente acessível, utilizando uma linguagem clara e simples (cf. artigo 9.º, n.ºs 1 e 2)

XXII. Por último, pese embora não seja esse o objeto do nosso estudo, não podemos deixar de referir os especiais deveres de

trabalho” (cf. também o Anexo III do Regulamento). O Considerando 92 e o artigo 26.º, n.º 7, acrescentam o dever de informação, tanto ao nível individual, como coletivo, sempre que se verifique o recurso a estes mecanismos, sendo tal dever de informação “*acessório e necessário ao objetivo de proteção dos direitos fundamentais*”.

informação em caso de prestação de trabalho no estrangeiro^{170/171}. De acordo com o artigo 108.º do CT, aplicável se a prestação exceder o período de um mês (o que corresponde ao artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2019/1152), a informação deve ser prestada por escrito e abranger: a) a identificação do Estado ou Estados onde o trabalho deve ser prestado e a duração previsível do período de trabalho a prestar; b) a moeda e lugar do pagamento das prestações pecuniárias e, se aplicável, das prestações em espécie; c) a possibilidade de repatriamento e respetivas condições; d) o acesso a cuidados de saúde; e) a retribuição a que tem direito nos termos da lei aplicável no Estado de acolhimento, em situações de destacamento; f) os subsídios inerentes ao destacamento e reembolso de despesas de viagem, de alojamento e de alimentação, quando aplicável; g) o sítio oficial na Internet do Estado de acolhimento, criado nos termos da legislação específica aplicável ao destacamento.

Este regime corresponde ao artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2019/1152. O Considerando 26 ainda acrescenta que os trabalhadores expatriados deverão receber “informações complementares específicas à sua situação. Na eventualidade de prestações sucessivas de trabalho em diversos Estados-Membros ou países terceiros, deverá ser possível agrupar a informação relativa a cada prestação antes de o trabalhador partir para o estrangeiro pela primeira vez, alterando-a subsequentemente em caso de mudanças. Caso sejam

¹⁷⁰ No Acórdão do TJUE de 19 de junho de 2008 (Comissão/Luxemburgo, Processo C-319/06), entendeu-se, na linha do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 91/533/CEE, que todos os empregadores, mesmo os que procedem ao destacamento de trabalhadores, estão sujeitos, por força da legislação do Estado-Membro onde estão estabelecidos, às obrigações constantes dessa diretiva.

¹⁷¹ Sobre o tema, cf., por todos, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 10.

considerados trabalhadores destacados ao abrigo da Diretiva 96/71/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, deverão também ser informados do sítio eletrónico criado pelo Estado-Membro de acolhimento onde podem encontrar as informações pertinentes sobre as condições de trabalho aplicáveis à sua situação. Salvo determinação em contrário dos Estados-Membros, tais deveres são aplicáveis se a duração do período de trabalho no estrangeiro for superior a quatro semanas consecutivas”.

6. Forma do cumprimento

I. O artigo 3.º da Diretiva 2019/1152 estabelece que o dever de informação deve ser cumprido por escrito, em relação a cada trabalhador, em suporte de papel ou em formato eletrónico, desde que, no segundo caso, o trabalhador tenha acesso à informação por esse meio e a possa guardar e imprimir, bem como o empregador possa conservar prova da sua transmissão ou receção¹⁷².

Assim, daqui retiramos o seguinte:

- a) Obrigatoriedade de informar por escrito;
- b) Obrigatoriedade de informar individualmente cada um dos trabalhadores;
- c) Utilização de formato em papel ou de formato eletrónico, mas apenas se: (i) o trabalhador puder aceder

¹⁷² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 6, considera, no entanto, que “*Parece que será o empregador a optar quanto ao meio pelo qual presta a informação, ainda que o texto da Diretiva, ao referir “se o trabalhador tiver acesso à informação por esse meio”, sugira, à luz de uma interpretação conforme, que o empregador tenha de verificar primeiro se o trabalhador dispõe de correio eletrónico*”.

eletronicamente à informação; (ii) o trabalhador puder guardar e imprimir a informação; (iii) o empregador puder conservar prova da sua transmissão ou receção.

Neste sentido, pode compreender-se a crítica dirigida por alguma doutrina à Diretiva, uma vez que, pese embora nela não se estabeleça a obrigatoriedade de forma escrita, o facto de o empregador poder cumprir a obrigação de informação através da introdução destes elementos no próprio contrato de trabalho constitui, no mínimo, um incentivo a que este seja celebrado por escrito^{173/174/175}.

A evolução para o mundo digital não deve, também, ser alheia aos próprios Estados membros, daí que estes devam “facultar modelos a nível nacional que incluam informação relevante e suficientemente exaustiva sobre o regime jurídico aplicável” (Considerando 25 e artigo 5.º, 2, da Diretiva 2019/1152).

II. Por sua vez, o legislador nacional não parece ter tido o mesmo nível de cuidado na determinação do modo de cumprimento, já que o artigo 107.º, n.º 1, do CT - não alterado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril - apenas estabelece que a informação prevista no artigo anterior deve ser prestada por escrito, podendo constar de um ou de vários documentos, assinados pelo empregador, ainda que o elenco

¹⁷³ Neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 485.

¹⁷⁴ Assim também MARGARIDA APILLUELO MARTÍN, *Directiva 91/533/CE/CE/CEE, de 14 de outubro, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, cit., p. 543

¹⁷⁵ Em termos próximo, cf. a anotação ao artigo 107.º de PEDRO ROMANO MARTINEZ em PEDRO ROMANO MARTINEZ / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / JOANA VASCONCELOS / PEDRO MADEIRA DE BRITO / GUILHERME DRAY / LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 274.

de informações constante do n.º 2 deste preceito deva constar de um único documento (alíneas a) a e), h), i), o) e q) do artigo 106.º, n.º 3), no máximo até ao sétimo dia subsequente ao início da execução do contrato, no caso das informações a que alude o n.º 2 (artigo 107.º, n.º 4, do CT). Relativamente às demais alíneas, a informação pode se prestada no prazo de um mês contado a partir do início da execução do contrato.

Apenas foi alterado o n.º 4 do artigo 107.º do CT, estabelecendo agora que a comunicação pode ser feita em suporte de papel ou em formato eletrónico, mas sem acautelar as preocupações do legislador europeu. Assim, nada se diz sobre a acessibilidade do trabalhador ao formato eletrónico, ou a possibilidade de guardar e imprimir. De mencionar ainda que, pelo novo n.º 5 do artigo 106.º do CT, o empregador deve conservar prova da transmissão ou receção das informações constantes dos documentos referidos nos números anteriores.

Já se afigura algo estranho o novo n.º 6 do artigo 106.º do CT, que determina que “As informações constantes dos documentos referidos nos números anteriores devem ser prestadas sempre que solicitadas pelas entidades públicas, nomeadamente o serviço com competência inspetiva da área laboral”. Com efeito, não se alcança, (i) nem a razão de ser da norma, atendendo a que, naturalmente, sempre existiria esta obrigação por parte do empregador, independentemente da sua consagração expressa, (ii) nem a escolha da localização deste dever, uma vez que no artigo 106.º se trata da relação entre empregador e trabalhador.

É ainda importante referir que, mesmo que o trabalhador assine o documento da informação, comprovando a sua receção, não se

pode retirar dessa intervenção do trabalhador uma manifestação de vontade, no sentido de eventual concordância com o conteúdo da referida informação. Por exemplo, supondo que o empregador informa uma nova retribuição, cujo montante não foi mutuamente acordado, não resulta de imperativo legal, nem de fonte convencional, não se pode retirar do cumprimento do dever de informação qualquer declaração de vontade por parte do trabalhador (a qual, aliás, neste caso, não teria qualquer valor, pelo menos quando o valor fosse inferior ao valor anterior convencionado, por força da alínea d) do n.º 1 do artigo 129.º)¹⁷⁶.

III. Atendendo ao artigo 106.º, n.º 4 e ao artigo 107.º, podemos então sintetizar num quadro o conjunto de informações que o empregador pode cumprir por referência às disposições pertinentes da lei, do IRCT aplicável ou do regulamento interno de empresa (mas não, como dissemos supra, por mera remissão genérica), bem como as informações que devem ser prestadas num único documento, em suporte papel ou formato eletrónico, no prazo de sete dias ou no prazo de um mês a contar do início da execução do contrato¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Na Grã-Bretanha, JEFF KENNER, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, cit., pp. 211 e 212, refere o “System Floors”, aprovado no caso “Robertson v British Gas”, no qual se entendeu que a assinatura do trabalhador num documento que continha uma data incorreta de início do contrato era meramente um reconhecimento da receção do documento, e não uma aceitação do seu conteúdo enquanto parte do seu contrato de trabalho. Para este Autor, “*Therefore the statement ‘provides very strong prima facie evidence’ of the terms of the contract ‘but does not constitute a written contract between the parties’ and can be rebutted by other evidence.*”.

¹⁷⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 206, indica que todas as informações constantes do artigo 106.º, n.º 3 são essenciais, pelo que todas deveriam ser objeto deste dever no prazo de sete dias.

Dever de informação (artigo 106.º, n.º 3)	Possibilidade de cumprir por referência às disposições pertinentes da lei, do IRCT aplicável ou do regulamento interno de empresa	Dever de reunir a informação num só documento, a informar no prazo de sete dias	Dever de informar no prazo de trinta dias
Alínea a)		X	
Alínea b)		X	
Alínea c)		X	
Alínea d)		X	
Alínea e)		X	
Alínea f)	X		X
Alínea g)	X		X
Alínea h)	X	X	
Alínea i)	X	X	
Alínea j)			X
Alínea l)			X
Alínea m)			X
Alínea n)			X
Alínea o)	X	X	
Alínea p)	X		X
Alínea q)		X	
Alínea r)	X		X
Alínea s)			X

IV. De referir ainda que o dever de informação não se esgota no início da execução do contrato, uma vez que, verificando-se a alteração superveniente de algum dos conteúdos do artigo 106.º, n.º 3, ou de qualquer outro aspeto essencial, na aceção do artigo 106.º,

n.º 1, se impõe ao empregador o dever de também informar o trabalhador dessa alteração. Na redação anterior, essa atualização de informação tinha de ser feita no prazo de trinta dias, mas, com a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, o artigo 109.º, n.º 1 passou a estabelecer que esta informação, a prestar por escrito, deve ocorrer, no máximo, até à data em que a alteração começa a produzir efeitos^{178/179}.

V. Um aspeto importante é ainda sublinhado por Júlio Gomes: o Código do Trabalho (e, em bom rigor, também as Diretivas) não referem qual a língua em que a informação deve ser prestada, pelo que uma empresa estrangeira a operar em Portugal poderia cumprir este dever na respetiva língua, bem como uma empresa portuguesa que contrate um estrangeiro poderia cumprir em português, mesmo que tal língua não fosse dominada pelo trabalhador¹⁸⁰. Sendo certo que tal exigência não resulta expressa, nem da Diretiva 2019/1152 (como também já não resultava da Diretiva 91/533/CEE), nem do Código do Trabalho, não acompanhamos inteiramente aquele entendimento. De facto, atendendo ao Princípio da boa fé e à consequente primazia da materialidade subjacente, afigura-se que o cumprimento deste dever não se pode bastar com uma fórmula vazia, numa língua

¹⁷⁸ Corresponde ao artigo 6.º da Diretiva: “o mais rapidamente possível e, o mais tardar, no dia em que começa a produzir efeitos” (exceto alterações de disposições legislativas, regulamentares, administrativas ou de convenções coletivas).

¹⁷⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 11, salienta que, contrariamente ao que acontece noutros domínios, este dever não existe antes da celebração do contrato, já que o seu escopo é o de possibilitar ao trabalhador o exercício de direitos.

¹⁸⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 11. Partilhando a mesma preocupação, JOANA NUNES VICENTE, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, cit., pp. 129 e 130.

desconhecida do trabalhador. Em termos materiais, o empregador tem o dever de assegurar que o trabalhador fica a conhecer estes conteúdos, só assim se garantindo as pretendidas transparência e previsibilidade do contrato de trabalho. Ou seja, consideramos que o empregador deve transmitir a informação numa língua conhecida do trabalhador (a mesma que, aliás, seja utilizada para a celebração do contrato), só assim logrando cumprir o seu dever¹⁸¹.

VI. Em termos de aplicação da lei no tempo, o artigo 35.º da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, em consonância com as regras gerais, determina a aplicação deste novo regime aos contratos de trabalho celebrados a partir de 1 de maio de 2023^{182/183}. Não obstante, recorde-se que, de acordo com o artigo 22.º da Diretiva 2019/1152, esta se aplica a todas as relações de trabalho até 1 de agosto de 2022, abrangendo assim também as relações anteriores, muito embora, neste caso, a disponibilização dos documentos informativos previstos no artigo 5.º, n.º 1 e nos artigos 6.º e 7.º só seja obrigatória caso haja um pedido de um trabalhador já contratado nessa data. Acresce que, relativamente às alterações posteriores a 1 de maio de 2023, estas terão de ser informadas a todos os trabalhadores -

¹⁸¹ Diversa será a questão de aferir se pode ser aplicada a contraordenação ao empregador que tenha cumprido o dever de informação, mas não numa língua conhecida pelo trabalhador, caso em que o princípio da tipicidade poderá levar a uma solução contrária.

¹⁸² De acordo com o artigo 37.º, n.º 1, da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, “O presente diploma entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao da sua publicação.”.

¹⁸³ Cf. também SÓNIA SANTOS VIANA, *Dever de informação e período experimental na Agenda do Trabalho Digno, em Reforma da Legislação Laboral. Trabalho Digno. Conciliação entre a vida profissional e familiar*, Estudos APODIT 11, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 89.

independentemente da data de celebração dos respetivos contratos
- nos termos do artigo 109.º CT.

7. Incumprimento dos deveres de informação

I. Vamos agora analisar as consequências do incumprimento do dever de informação, tendo em vista, essencialmente, as consequências para o vínculo laboral, e não os efeitos ao nível contraordenacional¹⁸⁴, ainda que, neste âmbito, seja relevante referir que a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, passou a considerar haver uma contraordenação grave (artigo 106.º, n.º 5, do CT).

O artigo 15.º da Diretiva 2019/1152 estabeleceu o seguinte¹⁸⁵:
“Os Estados-Membros devem garantir que, quando um trabalhador não tiver recebido em tempo devido a totalidade ou parte dos documentos referidos no artigo 5.º, 1 ou no artigo 6.º, aplica-se uma ou ambas as seguintes alíneas: a) O trabalhador deve beneficiar de presunções favoráveis definidas pelo Estado-Membro, que os empregadores devem ter a possibilidade de ilidir; b) O trabalhador deve ter a possibilidade de apresentar queixa junto de uma autoridade ou

¹⁸⁴ O n.º 5 do artigo 106.º do CT estabelece que “Constitui contraordenação grave a violação do disposto em qualquer alínea do n.º 3”. Lamenta-se a deficiente formulação desta disposição, já que o que está em causa, em bom rigor, é a violação do n.º 3 (proémio), em conjugação com uma ou mais alíneas desse mesmo número.

¹⁸⁵ O que está em consonância com o Considerando 39, que refere a menor eficácia de sistemas “assentes unicamente em pedidos de indemnização”, até porque a experiência mostra que raramente os trabalhadores procuram obter a reparação durante a relação laboral. Por sua vez, o Considerando 43 refere que os trabalhadores que exercem os direitos previstos na Diretiva “deverão beneficiar de proteção contra o despedimento ou contra penalizações equivalentes, como seja, no caso dos trabalhadores ocasionais, o facto de o empregador deixar de lhes atribuir trabalho, ou preparativos para um eventual despedimento, em razão de terem procurado exercer esses direitos”.

entidade competente e receber uma reparação adequada em tempo útil e de forma eficaz.”.

Se bem que o artigo 15.º da Diretiva 2019/1152 constitua uma norma genérica, relativamente a qualquer um dos conteúdos objeto do dever de informação, o certo é que o legislador português apenas transpôs parcialmente este regime, nomeadamente quanto à possibilidade prevista na alínea a), em duas situações. São elas o período experimental e o contrato a termo. Em contrapartida, não se determinou qualquer consequência no âmbito da alínea b) do referido artigo 15.º da Diretiva, pelo que, caso o empregador não cumpra o dever de informação, o trabalhador não tem a possibilidade de apresentar queixa junto de uma entidade extrajudicial, com vista a receber uma reparação adequada em tempo útil e de forma eficaz. Assim, em caso de incumprimento, será de imediato possível ao trabalhador recorrer a tribunal¹⁸⁶.

II. Começando pela análise das consequências do incumprimento do dever de informação no âmbito do período experimental, há que atentar no novo n.º 4 do artigo 111.º, nos termos do qual: “Caso o empregador não cumpra o dever de comunicação previsto na alínea o) do n.º 3 do artigo 106.º no prazo previsto no n.º 4 do artigo 107.º, presume-se que as partes acordaram na exclusão do período experimental”. A norma modifica significativamente este regime, impondo ao empregador uma consequência muito gravosa e que contraria a solução vigente até à Lei n.º 13/2023, de 3 de abril¹⁸⁷. Aliás, como

¹⁸⁶ Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 465.

¹⁸⁷ Cf. também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 259 e nota 425,

indicam Leal Amado e Milena Rouxinol, antes desta alteração, não havia dúvidas de que o período experimental “*consistia num elemento natural do contrato, não carecendo de ser estipulado para existir, antes carecendo de ser expressamente excluído, por escrito, para não nascer, ex vi legis, juntamente com o contrato (artigo 111.º, n.º 3, do CT)*”¹⁸⁸.

Para uma correta compreensão da norma, parece-nos importante relembrar o regime do período experimental até abril de 2023. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 111.º, n.º 3 - que se mantém na redação atual - o período experimental pode ser excluído por acordo escrito entre as partes^{189/190}, mas não por IRCT. Na ausência de qualquer estipulação das partes, até àquela data, aplicava-se o disposto

considerando que, apesar de a Diretiva permitir o estabelecimento de presunções favoráveis ao trabalhador, se trata de “*uma solução excessiva tendo em conta os vários interesses em jogo, e sobretudo o facto de, após o período experimental, o contrato se estabilizar em moldes de grande rigidez para o empregador, ao contrário do que sucede noutros sistemas jurídicos.*”, sugerindo que uma alternativa poderia ter sido a de considerar a aplicação de uma presunção de redução do período experimental ao prazo legal mínimo.

¹⁸⁸ JOÃO LEAL AMADO / MILENA SILVA ROUXINOL, A “*agenda do trabalho digno*” e o período experimental, in *Observatório Almedina*, de 3 de maio de 2023, <https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/05/03/a-agenda-do-trabalho-digno-e-o-periodo-experimental/>, p. 3, questionando, na página seguinte: “*será que o período experimental passou de elemento natural para elemento accidental do contrato de trabalho?*”, considerando, no entanto, que tal não se verificou.

¹⁸⁹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 265, assinala a incongruência do novo n.º 4 do artigo 111.º, ao criar uma presunção de acordo das partes no sentido da exclusão do período experimental, por considerar que o silêncio das partes “*implicaria, na lógica do sistema, a existência, não a exclusão, do período de experiência*”.

¹⁹⁰ Com JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho. Noções básicas*, cit., p. 181, deve entender-se que o período experimental é um elemento natural do contrato de trabalho, e não um elemento accidental. Não nos parece que a alteração da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, modifique esta natureza, pois o período experimental não tem de ser convencionado, aplicando-se o regime legal na falta de estipulação das partes. A presunção de exclusão em caso de incumprimento do dever de informar é uma consequência específica do incumprimento deste dever e não será imperativa, já que a presunção é ilidível.

no artigo 112.º, com a consequente contagem do período experimental que correspondesse em concreto à relação laboral.

Com a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, passou a haver mais uma situação de exclusão do período experimental, desta feita *por presunção* (ilidível), decorrente do n.º 4 do artigo 111.º e relacionada com o incumprimento do dever de informação¹⁹¹. Uma nota prévia para a estranheza da consequência, dado que, tradicionalmente, o incumprimento do dever de informação apenas gera consequências ao nível indemnizatório ou de validade do contrato¹⁹². De facto, esta consequência resulta da transposição do artigo 15.º da Diretiva 2019/1152, que determina, precisamente, a possibilidade de o trabalhador beneficiar de presunções favoráveis definidas pelo Estado-Membro, que os empregadores devem ter a possibilidade de ilidir.

Vamos agora centrar-nos no regime da presunção do artigo 111.º, n.º 4. Em primeiro lugar, importa determinar os pressupostos de aplicação da presunção, que depende do incumprimento do dever de informação.

O primeiro ponto é saber o que deve o empregador informar o trabalhador, de modo a evitar o funcionamento da presunção. Uma vez que o artigo 111.º, n.º 4 refere a alínea o) do n.º 3 do artigo 106.º, podem ser apresentadas três hipóteses de interpretação:

¹⁹¹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, cit., p. 207, considera que se trata de “*uma solução desproporcionada e que não faz sentido perante os interesses subjacentes à figura do período experimental.*”.

¹⁹² Reportamo-nos, naturalmente, ao regime da culpa *in contrahendo* (artigo 227.º CC) e do erro (artigos 251.º a 254.º CC).

Primeira, o funcionamento da presunção caso o empregador não informe o trabalhador, nem a duração do período experimental, nem as suas condições.

Segunda, o funcionamento da presunção caso o empregador não informe o trabalhador da duração do período experimental, mas informe sobre as condições.

Terceira, o funcionamento da presunção caso o empregador informe o trabalhador da duração do período experimental, mas não informe acerca das suas condições.

A nosso ver, dada a remissão genérica para a alínea o), o funcionamento da presunção deve ocorrer nas três situações, o que significa que, para impedir a aplicação desta presunção, o empregador terá de informar o trabalhador acerca tanto da duração, como das condições do período experimental.

III. O passo seguinte é o de saber como deve ser prestada esta informação, para que a presunção não funcione. Neste ponto, afigura-se que a informação deve ser prestada por escrito, sob pena de, não o sendo, funcionar a presunção. Pode, no entanto, constar em suporte de papel ou em formato eletrónico (artigo 107.º, n.º 4).

Também é necessário que o empregador não tenha, de outro modo, informado o trabalhador (por exemplo, através de inclusão de uma cláusula sobre o período experimental no próprio contrato individual de trabalho, ou em regulamento da empresa).

Por outro lado, uma vez que a alínea o) constitui uma das situações em que é permitida a informação por remissão para as disposições pertinentes da lei, IRCT ou regulamento interno (cf. o disposto

no artigo 106.º, n.º 4), o cumprimento da norma pode ocorrer por esta via, contanto que não se trate, como defendemos, de uma mera remissão genérica.

Quanto à possibilidade de remissão, poderia perguntar-se quais os termos da remissão para o IRCT ou para o regulamento interno que evitam a aplicação da presunção. Assim, supondo que no contrato de trabalho se estabeleceu uma cláusula nos termos da qual o contrato fica sujeito a um período experimental, nos termos dos artigos 111.º a 114.º do CT, será que se deve considerar cumprido o artigo 106.º, n.º 3, alínea o), impedindo assim a aplicação da presunção do artigo 111.º, n.º 4?

A nosso ver, uma resposta afirmativa corresponderia a uma interpretação meramente literal destas disposições. Com efeito, o que se pretende é que o trabalhador tenha acesso a uma informação completa, que lhe permita segurança, com a consequente garantia de transparência das relações laborais. Uma mera remissão para artigos - constantes da lei, de IRCT ou de regulamento - não permite ao trabalhador saber a duração do período experimental. É verdade que poderá ter meios para o descobrir, digamos assim, mas não é esse o propósito dos deveres de informação. O trabalhador não é um detetive que irá, com algumas pistas dadas pelo empregador, decifrar um mistério. O objetivo do dever de informação é que o trabalhador saiba, com exatidão, que existe um período inicial em que o contrato pode cessar a todo o momento, sem aviso prévio ou justa causa e sem direito a indemnização. E, naturalmente, é essencial que o trabalhador saiba, em concreto, qual a duração desse período. Uma mera remissão para o artigo 112.º CT não lhe permite ter esse dado,

até porque, como é sabido, esta disposição contém um conjunto de conceitos indeterminados, cujo significado poderá não estar ao alcance do trabalhador. Por esse motivo, pese embora a possibilidade de remeter para as disposições pertinentes da lei, IRCT ou regulamento interno (cf. o disposto no artigo 106.º, n.º 4), consideramos que essa remissão só será eficaz no que concerne às condições do período experimental e desde que não se trate de remissão genérica. No entanto, em relação à duração, a remissão terá de indicar em concreto qual a norma do artigo 112.º que é aplicável, possibilitando ao trabalhador o conhecimento exato do número de dias que estará em período experimental.

IV. Vamos agora debruçar-nos sobre o terceiro passo, que é o momento em que a presunção ocorre. O incumprimento do dever de informação só se verifica quando decorrer o prazo previsto no artigo 107.º, n.º 4, alínea a), ou seja, se a informação não for dada até ao sétimo dia subsequente ao início da execução do contrato. Isto dá origem a uma situação, no mínimo, bizarra: nos primeiros sete dias de execução do contrato, existe período experimental, podendo até ocorrer a denúncia do contrato por iniciativa de qualquer uma das partes^{193/194}. A partir do oitavo dia de execução, perante o

¹⁹³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 472, considera que a denúncia pode ocorrer logo no primeiro dia de execução do contrato, não obstante o disposto no artigo 279.º, alínea b), do CC, uma vez que esta norma “*está pensada para a contagem de prazos relacionados com o exercício de direitos e não para prazos de execução de relações jurídicas.*”

¹⁹⁴ Contudo, como salienta e bem JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 12, o contrato de trabalho pode cessar antes de findo o prazo de sete dias de que o empregador dispõe para transmitir esta informação, considerando também que, nesse caso, a presunção não pode operar.

incumprimento do dever de informar, opera a presunção de exclusão do período experimental. Ou seja, com o novo artigo 111.º, n.º 4, passou a existir, mais do que uma situação de presunção de exclusão do período experimental, uma situação de presunção de término abrupto desse período, o qual até já pode ter produzido os seus efeitos. A nosso ver, se a denúncia ocorrer antes do decurso do prazo de sete dias, o incumprimento do dever de informação não produzirá o efeito presuntivo do artigo 111.º, n.º 4.

Também não nos parece que se aplique a presunção do artigo 111.º, n.º 4, quando o empregador cumpra o dever de informação, mas não observe a exigência, feita pelo artigo 107.º, n.º 2, de reunir essa informação juntamente com outras, num único documento. Com efeito, atendendo à *ratio* da disposição, o que se visa assegurar é que o trabalhador dispõe de toda a informação importante relativamente ao período experimental. Estando isso assegurado, e desde que o tenha sido por documento escrito ou eletrónico, não nos parece que o facto de a informação não ter sido dada juntamente com a informação constante das alíneas a) a e), h), i) e q) do n.º 3 do artigo 106.º seja suficiente para o funcionamento da presunção. Até porque a necessidade de reunir certos conteúdos num só documento é uma exigência do direito interno.

V. Importa salientar que o novo artigo 111.º, n.º 4 contém uma presunção ilidível, que o empregador poderá afastar nos termos gerais¹⁹⁵ (cf. artigo 350.º, n.º 2, do CC, bem como o próprio artigo 15.º,

¹⁹⁵ Assim também, MILENA DA SILVA ROUXINOL, *A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e o período experimental*, em *Questões Laborais*, N.º 63, 2023, p. 156.

alínea a), da Diretiva 2019/1152). Pergunta-se então, como poderá o empregador proceder a esse afastamento¹⁹⁶? Parece-nos que será muito difícil ao empregador a elisão desta presunção, não bastando demonstrar que as partes, verbalmente, convencionaram a existência de período experimental^{197/198}.

Adicionalmente, dada a relevância destes deveres e as finalidades da Diretiva 2019/1152, também não nos parece, por exemplo, que a presunção seja afastada se o empregador conseguir demonstrar que informou, *verbalmente*, acerca da duração e das condições do período experimental¹⁹⁹. Nesse caso, continuará a haver um incumprimento daquele dever de informar, já que o mesmo não se refere apenas ao conteúdo, mas também à forma e ao prazo da sua verificação. Também não nos parece que se possa afastar a presunção se o dever de informação for prestado - por escrito - após o sétimo dia

¹⁹⁶ Não acompanhamos JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 12, quando afirma que “parece que para ilidir a presunção o que o empregador terá de fazer é simplesmente alegar que o período experimental não foi excluído porque as partes não acordaram a exclusão pelo único modo que a lei permite - um acordo escrito de exclusão. Reconhecemos que, assim, a presunção – que tem, segundo alguma doutrina, um certo sentido sancionatório - de pouco ou nada vale”.

¹⁹⁷ Parece ir no sentido contrário ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 265, ao referir que “A presunção é ilidível através de um facto - a estipulação da experiência pelas partes - que contrasta com os pressupostos legais”.

¹⁹⁸ Diferentemente, JOÃO LEAL AMADO / MILENA SILVA ROUXINOL, *A “agenda do trabalho digno” e o período experimental*, cit., p. 5, parecem admitir o afastamento da presunção através de comunicação oral, ao afirmarem que “talvez o assunto tenha sido objeto de conversas entre as partes, com testemunhas bastantes, ou talvez haja registo de comunicações entre elas, via sms, email, redes sociais, etc., comprovando que o período experimental foi previsto pelos sujeitos”.

¹⁹⁹ Em sentido diferente, MILENA DA SILVA ROUXINOL, *A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e o período experimental*, cit., p. 156, admite o afastamento através de prova testemunhal.

de execução do contrato, pois que nesse momento já o incumprimento será uma realidade.

Por outro lado, concordamos com Leal Amado e Milena Rouxinol, quando afirmam que *“não bastará ao empregador invocar e demonstrar que as partes não excluíram, através de acordo escrito, a existência de período experimental, ao abrigo do n.º 3 do artigo 111.º do CT”*²⁰⁰, já que, nesse caso, não havendo período experimental, de igual modo inexistirá dever de informação sobre o mesmo. De facto, o que está em causa é um plano diverso, do cumprimento (ou não) dos deveres de informação.

Poderá ainda pensar-se numa outra hipótese, já anteriormente referida: o contrato prevê a existência de um período experimental, mas não refere nem a duração, nem as condições deste, limitando-se a remeter para os artigos 111.º a 114.º do CT. Ou seja, neste caso, verificou-se uma informação, a qual, seguindo a nossa posição, não é a informação total, pelo que houve um incumprimento do artigo 106.º, n.º 3, alínea o). Seria esta cláusula suficiente para afastar a presunção do artigo 111.º, n.º 4? Ainda que possa ser controverso, a nosso ver, não o seria. Com efeito, se aquela cláusula não permitiu o cumprimento do dever de informação, também nos parece, por coerência, que não poderá dela decorrer o afastamento da presunção.

Deste modo, temos dificuldade em encontrar uma forma de ilisão da presunção. Não tendo o empregador cumprido a informação por

²⁰⁰ JOÃO LEAL AMADO / MILENA SILVA ROUXINOL, A *“agenda do trabalho digno” e o período experimental*, cit., p. 5. Contudo, não subscrevemos a afirmação dos autores de que a presunção só funciona quando o contrato seja silente sobre o período experimental. Com efeito, pode acontecer que este período esteja previsto, sem que estejam cumpridos os requisitos do dever de informação, nomeadamente no que se refere ao prazo e às condições.

escrito - e estando, assim, em situação de incumprimento do seu dever - não vislumbramos forma de ultrapassar a presunção de exclusão do período experimental através de uma eventual prova testemunhal. Ao invés, admitimos que esse afastamento da presunção possa ocorrer quando, pese embora a informação tenha sido prestada de forma deficiente — por exemplo, indicou-se haver período experimental, mas não a sua duração — a empresa tenha atuado de forma coerente com a existência desse período. Assim, pode ter indicado o júri de apreciação do período experimental; ou pode ter estabelecido metas temporais para a avaliação, que sejam conhecidas do trabalhador. No entanto, alguma informação terá de ter sido prestada *ab initio*. De facto, se nenhuma informação tiver sido prestada pelo empregador, afigura-se-nos que, na prática, o artigo 111.º, n.º 4 funcionará como uma verdadeira presunção absoluta, o que reforça a relevância do correto cumprimento daquele dever.

VI. Outra situação em que o legislador expressamente previu uma consequência foi o contrato a termo. Com efeito, como já referido, o artigo 106.º, n.º 3, alínea e) impõe o dever de informar o termo estipulado ou a duração previsível do contrato, quando se trate, respetivamente, de contrato a termo certo ou incerto, e, por sua vez, o artigo 141.º, n.º 1, alínea e), passou a estabelecer-se que do contrato deve constar a indicação do termo estipulado, ou da duração previsível do contrato, e do respetivo motivo justificativo, consoante se trate, respetivamente, de contrato a termo certo ou incerto, sob pena de conversão em contrato sem termo. A redação anterior desta alínea e) referia somente a falta de indicação do termo estipulado e

do respetivo motivo justificativo, pelo que a inovação da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril foi o aditamento da referência à duração previsível do contrato, caso esteja em causa contrato a termo incerto, estabelecendo assim o regime da conversão em contrato de trabalho sem termo.

8. Conclusão

Os deveres de informação do empregador assumem hoje uma importância primordial, não apenas para a criação das condições necessárias para que os trabalhadores tenham conhecimento dos seus direitos e possam proceder ao respetivo exercício, mas também, em termos genéricos, para garantir o bom funcionamento do mercado de trabalho e a sua transparência. De um modo geral, o legislador português atingiu a maior parte dos objetivos plasmados na Diretiva 2019/1152, mas encontram-se ainda algumas lacunas no que se refere à transposição de parte das normas. De todo o modo, atendendo à posição do TJUE, é de concluir pela possibilidade de invocação direta das normas constantes da Diretiva 2019/1152, desde que as mesmas sejam suficientemente claras e precisas.

Em contrapartida, há dúvidas acerca dos efeitos decorrentes da informação prestada, tendo presente a “presunção de verdade” que, de acordo com o TJUE, deve ser retirada do cumprimento de tal dever²⁰¹ e que a Diretiva 2019/1152 não aproveitou para esclarecer. O

²⁰¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, cit., p. 11, considera que a presunção de verdade e a possibilidade de apresentação de qualquer prova em sentido contrário pelo empregador se continuam a aplicar no quadro da Diretiva 2019/1152.

direito interno não se pronunciou a este respeito e as normas referentes ao ónus da prova constantes do Código Civil também não parecem dar resposta suficiente que permita enquadrar esta nova forma de prova que, na prática, resulta daquele entendimento jurisprudencial, sendo certo porém que a comunicação por escrito realizada pelo empregador deverá ter algum efeito probatório, mesmo que possa ser objeto de posterior refutação por parte deste. A nosso ver, essa possibilidade apenas existirá se se tratar de um erro desculpável do empregador, não permitindo assim pôr em causa toda a e qualquer informação previamente comunicada.

Por fim, a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, em cumprimento do disposto no artigo 15.º da Diretiva 2019/1152, estabeleceu uma inovadora presunção de exclusão do período experimental em caso de incumprimento do dever de informação do empregador. Apesar do rigor da norma, atendendo às finalidades da Diretiva - que se insere, como vimos, no reforço da dimensão social da União Europeia - concordamos com esta consequência, ainda que se reconheça o significativo esforço que passa a ser exigido aos empregadores. Não obstante, afigura-se que o mínimo que se pode exigir é que, no momento da celebração - ou, ao menos, até ao sétimo dia seguinte - o trabalhador possa saber que o contrato pode cessar a todo o momento, sem qualquer justa causa ou indemnização, e durante quanto tempo isso pode acontecer. Até porque, decerto, o empregador poderá aperfeiçoar esta informação e replicá-la nos vários contratos de trabalho que venha a celebrar. A crítica que se poderia fazer seria quanto à sua aplicação a certas categorias de empregadores, nomeadamente as pessoas singulares e as empresas de menor dimensão.

No entanto, a Diretiva parece admitir uma solução diferente nesse caso, que não foi objeto de enquadramento pelo direito interno.

Em suma, o direito de informação conferido ao trabalhador tem um significado autónomo, que extravasa (mas não substitui) os direitos de informação nos termos do Princípio da boa fé, assumindo uma feição própria no domínio laboral. Esta autonomia traduz-se em primeira linha na proteção do trabalhador, quer no que respeita ao conhecimento das condições de trabalho, quer no que se refere ao exercício dos seus direitos²⁰², mas assume igualmente um importante papel ao nível da transparência das relações laborais. Ainda assim, o seu regime jurídico poderia ser aperfeiçoado, no sentido, por um lado, da plena transposição da Diretiva 2019/1152, e, por outro, da simplificação dos deveres impostos ao empregador, para o que poderia contribuir a aprovação de um modelo pelo próprio Estado, tal como sugerido pela Diretiva no seu Considerando 25 e no artigo 5.º, n.º 2.

9. Referências bibliográficas

ABRANTES, JOSÉ JOÃO / ISABEL VALENTE DIAS, *Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais*, em *Questões Laborais*, N.º 63, 2023, pp. 37-50.

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de trabalho. Noções básicas*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022.

²⁰² Em termos próximos, ANNA RIVARA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, cit., pp. 184 ss. A autora faz inclusivamente um raciocínio de transposição da interpretação constante do Acórdão Kampelmann para outros domínios, tais como a incorreta informação no âmbito de um processo de despedimento.

AMADO, JOÃO LEAL / MILENA SILVA ROUXINOL, A “agenda do trabalho digno” e o período experimental, in Observatório Almedina, de 3 de maio de 2023, <https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/05/03/a-agenda-do-trabalho-digno-e-o-periodo-experimental/>

APILLUELO MARTÍN, MARGARIDA, *Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral*, Actualidad Laboral, 2000, n.º 32, pp. 539 ss.

BOZHKO, Volodymyr / KULCHII, Inna / ZADOROZHNYI, Volodymyr, *Comparative legal analysis of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union with the current labour law of all its Member States*, SHS Web of Conferences 85, 01005 (2020), pp. 1-10.

BRITO, PEDRO MADEIRA DE / MARIA LEONOR RUIVO, “Tempo de trabalho” ou “tempos de trabalho”: sobre o tempo de trabalho como conceito operativo, em *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, N.º 6, Junho de 2024, pp. 195-279.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, Almedina, Coimbra, 2019.

DIESTE COBO, JUAN MANUEL, *Contractual Relations between Providers and Digital Platforms: The Spanish 'Riders Law'*, em *European Business Law Review* 34, n.º 7, 2023, pp. 1193-1212.

DRAY, GUILHERME, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024.

ELEVELD, ANJA / BAZZANI, TANIA / DE LE COUR, ALEXANDRE / STASZEWSKA, EWA, *Implementation of the European Youth Guarantee and the Right to Work: A Comparative Analysis of Traineeship Programmes Under the EU Active Labour Market Policy*, em *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 38, n.º 3, 2022, pp. 269-298.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

GALIANA MORENO, JESÚS M., *Forma del contrato de trabajo*, em JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET (Coordinador), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 221-227.

GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN / CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo, una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 octubre de 1991*, *Relaciones Laborales* 1992, pp. 253-274.

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Direito do Trabalho*, Volume I - Relações Individuais de Trabalho, Coimbra editora, Coimbra, 2007.

- *O dever de informação do empregador após a Lei n.º 13/2023, de 3/4*, *Cadernos de Direito Privado*, N.º 81, Março de 2023, pp. 3-16.

- *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, em *XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho In Memoriam Professor Doutor Pedro Romano Martinez*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 149-171.

KENNER, JEFF, *Statement or contract? - Some reflections on the EC Employee information (Contract or employment relationship) Directive after Kampelmann*, *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1999, pp. 213 ss.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

LOKIEC, PASCAL, *Droit du Travail*, 2.^a edição, Presses Universitaires de France, 2022.

LOURENÇO, PAULA MEIRA, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2003, Ano XLIV, n.ºs 1 e 2, pp. 29-157.

MARTIN VALVERDE, ANTONIO, *La Directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, Actualidad Laboral, n.º 12, 29 marzo 1992, pp. 181 ss.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO / MONTEIRO, LUÍS MIGUEL / VASCONCELOS, JOANA / BRITO, PEDRO MADEIRA DE / DRAY, GUILHERME / SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020.

MERCADER UGUINA, JESÚS R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MOLINA GARCÍA, MÓNICA, *El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo*, Revista de Derecho Social, 1999, pp. 45-65.

MOREIRA, TERESA COELHO, *Direito do Trabalho na era digital*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

- *A discriminação algorítmica*, em *Questões Laborais*, N.º 58, 2021, pp. 85-103.

POTOCKA-SIONEK, NASTAZJA / ALOISI, ANTONIO, *‘Festina Lente’: The ILO and EU Agendas on the Digital Transformation of Work*, em

International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 37, n.º 1, 2021, pp. 35-64.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

RIVARA, ANNA, *La Direttiva sull'Informazione e l'Effettività dei Diritti*, em *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1999, pp. 133-187.

ROUXINOL, MILENA DA SILVA, *A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e o período experimental*, em *Questões Laborais*, N.º 63, 2023, pp. 137-164.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Da escolha do trabalhador da convenção colectiva aplicável*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, 2.ª série, n.ºs 1-4 (Jan.-Dez. 2018), pp. 145-212.

VIANA, SÓNIA SANTOS, *Dever de informação e período experimental na Agenda do Trabalho Digno*, em *Reforma da Legislação Laboral. Trabalho Digno. Conciliação entre a vida profissional e familiar*, Estudos APODIT 11, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, pp. 85-122

VICENTE, JOANA NUNES, *Os deveres de informação do empregador à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril de 2023*, em *Questões Laborais*, N.º 63, Julho-dezembro, 2023, pp. 111-135.

VILLALBA SÁNCHEZ, ALICIA, *Hacia el smart labour contract: el papel de las nuevas tecnologías en el processo de ejecución contractual*, em LOURDES MELLA MÉNDEZ (Directora) / ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ (Coordinadora), *La revolución techonológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un recto del siglo XXI*, Worters Kluwer, 2018.



EXISTIRÁ UM VERDADEIRO DIREITO DE OPOSIÇÃO DOS TRABALHADORES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO DE EMPREGADOR NO CONTRATO DE TRABALHO? UMA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE PORTUGAL E DE ANGOLA¹

*RIGHT OF EMPLOYEES TO OBJECT TO THE TRANSFER
OF THE EMPLOYER'S POSITION IN THE EMPLOYMENT AGREEMENT?
COMPARING PORTUGUESE AND ANGOLAN LEGAL SYSTEMS*

Daniela Sousa Marques²

Catarina Levy Osório³

Sumário: 1. Introdução; 2. A transmissão do estabelecimento ou empresa; 3. Do direito de oposição do trabalhador; 3.1. O direito de oposição no ordenamento jurídico português; 3.2. O direito de oposição no ordenamento jurídico angolano; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

¹ As Autoras escrevem com o antigo acordo ortográfico.

Resumo:

O direito de oposição do trabalhador, pese embora seja compatível com as directivas, circunstância reconhecida pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, carece de densificação por parte dos Estados-Membros. Portugal veio a consagrar o direito de oposição em 2018, fixando, contudo, um direito de execução condicionada, na medida em que o seu exercício depende da verificação de determinados requisitos legais. Em contraste, em Angola, a Doutrina reconhece esse direito de oposição, encontrando fundamento nos seus direitos fundamentais, no sentido de o trabalhador poder escolher se acompanha ou não transmissão da empresa ou estabelecimento. O legislador angolano optou por apenas fixar um direito à denúncia decorridos 22 dias úteis após a transmissão.

Abstract:

Although the employee's right to oppose the transfer is compatible with the directives, a fact recognised by the Court of Justice of the European Union, it needs to be fleshed out by the member states. Portugal foreseen the right to oppose to the transfer in 2018, however, it is a conditional right since its exercise depends on the fulfilment of certain legal requirements. In contrast, in Angola, the doctrine recognises this right of opposition, based on fundamental rights, in the sense that the employee can choose whether or not to accompany the transfer

² É licenciada em Direito, pela Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola do Porto, desde 2014, e detém uma pós-graduação em Direito do Trabalho e Segurança Social, desde 2022. Inscrita na Ordem dos Advogados Portuguesa desde 2017. Daniela Sousa Marques colabora com a Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles e Associados, SP, RL, prestando consultadoria nas áreas de direito do trabalho, quer ao nível das relações individuais de trabalho, quer das relações colectivas de trabalho e de segurança social, tendo ainda experiência no âmbito de operações internacionais e transfronteiriços referentes a jurisdições de países de expressão portuguesa, nomeadamente Angola como consultora do escritório ALC Advogados, parceiro angolano da Morais Leitão no âmbito da rede Morais Leitão Legal Circle. Participa em conferências em matérias relacionadas com direito do trabalho.

³ É licenciada em Direito, pela Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola do Porto, desde 1998. Inscrita na Ordem dos Advogados Portuguesa desde 2000 e na Ordem dos Advogados de Angola, desde 2008. Catarina Levy Osório integra a Sociedade de Advogados Morais Leitão, Galvão Teles e Associados, SP, RL, desde 2010, sendo sócia desde 2016 e coordenadora dos assuntos relativos a Angola. É sócia fundadora do escritório ALC Advogados, parceiro angolano da Morais Leitão no âmbito da rede Morais Leitão Legal Circle. Catarina Levy Osório tem experiência relevante no mercado angolano através do acompanhamento de clientes neste mercado, liderando projectos de reestruturação corporativa e de fusões e aquisições, que envolvem investimento privado, societário, legislação cambial, tributária e laboral. Presta também assessoria jurídica geral a empresas nacionais e estrangeiras nas áreas de comercial, societário e imobiliário. Participa frequentemente como palestrante em seminários e conferências.

of the company or establishment. The Angolan legislator chose to only establish a right to resign 22 working days after the transfer.

1. Introdução

A transmissão da empresa ou estabelecimento é uma matéria bastante complexa, dada a sua natureza, especificidades e consequências. É de assaz importância, neste regime, a análise do elemento volitivo das partes para a celebração e manutenção das relações laborais, independentemente da sua maior ou menor autonomia na concreta definição do clausulado dos contratos e/ou das regras da sua cessação. A manifestação mais significativa dessa vontade é precisamente a escolha do empregador pelo trabalhador e vice-versa. Na verdade, não raras vezes o trabalhador apenas aceita celebrar o contrato de trabalho com (e em razão) aquele empregador em específico, o que permite inferir que a identidade do empregador releva no momento da celebração do contrato de trabalho. O mesmo sucede em relação ao empregador, na medida em que este escolhe, igualmente, o trabalhador que pretende contratar para determinada função, o que concretiza o cariz *intuitu personae* dos contratos de trabalho. É, neste contexto da relevância da vontade das partes na constituição e manutenção da relação laboral, que se analisa o regime da transmissão de empresa ou estabelecimento o qual se reflecte na mudança do empregador.

Os legisladores consagram o regime da transmissão da empresa ou estabelecimento nos artigos 285.º e seguintes do Código do

Trabalho⁴ e nos artigos 108.º e seguintes da nova Lei Geral do Trabalho^{5/6}, e, neste âmbito, o direito de oposição do trabalhador à transmissão da posição de empregador no seu contrato de trabalho e ainda o seu direito de fazer cessar o contrato de trabalho.

Propomo-nos a abordar o referido regime de transmissão da empresa ou estabelecimento e, com maior detalhe, o direito de oposição à transmissão da posição do empregador a ser exercido pelos Trabalhadores.

Este regime será analisado no contexto dos ordenamentos jurídicos português e angolano, numa perspectiva de direito comparado. É importante recordar que o regime português é influenciado pela legislação e Jurisprudência europeias, o que se reflectiu na evolução deste regime, sendo igualmente interessante reconhecer que o próprio regime angolano vem colhendo algumas das soluções do regime português, principalmente na nova Lei Geral do Trabalho. Parece-nos, por isso, interessante a análise destes dois regimes numa perspectiva comparada e, mais concretamente, em relação ao eventual direito de oposição do trabalhador nas situações de transmissão de empresa ou de estabelecimento. Nesta medida, e para melhor enquadramento do direito de oposição, passaremos a descrever,

⁴ Em Portugal, o Código do Trabalho foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 13/2023, de 03 de Abril, rectificada pela Rectificação n.º 13/2023, de 29 de Maio (“Código do Trabalho”).

⁵ Em Angola, a nova Lei Geral do Trabalho foi aprovada pela Lei n.º 12/23, de 27 de Dezembro, rectificada pela Rectificação n.º 2/24, de 1 de Março (doravante “nova Lei Geral do Trabalho”) e que entrou em vigor no final de Março de 2024. Esta nova Lei Geral do Trabalho revogou a anterior aprovada pela Lei n.º 7/15, de 15 de Junho (doravante “anterior Lei Geral do Trabalho” ou “Lei do Trabalho de 2015”).

⁶ A este propósito vale recordar (até para demonstrar a clara aproximação da nova Lei Geral do Trabalho ao regime Português) que a anterior Lei Geral do Trabalho se referia a este regime como “mudança de empregador”.

em termos gerais, os principais traços do regime de transmissão de cada um dos países por forma a esclarecer as diferentes opções legislativas.

2. A transmissão da empresa ou estabelecimento

Existem, nas duas jurisdições, duas modalidades de mudança de empregador: a cessão da posição contratual convencional e cessão da posição contratual *ope legis*.

A cessão da posição contratual convencional encontra-se prevista no artigo 424.º do Código Civil Português ou Angolano⁷. Com base neste preceito legal, é possível inferir que o empregador pode transmitir a sua posição contratual, como empregador, a uma entidade terceira, mediante consentimento expreso do trabalhador, passando este a prestar a sua actividade para a entidade terceira.

Sem prejuízo desta possibilidade convencional, no âmbito do regime português, poderá ocorrer, igualmente, uma outra cessão da posição contratual *ope legis*, no caso da transmissão da empresa ou estabelecimento. Por outras palavras, e recorrendo ao artigo 285.º, n.º 1 do Código do Trabalho, “em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmite-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como

⁷ De acordo com o referido artigo, considera-se como cessão da posição contratual “[n]o contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão”.

a responsabilidade pelo pagamento da coima aplicada pela contra-ordenação laboral”⁸, sendo que o n.º 2 da mesma previsão legal indica outras situações às quais se deve aplicar esse regime de transmissão da posição contratual.

No regime angolano, mais concretamente, nos artigos 108.º e seguintes da nova Lei Geral do Trabalho, resulta igualmente o regime da cessão da posição contratual *ope legis*, indicando-se, nestes artigos, as situações abrangidas por este regime, bem como os seus efeitos.

O artigo 108.º, n.º 1 da nova Lei Geral Trabalho refere que a transmissão da empresa ou estabelecimento ocorre por alteração da situação jurídica, definindo-se, no n.º 2 do mesmo preceito, que esta alteração pode ocorrer por trespasse, fusão, cisão, cessão da exploração ou por outras modificações previstas legislação aplicável. Tendo em vista a tutela do trabalhador e a estabilidade da relação jurídico-laboral, encontra-se expressamente previsto no artigo 110.º da nova Lei Geral do Trabalho que estas modificações não fazem extinguir a relação jurídico-laboral. Mantêm, assim, os trabalhadores a antiguidade, as categorias e os direitos em formação, devendo continuar a prestar as actividades contratadas pelo anterior empregador (cfr. artigo 110.º, n.ºs 1, 2 e 5 da nova Lei Geral do Trabalho)⁹. Esta previsão concretiza ainda a transferência dos direitos e obrigações

⁸ A este propósito refira-se somente que a Doutrina e Jurisprudência nacional e europeia têm-se debruçado sobre os conceitos de transmissão e de unidade económica, existindo diversos entendimentos sobre quais as situações que se encontram abrangidas pelo referido regime.

⁹ A nova Lei Geral do Trabalho veio alterar e em alguns casos, simplificar este regime da transmissão. Nesta matéria, a anterior Lei Geral do Trabalho previa que a transmissão se efectuava desde que mantivesse a actividade prosseguida antes da mudança.

relativas aos contratos de trabalho existentes à data dessa transferência (ainda que as relações laborais tenham cessado antes da transmissão), prevendo-se um regime especial de responsabilidade solidária entre o transmitente e o adquirente¹⁰.

Do exposto, resulta evidente que, em ambas as jurisdições, se consagram modalidades de transmissão de posição contratual do empregador e se enquadra a protecção do trabalhador nesses contextos.

3. Do direito de oposição do trabalhador

Concluída esta explicação sumária, iremos debruçar-nos sobre uma das questões mais comuns (e mais complexas) colocada no âmbito do regime de transmissão da empresa ou estabelecimento: não tendo dado o seu consentimento à transmissão da posição de empregador, pode um trabalhador nela potencialmente envolvido recusar, lícitamente, a sua transmissão, afastando-se, assim, o referido regime? Esta é a questão que aqui se pretende analisar.

3.1. O direito de oposição no ordenamento jurídico português

No ordenamento jurídico português, a positivação do direito de oposição é relativamente recente e fruto de uma longa e complexa discussão da Doutrina e Jurisprudência, mas também do

¹⁰ Não é despendendo recordar que a anterior Lei Geral do Trabalho continha uma norma que previa que o regime da transmissão não se aplicava, se os trabalhadores continuassem a prestar a sua actividade para o antigo empregador/transmitente noutro centro de trabalho. Esta norma foi revogada pela nova Lei Geral do Trabalho, o que vem evidenciar a opção do legislador, quanto aos mecanismos de reacção disponíveis para o trabalhador, como veremos melhor de seguida.

posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia. Este direito - que até poderia parecer evidente dada a natureza da relação jus laboral - não foi imediato e, mesmo com a redacção actual do Código do Trabalho, surgem dúvidas quanto à sua efectiva amplitude. Assim, para melhor se compreender o direito de oposição previsto no Código do Trabalho, far-se-á uma breve abordagem do reconhecimento deste direito por decisão do Tribunal da Justiça da União Europeia, seguido da respectiva positivação na ordem jurídica portuguesa.

a. Antecedentes. Breve resenha sobre o reconhecimento do direito de oposição por decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia

Como ponto introdutório, indique-se que, no plano europeu, foram aprovadas três directivas que dispuseram sobre a matéria da transmissão do estabelecimento, a saber: Directiva 77/187/CEE, Directiva 98/50/CE e Directiva 2001/23/CE. Comum a estas directivas é o facto de estas não preverem expressamente qualquer direito de oposição do trabalhador em caso de transmissão. Na verdade, essas directivas vieram tão-só densificar o regime da transmissão de empresa ou estabelecimento, não se pronunciando, contudo, sobre o que sucede aos trabalhadores se se opuserem e se não forem transmitidos.

Esta opção do legislador europeu fica patente em diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia nos quais se reconhece que o objecto de protecção da directiva não é aplicável às situações

em que os trabalhadores, por sua livre e espontânea vontade, decidem não continuar a prestar a sua actividade para o cessionário/entidade terceira, não pretendendo, assim, acompanhar a transmissão.

Como referido, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o direito de oposição do trabalhador à sua transmissão de que é exemplo o acórdão *Katsikas*¹¹.

Este acórdão reconheceu expressamente o direito de oposição do trabalhador, em resposta às seguintes questões prejudiciais submetidas pelo Arbeitsgericht Bamberg e Hamburg: “os órgãos jurisdicionais de reenvio perguntam se o artigo 3.º, n.º 1, da directiva deve ser interpretado no sentido de que um trabalhador empregado pelo cedente à data da transferência, na acepção do artigo 1.º, n.º 1, da directiva, se não pode opor à transferência para o cessionário do seu contrato ou da sua relação de trabalho. 19 Seguidamente, se o trabalhador não se pode opor à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da directiva, os órgãos jurisdicionais nacionais perguntam se o artigo 7.º da directiva deve ser interpretado no sentido de que a interpretação por via jurisprudencial de uma disposição do direito nacional, segundo a qual os trabalhadores têm o direito de se opor à transferência para o cessionário do seu contrato ou da sua relação de trabalho, se inclui entre as “disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores”, referidas neste artigo.”

O aludido acórdão sustentou este direito através da invocação dos direitos fundamentais do trabalhador, mais concretamente, da

¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, datado de 16 de Dezembro de 1992, processos apensos n.os C-132/91, C-138/91 e C-139/91. Disponível em: eur-lex.europa.eu.

sua liberdade na escolha do seu empregador. A este propósito, atente-se à seguinte passagem do mencionado acórdão: “31 Com efeito, se a directiva, que apenas procede a uma harmonização parcial da matéria em causa (v. acórdão Daddy’ s Dance Hall, já referido, n. 16), permite que o trabalhador fique ao serviço do novo empresário nas mesmas condições que as acordadas com o cedente, **não pode ser interpretada como obrigando o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário.** 32 Uma tal obrigação poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente. 33 Daqui resulta que as disposições do artigo 3.º, n.º 1, da directiva **não constituem obstáculo a que um trabalhador decida opor-se à transferência do seu contrato ou da sua relação de trabalho e, desse modo, não beneficie da protecção que lhe concede a directiva**” (destaque nosso).

Porém, e ao contrário do que seria expectável, o Tribunal, nesse acórdão, não estabeleceu quais as consequências do exercício desse direito de oposição. Na verdade, relegou essa decisão para os Estados-Membros, ficando estes incumbidos de proceder à definição das referidas consequências, enunciando, para esse efeito e a título exemplificativo, algumas possíveis consequências. Com especial relevância para o objecto deste estudo, transcreva-se a seguinte passagem: “34 Contudo, tal como decidiu o Tribunal de Justiça (acórdão Berg, já referido, n. 12), a directiva não visa manter o contrato ou a relação laboral com o cedente no caso de o trabalhador empregado na empresa não pretender continuar ao serviço do cessionário. 35 Daí

decorre que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, a directiva não obriga os Estados-membros a determinar que o contrato ou relação de trabalho se mantenham com o cedente. Nessa hipótese, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. 36 Em particular, os Estados-membros podem prever que, neste caso, o **contrato ou a relação de trabalho devam ser considerados como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal**. Podem também prever que **o contrato ou a relação de trabalho se mantenham com o cedente**” (destaque nosso).

Em conclusão:

- a) o Tribunal de Justiça considerou que, pese embora da directiva (que regula estas matérias) não resultasse qualquer obrigação de o trabalhador manter o seu contrato de trabalho com a nova entidade (i.e. cessionário/entidade terceira) - obrigação esta que seria passível de violar os direitos fundamentais do trabalhador -, a mesma directiva não obrigava os Estados-Membros a decidir pela manutenção do contrato de trabalho com o cedente.
- b) Na verdade, o Tribunal exemplifica potenciais consequências dessa oposição que poderão estar relacionadas com a cessação dos contratos (por iniciativa do trabalhador ou por iniciativa do empregador), ou a manutenção do contrato com o cedente (i.e. empregador originário)¹².

¹² A este propósito, veja-se MONTEIRO FERNANDES: “Nunca houve dúvidas, quer por parte do Tribunal de Justiça, quer na jurisprudência nacional, sobre a inadmissibilidade da sujeição do trabalhador ao automatismo do efeito sub-rogatório da transmissão. O Tribunal de Justiça enfatizou até que uma tal hipótese “poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador que deve ser livre de

- c) No fundo, estariam disponíveis três opções para o trabalhador:
- 1) aceitação da sua transmissão para o cessionário/transmissário;
 - 2) cessação do seu contrato de trabalho cessar; 3) manutenção do seu contrato de trabalho com o cedente/transmitente.

Ora, este entendimento tem criado inúmeras dificuldades interpretativas e legislativas, pelo menos, no caso português, como se verá adiante.

b. O direito de oposição em Portugal

O direito de oposição do trabalhador à transmissão tem vindo a ser debatido, há vários anos, pela Doutrina e Jurisprudência portuguesas.

Para melhor enquadramento, é importante recordar que a Jurisprudência portuguesa inicialmente não reconheceu esse direito de oposição. Em relação a esta posição, veja-se o que refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2004¹³: “Quanto à possibilidade de os trabalhadores recusarem a mudança e se mantiverem ao serviço do cedente, a jurisprudência nacional não a vinha

escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente”. Mas também se não admitia que a oposição do trabalhador pudesse ter como efeito a sua permanência ao serviço do transmitente. Por outras palavras: não se quis consagrar um verdadeiro direito de oposição, cujo exercício conduzisse à manutenção do status quo ante, mas um direito de recusa com consequências indefinidas. Na verdade, o Tribunal Europeu considerou haver, na Directiva, espaço suficiente para que, ao nível nacional, as consequências de recusa do trabalhador possam ser definidas, quer em termos de extinção do contrato, quer de manutenção do vínculo com o transmitente” (cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 464 e 465).

¹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 27 de Maio de 2004, processo n.º 0352467, Relator Vítor Mesquita, consultável em www.dgsi.pt.

reconhecendo. Segundo esta jurisprudência (31), a transferência do estabelecimento não afecta os contratos de trabalho e, tal como não é necessário o consentimento dos trabalhadores para se verificar o efeito translativo dos contratos de trabalho, está igualmente vedado aos trabalhadores oporem-se aquela consequência. O enfoque na “despersonalização” da relação de trabalho que a transmissão “ope legis” prevista no art. 37º sugere, levou a que a citada jurisprudência concluísse pela negação da possibilidade de o trabalhador recusar a mudança, mas já o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2002.10.02 (32), sublinhando não ser exigível o consentimento dos trabalhadores para a transmissão dos contratos de trabalho nos termos do preceituado no art. 37º da LCT, admite que o trabalhador, se tiver razões para tanto, rescinda o contrato de trabalho com o cedente com justa causa. entendendo que “a transferência do estabelecimento não afectava os contratos de trabalho e, tal como não era necessário o consentimento dos trabalhadores para se verificar o efeito translativo dos contratos laborais, estava igualmente vedado aos trabalhadores oporem-se àquela consequência”.

De facto, a Jurisprudência pareceu assentar a sua posição numa interpretação literal das disposições legais aplicáveis, afastando esse direito de oposição¹⁴. Pese embora parte da Doutrina tenha, numa primeira fase, acompanhado esta perspectiva acerca do direito de oposição¹⁵, já, numa segunda fase, é possível identificar posições no

¹⁴ Neste sentido, vide o Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 30 de Junho de 1999, processo n.º 98S390, Relator Manuel Pereira, consultável em www.dgsi.pt. A este propósito vide RUI CARMO OLIVEIRA, *Transmissão de Estabelecimento: o direito de oposição e a noção de unidade económica* (Lei n.º 14/2018), 1.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2021, p. 51.

¹⁵ A este propósito vide RUI CARMO OLIVEIRA, *Transmissão de Estabelecimento*, cit., p. 52.

sentido de reconhecer a existência de um direito de oposição (não obstante as justificações desse direito e os correspondentes efeitos não fossem sempre evidentes)¹⁶.

Esta abertura por parte da Doutrina foi acolhida pela Jurisprudência que, embora tenha reconhecido o direito de oposição, não se pronunciava directamente sobre o destino a dar aos contratos, nessas situações. A título exemplificativo, o mesmo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2004 citado *supra* decidiu pelo reconhecimento desse direito, devendo-se atentar à seguinte passagem: “Não o tendo feito o legislador português, há uma lacuna a integrar nos termos gerais, considerando este professor defensável que nestas circunstâncias se reconheça ao trabalhador o direito de rescindir o contrato sem aviso prévio (38), o direito de manter a sua relação contratual com o transmitente quando tal seja possível (p. ex. quando tenha outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador - cfr. os arts. 27º, nº 3 do D.L. nº 64-A/89 de 27 de Fevereiro e 3º, nº 1 do D.L. nº 400/91, que considera constituírem o afloramento de um princípio geral imposto pela boa fé na execução dos contratos) ou que se considere verificada a caducidade do contrato - nos termos do art. 6º do D.L. nº 64-A/89 aplicado por analogia - nos casos em que seja impossível a subsistência da relação laboral com o cedente por haver um facto (a transmissão que impossibilita o recebimento da prestação que o trabalhador continua disposto a oferecer. Chama também a atenção este professor para a circunstância de a norma que estabelece a transmissão automática dos contratos

¹⁶ A este propósito vide RUI CARMO OLIVEIRA, Transmissão de Estabelecimento, cit., p. 52 a 56.

de trabalho se poder converter em fácil expediente para se contornar a tutela dos postos de trabalho pois “se a externalização de actividades é um processo inteiramente legítimo, já não o é a preparação de uma fuga à responsabilidade inerente a um despedimento colectivo através, por exemplo, da alienação de um estabelecimento ou de parte de um estabelecimento para uma outra sociedade (ainda que do mesmo grupo ou até criada especificamente para o efeito), muitas vezes desprovida de património”. Refere ainda que alguns casos submetidos à apreciação do TJ os trabalhadores tenham pretendido que não existia transferência de estabelecimento, o que não deixa de ser “sintomático” (pois que em alguns casos pode o trabalhador preferir não ter a tutela da norma e ter a faculdade de se opor à transferência do seu contrato de trabalho). Em acórdão de 2002.06.19, o STJ (39) entendeu que decorre da interpretação a dar ao art. 37, da LCT (em conjugação com a Directiva nº 77/187/CEE) a necessidade da entidade empregadora dar conhecimento aos trabalhadores da transmissão da empresa a fim de conceder aos mesmos a oportunidade de se oporem à transmissão da respectiva posição contratual. Subscrevemos inteiramente esta orientação doutrinária e jurisprudencial recente no sentido de que deve reconhecer-se ao trabalhador o direito de se recusar à transmissão da posição patronal no contrato de trabalho que vem mantendo com o cedente nos casos de transmissão ou cessão de exploração (total ou parcial) do estabelecimento onde exerce a sua actividade em execução do referido contrato” (destaque nosso)¹⁷.

¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 27 de Maio de 2004, processo n.º 0352467, Relator Vítor Mesquita, consultável em www.dgsi.pt.

Assim, os Autores e Jurisprudência abordaram a legalidade do direito de oposição entre os direitos do empregador e a sua liberdade negocial e os direitos fundamentais e autonomia privada do trabalhador, parecendo ser assim unânime que esse direito de oposição (com maior ou menor amplitude) existia e tinha relevância jurídica, posição esta que, evidentemente, levou a outras questões relacionadas com a forma e as consequências do exercício desse direito de oposição. Veja-se a seguintes palavras de ROSÁRIO PALMA RAMALHO: “assim, caso o trabalhador não quisesse acompanhar o estabelecimento transmitido e se opusesse à transmissão do seu próprio contrato, os efeitos dessa oposição podiam ser, em alternativa, os seguintes: resolução do contrato com justa causa, nos termos do art. 394º n.º 3 b) (i.e, com fundamento na alteração substancial das condições de trabalho ao abrigo dos poderes do empregador), ou até com fundamento no art. 394º n.º 2 b) ou e), se provasse que a operação de transmissão tinha um intuito fraudulento e, nesse caso, com direito à indemnização prevista no art. 396º n.º 1); ou a denúncia do contrato com aviso prévio, nos termos do art. 400º n.º 1”¹⁸. Havendo ainda outros Autores que até admitiam a manutenção do contrato de trabalho com o transmitente¹⁹.

Em 2018, é aprovada a Lei n.º 14/2018, de 19 de Março, que aditou o artigo 286.º-A ao Código do Trabalho, dizendo o seguinte: “1 - O trabalhador pode exercer o direito de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho em caso de

¹⁸ Cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 779 e 780.

¹⁹ A este propósito vide RUI CARMO OLIVEIRA, *Transmissão de Estabelecimento*, cit., p. 52 a 56.

transmissão, cessão ou reversão de empresa ou estabelecimento, ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, nos termos dos n.os 1, 2 ou 10 do artigo 285.º, quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança. 2 - A oposição do trabalhador prevista no número anterior obsta à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho, nos termos dos n.os 1, 2 ou 10 do artigo 285.º, mantendo-se o vínculo ao transmitente. 3 - O trabalhador que exerça o direito de oposição deve informar o respetivo empregador, por escrito, no prazo de cinco dias úteis após o termo do prazo para a designação da comissão representativa, se esta não tiver sido constituída, ou após o acordo ou o termo da consulta a que se refere o n.º 4 do artigo 286.º, mencionando a sua identificação, a atividade contratada e o fundamento da oposição, de acordo com o n.º 1”. Veio também, no mesmo diploma, prever expressamente a resolução com justa causa com base nos motivos de 286.º-A do Código do Trabalho, a qual se encontra prevista no artigo 394.º, n.º 3, alínea d) do mesmo diploma, com direito a indemnização, conforme resulta do artigo 396.º, n.º 5 do Código do Trabalho. Parecia, assim, que a querela ficaria resolvida, porém, este novo artigo veio levantar questões adicionais. Assim, vejamos.

De uma leitura preliminar deste preceito de 286.º-A, conclui-se, desde logo, que o legislador pretendeu consagrar um direito de oposição condicionado, ou seja, existente apenas em duas situações: a) quando a transmissão lhe possa causar prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do

adquirente; ou b) se a política de organização de trabalho deste não lhe merecer confiança²⁰. Uma segunda conclusão é que se pretendeu manter o vínculo com o transmitente, em caso de transmissão. Não obstante importa ressaltar que esse regime é omissivo sobre os termos em que essa manutenção se deve operar, prevendo-se tão-só o momento em que este direito de oposição deve ser exercido (cfr. n.º 3 do artigo 286.º-A do Código do Trabalho)²¹.

Esta solução - distante da preconizada, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão - gerou(a) inúmeras dúvidas interpretativas e de aplicação do instituto, já que embora parecendo que o legislador tinha pretendido estabelecer um equilíbrio entre as posições do empregador e do trabalhador, esse equilíbrio poderá, na prática, não ter sido sempre alcançado: por um lado, ao trabalhador apenas é atribuído um direito condicionado com uma dificuldade acrescida em termos de prova²² e que lhe permitirá eventualmente (não é certo que o consiga) obter um determinado resultado: manter-se ao serviço do transmitente,; por outro, quer o transmitente quer o adquirente podem, no limite, ficar com um número excedentário (no caso do transmitentes) ou deficitário (no caso do adquirente) de trabalhadores com impacto na estrutura económica e organizativa²³.

²⁰ Cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado, cit., p. 781.

²¹ Cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado, cit., p. 784.

²² Acerca das dificuldades interpretativas e de prova, vide RUI CARMO OLIVEIRA, Transmissão de Estabelecimento, cit., p. 78 a 83.

²³ A este propósito, veja-se JOÃO LEAL AMADO, Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 147.º, n.º 4010, Maio-Junho de 2018, p. 294 e 295, e Pedro Romano Martinez e Pedro Madeira de Brito, O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano LIX (XXXII da 2.ª Série), n.º 1-4, p. 22 e 23.

Paralelamente com este regime, sempre se discutiu a possibilidade de resolução com justa causa, considerando que o trabalhador poderia apenas decidir pela extinção do vínculo. Assim, a Doutrina e a Jurisprudência entendiam que ao trabalhador sempre assistiria o direito de resolução com justa causa com base em alteração substancial das condições contratuais²⁴. Porém, esta modalidade não conferia qualquer direito de indemnização ao trabalhador. A novidade em 2018 foi a consagração expressa da transmissão para o adquirente da posição do empregador no seu contrato de trabalho como resolução com justa causa, com os fundamentos previstos no artigo 286.º-A do Código de Trabalho. Ademais, caso o trabalhador opte por resolver o contrato com este fundamento terá direito a compensação calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho, de acordo com o disposto no artigo 396.º, n.º 5 desse diploma. Em relação a esta modalidade levantam-se, igualmente, problemas quanto à fundamentação e prova deste direito de resolução, inclusive contra quem deve ser exercido este direito²⁵.

Estes cenários não estão, no entanto, isentos de dúvidas, na medida em que obrigam o trabalhador a provar as situações por si invocadas para aplicação destes normativos, como seja o prejuízo sério ou esta nova organização não merecer a sua confiança. Estas situações não obedecem aos mesmos princípios probatórios e de fiscalização da sua validade e respectiva conformidade legal - ou seja, enquanto a primeira relativa ao prejuízo sério parece poder ser sujeita

²⁴ Cfr. a título exemplificativo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado*, cit., p. 784.

²⁵ Cfr. a título exemplificativo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado*, cit., p. 783.

a controlo administrativo e judicial (pese embora se levantem muitas dúvidas acerca do conceito e amplitude de prejuízo sério), já a segunda assenta num juízo subjectivo a efectuar por parte do trabalhador cujo controlo judicial se torna praticamente impossível de executar^{26_27}.

Releva, por isso, para estes efeitos, o dever de informação e de consulta, cujo procedimento se encontra previsto no artigo 286.º do Código do Trabalho, na medida em que o cumprimento deste dever

²⁶ Cfr. a título exemplificativo, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado*, cit., p. 781.

²⁷ A este propósito, com relevância para o afirmado, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 06 de Março de 2024, processo n.º 889/21.0T8EVR.E1.S1, Relator Júlio Gomes, consultável em www.dgsi.pt, que se pronuncia sobre estas matérias, referindo que: “O trabalhador pode exercer o seu direito de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho em caso de transmissão, cessão ou reversão de empresa ou estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua unidade económica, nos termos dos números 1, 2 ou 10 do artigo 285.º, quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização de trabalho deste não lhe merecer confiança”. O atual n.º 3 do artigo 286.º-A (anterior n.º 2) exige que a oposição seja feita por escrito e com a menção, designadamente, do fundamento da oposição. Antes de mais, importa assinalar que o prejuízo sério a que alude a lei não é um prejuízo já ocorrido, tanto mais que o trabalhador está aqui a exercer o seu direito de oposição em momento anterior à transmissão. E isto resulta inequivocamente da letra da lei: “quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério”. Trata-se, pois, de uma possibilidade de prejuízo sério. Depois, atente-se a que a lei para que o trabalhador funde este temor de um prejuízo futuro enuncia, mas a título meramente exemplificativo - “nomeadamente” - duas situações: a manifesta falta de solvabilidade ou a situação financeira difícil do adquirente. Trata-se apenas de dois exemplos e não de uma enumeração taxativa. A lei refere-se, depois, a desconfiança do trabalhador face à política de organização do trabalho do adquirente. O Acórdão da Relação do Porto, de 20-09-2021, proc. n.º 2203/20.2T8VFR.P1, citado expressamente pela sentença de 1.ª instância, afirma, a este propósito, o seguinte: “Quanto à falta de confiança na política de organização do trabalho do adquirente, ainda que envolva um juízo de prognose do trabalhador, de conteúdo subjetivo e indeterminado, essa não confiabilidade poderá ser de alguma forma sindicada pela análise dos factos invocados, dos quais possa resultar essa desconfiança à luz de um critério objetivo e razoável, tendo em conta a perspetiva de um trabalhador médio, possuidor dos conhecimentos e na concreta situação do trabalhador em causa”.

irá desencadear o correcto exercício do direito de oposição ou de resolução com justa causa²⁸.

Concluindo, estas disposições vêm clarificar a intenção do legislador em prever dois tipos de direitos: 1) direito de oposição (ainda que condicionado); ou 2) direito à cessação do contrato de trabalho. A única particularidade é que o direito de resolução com justa causa com estes fundamentos permite ao trabalhador aceder à compensação, calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho, possibilidade que anteriormente lhe estava legalmente vedada. Não deixa, por isso, de ser interessante verificar que o ordenamento jurídico angolano optou por uma técnica legislativa diferente, nesta matéria, como iremos ver de seguida.

3.2. O direito de oposição no ordenamento jurídico angolano

Analisamos agora o regime angolano no sentido de compreender as similitudes (ou não) das soluções dos legisladores das duas jurisdições. Antecipe-se, desde já, que em Angola o legislador não só não previu expressamente o direito de oposição como também estipulou, para estas situações, um regime de cessação do contrato distinto.

²⁸ Sobre as consequências da insuficiência das informações prestadas ao abrigo deste dever, vide RUI CARMO OLIVEIRA, *Transmissão de Estabelecimento*, cit., p. 89 e 90.

3.3. Antecedentes. Resenha das anteriores redacções da Lei Geral do Trabalho

A Lei Geral do Trabalho, aprovada pela Lei n.º 2/00 (“Lei Geral do Trabalho de 2000”) não previa qualquer direito de oposição, em caso de transmissão de empresa ou de estabelecimento. Porém, ainda que não existisse um verdadeiro reconhecimento legal do direito de oposição, é curioso que o artigo 72.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho de 2000 previa o seguinte: “nos 30 dias seguintes à mudança de empregador, os trabalhadores podem despedir-se, **tendo direito à indemnização por despedimento indirecto se provarem que da mudança podem resultar prejuízos para a relação jurídica-laboral**” (em conjugação com os artigos 251.º e 265.º da Lei Geral do Trabalho). Esta norma parecia abranger duas modalidades de cessação do contrato: a) resolução com justa causa (desde que o trabalhador provasse que da mudança poderiam resultar prejuízos para a relação jurídico-laboral e assim peticionar a respectiva indemnização); b) resolução sem justa causa (também designada por denúncia do contrato). Enquanto a primeira conferia direito a indemnização por despedimento indirecto, a segunda não conferia qualquer direito indemnizatório.

Entendeu a Doutrina, neste âmbito, que o legislador deu o primeiro passo para o reconhecimento (ainda que indirecto) de um direito de oposição do trabalhador ²⁹.

²⁹ Neste sentido, vide SOFIA VALE, Da Existência De Um Direito De Oposição Do Trabalhador À Transmissão Ope Legis Do Contrato De Trabalho No Direito Angolano, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º 12, Luanda, 2012, p. 10.

Entretanto, a Lei Geral do Trabalho de 2000 foi revogada pela Lei Geral do Trabalho de 2015 cujo artigo 69.º, n.º 4 passou a prever que “Nos vinte e dois (22) dias seguintes à mudança de empregador, os trabalhadores têm direito de rescindir o contrato com aviso prévio”, surgindo a dúvida sobre se a intenção real do legislador foi a de abolir a aludida modalidade de resolução com justa causa com as inerentes consequências (como a não atribuição de indemnização), num esforço de facilitar as transmissões de estabelecimentos ou empresas, e se a denúncia com aviso prévio (que já resultava das disposições gerais) constituía a única modalidade de defesa ao dispor do trabalhador para se opor à mudança do empregador.

Esta disposição da Lei Geral do Trabalho de 2015 foi mantida pela nova Lei Geral do Trabalho e espelha uma solução distinta da encontrada no ordenamento jurídico português.

3.4. A actual redacção da nova Lei Geral do Trabalho

Antes de passarmos à análise da (in)existência de um direito de oposição no ordenamento jurídico angolano, é importante referir que a nova Lei Geral do Trabalho contém algumas previsões distintas, em matéria de responsabilidade do transmitente e do transmissário, que poderão relevar para a presente análise.

Como ponto preliminar, refira-se que o artigo 110.º da nova Lei Geral do Trabalho prevê que “os direitos e as obrigações do transmissor emergentes de um Contrato de Trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência da empresa ou do estabelecimento são transferidos para o adquirente, ainda que a relação

jurídico-laboral tenha cessado antes da transmissão. O transmitente e o adquirente são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes de um Contrato de Trabalho ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transmissão”.

Por outro lado, a nova Lei Geral do Trabalho claramente refere que a “modificação da situação jurídica do empregador não constitui causa de extinção da relação jurídico-laboral”.

Ora, da conjugação destas normas parece resultar, por um lado, uma transmissão automática dos trabalhadores através da assunção, na sua plenitude, da posição do empregador pela nova entidade (adquirente), incluindo quanto aos contratos que cessaram antes da mudança do empregador. Por outro lado, estipula-se uma plena responsabilidade do novo empregador pelas obrigações decorrentes dos contratos de trabalho, o que poderá justificar a solução preconizada para o direito de oposição no ordenamento angolano, como veremos adiante.

Do exposto - e das disposições elencadas - parece possível entender-se que o legislador angolano pretendeu, de alguma forma, substituir-se à vontade do trabalhador ao estabelecer uma espécie de transmissão automática do contrato de trabalho, criando, simultaneamente, um mecanismo de responsabilização de ambos os empregadores.

Esta intenção do legislador parece também evidente quando alterou as normas relativas à informação a prestar aos trabalhadores. A nova Lei Geral do Trabalho prevê agora um verdadeiro dever de informação aos trabalhadores em que o transmitente está obrigado a cumprir um procedimento formal em que informa os trabalhadores

(ou os seus representantes) acerca da transmissão, incluindo os motivos e a data da sua efectivação, as suas consequências para os trabalhadores e as medidas previstas para estes, sendo possível pedir esclarecimentos³⁰. Com este dever de informação, o trabalhador (e os seus representantes) poderá(ão) ter uma maior visibilidade dos contornos da transmissão e, se necessário, recorrer aos mecanismos de reacção disponíveis.

Assim, entendemos que o reconhecimento destes direitos não reside nas consequências do facto jurídico transmissão, mas sim no direito fundamental de respeito pela sua dignidade e vontade, podendo escolher o seu trabalho e, por inerência, o seu empregador, devendo, para esse efeito, ser informado de todas as condições³¹. Não obstante não podemos deixar de notar que o legislador angolano não tratou directamente da possibilidade de oposição por parte do trabalhador à transmissão da posição do empregador nem das consequências da mesma.

No entanto, partilhamos o entendimento de Autores em Angola e dos Autores portugueses (e da própria Jurisprudência portuguesa e europeia), que esta é a génese do reconhecimento do próprio direito de oposição do trabalhador à transmissão da posição do empregador.

³⁰ É interessante verificar que o legislador angolano optou por prever no artigo 113.º a amplitude do dever de informação do transmitente e as consequências da sua inobservância - ou seja, prevê-se que o transmitente deve notificar o adquirente de todos os direitos e obrigações transferidos para este. A falta desta notificação, pese embora não impeça a transmissão desses direitos e obrigações, faz recair sobre o transmitente a responsabilidade por quaisquer danos sofridos pelo adquirente.

³¹ Neste sentido, vide, a título exemplificativo, SOFIA VALE, Da existência, cit., p. 15.

Resultam, assim, duas questões: a) a nova Lei Geral do Trabalho afastou o direito de oposição?; e b) poderá o direito de oposição ser exercido no caso de cumprimento do dever de informação?

Quanto à primeira questão, é importante ressaltar que, embora a nova Lei Geral do Trabalho preveja a transmissão automática dos contratos de trabalho, assegurando-se todos os direitos e obrigações do empregador e do trabalhador, esta estabeleceu também no artigo 110.º, n.º 6, um mecanismo de defesa dos trabalhadores - i.e. “Nos 22 dias úteis seguintes à transmissão da empresa ou estabelecimento, os trabalhadores têm direito de resolver o Contrato de Trabalho com aviso prévio, nos termos do disposto no artigo 305.º”³². Vejamos, de seguida, se foi acolhido um verdadeiro direito de oposição no ordenamento angolano.

Neste sentido, refira-se que LIBERAL FERNANDES e MARIA REGINA REDINHA - ainda que a propósito da anterior Lei Geral do Trabalho - parecem admitir a existência de um direito de oposição, argumentando que o regime da transmissão não parece exigir que o trabalhador aceite a transmissão do seu contrato de trabalho - até porque tal exigência sempre seria considerada como violadora da liberdade de trabalho e de escolha do empregador que são direitos constitucionalmente protegidos -, na medida em que não parece impedir o exercício do direito de denunciar o contrato de trabalho com aviso prévio³³. Todavia, os mesmos Autores referem que, mesmo que a Lei Geral do Trabalho não impeça o trabalhador de recusar essa transferência, “semelhante recusa apenas produzirá efeitos [se o cedente

³² O artigo 305.º da nova Lei Geral do Trabalho prevê a possibilidade de o trabalhador, sem justa causa, denunciar o contrato de trabalho.

³³ Cfr. LIBERAL FERNANDES e MARIA REGINA REDINHA, Contrato, cit., p. 256.

consentir], o que, a verificar-se, não é mais do que uma manifestação da liberdade de rescisão do contrato por mútuo acordo. Excluída esta situação, o trabalhador transferido não goza de qualquer outra garantia em caso de transmissão a não ser o direito de rescindir o seu contrato de trabalho nos termos referidos no art. 69.º, n.º 4”³⁴. Parecem, assim, apenas admitir a possibilidade de exercício de direito de oposição, se o cedente assim consentir (hipótese que julgamos ser de difícil verificação), ou a denúncia do contrato de trabalho.

Entendemos que, nesta fase, o direito angolano ainda não acolheu um verdadeiro direito de oposição do trabalhador à transmissão, optando por fixar apenas um direito de cessação do contrato de trabalho nos vinte e dois dias úteis seguintes, reconduzido à modalidade de denúncia prevista no artigo 305.º da nova Lei Geral do Trabalho. Porém, e como referimos acima, entendemos que o direito de oposição não se poderá limitar à possibilidade de cessação do contrato, sendo que, quer em Portugal, quer em Angola, um acordo entre o transmitente/cedente e o trabalhador poderia ser sempre efectuado, na medida em que tal resulta da autonomia e liberdade das partes.

Evidencie-se a este respeito que o direito de denúncia consagrado no artigo 110.º, n.º 6 da nova Lei Geral do Trabalho apenas poderá ser exercido, após a transmissão da empresa ou do estabelecimento, o que vem reforçar que este direito de cessação não poderá ser considerado como direito de oposição, na medida em que a manifestação da oposição pressupõe que seja feita em momento anterior à própria transmissão. A este propósito veja-se, a título

³⁴ Cfr. LIBERAL FERNANDES e MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., p. 256.

exemplificativo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça supra-mencionado em que se exige a oposição se verifique antes da transmissão, por forma a produzir o seu efeito útil. Poder-se-ia argumentar dizendo que este direito apenas está previsto para um momento posterior, dado o regime protector resultante da responsabilidade solidária do transmitente e do transmissário.

Em relação à possibilidade de resolução com justa causa, parece-nos que esta sempre poderia ser exercida, desde que os requisitos gerais previstos no artigo 303.º da nova Lei Geral do Trabalho.

Nesta matéria, SOFIA VALE foi mais longe e, ao defender a existência de um direito de oposição, colocou duas hipóteses que permitiriam responder aos problemas decorrentes desse exercício: a) sempre que possível, o empregador (transmitente) deveria “procurar enquadrar o trabalhador num outro posto de trabalho que seja compatível com as suas funções”, abrindo a possibilidade de acordo das partes; b) se não fosse possível enquadrar o trabalhador noutro posto de trabalho (por exemplo, o empregador transmite a totalidade da sua empresa) e admitindo que não seria possível invocar a resolução com justa causa fundada em prejuízo sério - solução legal de 2000 que foi revogada pela anterior e a nova Lei Geral do Trabalho e que a benefício do raciocínio aqui se coloca -, ao trabalhador apenas restaria a hipótese de resolução com fundamento na alteração substancial e duradoura das condições de trabalho³⁵.

Em conclusão, pese embora admitamos ser possível a defender a existência do direito de oposição, recorrendo aos princípios gerais que conformam a relação jurídica, parece-nos que o legislador

³⁵ Cfr. SOFIA VALE, Da existência, cit., p. 19.

pretendeu deliberadamente afastar um eventual exercício desse direito de oposição - na verdadeira acepção desse direito, i.e. o trabalhador ter a faculdade de se opor à transmissão do seu contrato -, optando, apenas prever a possibilidade de cessar o contrato de trabalho com aviso prévio ou, eventualmente, resolver o contrato de trabalho. Sem prejuízo, atentando ao novo dever de informação, parece-nos que este poderá vir a ser o primeiro passo para a consagração legal do direito de oposição, pois, sem o cumprimento do dever de informação, o trabalhador não estaria habilitado a, livremente e sem condicionantes, opor-se à transmissão do seu contrato de trabalho, aguardando-se, assim, pelo pronunciamento futuro do legislador angolano.

4. Conclusão

O direito de oposição dos trabalhadores à transmissão da posição de empregador resulta dos seus direitos fundamentais, da liberdade do trabalhador em escolher o empregador para o qual pretende prestar a sua actividade.

Este direito foi reconhecido em diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo posteriormente sido reconhecido na Doutrina e Jurisprudência portuguesa. Em Portugal, a sua posituação ocorre em 2018, estabelecendo-se, contudo, um direito de oposição condicionado à verificação de determinados requisitos - requisitos esses que carecem de prova e estão sujeitas, dentro do possível, ao controlo judicial. Paralelamente, previu-se um direito de

resolução do contrato de trabalho com justa causa com base no mesmo fundamento com direito a uma compensação.

Em Angola, o regime da transmissão de empresa ou de estabelecimento tem vindo a sofrer alterações com as sucessivas Leis Gerais do Trabalho, sendo que a nova Lei Geral do Trabalho veio introduzir alterações consideráveis, até mesmo em termos de procedimentos, efeitos e diferentes graus de responsabilidade, evidenciando uma crescente preocupação por parte do legislador em acautelar as posições das partes. Sem prejuízo, a nova Lei Geral do Trabalho manteve a solução de cessação do contrato por denúncia, nos 22 dias úteis seguintes à transmissão da empresa ou estabelecimento, não se consagrando, a nosso ver, um verdadeiro direito de oposição do trabalhador à transmissão da posição de empregador. Pode entender-se, contudo, com base nas alterações introduzidas pela nova Lei Geral do Trabalho, estão a ser dados os primeiros passos em direcção à futura positivação deste direito.

Referências bibliográficas:

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato de trabalho - o novo regime jurídico angolano*, 1.^a ed., Vida Económica, Porto, 2015.

JOÃO LEAL AMADO, *Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição*,

in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 147.º, n.º 4010, Maio-Junho de 2018.

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho de Angola*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO MADEIRA DE BRITO, *O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano LIX (XXXII da 2.ª Série), n.º 1-4.

RUI CARMO DE OLIVEIRA, *Transmissão de Estabelecimento: o direito de oposição e a noção de unidade económica (Lei n.º 14/2018)*, 1.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2021.

SOFIA VALE, *Da Existência De Um Direito De Oposição Do Trabalhador À Transmissão Ope Legis Do Contrato De Trabalho No Direito Angolano*, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º 12, Luanda, 2012.



IGUALDADE RETRIBUTIVA: A DIRETIVA DA TRANSPARÊNCIA REMUNERATÓRIA E O REGIME NACIONAL

*EQUAL PAY: THE PAY TRANSPARENCY DIRECTIVE (EU)
AND THE PORTUGUESE LEGAL FRAMEWORK*

Guilherme Dray*

Sumário: Nota prévia - Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Romano Martinez. Enquadramento. 1. Igualdade e não discriminação no Direito da União Europeia. 1.1. Enquadramento geral. 1.2. A Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória 1.2.1. Enquadramento geral. 1.2.2. O conteúdo normativo da Diretiva. 2. A igualdade e não discriminação no ordenamento jurídico nacional 2.1. A igualdade na Constituição da República Portuguesa. 2.2. A igualdade no Código do Trabalho 2.2.1. Enquadramento. 2.2.2. O regime da igualdade e da igualdade retributiva. 2.3 Setor empresarial do Estado e empresas cotadas em bolsa. 2.4. A Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto. 3. Conclusões.

* GUILHERME DRAY é Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado e Vice-Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Advogado. Foi *Visiting Professor* da *Georgetown University*, Washington DC, USA (2017) e coordenador Científico do Livro Verde Sobre o Futuro do Trabalho (2021), publicado pelo Governo português. É autor de diversas monografias e artigos científicos em matéria de Direito do Trabalho.

Resumo:

O presente artigo versa sobre o princípio da igualdade retributiva, na sequência da aprovação da Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória e mecanismos que garantam a sua aplicação. Analisa-se o princípio da igualdade, em geral, bem como a sua concretização em matéria de igualdade salarial, quer no Direito da União Europeia, quer no ordenamento jurídico nacional. No final, analisa-se o conteúdo normativo da citada Diretiva (UE) 2023/970, confrontando-a com o regime legal em vigor em Portugal.

Abstract:

This Article deals with the principle of equal pay, following the adoption of Directive (EU) 2023/970 of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and mechanisms to ensure its implementation. The principle of equality in general and its implementation is analysed, in both European Union law and national law. In the end, the normative content of the aforementioned Directive (EU) 2023/970 is scrutinised, comparing it with the legal regime in force in Portugal.

Nota Prévia - Homenagem ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez

O presente artigo insere-se no Número Especial da *Revista Internacional de Direito do Trabalho* (RIDT), de Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Romano Martinez.

As minhas primeiras palavras vão, por isso, para o Professor Pedro Romano Martinez, com o qual trabalhei de perto e convivi durante mais de 25 anos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e no Instituto de Direito do Trabalho.

Aqueles que privaram de perto com o homenageado podem testemunhar o que agora enuncio - mais do que um colega de trabalho, o Professor Pedro Romano Martinez foi uma referência e um bom amigo, acompanhando de perto e apoiando a carreira académica de

diversos docentes da Faculdade de Direito de Lisboa. Foi assim comigo. Apoiou-me sempre, designadamente aquando dos trabalhos para a elaboração e discussão das teses de Mestrado e de Doutoramento.

Tive o privilégio de fazer parte, inúmeras vezes, da sua equipa de docentes da disciplina de Direito do Trabalho, que regeu ao longo de vários anos. Mais importante do que isso, integrei, com o mesmo, o elenco de fundadores do *Instituto de Direito do Trabalho*, um caso de sucesso na organização de cursos de pós-graduação e na difusão científica deste ramo de direito, sob a batuta do homenageado. Além do mais, fiz parte do Grupo de Trabalho responsável pela elaboração do anteprojeto do primeiro Código do Trabalho português - o Código do Trabalho de 2003 - sob a coordenação do mesmo Professor.

O Professor Pedro Romano Martinez soube coordenar esse Grupo de Trabalho, formado por pessoas com diferentes visões do Direito do Trabalho, com elevada mestria. A forma como conduziu e orientou os trabalhos, dirimiu alguns dissensos e conduziu os trabalhos da equipa, foi exemplar e retrata a sua forma de estar na vida. Mais do que dividir, soube juntar. Perante diferentes pontos de vista, soube agregar. Ao invés de rejeitar soluções distintas das que propunha, teve sempre a humildade de a elas se adaptar. Os tempos que vivemos na elaboração daquele anteprojeto, bem como o período que se seguiu à aprovação do Código do Trabalho de 2003, em que tivemos a oportunidade de o expor e explicar em inúmeros fóruns e conferências em todo o país - incluindo as ilhas - ficam na memória. Assim como fica na memória a forma como sempre conduziu e coordenou os trabalhos do *Código do Trabalho Anotado*, um caso de sucesso

editorial, já com 13 edições publicadas. Foi um privilégio, para mim, ter integrado ambas as equipas - a que elaborou o Código do Trabalho de 2003 e a que publicou - e continuará a publicar - o referido *Código do Trabalho Anotado*. E foi um privilégio ter convivido de perto com o homenageado - sempre bem-disposto, sempre sorridente, sempre com uma palavra de amizade.

Com o desaparecimento precoce do Professor Pedro Romano Martinez, ficaram a perder a academia, os amigos e - acima de tudo - a família. Pedro Romano Martinez foi um exemplo de simpatia, amizade, educação e dedicação à academia e à ciência jurídica.

Deixo, por esta via, o meu humilde tributo ao Prof. Doutor Pedro Romano Martinez e uma palavra de amizade a toda a sua família.

Enquadramento

I. A igualdade e não discriminação faz parte do ideal democrático e, em termos internacionais, está acolhida em diversos textos juridicamente relevantes¹: na *Declaração Universal dos Direitos do*

¹ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 5 e ss.; e *The Influence of the United States of America on Reaffirming the Principle of Equality Portuguese Speaking Countries*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 5-6; e *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 263 e ss., cujos textos se seguem.

Homem, de 1948², na *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965³, no *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, de 1966⁴, no *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, também de 1966⁵, na *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as*

² O artigo 1.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada a 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determina que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”, afirmando-se, no artigo 2.º, que “*todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, da fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação*”.

³ O artigo 5.º da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, aprovada a 21 de dezembro de 1965, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determina que os Estados se obrigam a “*proibir e a eliminar a discriminação racial, sob todas as formas, e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica*”, nomeadamente no exercício do “*direito ao trabalho*” e à “*livre escolha do trabalho*”.

⁴ O artigo 2.º do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, aprovado a 16 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determina que os Estados se comprometem a “*respeitar e garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos (...) sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política, ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou de nascimento, ou de qualquer outra situação*”. Ademais, estabelece-se no artigo 26.º a proibição das discriminações e a proteção de todas as pessoas contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente “*por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou qualquer outra situação*”.

⁵ O artigo 2.º, n.º 2, do *Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, aprovado a 16 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determina que “*os Estados Parte no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação*”.

Mulheres, de 1979⁶, em diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho⁷ e em tratados ou declarações de direitos de certos blocos regionais, nomeadamente no *Tratado da União Europeia*⁸, na *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*⁹ e na *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*¹⁰.

⁶ O artigo 2.º da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres*, aprovada a 17 de dezembro de 1979, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, estabelece que os “*Estados Partes condenam a discriminação contra as mulheres sob todas as suas formas*” e “*acordam em prosseguir, por todos os meios apropriados e sem demora, uma política tendente a eliminar a discriminação contra as mulheres*”.

⁷ No domínio específico do acesso ao emprego, destacam-se a Convenção da OIT n.º 111, de 1958, referente à Discriminação no Emprego e Profissão, e a Convenção da OIT n.º 156, de 1981, relativa à Igualdade de Oportunidades e Tratamento para os Trabalhadores de Ambos os Sexos. A matéria da igualdade e não discriminação integra o eixo criado por esta Organização e por esta apelidado de “*Decent Work*”, cujo objetivo essencial é o seguinte: “*ensure that people can find work, which is essential to moving out of poverty; and that the work they find is “decent” - terms of providing a living for the worker and for his or her family, to being carried out under reasonable conditions and above all to ensuring that worker’s fundamental rights are respected*” - veja-se, a este propósito, LEE SWEPSTON, “ILO Standards and Globalization”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, n.º 55, 2005, pp. 11 e ss. (p. 12).

⁸ Recordar-se que o artigo 2.º do Tratado da União Europeia, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1.º-A do Tratado de Lisboa, de 1 de dezembro de 2009, determina que “*A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres*”.

⁹ O artigo 21.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, adotada a 7 de dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia, com as adaptações que lhe foram introduzidas a 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, estabelece que “*É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual*”.

¹⁰ O artigo 2.º da *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*, aprovada pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo membros da União Africana, a 26 de julho de 1981, determina que “*Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma*

II. A igualdade e não discriminação é, igualmente, determinante no domínio do trabalho e emprego¹¹. Nos países ocidentais, seja nos que pertencem à família jurídica romano-germânica, seja nos que pertencem à da *common law*, a igualdade no emprego faz parte daquilo a que alguns autores chamam de *princípios de cidadania* (“*principles of citizenship*”): o princípio da “*full citizenship*”, ou seja, a ideia segundo a qual todos os membros da comunidade devem poder exercer de forma livre as suas liberdades básicas, em consonância com a liberdade e a igualdade dos demais, e o princípio da “*equal citizenship*”, segundo o qual todos os membros da comunidade beneficiam de idêntica posição (“*enjoy equal standing*”) perante o Governo¹². Como sublinham GEORGE A. RUTHERGLEN e JOHN J. DONOHUE III, a propósito da realidade estado-unidense, as leis sobre “*employment discrimination*” fazem parte de um todo mais abrangente, que envolve as leis sobre os direitos civis (“*civil rights law*”) e, tal como estes, a sua origem pode ser reconduzida às “*constitutional amendments*” aprovadas nos Estados Unidos da América no rescaldo da “*Civil War*”¹³.

distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”. Por outro lado, o artigo 15.º reconhece o direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias e o direito a receber um salário igual para trabalho igual.

¹¹ Cf. BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS, TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Verbo, Lisboa, 2020, pp. 597 e ss.

¹² Cf. NELSON TEBBE, “Religion and Marriage Equality Statutes”, *Harvard Law & Policy Review*, Volume 9, Number 1, Winter 2015, Cambridge, Massachusetts, 2015, pp. 25 e ss. (35-36).

¹³ Cf. GEORGE A. RUTHERGLEN/JOHN J. DONOHUE III, *Employment Discrimination*, Foundation Press, New York, 2005, p. 1. Os autores recordam que os referidos “*Reconstruction amendments broadly prohibited racial discrimination several different forms: the Thirteenth Amendment abolished slavery; the Fourteenth Amendment required the states to observe the requirements of due process and*

Estamos, em suma, a falar de um tema de cidadania que é atual e essencial para a afirmação da liberdade dos cidadãos, quer nos países da família jurídica romano-germânica, quer nos da *common law*. E a igualdade e não discriminação, desde a sua afirmação, na sequência das revoluções liberais, é absolutamente determinante para esse efeito.

III. Na sequência das revoluções liberais que ocorreram no final do século XVIII, a afirmação do princípio da igualdade surge, desde logo, na *Declaration of Independence* dos Estados Unidos da América, de 1776, onde se declara que “*all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness*”. Por outro lado, sobre o mesmo tema, são igualmente emblemáticos o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, aprovado separadamente da Constituição, a 12 de junho de 1776, bem como a Constituição do Estado do Massachusetts, de 1780.

O *Bill of Rights* da Virgínia, ou *The Virginia Declaration of Rights*, da autoria de GEORGE MASON, por ser o primeiro diploma do género, tornou-se num modelo nacional - a propósito do princípio da igualdade, afirmava que “*all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*”¹⁴; a Constituição do Estado do Massachusetts, por sua vez, adotou uma fórmula mais clara

equal protection; and the Fifteenth Amendment prohibited racial discrimination voting. The meaning of these amendments, and particularly the Fourteenth Amendment, has had a long and contentious history, eventually resulting the constitutional prohibitions against racial discrimination by government which are familiar to us today”.

¹⁴ O texto completo dispunha que: “*Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when*

e universal, determinando que “*All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights*”¹⁵. Esta é, de resto, a fórmula que viria a ser acolhida na *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen* francesa, de 1789 - “*les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. A partir de então, o princípio da igualdade passa a constar da generalidade das constituições dos Estados modernos, sem mais recuar.

IV. A afirmação do princípio da igualdade não mais deixou de vingar. O princípio da igualdade é hoje aceite como um “*minimum standard*” em toda a cultura ocidental¹⁶.

Trata-se, pois, de um elemento absolutamente determinante no que tange à afirmação da cidadania no trabalho.

V. A ideia de igualdade resulta, também, como assinala AMARTYA SEN, da ideia de Justiça - um dos princípios de justiça *rawlsiano* assenta precisamente na ideia de que as oportunidades devem estar abertas a todos, “*sem que alguém fique excluído ou tolhido, por exemplo, por motivos de raça, etnia, casta ou religião*”¹⁷. E, como

they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”, disponível em <http://www.archives.gov/>.

¹⁵ O texto completo dispunha que: “*Article I. All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness*”, disponível em <https://malegislature.gov/>.

¹⁶ Cf. STEFAN GOSEPATH, “Equality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Edward N. Zalta (edição), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/> (acesso em 20 de setembro de 2013), p. 1 e p. 8.

¹⁷ Cf. AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 106.

recorda RICHARD ARNESON, a igualdade, nesta perspetiva *rawlsiana*, é vista de forma substantiva (*substantive equality of opportunity*), como a faculdade atribuída a todos os cidadãos de terem acesso às mesmas oportunidades, com base nos respetivos méritos e talentos¹⁸.

VI. É neste contexto que se devem compreender os textos constitucionais dos Estados modernos, que afirmam, todos eles, o princípio da igualdade e a proibição de discriminação.

E é nesse contexto, também, que se deve compreender o Direito da União Europeia, no que tange à igualdade e não discriminação.

1. Igualdade e não discriminação no Direito da União Europeia

1.1. Enquadramento geral

I. O Direito da União Europeia, que é composto pelo conjunto normas e princípios de origem comunitária que resultam dos tratados que instituíram a Comunidade Económica Europeia (atual União Europeia) e dos atos legislativos produzidos pelos respetivos órgãos, exerce uma influência decisiva e cada vez mais abrangente no nosso ordenamento jurídico. O Direito da União Europeia é a “*expressão de um verdadeiro ordenamento jurídico - autónomo no que tange às fontes e aos órgãos de decisão e de aplicação das normas; tentacular*

¹⁸ Cf. RICHARD ARNESON, “Equality of Opportunity”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (edição), disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/equal-opportunity/> (acesso em 27 de setembro de 2013), p. 8.

no que se refere ao âmbito material de regulação”¹⁹. Portugal, enquanto Estado-membro da União Europeia, obriga-se a cumprir os atos legislativos comunitários, sejam os tratados originais, seja o chamado *direito derivado*, resultante da aprovação de *diretivas* e de *regulamentos*. Atualmente, perante a transversalidade do acervo comunitário e a horizontalidade dos respetivos atos legislativos, raros são os espaços de normatividade que não são influenciados pelo Direito da União Europeia²⁰.

O Direito do Trabalho não foge à regra: dentro do Direito da União Europeia, é possível falar-se em *Direito Social Europeu*, enquanto conjunto de normas e princípios que incidem sobre a política social de trabalho e emprego, a regulação das condições de trabalho, as políticas de segurança, higiene e saúde no trabalho, a igualdade de tratamento, os sistemas de segurança social e a harmonização dos sistemas laborais dos diferentes Estados-membros; em *Direito Europeu do Trabalho*, enquanto conjunto de regras laborais de origem comunitária aplicáveis a todos os trabalhadores que desempenham uma atividade laboral subordinada em Estados da União Europeia, ou seja, relativas ao estatuto do trabalhador comunitário, independentemente do local em que este presta a sua atividade e mesmo que não haja qualquer situação de destacamento de um Estado para outro Estado; e em *Direito do Trabalho Europeu*, entendido este de forma mais restrita, na medida em que pressupõe uma situação de transnacionalidade, nomeadamente quando um trabalhador de um

¹⁹ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, “Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de Identificação”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, pp. 153 e ss.

²⁰ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 163 e ss.

Estado desenvolve a sua atividade em outro Estado da União Europeia, designadamente em caso de destacamento²¹.

Em qualquer caso, independentemente do âmbito de análise - mais alargado (*Direito Social Europeu*) ou mais restrito (*Direito Europeu do Trabalho*) - a adotar, importa assentar o seguinte: as regras comunitárias que relevam e que incidem sobre o nosso ordenamento jurídico são as que resultam dos tratados que instituíram a Comunidade Económica Europeia (atual União) - *Direito originário* - e dos instrumentos legislativos produzidos no seio da União Europeia - *diretivas e regulamentos: Direito derivado* -, sendo certo que tanto o Direito originário como o Direito derivado da União produzem efeitos na nossa ordem jurídica nos termos do artigo 8.º da Constituição.

II. As primeiras referências a normas e princípios relativos ao *Direito Social Europeu*²² surgem numa lógica instrumental face à criação do mercado económico europeu. O que estava em causa, inicialmente, era a criação do mercado comum europeu, assente fundamentalmente nos princípios da livre iniciativa económica e da livre concorrência, os quais exigiam, para o efeito, a institucionalização

²¹ Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., p. 197. O autor em causa distingue *direito europeu do trabalho*, enquanto conjunto de regras laborais de origem comunitária aplicáveis a todos os trabalhadores que desempenham a sua atividade em Estados da União Europeia, de *direito do trabalho europeu*, entendido este de forma mais restrita, na medida em que pressupõe uma situação de transnacionalidade, nomeadamente quando um trabalhador de um Estado desenvolve a sua atividade em outro Estado da União Europeia.

²² Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *Equality, Welfare State and Democracy*, Almedina/The Luso-American Development Foundation, Coimbra, 2018

da livre circulação de trabalhadores²³ e a eliminação de todos os obstáculos à liberdade de circulação de pessoas, de mercadorias, de serviços e de capitais²⁴.

Não se descortinava, conseqüentemente, qualquer preocupação especial de proteção do trabalhador, enquanto contraente mais débil.

Paulatinamente, essa situação foi-se alterando, sendo a política social, atualmente, um dos traços mais emblemáticos da União Europeia - “*un acquis réel*”²⁵ - e que marca o chamado “Modelo Social Europeu”, sob cuja alçada a União Europeia promove, atualmente, o princípio da justiça social e da defesa dos direitos sociais²⁶.

III. Atualmente, quer o *Tratado da União Europeia*, quer o *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, com a redação que lhes foi dada pelo *Tratado de Lisboa* e na sequência de uma longa e paulatina evolução do projeto europeu são absolutamente claros quanto à existência de uma Política Social Europeia, assente num conjunto de regras e princípios que têm em vista a criação de uma

²³ Veja-se, a este propósito, a obra *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, A. Supiot (dir.), Paris, 1998. Entre nós, MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Direito Social da União Europeia*, Almedina, 2009, pp. 29-41 (29); MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 4.ª edição, Coimbra, 2006, pp. 479 e ss.; MARIA LUISA DUARTE, “Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de Identificação”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, pp. 153 e ss.

²⁴ Cf. GIULIANO MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 6.ª edição, Volume Primo, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 72 e ss., p. 72.

²⁵ Cf. BRIGITTE FAVAREL-DAPAS, ODILE QUINTIN, *L'Europe Sociale*, 2.ª édition, Réflexe Europe, Paris, 2007, p. 5. Veja-se também, a propósito da evolução do Direito comunitário em matéria social e laboral, JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão. A caminho de um Direito do trabalho Europeu?”, *Questões Laborais*, n.º 16 (2000), pp. 162-175; SABINA PEREIRA DOS SANTOS, *Direito do Trabalho e Política Social na União Europeia*, Principia, Cascais, 2000; e MOTTA VEIGA, *Direito do Trabalho Internacional e Europeu*, cit., pp. 65-85.

²⁶ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *Equality, Welfare State and Democracy*, cit., *passim*; MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 624.

sociedade empenhada na promoção de emprego elevado e duradouro, nomeadamente através de políticas ativas de emprego; na melhoria das condições de vida e de trabalho; numa proteção social adequada na gravidez, maternidade, paternidade, desemprego, doença e velhice; no diálogo entre os parceiros sociais; na luta contra as exclusões e na igualdade de oportunidades.

IV. No mesmo sentido, estes princípios são fortemente enfatizados na *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 2009 (“Carta”)²⁷.

Com base no valor da dignidade humana (artigo 1.º), a Carta declara que “*Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua*” e a “*frequentar gratuitamente o ensino obrigatório*” (artigo 14.º). Além disso, a Carta declara que todos são iguais perante a lei (artigo 20.º), proclama a igualdade entre homens e mulheres em todas as áreas, incluindo o emprego e a remuneração (artigo 23.º) e reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural (artigo 25.º), bem como o direito das pessoas com deficiência a beneficiar de medidas destinadas a garantir a sua independência, integração social e profissional e participação na vida da comunidade (artigo 26.º).

Em relação ao emprego, a Carta estabelece que “*Todos os trabalhadores têm direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais*” (artigo 30.º) e que “*Todos os trabalhadores têm*

²⁷ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 163 e ss.

direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas”, nomeadamente o direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas (artigo 31.º).

Em matéria de segurança social, a Carta estabelece que “*A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem proteção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais*” (artigo 34.º).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é, portanto, totalmente clara: baseada no valor da dignidade humana e no princípio da igualdade substantiva, a Carta contém direitos sociais que promovem o bem-estar dos cidadãos. A União Europeia afirma-se, em suma, como um espaço de liberdade e de justiça social, que tenta combinar os valores do mercado, da liberdade individual, da justiça social e da igualdade de oportunidades²⁸.

V. A mesma ideia surge no *Pilar Europeu dos Direitos Sociais* (“Pilar”), adotado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão Europeia na Cimeira Social para o Crescimento e o Emprego Justo, em Gotemburgo, a 17 de novembro de 2017.

²⁸ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 166 e ss.; MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Direito Social da União Europeia*, cit., pp. 29-41.

O Pilar trata de proporcionar direitos novos e mais eficazes aos cidadãos, com base em 20 princípios-chave, estruturados em torno de três categorias:

- a) Igualdade de oportunidades e acesso ao mercado de trabalho (Capítulo I);
- b) Condições de trabalho justas (Capítulo II); e
- c) Proteção e inclusão social (Capítulo III).

VI. O Capítulo I trata da igualdade de oportunidades e do acesso ao mercado de trabalho.

O Pilar determina que, independentemente do género, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, todas as pessoas têm direito à igualdade de tratamento e de oportunidades em matéria de emprego, proteção social, educação e acesso a bens e serviços disponíveis ao público²⁹; por outro lado, a igualdade de oportunidades dos grupos sub-representados deve ser promovida (artigo 3.º). Estabelece, por outro lado (artigo 4.º), que todas as pessoas: têm o direito de beneficiar, em tempo útil de uma assistência adaptada para melhorar as suas perspetivas de trabalho por conta de outrem ou por conta própria - direito que inclui o de receber apoio em matéria de procura de emprego, de formação e de requalificação; têm o direito de transferir os seus direitos em matéria de proteção social e de formação durante as transições profissionais, sendo que os jovens têm o direito de beneficiar de formação

²⁹ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 5 e ss.

contínua, de aprendizagem, de um estágio ou de uma oferta de emprego de qualidade nos quatro meses seguintes à perda do seu emprego ou à conclusão dos seus estudos; as pessoas desempregadas têm direito a beneficiar de apoios personalizados, contínuos e adequados, sendo que os desempregados de longa duração têm o direito de beneficiar de uma avaliação individual aprofundada o mais tardar quando estiverem 18 meses sem emprego³⁰.

VII. Relativamente às condições de trabalho, o Capítulo II deste Pilar contém regras sobre o emprego seguro e adaptável (artigo 5.º); salários (artigo 6.º); informação sobre condições de emprego e proteção em caso de despedimento (artigo 7.º); diálogo social e envolvimento dos trabalhadores (artigo 8.º); equilíbrio entre vida profissional e familiar (artigo 9.º); e ambiente de trabalho saudável, seguro e adaptável e proteção de dados pessoais no âmbito do trabalho (artigo 10.º).

Sobre o tema do *emprego seguro e adaptável*, este Pilar afirma que, independentemente do tipo e duração da relação laboral, os trabalhadores têm direito a um tratamento justo e igualitário no que respeita às condições de trabalho, acesso à proteção social e formação, mais estabelecendo que deve ser promovida a transição para formas de emprego sujeitas a contrato sem termo e deve ser garantida a flexibilidade necessária para permitir que os empregadores se adaptem rapidamente às evoluções do contexto económico, em conformidade com a legislação e eventuais acordos coletivos. Afirma-se,

³⁰ Sobre a importância destes temas para a formação e consolidação do Estado Social de Direito, veja-se GUILHERME DRAY, *Equality, Welfare State and Democracy*, cit., pp. 101 e ss.

também, que devem ser promovidas formas inovadoras de trabalho que garantam condições de trabalho de qualidade³¹. O empreendedorismo e o trabalho por conta própria devem ser incentivados e a mobilidade profissional deve ser facilitada. Estabelece-se, em qualquer caso, que as relações de trabalho que conduzam a condições de trabalho precárias devem ser evitadas, nomeadamente através da proibição da utilização abusiva de contratos atípicos. Qualquer período experimental deve ter uma duração razoável e a transição para formas abertas de emprego deve ser fomentada (artigo 5.º).

Quanto aos *salários*, o Pilar afirma que os trabalhadores têm direito a um salário justo que lhes garanta um nível de vida decente. Deve ser garantido um salário mínimo adequado, de forma a permitir a satisfação das necessidades do trabalhador e da sua família, à luz das condições económicas e sociais nacionais, assegurando, ao mesmo tempo, o acesso ao emprego e incentivos à procura de trabalho. Deve lutar-se contra a pobreza no trabalho. Além disso, todos os salários devem ser fixados de forma transparente e previsível, em conformidade com as práticas nacionais e respeitando a autonomia dos parceiros sociais (artigo 6.º).

Quanto ao direito à *informação sobre as condições de emprego e proteção em caso de despedimento*, o Pilar declara que, no início da relação de trabalho, os trabalhadores têm o direito de ser informados por escrito sobre os seus direitos e obrigações decorrentes da relação

³¹ Veja-se, a este propósito, o *Livro Verde Sobre o Futuro do Trabalho - 2021*, de TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY (coordenadores científicos), ANA LIMA DAS NEVES (coordenadora executiva), MARIA JOÃO CÂMARA, ANA FONTES, SÓNIA TRINDADE, SANDRA RIBEIRO, JOSÉ LUÍS ALBUQUERQUE, cit., pp. 23 e ss., disponível em <http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/>.

de trabalho, nomeadamente durante o período experimental. Por outro lado, antes de serem despedidos, os trabalhadores têm o direito de ser informados dos motivos do despedimento e a que lhes seja concedido um período razoável de pré-aviso. Os trabalhadores têm, também, direito de acesso a um sistema de resolução de litígios eficaz e imparcial e, em caso de despedimento sem justa causa, direito de recurso, acompanhado de uma compensação adequada (artigo 7.º).

O Pilar também promove o *diálogo social e o envolvimento dos trabalhadores*, como instrumento do Modelo Social Europeu³². Estabelece-se, a este propósito, que os parceiros sociais devem ser consultados sobre a conceção e a execução das políticas económicas, sociais e de emprego, em conformidade com as práticas nacionais. Devem ser incentivados a negociar e celebrar convenções coletivas de trabalho em matérias que lhes digam respeito, sem prejuízo da respetiva autonomia e do direito de ação coletiva. Se for caso disso, os acordos concluídos entre os parceiros sociais devem ser aplicados a nível da União e dos seus Estados-membros. Determina-se, ainda, que os trabalhadores ou os seus representantes têm o direito a ser informados e consultados em tempo útil sobre questões que lhes digam respeito, nomeadamente sobre a transferência, reestruturação e fusão da empresa e sobre despedimentos coletivos. Para o efeito, deve ser incentivado o apoio para reforçar a capacidade de promoção do diálogo social por parte dos parceiros sociais (artigo 8.º).

³² Veja-se, a este propósito, MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Direito Social da União Europeia*, cit., pp. 29-41.

O Pilar também promove o *equilíbrio trabalho-vida pessoal*, afirmando que os trabalhadores com filhos e familiares dependentes têm o direito a beneficiar de licenças adequadas, de regimes de trabalho flexíveis e aceder a serviços de acolhimento. Mulheres e homens devem beneficiar da igualdade de acesso a licenças especiais para cumprirem as suas responsabilidades familiares, devendo ser incentivados a utilizá-las de forma equilibrada (artigo 9.º)³³.

Finalmente, e no que diz respeito às *condições de trabalho*, o Pilar também contém regras para promover um ambiente de trabalho saudável, seguro e adaptável e a proteção de dados. Sobre este tema, afirma que os trabalhadores têm direito a um elevado nível de proteção da sua saúde e de segurança no trabalho, a um ambiente de trabalho adaptado às suas necessidades profissionais, que lhes permita prolongar a sua participação no mercado de trabalho, e o direito à proteção dos seus dados pessoais no âmbito do trabalho (artigo 10.º).

O Pilar visa, em suma, contribuir para a afirmação do Modelo Social Europeu³⁴.

VIII. Os instrumentos legislativos utilizados pela União Europeia para pôr em prática os seus objetivos reconduzem-se, no essencial, nos termos do artigo 249.º do Tratado, aos *regulamentos* e às *direti-*

³³ Veja-se, a este propósito, o *Livro Verde Sobre o Futuro do Trabalho - 2021*, de TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY (coordenadores científicos), ANA LIMA DAS NEVES (coordenadora executiva), MARIA JOÃO CÂMARA, ANA FONTES, SÓNIA TRINDADE, SANDRA RIBEIRO, JOSÉ LUÍS ALBUQUERQUE, cit., pp. 93 e ss., disponível em <http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/>

³⁴ Veja-se, a propósito do *European Social Model* e do *European Way of Life*, GUILHERME DRAY, *Equality, Welfare State & Democracy*, cit., pp. 93 e ss.

vas, que tanto podem ser adotados pelo Conselho - isolada ou conjuntamente com o Parlamento Europeu - como pela Comissão (artigo 288.º do Tratado).

Os *regulamentos* têm caráter geral e valem na ordem jurídica diretamente, sem necessidade de qualquer intervenção legislativa por parte do Estado-membro (artigo 288.º, II, do Tratado e artigo 8.º, n.º 3, da Constituição); as *diretivas*, pelo contrário, vinculam o Estado-membro apenas quanto ao objetivo a alcançar, deixando ao Estado e ao legislador nacional liberdade quanto à escolha da forma e dos meios para o atingir - por essa razão, a diretiva não vale no ordenamento jurídico interno e não é diretamente aplicável aos cidadãos (artigo 288.º, III, do Tratado), apesar de ter aplicabilidade imediata na medida em que vincula o Estado desde a sua entrada em vigor. Relativamente aos cidadãos, ela só vale depois de transposta para o ordenamento jurídico nacional, sendo certo que, entre nós, tal transposição é levada a efeito por regulamentação legislativa, por lei ou decreto-lei. Em caso de omissão do Estado e de não transposição da diretiva comunitária, este pode ser responsabilizado. Em qualquer caso, no domínio do *Direito Social Europeu* ou no do *Direito Europeu do Trabalho*, a diretiva surge como a forma de ato mais

adequada à realização do objetivo de *harmonização* (e não de uniformização) das legislações nacionais³⁵⁻³⁶.

É possível, ainda, ter em conta, para além dos *regulamentos* e das *diretivas*, as *recomendações*, que não são vinculativas, bem como as *decisões*, que são *obrigatórias* (artigo 288.º, IV e V do Tratado). Em matéria social é igualmente relevante a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁷.

Recorda-se, por fim, que o próprio Tratado estabelece uma relação entre os seus instrumentos legislativos e o direito internacional, nomeadamente as convenções da OIT - a União Europeia pode, ela mesma, figurar como parte contratante em convénios internacionais, nomeadamente nas convenções celebradas no âmbito da OIT sobre matéria *juslaboral*³⁸.

³⁵ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, “Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de Identificação”, cit., p. 159. Nesta mesma obra (pp. 156-159), poderá ser consultada a temática da articulação entre a competência nacional - que é a *regra* - e a competência comunitária - que é a *exceção* e que se baseia no princípio da legalidade da competência ou da *competência por atribuição*. Assim, sem prejuízo de existirem no acervo comunitário várias disposições que fundamentam a titularidade, pela União Europeia, de poderes de regulação sobre matéria laboral ou social, estas não excluem o direito de atuação legislativa dos Estados-membros, nalguns casos até em sede de competência reservada, sempre que esteja em causa a invocação de cláusulas de exceção baseadas em questões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

³⁶ A propósito da relação de atos comunitários em matéria social já adotados, veja-se, nomeadamente, *Legislação do Trabalho*, organizada por JORGE LEITE/COUTINHO DE ABREU, bem como o *Compêndio de Leis do Trabalho*, organizado por ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA. Informação mais atualizada e completa pode ser obtida no *site* oficial da União Europeia - http://europa.eu/index_pt.htm - nomeadamente no *link* “domínios de intervenção” e no “*sublink*” *Emprego e Assuntos Sociais*, onde consta o resumo da legislação e das políticas sociais já adotadas.

³⁷ A jurisprudência do TJUE pode ser consultada no citado *site* oficial da União Europeia - http://europa.eu/index_pt.htm - nomeadamente no referido *link* “domínios de intervenção” e no “*sublink*” *Emprego e Assuntos Sociais*.

³⁸ A este propósito, e como lembra MARIA LUÍSA DUARTE, em “Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de Identificação”, cit., p. 151, a questão da competência comunitária para celebrar convenções adotadas sob a égide da OIT esteve na origem do Parecer n.º 2/91 do Tribunal de Justiça, de 19 de março de 1993, relativo

IX. Desde a sua criação, a União Europeia adotou várias diretivas relativas ao emprego e às condições de trabalho que foram implementadas pelos seus Estados-membros³⁹.

Em conformidade com o Tratado - nomeadamente, o artigo 153.º - a União Europeia adota diretivas que estabelecem requisitos mínimos para as condições de trabalho, bem como para a informação e consulta dos trabalhadores.

Estas diretivas incluem disposições sobre tempo de trabalho, trabalho a tempo parcial, trabalho a termo certo, trabalhadores temporários e destacamento de trabalhadores, bem como regras sobre a igualdade e não discriminação. Todas estas áreas são fundamentais para garantir elevados níveis de emprego e proteção social em toda a União Europeia, assim como para harmonizar a legislação laboral dos Estados-membros.

As diretivas são, por sua vez, transpostas pelo Estados-membros da União Europeia, que as implementam e incorporam na respetiva legislação nacional. Os Estados-membros podem criar melhores condições de trabalho do que aquelas que emergem das diretivas, mas não podem adotar leis nacionais menos favoráveis do que as regras mínimas nelas previstas⁴⁰.

Várias diretivas foram adotadas pela União Europeia a este respeito.

à Convenção sobre substâncias químicas n.º 170. A propósito da Convenção n.º 170, relativa à segurança na utilização de produtos químicos no trabalho, o Tribunal reconheceu que a competência comunitária sobre a matéria, apesar de existir, não era exclusiva - estávamos perante uma competência partilhada que exigia um procedimento de “acordo misto”, de celebração conjunta entre a Comunidade e os Estados-membros.

³⁹ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 168 e ss.

⁴⁰ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 174 e ss.

Em relação à igualdade, temos as seguintes diretivas:

- Diretiva 2000/43, de 29 de junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica;
- Diretiva 2000/78, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional;
- Diretiva 2004/113, de 13 de dezembro, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços;
- Diretiva 2006/54, de 5 de julho, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional; e
- Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória e mecanismos que garantam a sua aplicação⁴¹.

Iremos, agora, prestar particular atenção a esta última Diretiva, de 2023.

⁴¹ Veja-se GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., pp. 162 e ss.

1.2. A Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória

1.2.1. Enquadramento geral

I. A Diretiva (UE) 2023/970 visa garantir a aplicação efetiva do princípio da igualdade na sua vertente retributiva, à luz do princípio, a trabalho igual, salário igual.

Para o efeito, em sede de fundamentação, os considerandos da Diretiva recordam um conjunto de dispositivos e textos legais que apontam nesse sentido e que justificam a adoção de novas medidas em matéria de igualdade retributiva, nomeadamente os seguintes⁴²:

- O artigo 11.º da *Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*, de 18 de dezembro de 1979, a qual foi ratificada por todos os Estados-Membros, que prevê que os Estados Partes tomem todas as medidas apropriadas para assegurar, nomeadamente, o direito à igualdade de remuneração, incluindo prestações, e à igualdade de tratamento para um trabalho de igual valor, assim como à igualdade de tratamento no que respeita à avaliação da qualidade do trabalho;

- O artigo 2.º e o artigo 3.º, n.º 3, do *Tratado da União Europeia*, que consagram o direito à igualdade entre homens e mulheres como um dos valores essenciais da União; os artigos 8.º e 10.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE), que exigem que a União tenha por objetivo eliminar as desigualdades e promover a

⁴² Vejam-se os Considerandos (1) a (10) da citada Diretiva (UE) 2023/970.

igualdade entre homens e mulheres, bem como combater, em todas as suas políticas e ações, a discriminação em razão do sexo;

- O artigo 157.º, n.º 1, do TFUE, o qual obriga os Estados-Membros a assegurarem a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual;

- O artigo 157.º, n.º 3, do TFUE, que prevê a adoção pela União de medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual («princípio da igualdade de remuneração»);

- O artigo 21.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (“Carta”), que proíbe qualquer discriminação, nomeadamente em razão do sexo, sendo certo que o artigo 23.º da Carta estabelece que deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração;

- O artigo 23.º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, o qual estabelece, nomeadamente, que toda a pessoa tem direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e a uma remuneração equitativa, que lhe permita uma existência conforme com a dignidade humana;

- O *Pilar Europeu dos Direitos Sociais*, proclamado conjuntamente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão, o qual incorpora entre os seus princípios a igualdade de tratamento e

de oportunidades entre mulheres e homens, e o direito a remuneração igual por trabalho de valor igual.

- A *Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, a qual prevê que, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, seja eliminada, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, a discriminação, direta ou indireta, em razão do sexo, estabelecendo que, em especial, quando for utilizado um sistema de classificação profissional para a determinação das remunerações, este sistema deve basear-se em critérios comuns neutros em termos de género e ser estabelecido de modo a excluir qualquer discriminação em razão do sexo⁴³.

II. A Diretiva (UE) 2023/970 em causa recorda, também, que a avaliação de 2020 das disposições pertinentes da Diretiva 2006/54/CE concluiu que a falta de transparência dos sistemas de remuneração, a insegurança jurídica sobre o conceito de “trabalho de valor igual” e os entraves processuais enfrentados pelas vítimas de discriminação prejudicam a aplicação do princípio da igualdade de remuneração. Em geral, os trabalhadores não dispõem das informações necessárias para exercer, com êxito, os seus direitos em matéria de igualdade de remuneração, nomeadamente informações sobre os níveis de remuneração das categorias de trabalhadores que executam trabalho igual ou de valor igual. O relatório concluiu que o aumento da transparência permitiria revelar preconceitos e discriminações em razão do género nas estruturas de remuneração das

⁴³ Veja-se GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., pp. 152 e ss.

empresas ou organizações. Permitiria igualmente que os trabalhadores, os empregadores e os parceiros sociais tomassem medidas adequadas para assegurar a aplicação do direito a remuneração igual por trabalho igual e por trabalho de valor igual (“direito à igualdade remuneratória”).

Nesse sentido, na sequência de uma avaliação exaustiva do enquadramento legal em vigor em matéria de igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual e de um processo de consulta amplo e inclusivo, a Comunicação da Comissão de 5 de março de 2020 sobre “Uma União da Igualdade: Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025” anunciou que a Comissão iria propor medidas vinculativas em matéria de transparência salarial.

É nesse sentido que se compreende a Diretiva (UE) 2023/970: ela visa, no essencial, por via de instrumentos em matéria de transparência salarial, promover a aplicação efetiva do princípio da igualdade retributiva.

III. A Diretiva (UE) 2023/970 recorda, de resto, que as disparidades remuneratórias em função do género na União persistem: em 2020, situavam-se nos 13 %, com variações significativas entre os Estados-Membros, tendo diminuído apenas de forma mínima nos últimos dez anos.

Recorda, também, que as disparidades remuneratórias em função do género são causadas por vários fatores, como os estereótipos de género, a perpetuação de barreiras à progressão na carreira, bem como a segregação horizontal, nomeadamente a excessiva representação das mulheres em empregos nos serviços com baixos salários e

a partilha desigual de responsabilidades de prestação de cuidados. Além disso, adianta que as disparidades remuneratórias em função do género são em parte causadas pela discriminação, direta ou indireta, ao nível da remuneração, em razão do género. Todos esses fatores constituem obstáculos estruturais que representam desafios complexos para a obtenção de empregos de qualidade e remuneração igual por trabalho igual ou de valor igual, tendo consequências a longo prazo, como a disparidade de pensões e a feminização da pobreza.

A Diretiva assinala, também, que a falta generalizada de transparência quanto aos níveis de remuneração dentro das organizações perpetua uma situação em que a discriminação e os preconceitos relativos à remuneração em razão do género podem passar despercebidos ou, nos casos em que se suspeite da sua ocorrência, ser difíceis de provar.

Pelas razões enunciadas, o legislador europeu conclui que são necessárias medidas vinculativas para melhorar a transparência remuneratória, incentivar as organizações a reverem as suas estruturas de remuneração para assegurar a igualdade de remuneração entre homens e mulheres que executam trabalho igual ou de valor igual e permitir que as vítimas de discriminação exerçam o seu direito à igualdade remuneratória, garantindo-se, também, uma adequada fiscalização do cumprimento destas regras, bem como do acesso à justiça⁴⁴.

⁴⁴ Vejam-se os Considerandos (11) a (16) da citada Diretiva (UE) 2023/970.

Seja como for, a Diretiva não deixa de recordar que a aplicação do princípio da igualdade de remuneração não impede que os empregadores remunerem de forma diferente os trabalhadores que executam um trabalho igual ou de valor igual com base em critérios objetivos, neutros em termos de género e livres de preconceitos, nomeadamente o desempenho e a competência.

É nesse sentido, portanto, que se deve compreender a Diretiva (UE) 2023/970.

Vejamos, agora, as suas principais regras.

1.2.2. O conteúdo normativo da Diretiva

I. O Capítulo I da Diretiva da Transparência Remuneratória, referente às *Disposições Gerais*, abrange os artigos 1.º a 4.º.

O *objeto* da Diretiva consta do seu artigo 1.º, de onde se retira que a Diretiva estabelece requisitos mínimos para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres (princípio da igualdade remuneratória) consagrado no artigo 157.º do TFUE, assim como a proibição de discriminação imposta pelo artigo 4.º da Diretiva 2006/54/CE, nomeadamente através da transparência remuneratória e do reforço dos mecanismos destinados a garantir o seu cumprimento.

II. Relativamente ao respetivo *âmbito de aplicação*, o artigo 2.º determina que a Diretiva é aplicável aos empregadores dos setores público e privado (n.º 1); a todos os trabalhadores que tenham um

contrato de trabalho ou uma relação laboral, conforme definido na legislação, nas convenções coletivas e/ou nas práticas em vigor em cada Estado-Membro, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça (n.º 2); bem como aos candidatos a emprego, quanto ao disposto no artigo 5.º a propósito de deveres de informação retributiva nos preliminares da formação do contrato de trabalho.

Resulta, portanto, deste artigo 2.º, que a Diretiva deverá aplicar-se a todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores a tempo parcial, os trabalhadores contratados a termo, os trabalhadores temporários, os intermitentes e os que trabalham no âmbito de plataformas digitais. Ou seja, a Diretiva aplica-se a todos quantos tenham um contrato ou uma relação laboral tal como definidos na legislação, nas convenções coletivas e/ou na prática em vigor em cada Estado-Membro, tendo em conta a citada jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁵.

Por outro lado, desde que se encontrem preenchidos critérios pertinentes, os trabalhadores domésticos, os trabalhadores ocasionais, os trabalhadores em emprego protegido, os estagiários e os aprendizes são, também, abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva⁴⁶. Determina-se, ainda, que a determinação da existência de uma relação laboral deverá basear-se nos factos relativos à prestação

⁴⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284; Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2010, *Union Syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2020, *Governo della Repubblica italiana (Estatuto dos juizes de paz italianos)*, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572.

⁴⁶ Veja-se o Considerando (18) da citada Diretiva (UE) 2023/970.

efetiva de trabalho e não no modo como as partes descrevem essa relação.

III. O legislador europeu tem consciência, também, que na grande maioria dos casos as diferenças retributivas não se centram na retribuição base, mas sim nos complementos retributivos.

Por essa razão, o artigo 3.º apresenta um conjunto de *definições* e conceitos operatórios em matéria de igualdade retributiva, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Estabelece-se, no essencial, que o princípio da igualdade de remuneração deverá ser observado no que se refere aos salários, aos vencimentos ou a quaisquer outras contraprestações pagas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, pelo empregador ao trabalhador pelo seu trabalho. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁷, remuneração deverá incluir não só o salário, mas também componentes complementares ou variáveis da remuneração.

Em particular, determina-se, neste preceito legal, que se deve entender por “*Remuneração*”, “*o salário ou vencimento ordinário*,

⁴⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de fevereiro de 1982, Garland, C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44; Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de junho de 1982, Comissão das Comunidades Europeias/Grão-Ducado do Luxemburgo, C-58/81, ECLI:EU:C:1982:215; Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de julho de 1989, Rinner-Kühn, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328; Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 1990, Kowalska, C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265; Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho de 1992, Bötzel, C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246; Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1996, Gillespie e Outros, C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46; Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de março de 1996, Freers e Speckmann, C-278/93, ECLI:EU:C:1996:83; Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de março de 2004, Alabaster, C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192.

de base ou mínimo, e quaisquer outras contraprestações pagas, direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie (componentes complementares ou variáveis), por um empregador a um trabalhador pelo seu trabalho”. Ou seja, no âmbito dos componentes complementares ou variáveis deverão ser tidos em conta todos os benefícios que o trabalhador auferir para além da retribuição base, em dinheiro ou em espécie, neles se incluindo, nomeadamente, prémios, pagamento de trabalho suplementar, subsídios de transporte ou de deslocação, subsídio de alojamento e de alimentação, compensação pela participação em ações de formação, indemnização ou compensação em caso de despedimento, subsídio de doença, indemnizações exigidas por lei e pensões profissionais. O conceito de remuneração deverá, em suma, incluir todos os elementos retributivos devidos por força da legislação, de convenções coletivas e/ou de práticas em vigor em cada Estado-Membro.

Clarificam-se, também, entre outros, os conceitos de: «*Nível de remuneração*» - a remuneração anual bruta e a correspondente remuneração horária bruta; «*Disparidade remuneratória em função do género*» - a diferença nos níveis de remuneração médios entre trabalhadores femininos e trabalhadores masculinos, expressa em percentagem do nível de remuneração médio dos trabalhadores masculinos; «*Nível de remuneração mediano*» - o nível de remuneração em relação ao qual metade dos trabalhadores de um empregador ganha mais e metade ganha menos; «*Disparidade remuneratória mediana em função do género*» - a diferença entre o nível de remuneração mediano dos trabalhadores femininos e o nível de remuneração mediano dos trabalhadores masculinos empregados por um empregador,

expressa em percentagem do nível de remuneração mediano dos trabalhadores masculinos; «*Quartil do intervalo da remuneração*» - cada um de quatro grupos iguais de trabalhadores em que estes últimos são divididos segundo os níveis de remuneração, do nível mais baixo para o nível mais elevado; «*Trabalho de valor igual*» - o trabalho que é considerado de valor igual de acordo com os critérios não discriminatórios, objetivos e neutros em termos de género a que se refere o artigo 4.º, n.º 4; «*Categoria de trabalhadores*» - os trabalhadores que executam um trabalho igual ou de valor igual, agrupados de forma não arbitrária com base nos critérios não discriminatórios, objetivos e neutros em termos de género a que se refere o artigo 4.º, n.º 4, pelo respetivo empregador, em cooperação, se aplicável, com os representantes dos trabalhadores, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais; «*Discriminação direta*» - uma situação em que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável⁴⁸; «*Discriminação indireta*», uma situação em que uma disposição, critério

⁴⁸ A propósito dos elementos de comparação, para efeitos de verificação de uma potencial situação de discriminação, vejam-se os Considerandos (28) e (29) da citada Diretiva (UE) 2023/970, segundo os quais a identificação de um elemento de comparação válido é um parâmetro importante para determinar se o trabalho pode ser considerado de valor igual. Permite aos trabalhadores demonstrar que foram tratados de forma menos favorável do que um elemento de comparação de sexo diferente ao executar um trabalho igual ou de valor igual. Com base nos desenvolvimentos introduzidos com a definição de discriminação direta e indireta constante da Diretiva 2006/54/CE, nas situações em que não exista um elemento de comparação real, deverá ser permitido o recurso a um elemento de comparação hipotético que permita aos trabalhadores demonstrar que não foram tratados da mesma forma como teria sido tratado um elemento de comparação hipotético de outro sexo. Tal eliminaria um obstáculo importante para as potenciais vítimas de discriminação remuneratória em razão do género, especialmente nos mercados de trabalho muito segregados em função do género, nos quais a exigência de encontrar um elemento de comparação do sexo oposto torna quase impossível exercer

ou prática, aparentemente neutro, seja suscetível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado com base num objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários⁴⁹.

A propósito do «*Nível de remuneração*», importa recordar que a ideia segundo a qual os níveis de remuneração deverão ser expressos em *remuneração anual bruta e remuneração horária bruta*, visa assegurar uma apresentação uniforme das informações exigidas pela

os direitos em matéria de igualdade remuneratória. Além disso, os trabalhadores não deverão ser impedidos de recorrer a outros factos a partir dos quais se possa presumir uma alegada discriminação, como dados estatísticos ou outras informações disponíveis. Tal permitiria combater mais eficazmente as desigualdades remuneratórias em função do género em setores e profissões segregados em função do género, em especial naqueles em que predominam as mulheres, como o setor da prestação de cuidados. O Tribunal de Justiça esclareceu que, para poder avaliar se os trabalhadores se encontram numa situação comparável, a comparação não se deve limitar necessariamente a situações em que homens e mulheres trabalham para o mesmo empregador (Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2002, Lawrence e outros, C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498). Os trabalhadores podem estar numa situação comparável mesmo quando não trabalham para o mesmo empregador, sempre que as condições remuneratórias possam ser atribuídas a uma única fonte que estabeleça essas condições e que essas condições sejam iguais e comparáveis. Pode ser esse o caso quando as condições remuneratórias pertinentes resultem diretamente de disposições legais ou convenções em matéria remuneratória aplicáveis a vários empregadores, ou quando as condições sejam estabelecidas de forma centralizada para mais do que uma organização ou empresa no quadro de uma sociedade gestora de participações sociais ou de um conglomerado. O Tribunal de Justiça esclareceu ainda que a comparação não deve ser limitada aos trabalhadores empregados ao mesmo tempo que o demandante (Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de março de 1980, Macarthys Ltd, C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103). Além disso, ao proceder à avaliação propriamente dita, deverá reconhecer-se que uma diferença de remuneração pode ser explicada por fatores alheios ao sexo.

⁴⁹ Veja-se o Considerando (20) da citada Diretiva (UE) 2023/970, onde se clarifica que o, os conceitos centrais em matéria de igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual, nomeadamente «remuneração» e «trabalho de valor igual», deverão ser clarificados em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Diretiva. O cálculo dos níveis de remuneração deverá poder basear-se na remuneração real especificada para o trabalhador, independentemente de esta ser fixada ao ano, ao mês, à hora ou de outra maneira.

O artigo 3.º, n.º 2, determina ainda que, para efeitos desta Diretiva, o conceito de discriminação inclui:

a) O assédio e o assédio sexual, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea *a*), da Diretiva 2006/54/CE, bem como qualquer tratamento menos favorável em razão da rejeição de comportamentos desse tipo ou da submissão aos mesmos, quando esse assédio ou tratamento esteja relacionado ou resulte do exercício dos direitos previstos na presente diretiva;

b) Qualquer instrução no sentido de discriminar pessoas em razão do sexo;

c) Qualquer tratamento menos favorável relacionado com a gravidez ou a licença de maternidade, na aceção da Diretiva 92/85/CEE do Conselho⁵⁰;

d) Qualquer tratamento menos favorável, na aceção da Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, em razão do sexo, inclusive no que diz respeito à licença de paternidade, à licença parental ou à licença de cuidador⁵¹;

⁵⁰ Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima diretiva especial na aceção do n.º 1 do artigo 16.º da Diretiva 89/391/CEE) (JO L 348 de 28.11.1992, p. 1).

⁵¹ Diretiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e que revoga a Diretiva 2010/18/UE do Conselho (JO L 188 de 12.7.2019, p. 79).

e) A discriminação interseccional, ou seja, qualquer ato de discriminação que combine a discriminação em razão do sexo com qualquer outro ou quaisquer outros dos motivos de discriminação protegidos ao abrigo das Diretivas 2000/43/CE ou 2000/78/CE.

IV. O artigo 4.º, por sua vez, a propósito do *Trabalho igual e trabalho de valor igual*, determina que os Estados-Membros devem, em consulta com os organismos de promoção da igualdade, tomar as medidas necessárias para assegurar que estejam disponíveis e facilmente acessíveis ferramentas ou metodologias analíticas destinadas a apoiar e orientar a avaliação e a comparação do valor do trabalho em conformidade com os critérios estabelecidos neste preceito legal. Essas ferramentas ou metodologias devem permitir que os empregadores e/ou os parceiros sociais estabeleçam e utilizem facilmente sistemas de avaliação e classificação profissional neutros em termos de género que excluam qualquer discriminação remuneratória em razão do sexo.

As estruturas de remuneração devem permitir avaliar se os trabalhadores se encontram numa situação comparável no que respeita ao valor do trabalho, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, acordados com os representantes dos trabalhadores, se os houver. Esses critérios não se devem basear, direta ou indiretamente, no sexo dos trabalhadores. Devem incluir as competências, os esforços, a responsabilidade e as condições de trabalho e, se adequado, quaisquer outros fatores que sejam pertinentes para o emprego ou posto de trabalho específico. Devem ser aplicados de

forma objetiva e neutra em termos de género, excluindo qualquer discriminação direta ou indireta em razão do sexo.

V. O Capítulo II da Diretiva, que inclui os artigos 5.º a 13.º, trata da *Transparência Remuneratória*. É, talvez, o capítulo mais importante, do ponto de vista do princípio da igualdade salarial e quanto ao seu conteúdo normativo.

O primeiro ponto a reter, é que o dever de transparência remuneratória se inicia aquando do processo de formação contratual, ou seja, *in contrahendo*, antes mesmo de celebrado o contrato de trabalho. Nesse sentido, o artigo 5.º estabelece que os candidatos a emprego têm direito a receber do potencial empregador informações sobre⁵²:

a) A remuneração inicial ou o seu intervalo, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, para o posto de trabalho a que se candidata; e

b) Se aplicável, as disposições pertinentes da convenção coletiva aplicada pelo empregador em relação ao posto de trabalho em questão.

Estas informações devem ser fornecidas de forma a assegurar uma negociação informada e transparente sobre a remuneração, por exemplo por meio da publicação de um anúncio de oferta de emprego, antes da entrevista de emprego ou por outro meio.

⁵² Recorda-se que, entre nós, o candidato a emprego também tem o direito a ser informado a propósito da retribuição que vai auferir. O artigo 106.º, n.º 3, alínea h), do nosso Código do Trabalho, todavia, não inclui qualquer previsão relativamente ao tema da igualdade retributiva, limitando-se a referir que o empregador deve informar o candidato a emprego sobre “O valor, a periodicidade e o método de pagamento da retribuição, incluindo a discriminação dos seus elementos constitutivos”.

Determina-se, ainda, que o empregador não deve inquirir os candidatos sobre o historial das remunerações auferidas nas suas relações laborais atuais ou anteriores (artigo 5.º, n.º 2) e deve assegurar que os anúncios de oferta de emprego e as designações dos cargos sejam neutros em termos de género, e que os processos de recrutamento sejam conduzidos de forma não discriminatória, a fim de não comprometer o direito a remuneração igual por trabalho igual ou de valor igual («direito à igualdade de remuneração») (art. 5.º, n.º 3).

VI. O artigo 6.º, por sua vez, trata da *transparência da política de fixação da remuneração e de progressão da remuneração*. No essencial, à luz deste preceito, os empregadores devem assegurar o acesso fácil dos trabalhadores aos critérios utilizados para determinar a remuneração, os níveis de remuneração e a progressão da remuneração dos trabalhadores, critérios esses que devem ser objetivos e neutros em termos de género (n.º 1). O número 2 deste preceito estabelece que os Estados-Membros podem isentar os empregadores com menos de 50 trabalhadores da obrigação relacionada com a progressão da remuneração prevista no n.º 1⁵³.

⁵³ A propósito dos elementos da transparência remuneratória, veja-se o Considerando (32) da citada Diretiva (UE) 2023/970, de onde resulta que falta de informação sobre o intervalo remuneratório previsto para um posto de trabalho cria uma assimetria de informação que limita o poder de negociação dos candidatos a emprego. Assegurar a transparência deverá permitir aos potenciais trabalhadores tomar uma decisão informada sobre o salário esperado sem limitar, de forma alguma, o poder de negociação do empregador ou do trabalhador para negociar um salário mesmo fora do intervalo indicado. A transparência assegura igualmente uma base explícita, neutra do ponto de vista do género, para a fixação de salários e põe termo à subavaliação da remuneração em comparação com as competências e a experiência. A transparência permite igualmente combater a discriminação interseccional nos casos em que cenários de remuneração não transparentes permitem práticas discriminatórias com base em vários motivos de discriminação. Os candidatos a emprego deverão receber informações sobre a remuneração inicial

VII. O artigo 7.º trata do *direito à informação*. Estabelece-se, neste preceito, que os trabalhadores têm direito a solicitar e receber por escrito informações sobre o respetivo nível de remuneração individual e sobre os níveis de remuneração médios, desagregados por sexo, para as categorias de trabalhadores que executem trabalho igual ou trabalho de valor igual ao seu (n.º 1). Os trabalhadores devem ter a possibilidade de solicitar e receber tais informações através dos representantes dos trabalhadores, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais. Devem também ter a possibilidade de solicitar e receber essas informações através de um organismo de promoção da igualdade. Caso as informações recebidas sejam incorretas ou incompletas, os trabalhadores devem ter o direito de solicitar, pessoalmente ou através das associações representativas dos trabalhadores, esclarecimentos adicionais e razoáveis, assim como informações pormenorizadas, sobre quaisquer dados fornecidos, e de receber uma resposta fundamentada (n.º 2). Os empregadores são obrigados a informar anualmente todos os trabalhadores do direito que lhes assiste de receberem as informações referidas no número 1 e dos passos que devem seguir para exercer esse direito (n.º 3). Além disso, os empregadores devem fornecer as informações a que se refere o número 1 num prazo razoável; o mais tardar no prazo de dois meses a contar da data de apresentação do pedido (n.º 4). Os trabalhadores não podem ser impedidos de revelar a sua remuneração com a finalidade de garantir a aplicação efetiva do princípio da igualdade

ou o seu intervalo de forma a assegurar uma negociação informada e transparente sobre a remuneração, por exemplo por meio da publicação de um anúncio de oferta de emprego, antes da entrevista de emprego, ou então antes da celebração do contrato de trabalho. As informações deverão ser fornecidas pelo empregador ou de outra forma, por exemplo pelos parceiros sociais.

de remuneração. Em especial, os Estados-Membros devem tomar medidas para proibir cláusulas contratuais destinadas a impedir os trabalhadores de divulgar informações sobre a sua remuneração (n.º 5). Por fim, determina-se que os empregadores podem exigir que os trabalhadores que tenham obtido, nos termos do presente artigo, informações diferentes das relativas à sua própria remuneração ou ao seu nível de remuneração só possam utilizar essas informações para exercer o seu direito à igualdade remuneratória (n.º 6).

VIII. O artigo 8.º, por sua vez, rege a *acessibilidade das informações*. Determina-se que os empregadores devem fornecer todas as informações partilhadas com os trabalhadores ou com os candidatos a emprego nos termos dos artigos 5.º, 6.º e 7.º num formato que seja acessível às pessoas com deficiência e que tenha em conta as suas necessidades específicas⁵⁴.

O artigo 9.º, sobre a *comunicação de informações sobre as disparidades remuneratórias existentes entre os trabalhadores femini-*

⁵⁴ Veja-se, a este propósito, o Considerando (37) da citada Diretiva (UE) 2023/970, segundo o qual, se deverá assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso adequado às informações fornecidas nos termos da mesma aos requerentes de emprego e aos trabalhadores. Essas informações deverão ser fornecidas a essas pessoas tendo em conta as suas deficiências específicas, num formato e sob uma forma de assistência e apoio adequados, a fim de garantir que as informações são acessíveis e compreensíveis. Tal poderá incluir o fornecimento de informações de uma forma compreensível para essas pessoas, em tipos de letra de tamanho adequado, utilizando um contraste suficiente ou outro formato adequado ao seu tipo de deficiência. Se for caso disso, aplica-se a Diretiva (UE) 2016/2102 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à acessibilidade dos sítios web e das aplicações móveis de organismos do setor público (JO L 327 de 2.12.2016, p. 1).

nos e masculinos, estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que os empregadores prestam as seguintes informações relativas à sua organização:

- a) A disparidade remuneratória em função do género;
- b) A disparidade remuneratória em função do género nas componentes complementares ou variáveis;
- c) A disparidade remuneratória mediana em função do género;
- d) A disparidade remuneratória mediana em função do género nas componentes complementares ou variáveis;
- e) A proporção de trabalhadores femininos e masculinos que beneficiam de componentes complementares ou variáveis;
- f) A proporção de trabalhadores femininos e masculinos em cada quartil do intervalo da remuneração;
- g) A disparidade remuneratória em função do género entre trabalhadores por categorias de trabalhadores, desagregadas por salário ou vencimento de base e por componentes complementares ou variáveis.

Os empregadores que empreguem 250 trabalhadores ou mais devem, até 7 de junho de 2027 e, posteriormente, todos os anos, fornecer as informações previstas no número 1 em relação ao ano civil anterior (n.º 2).

Os empregadores que empreguem entre 150 e 249 trabalhadores devem, até 7 de junho de 2027 e, posteriormente, de três em três anos, fornecer as informações previstas no número 1 em relação ao ano civil anterior (n.º 3).

Os empregadores que empreguem entre 100 e 149 trabalhadores devem, até 7 de junho de 2031 e, posteriormente, de três em três

anos, fornecer as informações previstas no número 1 em relação ao ano civil anterior (n.º 4).

Os Estados-Membros não devem impedir os empregadores com menos de 100 trabalhadores de fornecerem voluntariamente as informações previstas no número 1. Mais do que isso, a Diretiva clarifica que os Estados-Membros podem, por via do direito nacional, exigir aos empregadores com menos de 100 trabalhadores que forneçam informações sobre as remunerações (n.º 5)⁵⁵.

A exatidão das informações deve ser confirmada pela Administração do empregador, depois de consultados os representantes dos trabalhadores. Os representantes dos trabalhadores devem ter acesso às metodologias utilizadas pelo empregador (n.º 6).

O preceito estabelece, também, que as informações referidas no número 1, alíneas *a)* a *g)*, são comunicadas ao organismo para acompanhar e apoiar a execução das medidas nacionais de execução da presente Diretiva («organismo de acompanhamento») nos termos do artigo 29.º; além disso, determina-se que o empregador pode publicar no respetivo sítio Web tais informações, ou torná-las públicas de qualquer outra forma (n.º 7).

Os Estados-Membros podem compilar eles próprios as informações referidas no número 1, alíneas *a)* a *f)*, do presente artigo, com base em dados administrativos, tais como os dados fornecidos pelos

⁵⁵ Veja-se o Considerando (30) da citada Diretiva (UE) 2023/970, segundo o qual, os Estados-Membros deverão assegurar que são disponibilizadas formações, bem como ferramentas e metodologias específicas, para apoiar e orientar os empregadores na avaliação daquilo que constitui trabalho de valor igual. Tal deverá facilitar a aplicação desse conceito, em especial para as micro, pequenas e médias empresas. Tendo em conta o direito, as convenções coletivas e/ou as práticas nacionais, os Estados-Membros deverão poder confiar o desenvolvimento de ferramentas e metodologias específicas aos parceiros sociais ou desenvolvê-las em co-operação com os parceiros sociais ou após consulta dos mesmos.

empregadores às autoridades fiscais ou da segurança social. As informações devem ser tornadas públicas, em conformidade com o disposto no artigo 29.º, n.º 3, alínea c) (n.º 8).

O número 9 deste artigo 9.º determina que os empregadores devem fornecer as informações referidas no número 1, alínea g), a todos os seus trabalhadores e aos representantes dos trabalhadores. Os empregadores devem, também, fornecer essas informações, mediante pedido, à inspeção do trabalho e ao organismo de promoção da igualdade. Devem também ser disponibilizadas as informações relativas aos quatro anos anteriores, quando disponíveis e mediante pedido.

Os trabalhadores, os representantes dos trabalhadores, as inspeções do trabalho e os organismos de promoção da igualdade podem solicitar aos empregadores esclarecimentos adicionais e informações pormenorizadas sobre os dados fornecidos, incluindo explicações sobre eventuais diferenças de remuneração em função do género. Os empregadores devem responder a esses pedidos dentro de um prazo razoável, fornecendo uma resposta fundamentada. Caso as diferenças de remuneração em função do género não sejam justificadas com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, os empregadores devem corrigir essa situação dentro de um prazo razoável, em estreita cooperação com os representantes dos trabalhadores, a inspeção do trabalho e/ou o organismo de promoção da igualdade (n.º 10)⁵⁶.

⁵⁶ Veja-se, a este propósito, o Considerando (39) da citada Diretiva (UE) 2023/970, segundo o qual, a comunicação de informações sobre as remunerações deverá permitir aos empregadores avaliar e acompanhar as respetivas estruturas e políticas de remuneração, permitindo-lhes aderir proativamente ao princípio da

IX. O artigo 10.º, a propósito da *avaliação conjunta das remunerações*, prescreve que os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para garantir que os empregadores sujeitos à obrigação de comunicação de informações sobre as remunerações nos termos do artigo 9.º efetuam, em cooperação com os representantes dos respetivos trabalhadores, uma avaliação conjunta das remunerações sempre que estejam reunidas todas as seguintes condições⁵⁷:

igualdade de remuneração. A comunicação de informações e as avaliações conjuntas das remunerações contribuem para uma maior consciência sobre os preconceitos de género nas estruturas de remuneração e sobre a discriminação remuneratória, e contribuem para dar resposta a esses preconceitos e discriminação de forma eficaz e sistémica, beneficiando, assim, todos os trabalhadores empregados pelo mesmo empregador. Simultaneamente, os dados desagregados por sexo deverão ajudar as autoridades públicas competentes, os representantes dos trabalhadores e outras partes interessadas a acompanhar as disparidades remuneratórias em função do género nos diferentes setores (segregação horizontal) e funções (segregação vertical). Os empregadores poderão querer fazer acompanhar os dados publicados de uma explicação de eventuais diferenças ou disparidades remuneratórias em função do género. Nos casos em que as diferenças de remuneração média por trabalho igual ou de valor igual entre trabalhadores femininos e masculinos não sejam justificadas com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, o empregador deverá tomar medidas para as eliminar.

⁵⁷ A este propósito, o Considerando (24) da citada Diretiva (UE) 2023/970 esclarece que “O artigo 10.o do TFUE prevê que, na definição e execução das suas políticas e ações, a União tenha por objetivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. O artigo 4.º da Diretiva 2006/54/CE estabelece que não pode haver discriminação, direta ou indireta, em razão do sexo no que se refere à remuneração. A discriminação remuneratória em razão do género, em que o sexo da vítima desempenha um papel crucial, pode assumir, na prática, muitas formas diferentes. Pode implicar uma intersecção de vários eixos de discriminação ou de desigualdade quando o trabalhador seja membro de um ou de vários grupos protegidos contra a discriminação em razão do sexo, por um lado, e da origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, tal como protegidas pelas Diretivas 2000/43/CE ou 2000/78/CE) do Conselho, por outro. As mulheres com deficiência, as mulheres de origem racial e étnica diversa, incluindo as mulheres ciganas, e as mulheres jovens ou idosas estão entre os grupos que podem enfrentar discriminação interseccional. A presente diretiva deverá, por conseguinte, clarificar que, no contexto da discriminação remuneratória em razão do género, deverá ser possível ter essa combinação em conta, eliminando assim eventuais dúvidas que possam existir a este respeito ao abrigo do enquadramento jurídico em vigor e permitindo aos tribunais nacionais, aos organismos de promoção da igualdade e a outras autoridades competentes terem devidamente em

a) A comunicação de informações sobre as remunerações revele uma diferença entre os níveis de remuneração médios dos trabalhadores femininos e masculinos de, pelo menos, 5 % em qualquer categoria de trabalhadores;

b) O empregador não tenha justificado essa diferença nos níveis de remuneração médios com base em critérios objetivos e neutros em termos de género;

c) O empregador não tenha corrigido essa diferença injustificada no nível de remuneração médio no prazo de seis meses a contar da data em que são comunicadas as informações sobre remunerações.

A avaliação conjunta das remunerações deve ser efetuada a fim de identificar, corrigir e prevenir diferenças de remuneração entre trabalhadores femininos e masculinos que não sejam justificadas com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, e deve incluir os seguintes elementos:

a) Uma análise da proporção de trabalhadores femininos e masculinos em cada categoria de trabalhadores;

b) Informações sobre os níveis de remuneração médios dos trabalhadores femininos e masculinos e sobre as componentes complementares ou variáveis para cada categoria de trabalhadores;

c) As eventuais diferenças nos níveis de remuneração médios entre os trabalhadores femininos e masculinos em cada categoria de trabalhadores;

conta qualquer situação de desvantagem resultante de tal discriminação interseccional, tanto para efeitos materiais como processuais, nomeadamente para o reconhecimento da existência de discriminação, para a decisão sobre o elemento de comparação adequado, para avaliar a proporcionalidade e determinar, quando seja caso disso, o nível de indemnização atribuído ou a gravidade das sanções impostas”.

d) Os motivos dessas diferenças nos níveis de remuneração médios, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, se os houver, estabelecidos conjuntamente pelos representantes dos trabalhadores e pelo empregador;

e) A percentagem de trabalhadores femininos e masculinos que beneficiaram de um aumento da sua remuneração após o seu regresso de licença de maternidade, licença de paternidade, licença parental ou licença de cuidador, se esse aumento tiver ocorrido na categoria de trabalhadores relevante durante o período em que a licença foi gozada;

f) As medidas a adotar para corrigir as diferenças de remuneração, quando as mesmas não sejam justificadas com base em critérios objetivos e neutros em termos de género;

g) Uma avaliação da eficácia das medidas constantes de anteriores avaliações conjuntas das remunerações.

Os empregadores devem disponibilizar a avaliação conjunta das remunerações aos trabalhadores e aos representantes dos trabalhadores e comunicá-la ao organismo de acompanhamento nos termos do artigo 29.º, n.º 3, alínea d). Devem disponibilizar essas informações, mediante pedido, à inspeção do trabalho e ao organismo de promoção da igualdade (n.º 3).

Ao executar as medidas decorrentes da avaliação conjunta das remunerações, o empregador deve corrigir as diferenças de remuneração injustificadas num prazo razoável, em estreita cooperação com os representantes dos trabalhadores, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais. A inspeção do trabalho e/ou o organismo

de promoção da igualdade podem ser chamados a participar no processo. A execução das medidas deve incluir uma análise dos sistemas de avaliação e classificação profissional existentes, neutros em termos de género, ou a criação de tais sistemas, a fim de assegurar a exclusão de qualquer discriminação direta ou indireta ao nível da remuneração em razão do sexo (n.º 4)⁵⁸.

X. Consciente de que a implementação desta Diretiva pode ser complexa, em particular para as empresas de menor dimensão, o artigo 11.º consagra a possibilidade de *apoio aos empregadores com menos de 250 trabalhadores*, estabelecendo que os Estados-Membros devem prestar apoio, sob a forma de assistência técnica e de formação, aos empregadores com menos de 250 trabalhadores e aos representantes dos trabalhadores em causa, para facilitar a conformidade dos mesmos com as obrigações previstas na Diretiva.

O artigo 12.º, por sua vez, sobre a *proteção de dados*, determina que, na medida em que qualquer informação fornecida por força das medidas adotadas ao abrigo dos artigos 7.º, 9.º e 10.º implique o tratamento de dados pessoais, a mesma deve ser fornecida em conformidade com o Regulamento (UE) 2016/679 (RGPD) (n.º 1). Esclarece-se, também, que os dados pessoais tratados nos termos dos artigos 7.º, 9.º ou 10.º da presente Diretiva não podem ser utilizados para

⁵⁸ Recorda-se, nos termos assinalados na nota de rodapé anterior e no Considerando (24) da citada Diretiva (UE) 2023/970, que o conceito de discriminação em função do sexo a ter em consideração é um conceito de “*discriminação interseccional*”, que deve ser articulado com eventuais outras discriminações em função e da origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, tal como protegidas pelas Diretivas 2000/43/CE e 2000/78/CE.

fins diversos da aplicação do princípio da igualdade de remuneração (n.º 2).

Os Estados-Membros podem decidir que, se a divulgação de informações nos termos dos artigos 7.º, 9.º e 10.º implicar a divulgação, direta ou indireta, da remuneração de trabalhadores que possam ser identificados, só os representantes dos trabalhadores, a inspeção do trabalho ou o organismo de promoção da igualdade tenham acesso às informações em causa. Os representantes dos trabalhadores ou o organismo de promoção da igualdade devem prestar aconselhamento aos trabalhadores quanto à possibilidade de exercerem os seus direitos ao abrigo da Diretiva, sem, contudo, divulgarem os níveis efetivos de remuneração dos trabalhadores individuais que executam trabalho igual ou de valor igual. Para efeitos de acompanhamento nos termos do artigo 29.º (“organismo de acompanhamento”), as informações devem ser disponibilizadas sem quaisquer restrições.

Por fim, ainda no âmbito do Capítulo II relativo à transparência financeira, o artigo 13.º, relativo ao *diálogo social*, estabelece que, sem prejuízo da autonomia dos parceiros sociais e em conformidade com o direito e as práticas nacionais, os Estados-Membros devem tomar medidas adequadas para assegurar a participação efetiva dos parceiros sociais, a pedido destes, num debate sobre os direitos e as obrigações previstos na Diretiva, quando aplicável. Além disso, os Estados-Membros devem tomar medidas adequadas para promover o papel dos parceiros sociais e incentivar o exercício do direito de negociação coletiva relativamente às medidas destinadas a combater a discriminação remuneratória e o seu impacto negativo na avaliação

dos postos de trabalho predominantemente ocupados por trabalhadores de um dos sexos.

Trata-se, no essencial, de um convite dirigido aos parceiros sociais, para que estes debatam e prestem especial atenção às questões de igualdade de remuneração no âmbito da negociação coletiva. Visa-se estimular o exercício do direito de negociação coletiva no que se refere às matérias em causa e remover restrições indevidas a esse exercício, bem como promover o desenvolvimento de sistemas de avaliação e classificação profissional neutros em termos de género⁵⁹.

XI. O Capítulo III, onde se incluem os artigos 14.º a 24.º, trata das *Vias de Recurso e Garantia da Aplicação Efetiva*.

O artigo 14º, a propósito da *defesa de direitos*, determina que os Estados-Membros devem assegurar que, após o eventual recurso à conciliação, os trabalhadores que se considerem lesados pela violação do princípio da igualdade de remuneração possam intentar um processo judicial para fazer valer direitos e obrigações relacionados com o referido princípio. Tais processos devem ser facilmente acessíveis aos trabalhadores e a quem intervier em seu nome, mesmo após o termo da relação laboral em que a discriminação tenha alegadamente ocorrido.

Trata-se, em bom rigor, da garantia do acesso ao Direito, aos tribunais e a tutela jurisdicional efetiva, que em bom rigor se encontra previsto no artigo 20.º da nossa Constituição.

59 Cf. Considerando (45) da Diretiva.

O artigo 15.º trata dos *procedimentos em nome ou em apoio de trabalhadores*, estabelecendo que os Estados-Membros devem assegurar que as associações, organizações, organismos de promoção da igualdade e representantes dos trabalhadores ou outras entidades legais que, de acordo com os critérios estabelecidos no direito nacional, tenham interesse legítimo em garantir a igualdade entre homens e mulheres, possam participar em procedimentos administrativos ou processos judiciais respeitantes à alegada violação dos direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração. Essas entidades podem agir em nome, ou em apoio, de um trabalhador que seja alegada vítima da violação de um direito ou obrigação relacionados com o princípio da igualdade de remuneração, desde que o façam com o acordo dessa pessoa.

O artigo 16.º rege um aspeto importante nesta temática, relativo ao *direito a indemnização*. Afirma-se, a este propósito, que os Estados-Membros devem assegurar que qualquer trabalhador que se considere lesado na sequência da violação de um direito ou obrigação relacionado com o princípio da igualdade de remuneração possa pedir e obter indemnização pelos danos sofridos ou a sua reparação integral, segundo as modalidades fixadas pelo Estado-Membro em causa. A indemnização ou reparação deve constituir uma indemnização ou reparação real e efetiva, segundo as modalidades fixadas pelo Estado-Membro, pelas perdas e danos sofridos, de forma dissuasiva e proporcional. A indemnização ou reparação deve permitir colocar o trabalhador lesado na situação em que estaria se não tivesse sido objeto de discriminação em razão do sexo ou se não tivesse ocorrido a violação de um direito ou obrigação relacionado com o princípio da

igualdade de remuneração. Os Estados-Membros devem assegurar que a indemnização ou reparação inclua a recuperação integral de retroativos e prémios ou pagamentos em espécie conexos, a indemnização por “perda de chance”, danos não patrimoniais, quaisquer danos causados por outros fatores relevantes que podem incluir a discriminação interseccional, bem como juros de mora. Afirma-se, também, que a indemnização ou reparação não pode ser limitada pela fixação prévia de um valor máximo, designadamente a título de cláusula penal.

Consciente de que o acesso ao Direito é crucial para a afirmação do princípio da igualdade retributiva, o artigo 17.º da Diretiva admite *outras vias de recurso*, determinando que os Estados-Membros devem assegurar que, em caso de violação de direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração, as autoridades competentes ou os tribunais nacionais possam, em conformidade com o direito nacional, a pedido do demandante e a expensas da parte demandada, emitir injunções para assegurar que sejam respeitados os direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração. Afirma-se, também, que caso a parte demandada não cumpra tal injunção, os Estados-Membros devem assegurar que as respetivas autoridades competentes ou tribunais nacionais possam, se for caso disso, aplicar uma sanção pecuniária compulsória recorrente, com vista a assegurar o seu cumprimento.

Por fim, mas com grande importância, o artigo 18.º da Diretiva trata da *inversão do ónus da prova*⁶⁰, estabelecendo que os Estados-

⁶⁰ Sobre a inversão do ónus da prova no nosso ordenamento jurídico, veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do*

Membros devem tomar as medidas necessárias, em conformidade com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando um trabalhador que se considere lesado pelo incumprimento do princípio da igualdade de remuneração apresentar, junto de uma autoridade competente ou de um tribunal nacional, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumbe à parte demandada provar que não houve discriminação, direta ou indireta, em matéria de remuneração (n.º 1). Afirma-se, também, que os Estados-Membros devem assegurar que, em procedimentos administrativos ou processos judiciais relativos a uma alegada discriminação, direta ou indireta, em matéria de remuneração, incumba ao empregador provar que tal discriminação não ocorreu quando este não tenha cumprido as obrigações de transparência remuneratória previstas nos artigos 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 10.º da Diretiva. Mas esclarece-se que esta regra de inversão do ónus da prova em sede de procedimentos administrativos ou processos judiciais não é aplicável se o empregador provar que a violação das obrigações previstas nos artigos 5.º, 6.º, 7.º, 9.º e 10.º foi manifestamente involuntária e de carácter menor (n.º 2). Em obediência ao princípio da maior favorabilidade do trabalhador, a Diretiva não obsta a que os Estados-Membros introduzam um regime probatório mais favorável ao trabalhador que inicie um procedimento administrativo ou um processo judicial relativamente à alegada violação de quaisquer direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração (n.º 3).

Trabalho Anotado, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.^a edição, cit., pp. 130-135, bem como a bibliografia ali enunciada.

Trata-se, no fundo, da consagração legal da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶¹. À luz desta regra, o ónus da prova deverá ser transferido para a parte demandada caso o empregador não cumpra as obrigações de transparência remuneratória estabelecidas na Diretiva, por exemplo, recusando-se a fornecer as informações solicitadas pelos trabalhadores ou não comunicando as disparidades remuneratórias em função do género, salvo se o empregador provar que a violação dessas obrigações foi manifestamente involuntária e de carácter menor⁶².

A propósito da *prova de trabalho igual ou de valor igual*, a Diretiva determina também, no artigo 19.º, que ao aferir se os trabalhadores femininos e masculinos efetuam trabalho igual ou de valor igual, a avaliação para apurar se os trabalhadores estão numa situação comparável não deve ser limitada às situações em que os trabalhadores femininos e masculinos trabalham para o mesmo empregador, devendo ser alargada a uma fonte única que estabeleça as condições de remuneração. Considera-se que existe uma fonte única quando esta estabelece os elementos da remuneração pertinentes para a comparação dos trabalhadores (n.º 1). A avaliação para apurar se os trabalhadores estão numa situação comparável não deve ser limitada aos trabalhadores que estejam empregados ao mesmo tempo que o trabalhador em causa (n.º 3). Caso não seja possível estabelecer um elemento de comparação real, podem ser utilizados

⁶¹ No processo C-109/88, o Tribunal de Justiça considerou que quando um sistema de remuneração se caracteriza pela total falta de transparência, o ónus da prova deverá ser transferido para a parte demandada, independentemente de o trabalhador demonstrar, ou não, estar-se perante um caso de presumível discriminação remuneratória - Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, Danfoss, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383.

⁶² Cf. Considerando (52) da Diretiva.

quaisquer outros elementos de prova para provar a existência da alegada discriminação ao nível da remuneração, incluindo estatísticas ou uma comparação com o tratamento que seria dado a um trabalhador em situação comparável (n.º 3).

Para garantir o real *acesso a elementos de prova*, o artigo 20.º da Diretiva determina que os Estados-Membros devem assegurar que, nos procedimentos e processos em matéria de igualdade de remuneração, as autoridades competentes ou os tribunais nacionais possam ordenar à parte demandada que apresente todos os elementos de prova relevantes sob o seu controlo, em conformidade com o direito e as práticas nacionais, devendo ser-lhe conferida a competência para ordenar a apresentação dos elementos de prova que contenham informações confidenciais, sempre que o considerem pertinente para o procedimento ou processo em matéria de igualdade de remuneração. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades competentes ou os tribunais nacionais adotem medidas eficazes para proteger tais informações quando ordenem a sua apresentação, em conformidade com as regras processuais nacionais. Mais uma vez, estabelece-se que esta regra não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou introduzam regras mais favoráveis aos demandantes.

A propósito dos *prazos de prescrição*, o artigo 21.º estabelece que os Estados-Membros devem assegurar que as regras nacionais aplicáveis aos prazos de prescrição para o exercício de um direito em matéria de igualdade de remuneração determinem quando começa a correr o prazo de prescrição, a duração do mesmo e as circunstâncias em que pode ser suspenso ou interrompido. Os prazos de prescrição não devem começar a correr antes de o demandante ter tido

conhecimento, ou antes de se poder razoavelmente supor que teve conhecimento, de uma infração. Os Estados-Membros podem decidir que os prazos de prescrição não começam a correr enquanto a infração está em curso ou antes da cessação do contrato de trabalho ou da relação laboral. Determina-se, em qualquer caso, que tais prazos de prescrição não podem ser inferiores a três anos. Por outro lado, estabelece-se também que os Estados-Membros devem assegurar a suspensão ou, dependendo do direito nacional, a interrupção de um prazo de prescrição assim que o demandante tome medidas, apresentando uma queixa ao empregador ou iniciando um processo judicial, quer diretamente, quer por intermédio dos representantes dos trabalhadores, da inspeção do trabalho ou do organismo de promoção da igualdade.

A propósito das *custas judiciais*, o artigo 22.º determina que os Estados-Membros devem assegurar que, caso uma parte demandada vença uma causa judicial por discriminação ao nível da remuneração, os tribunais nacionais possam avaliar, de acordo com o direito nacional, se o demandante vencido tinha motivos razoáveis para intentar a ação e, em caso afirmativo, se é adequado dispensar o referido demandante do pagamento das custas judiciais.

A propósito de *sanções* potencialmente aplicáveis, o artigo 23.º determina que os Estados-Membros devem estabelecer as regras relativas a sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas aplicáveis em caso de violação dos direitos e obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração. Os Estados-Membros devem assegurar que as sanções a que se produzam um efeito dissuasivo efetivo relativamente à violação dos direitos e obrigações relacionados com

o princípio da igualdade de remuneração, devendo incluir coimas, cuja fixação deve basear-se no direito nacional e ter em conta quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes pertinentes que se apliquem às circunstâncias da infração, que podem incluir a discriminação interseccional.

O artigo 24.º trata da *igualdade remuneratória nos contratos públicos ou de concessões*, estabelecendo que os Estados-Membros devem assegurar que, na execução de contratos públicos ou de concessões, os operadores económicos cumprem as respetivas obrigações relacionadas com o princípio da igualdade de remuneração. Afirma-se, até, que os Estados-Membros devem ponderar a possibilidade de exigir às autoridades adjudicantes que introduzam, conforme adequado, sanções e condições de rescisão que assegurem o respeito pelo princípio da igualdade de remuneração na execução dos contratos públicos e das concessões, podendo ainda tais entidades adjudicantes excluir ou ser obrigadas pelos Estados-Membros a excluir qualquer operador económico da participação num procedimento de contratação pública quando possam demonstrar, por meio adequado, que este não cumpriu as obrigações quanto à transparência remuneratória ou à existência de uma disparidade remuneratória superior a 5 % em qualquer categoria de trabalhadores que não seja justificada pelo empregador com base em critérios objetivos e neutros em termos de género.

Finalmente, a propósito do *risco de retaliação e proteção contra um tratamento menos favorável*, o artigo 25.º determina que os trabalhadores e os seus representantes não podem ser tratados de forma menos favorável pelo facto de terem procurado exercer os

respetivos direitos em matéria de igualdade de remuneração ou por terem ajudado outra pessoa a defender os seus direitos. Os Estados-Membros devem introduzir na respetiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para proteger os trabalhadores, incluindo aqueles que são representantes dos trabalhadores, contra o despedimento ou outras formas de tratamento desfavoráveis adotadas por um empregador por motivo da apresentação de uma queixa a nível da organização do empregador ou da instauração de um procedimento administrativo ou de um processo judicial tendo em vista a execução de direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração⁶³.

O artigo 26.º, a propósito da *relação com a Diretiva 2006/54/CE*, determina que o capítulo III da Diretiva da transparência remuneratória é aplicável aos processos relativos a qualquer direito ou obrigação relacionado com o princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 4.º da Diretiva 2006/54/CE.

XII. O último Capítulo da Diretiva - Capítulo IV - trata das *Disposições horizontais*.

O artigo 27.º, sobre o *nível de proteção* da Diretiva, estabelece que os Estados-Membros podem introduzir ou manter em vigor disposições mais favoráveis aos trabalhadores do que as previstas na presente diretiva.

O artigo 28.º prevê a constituição de *organismos de promoção da igualdade*, estabelecendo que, sem prejuízo da competência das inspeções do trabalho ou de outros organismos de defesa dos direitos

⁶³ Veja-se o Considerando (24) da citada Diretiva (UE) 2023/970.

dos trabalhadores, incluindo os parceiros sociais, os organismos de promoção da igualdade são competentes nas matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação desta Diretiva. Os Estados-Membros devem, em conformidade com o direito e as práticas nacionais, adotar medidas ativas para assegurar uma cooperação e uma coordenação estreitas entre as inspeções do trabalho, os organismos de promoção da igualdade e, se aplicável, os parceiros sociais no que diz respeito ao princípio da igualdade de remuneração. Os Estados-Membros devem, ainda, afetar aos respetivos organismos de promoção da igualdade os recursos necessários ao exercício efetivo das suas funções em prol do respeito pelo direito à igualdade remuneratória.

O artigo 29.º versa sobre o *acompanhamento e sensibilização*, determinando que os Estados-Membros devem assegurar acompanhamento e apoio coerentes e coordenados no que respeita à aplicação do princípio da igualdade de remuneração, bem como à execução de todas as medidas corretivas disponíveis, devendo designar um organismo para acompanhar e apoiar a execução das medidas nacionais de execução da presente diretiva («organismo de acompanhamento») e adotar as disposições necessárias para o bom funcionamento desse organismo⁶⁴. O organismo de acompanhamento pode fazer parte de um organismo ou estrutura já existente a nível nacional, devendo ter as seguintes atribuições:

⁶⁴ Recorda-se que, em Portugal, as regras sobre o acompanhamento e sensibilização da igualdade retributiva constam, nomeadamente, da Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2014, de 7 de março, e da Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto, nos termos *infra* desenvolvidos.

a) Sensibilizar as empresas e organizações públicas e privadas, os parceiros sociais e o público para a promoção do princípio da igualdade de remuneração e do direito à transparência relativamente às remunerações, abordando designadamente a discriminação interseccional em relação à remuneração igual por trabalho igual ou de valor igual;

b) Analisar as causas da disparidade remuneratória em função do género e conceber ferramentas para ajudar a avaliar as desigualdades ao nível da remuneração, utilizando, em especial, o trabalho analítico e os instrumentos do Instituto Europeu para a Igualdade de Género;

c) Recolher os dados recebidos dos empregadores nos termos do artigo 9.º, n.º 7, e publicar prontamente os dados referidos no artigo 9.º, n.º 1, alíneas a) a f), numa forma facilmente acessível e de fácil utilização que permita a comparação entre empregadores, setores e regiões do Estado-Membro em causa, e assegurar que os dados relativos aos quatro anos anteriores, se estiverem disponíveis, sejam acessíveis;

d) Recolher os relatórios de avaliação conjunta da remuneração elaborados nos termos do artigo 10.º, n.º 3;

e) Agregar os dados sobre o número e os tipos de queixas por discriminação ao nível da remuneração apresentadas às autoridades competentes, incluindo os organismos de promoção da igualdade, e as ações intentadas nos tribunais nacionais.

Até 7 de junho de 2028 e, posteriormente, de dois em dois anos, os Estados-Membros devem, numa única comunicação, fornecer à Comissão os dados referidos no n.º 3, alíneas c), d) e e) daquele preceito legal.

O artigo 30.º refere-se à *negociação e ação coletivas*, estabelecendo que a Diretiva não afeta de modo algum o direito de negociar, celebrar e fazer aplicar coercivamente convenções coletivas ou desencadear ações coletivas em conformidade com o direito ou as práticas nacionais.

O artigo 31.º, a propósito das *estatísticas*, estabelece que o Estados-Membros devem fornecer anualmente à Comissão (Eurostat) dados nacionais atualizados para o cálculo das disparidades remuneratórias em função do género sob forma não corrigida, devendo estas estatísticas ser desagregadas por sexo, setor económico, tempo de trabalho (tempo completo/parcial), controlo económico (propriedade pública/privada) e idade, e ser calculadas anualmente⁶⁵. Os dados a que se refere o primeiro parágrafo devem ser transmitidos a partir de 31 de janeiro de 2028 para o ano de referência de 2026.

O artigo 32.º, sobre a *divulgação de informações*, estabelece que os Estados-Membros devem tomar medidas ativas para assegurar que as disposições que adotarem nos termos da Diretiva, assim como as disposições pertinentes já em vigor, sejam levadas ao conhecimento

⁶⁵ Recorda-se, que, entre nós, nos termos da Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto, determina-se (artigo 3.º, n.º 1) que o serviço do ministério responsável pela área laboral competente para proceder ao apuramento estatístico desenvolve e disponibiliza, no primeiro semestre do ano civil, a seguinte informação estatística: a) Barómetro geral e setorial das diferenças remuneratórias entre mulheres e homens; e b) Balanço das diferenças remuneratórias entre mulheres e homens por empresa, profissão e níveis de qualificação.

dos interessados por todos os meios adequados e na totalidade do respetivo território.

O artigo 33.º, a propósito da *execução* da Diretiva determina que os Estados-Membros podem confiar a execução da presente diretiva aos parceiros sociais, em conformidade com a legislação e/ou as práticas nacionais, no que respeita ao papel dos parceiros sociais, desde que tomem todas as medidas necessárias para, em qualquer altura, assegurarem que são atingidos os resultados pretendidos pela diretiva. As tarefas de execução confiadas aos parceiros sociais podem incluir:

- a) O desenvolvimento das ferramentas ou metodologias analíticas a que se refere o artigo 4.º, n.º 2; e
- b) Sanções pecuniárias equivalentes a coimas, desde que sejam efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

Por fim, sobre as regras de *transposição* da Diretiva, o artigo 34.º estabelece que os Estados-Membros devem aprovar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 7 de junho de 2026. Do facto informam imediatamente a Comissão. Ao informar a Comissão, os Estados-Membros devem igualmente disponibilizar-lhe um resumo dos resultados de uma avaliação do impacto das disposições de transposição nos trabalhadores e nos empregadores com menos de 250 trabalhadores, e indicar onde essa avaliação se encontra publicada.

Finalmente, sobre a *comunicação de informações e revisão*, o artigo 35.º determina que até 7 de junho de 2031 os Estados-Membros devem informar a Comissão da execução da Diretiva e do seu im-

pacto na prática. Até 7 de junho de 2033, a Comissão deve apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a execução da Diretiva. O relatório deve analisar, nomeadamente, os limites relativos ao empregador previstos nos artigos 9.º e 10.º, bem como o limiar de 5 % que desencadeia a avaliação conjunta das remunerações prevista no artigo 10.º, n.º 1. A Comissão, se adequado, propõe as alterações legislativas que considere necessárias com base naquele relatório.

Vejamos, agora, o ordenamento jurídico nacional, para aferir se - e em que termos - a nossa legislação deve se ajustada em função da Diretiva em apreço.

2. A igualdade e não discriminação no ordenamento jurídico nacional

2.1. Constituição da República Portuguesa

I. A Constituição portuguesa de 1976 acolhe a ideia de igualdade perante a lei enquanto princípio material unitário, que abrange quer a *interdição de privilégios e discriminações*, quer a *obrigação de diferenciação*, como forma de compensação das desigualdades sociais. O princípio da igualdade está previsto, enquanto princípio geral, no artigo 13.º da Constituição portuguesa, segundo o qual todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei e ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendên-

cia, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual⁶⁶.

II. Para além de conter uma proibição genérica de discriminação, o princípio da igualdade assume também, na nossa Constituição, nomeadamente nos artigos 9.º e 81.º, uma *função social*, que pressupõe o dever de eliminação ou atenuação das desigualdades sociais, económicas e culturais, tendo em vista a prossecução de uma igualdade jurídico-material ou de uma igualdade real⁶⁷. Nesse sentido, o artigo 9.º determina que incumbe ao Estado “*promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real dos portugueses (...)*” (artigo 9.º, alínea d)), ao passo que o artigo 81.º determina que incumbe prioritariamente ao Estado “*Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal*”⁶⁸. A Constituição portuguesa consagra, assim, no seu sistema de valores, o Estado Social de

⁶⁶ Veja-se, a este propósito, a anotação de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS ao artigo 1.º da Constituição, em *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Introdução Geral, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 113 e ss.

⁶⁷ Veja-se, a este propósito, JOÃO FILIPE MOREIRA SABINO, “Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho”, *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, FLÁVIA PIOVESAN/LUCIANA PAULA VAZ DE CARVALHO (coord.), Editora Atlas, São Paulo, 2010, pp. 64 e ss.

⁶⁸ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, “Igualdade e não discriminação”, *Separata de Código do Trabalho, a Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 123-138; “O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.º 2, Jul./Dez. de 2003, pp.113-137; e *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho - sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, cit.

Direito⁶⁹, sendo nesse contexto que se compreende também a consagração de diversos *direitos sociais*⁷⁰, por natureza diferenciadores, que surgem como verdadeiras “*discriminações positivas*”⁷¹.

III. Por fim: é neste enquadramento que se compreende, também, no seio da própria Constituição, a consagração de normas que se aplicam a determinados tipos ou categorias de pessoas tendencialmente mais vulneráveis, como sejam as crianças, as mulheres grávidas, os jovens, os deficientes ou, enquanto categoria unitária e transversal, os trabalhadores. Foi, pois, com base neste entendimento e no âmbito da indicada meta político-constitucional de prossecução de uma igualdade real⁷² que a revisão constitucional de 1982 autonomizou um capítulo (Capítulo III do Título II - artigos 53.º a 57.º) especificamente dedicado aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, dando corpo à habitualmente denominada “Constituição Laboral”, garantindo em simultâneo, a par daqueles direitos de carácter precetivo, “direitos de crédito” previstos no Capítulo I do Título III, na parte atinente aos direitos económicos, sociais e culturais (artigos 58.º e 59.º)⁷³.

⁶⁹ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *Welfare, Equality & Democracy*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 37-41, p. 40.

⁷⁰ Sobre os direitos sociais, veja-se JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

⁷¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 237 ss., que exemplifica alguns fenómenos de “discriminações positivas” previstos na Constituição.

⁷² Veja-se, a este propósito, JOÃO FILIPE MOREIRA SABINO, “Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho”, *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, cit., pp. 64 e ss.

⁷³ Sobre a distinção entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos económicos, sociais e culturais”, cf. JORGE MIRANDA, “O regime dos direitos, liberdades e garantias”, *Estudos Sobre a Constituição*, III, Livraria Petrony, 1979, pp. 41 ss.

IV. A ideia é, pois, a de promover uma igualdade real entre os cidadãos, através da concessão de especiais direitos de tutela, neste caso aos trabalhadores, tidos como uma categoria de cidadãos que, pelo menos tendencialmente, se encontra numa situação de inferioridade suscetível de pôr em causa a sua liberdade individual, designadamente a sua liberdade negocial. E é por essa razão, como acima se enunciou, que do artigo 13.º, n.º 1, decorre não apenas a possibilidade de o legislador operar discriminações e diferenciações tendentes à promoção de uma igualdade substancial e real entre os cidadãos, mas, mais do que isso, uma verdadeira imposição nesse sentido.

V. É nesse contexto que se podem extrair dois sentidos do princípio da igualdade previsto na Constituição: um *sentido negativo*, que consiste na proibição de privilégios e de distinções, na proibição do arbítrio e da discriminação; e um *sentido positivo*, do qual resulta a obrigatoriedade de tratamento desigual de situações desiguais como forma de compensar a desigualdade de oportunidades⁷⁴, em nome da *justiça social*.

VI. A propósito da igualdade retributiva, em particular, o artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição, determina que todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à

⁷⁴ GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, cit., p. 107, e “O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, cit., p. 117.

retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;

VII. Em suma: a Constituição de 1976 afirma quer a *igualdade perante a lei*, quer a *igualdade real* dos portugueses; quer um *sentido negativo de igualdade*, enquanto vedação de privilégios e de discriminações e proibição do arbítrio, quer um *sentido positivo*, que assenta na prossecução da aludida *igualdade real*, através da imposição de discriminações positivas, designadamente em matéria de emprego e em sede retributiva.

Para além da invocação geral do princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 13.º da Constituição, o artigo 59.º da Constituição contém (como já se notou) uma afirmação específica relativa à igualdade retributiva e ao princípio “a trabalho igual, salário igual”.

O direito à igualdade retributiva, nomeadamente em função do género, é, portanto, uma imposição constitucional.

VIII. Para além desta afloração constitucional, o princípio da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, incluindo a igualdade retributiva, encontra-se também previsto no Código do Trabalho português. E encontra-se previsto, mais uma vez, numa lógica de proteção dos direitos de cidadania do trabalhador e do candidato a emprego.

2.2. Código do Trabalho

2.2.1. Enquadramento

I. O Código do Trabalho trata do tema da igualdade no acesso ao emprego e no trabalho de forma abrangente e unitária, ampliando, de resto, o elenco constitucional de fatores suscetíveis de fundamentar uma prática discriminatória - à luz do Código do Trabalho, a *orientação sexual*, o *património genético*, a *capacidade de trabalho reduzida*, a *doença crónica* e a *filiação sindical* são, também, elementos distintivos que não podem constituir motivo de discriminação, apesar de os mesmos não constarem do referido artigo 13.º da Constituição⁷⁵.

II. No essencial, o Código português⁷⁶ proíbe a discriminação *direta* e a discriminação *indireta* (artigos 23.º e 25.º); garante o direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho (artigo 24.º); consagra a regra da inversão do ónus da prova em caso de invocação de prática discriminatória (artigo 25.º); proíbe a existência de regras de convenções coletivas de trabalho ou de regulamentos internos da empresa contrários ao princípio da igualdade e não discriminação

⁷⁵ Veja-se, nomeadamente, a propósito da igualdade retributiva, da igualdade em função do género e da igualdade em função da idade, BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de FURTADO MARTINS, NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS, TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, cit., pp. 597 e ss., 897 e ss. e 901 e ss., respetivamente. Sobre o princípio da igualdade e da não discriminação no trabalho e emprego, em geral, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., pp. 47 e ss. e 226 e ss.

⁷⁶ Veja-se MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 9.ª edição, cit., pp. 213 e ss.

(artigo 26.º); admite a adoção de medidas de ação positiva que beneficiem certo grupo tradicionalmente desfavorecido (artigo 27.º); consagra o ressarcimento de danos patrimoniais e não patrimoniais em caso de prática discriminatória (artigo 28.º); proíbe o assédio, nomeadamente o assédio sexual (artigo 29.º); e contém, ainda, uma série de disposições relativas à igualdade e não discriminação em função do sexo (artigos 30.º a 32.º)⁷⁷.

A propósito da igualdade retributiva, cumpre fazer especial destaque ao artigo 31.º, de onde resulta que os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo. A igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual:

a) Qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida;

b) A retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma.

O artigo 31.º, n.º 3, determina, ainda, que as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade. Não obstante, o número 4 do mesmo preceito estabelece que as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem

⁷⁷ Sobre o Código do Trabalho português e os preceitos legais relativos à igualdade e não discriminação, veja-se as anotações de GUILHERME DRAY, *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 122 e ss., que se seguem de perto.

fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores, ao passo que o número 5 determina que os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objetivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo.

Cumpre, também, recordar o artigo 270.º do Código do Trabalho, segundo o qual, na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, observando-se o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual.

Vejamos, genericamente, os preceitos que constam do Código do Trabalho e em que medida os mesmos consagram, por si só, regras similares às da Diretiva da Transparência Remuneratória, acima analisada.

2.2.2. O regime da igualdade e da igualdade retributiva

I. O artigo 23.º do Código do Trabalho, que inicia a Secção sobre a igualdade e não discriminação, contém os principais conceitos em matéria de igualdade e não discriminação, que devem ser manuseados no âmbito da presente disciplina. As alíneas *a)* e *b)*, do n.º 1 daquele preceito contêm os conceitos de *discriminação direta* e *indireta*, que se filiam nos conceitos de *disparate treatment* e de *disparate impact* resultantes do *Civil Rights Act of 1964* estado-unidense⁷⁸, devendo ser articulados com os artigos 24.º e 25.º, que contêm os fatores de discriminação a que se refere o presente preceito:

⁷⁸ Sobre o conceito de igualdade inserido no *Title VII* do *Civil Rights Act*, veja-

haverá *discriminação direta* sempre que, em razão de um dos fatores de discriminação indicados no artigo 24.º e 25.º, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável; e *discriminação indireta* sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar pessoas que se incluam num dos fatores característicos indicados nos referidos preceitos legais numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários⁷⁹.

II. Trata-se, de resto, de conceitos sedimentados em termos doutrinários e jurisprudenciais e acolhidos em diversas diretivas da União Europeia, nomeadamente, nas diretivas n.º 2000/43/CE (igualdade de tratamento independentemente da origem racial ou étnica), n.º 2000/78/CE (igualdade no emprego), n.º 2002/73/CE (igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho), n.º 2004/113 (acesso a bens e serviços) e n.º 2006/54 (igualdade de tratamento).

O mesmo sucede relativamente à aludida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória, e

se, nomeadamente, PATRICK J. CIHON e JAMES OTTAVIO CASTAGNERA, *Employment and Labor Law*, Ed. Sixt. Mason, South-Western Cenage Learning, 2008, pp. 119 e ss.

⁷⁹ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 23.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 122-124.

ao respetivo artigo 3.º, n.º 1, alínea *i*) e *j*), na parte em que este define, nomeadamente, os conceitos de “discriminação direta” e “discriminação indireta”.

III. Os conceitos referidos nas alíneas *c*) (*trabalho igual*) e *d*) (*trabalho de valor igual*) do citado artigo 23.º, n.º 1, do Código do Trabalho, estão igualmente sedimentados, em termos doutrinários e jurisprudenciais. A sua importância é significativa, nomeadamente, para efeitos de apuramento de práticas discriminatórias em sede retributiva e ao nível da concretização do princípio a trabalho igual, salário igual. A este propósito, importa relacionar este preceito com dois outros artigos do Código do Trabalho, acima referidos: o artigo 31.⁸⁰, a propósito da igualdade de condições de trabalho, e o artigo 270.⁸¹, que fixa o seguinte critério de determinação da retribuição: na determinação do valor da retribuição deve ter-se em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho, segundo o princípio de que, para trabalho igual ou de valor igual, salário igual⁸².

⁸⁰ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 31.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 149-151, que se segue de perto.

⁸¹ Veja-se a anotação de JOANA VASCONCELOS ao artigo 270.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 666-667, que se segue de perto.

⁸² Recordar-se entre nós, a nível jurisprudencial, a propósito da igualdade retributiva, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 2004, de 13 de abril de 2005, de 7 de novembro de 2007 e de 14 de maio de 2008. Sobre a possibilidade de serem promovidas diferenças salariais que não sejam discriminatórias, nomeadamente em função da produtividade, recorda-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de maio de 2004, de onde se retira que o princípio constitucional da igualdade retributiva (artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*)) implica a inadmissibilidade de um tratamento salarial diferenciado pelo sexo ou por outros fatores discriminatórios, mas já comporta a individualização de salários com base

Aquilo que o nosso Código do Trabalho não contém é a obrigatoriedade de as empresas adotarem e disponibilizarem ferramentas ou metodologias analíticas destinadas a apoiar e orientar a avaliação e a comparação do valor do trabalho em conformidade com o disposto no artigo 4.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória. À luz da Diretiva, recorda-se, estas ferramentas ou metodologias devem permitir que os empregadores e/ou os parceiros sociais estabeleçam e utilizem facilmente sistemas de avaliação e classificação profissional neutros em termos de género que excluam qualquer discriminação remuneratória em razão do sexo.

Trata-se de uma obrigação que depende, em bom rigor, da transposição da referida Diretiva, através de legislação nacional.

IV. O artigo 24.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “*direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho*”, afirma que o trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género⁸³, estado civil, situação familiar, situação econó-

no mérito ou no rendimento, desde que sejam apurados mediante critérios e métodos objetivos e explícitos - Acórdãos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸³ Sobre a igualdade de género, veja-se diversos artigos publicados na obra *Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT, AAFDL, Lisboa, 2019, nomeadamente, “Igualdade e Desigualdade entre mulheres e homens no trabalho e no

mica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem⁸⁴, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos⁸⁵.

Ou seja, o citado artigo 24.º afirma, pela positiva, o princípio da igualdade na relação de trabalho, acolhendo quer um ideal de igualdade formal, assente na asserção, clássica, segundo a qual “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*” (cf. artigo 13.º da CRP), quer a igualdade em sentido material, emergente do Estado Social de Direito e conducente ao conceito de igualdade de oportunidades, enquanto projeto de igualdade real, que admite a adoção de medidas de ação positiva e que convoca a atuação do Estado⁸⁶. O que está em causa, em última instância, é a afirmação da ideia de Justiça Social e de um dos mais elementares “*labor minimum standards*” - as oportunidades devem estar abertas a todos,

emprego: da teoria à prática”, pp. 11 e ss. (MARIA DO ROSÁRIO RAMALHO); “Igualdade de Género de Trabalho: entre a Consagração Legal e a Inefetividade Prática - O Papel da CITE na Igualdade e Não Discriminação”, pp. 21 e ss. (JOANA GÍRIA); “Cambio Tecnológico e impacto sobre el trabajo de las mujeres”, pp. 27 e ss. (ANA DE LA PUEBLA PINILLA); “Igualdade de Género no Trabalho, 4.0”, pp. 45 e ss. (Teresa Coelho Moreira); “Género y Cuotas: su ordenación jurídica en los ámbitos económico y político”, pp. 69 e ss (AMPARO MERINO SEGOVIA).

⁸⁴ Sobre a igualdade dos trabalhadores migrantes, veja-se ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “La igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes: una perspectiva jurídico-constitucional”, *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT, cit., pp. 197 e ss.

⁸⁵ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 24.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 125-130.

⁸⁶ Sobre o tema, veja-se GUILHERME DRAY, *Equality, Welfare State & Democracy*, cit., pp. 41 e ss.

sem que alguém seja excluído, nomeadamente, por motivos de etnia, sexo ou religião. A igualdade, nesta perspetiva, é vista de forma substantiva (*substantive equality of opportunity*), como a faculdade atribuída a todos os cidadãos de terem acesso às mesmas oportunidades, com base nos respetivos méritos e talentos, em nome da já nossa conhecida ideia de cidadania no trabalho.

Quanto ao âmbito de aplicação pessoal da norma, o n.º 1 do preceito em causa esclarece, sem reservas, tal como de resto o artigo 5.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória, que o princípio da igualdade abrange não apenas os trabalhadores propriamente ditos, mas também os candidatos a emprego, quando se trate da aplicação do princípio da igualdade no acesso ao emprego. Trata-se, à semelhança do que sucede no regime dos direitos de personalidade (v.g. artigos 17.º e 19.º), de um caso de *pré-eficácia da situação laboral*⁸⁷, em nome da ideia de cidadania no trabalho. Assim, a aplicação do princípio da igualdade abrange também os atos e negócios jurídicos praticados nos preliminares da formação do contrato de trabalho, nomeadamente no âmbito de concursos públicos, anúncios para contratação e contratos-promessa de trabalho. E abrange, também, os recentemente denominados *employment background checks*, verificados quando empresas especializadas são subcontratadas para avaliar o perfil de candidatos a emprego, fazendo-o por vezes com base em algoritmos⁸⁸ e na visualização do perfil do candidato através das redes sociais. O que está em causa, mais uma vez, é a proteção do

⁸⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., p. 566.

⁸⁸ Sobre a utilização de algoritmos no exercício do poder de direção e a necessidade de se garantir o respetivo controlo humano, bem como de se garantir o

cidadão, independentemente de este já ser, ou não ser ainda, trabalhador subordinado.

Aquilo que o artigo 24.º do Código do Trabalho não impõe, tal como de resto os artigos 31.º e 270.º a propósito da igualdade retributiva, é o direito à informação expressamente enunciado no artigo 5.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória. Do artigo 5.º da Diretiva, recorda-se, resulta que o candidato a emprego tem direito a ser informado, nos preliminares da formação do contrato, sobre a remuneração inicial ou o seu intervalo, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, para o posto de trabalho a que se candidata. Esta regra não consta do Código do Trabalho, ainda que o artigo 106.º determine que o candidato a emprego tem o direito a ser informado sobre o valor, a periodicidade e o método de pagamento da retribuição, incluindo a discriminação dos seus elementos constitutivos. No mesmo sentido, o nosso Código do Trabalho também não contém uma regra expressa, como decorre do citado artigo 5.º da Diretiva, segundo a qual o empregador não deve inquirir os candidatos sobre o historial das remunerações auferidas nas suas relações laborais atuais ou anteriores.

cumprimento de particulares deveres de informação quanto à sua utilização, veja-se a proposta de Diretiva do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a melhoria das condições de trabalho no âmbito das plataformas digitais, de 9 de dezembro de 2021, por um lado, e os artigos 24.º, n.º 3, e 106.º do Código do Trabalho, a propósito da utilização de algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, preceitos estes introduzidos no âmbito da “Agenda do Trabalho Digno”, aprovada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

Também neste domínio, importa aguardar pela transposição da citada Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória.

V. A proibição expressa de práticas discriminatórias resulta do artigo 25.º do Código do Trabalho⁸⁹, que determina que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, *direta* ou *indireta*, em razão, nomeadamente, dos fatores referidos no artigo 24.º. O preceito em causa torna claro que o conceito de discriminação envolve um juízo de desvalor e de censura relativamente a determinadas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso conferido a trabalhadores ou candidatos a emprego em função de certos elementos categoriais. O que está em causa, na proscrição da discriminação, não é a diferenciação em si mesma, mas sim a ausência de razoabilidade da sua motivação e a ausência de motivos que a justifiquem. As diferenciações motivadas por razões que se prendem com as convicções religiosas ou partidárias, o sexo, a raça ou a ascendência, entre outros, não são aceitáveis, porque são atentatórias da dignidade humana e põem em causa a referida ideia de cidadania no trabalho. Além do mais, o legislador estabelece que são ainda consideradas práticas discriminatórias, nomeadamente, discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade, bem como afetações desfavoráveis em termos de avaliação e progressão na carreira.

⁸⁹ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 130-135, que se segue de perto.

Em todo o caso, admite-se que o princípio da igualdade, na aludida vertente de proscrição de comportamentos discriminatórios, deve operar de forma aberta e dinâmica, obedecendo aos elementos materiais fornecidos pelo caso concreto e variando de intensidade em função do maior ou menor grau de desequilíbrio negocial entre as partes envolvidas. Deve ser-se particularmente exigente quanto à atuação de grandes empresas e menos exigente em relação a microempresas ou, por hipótese, numa relação de trabalho doméstico. O apuramento da prática discriminatória deve realizar-se casuisticamente, segundo juízos de razoabilidade, atendendo à finalidade e aos motivos que determinaram a atuação do empregador e segundo critérios de adequação e de proporcionalidade⁹⁰.

VI. Por outro lado, o artigo 25.º reconhece que o princípio da igualdade não é absoluto, determinando que não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional (n.º 2) e que são, nomeadamente, permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade que sejam necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional (n.º 3).

⁹⁰ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, cit., pp. 571 e ss.; *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, cit., pp. 270 e ss.; e “Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 21 e ss.

VII. Atendendo à natureza dinâmica do princípio da igualdade, o n.º 2 do preceito em causa admite que algumas práticas diferenciadoras, ainda que realizadas com base nos elementos categoriais referidos no n.º 1 do artigo 24.º, podem ser lícitas e, como tal, aceitáveis⁹¹. Trata-se, também neste caso, de uma ideia afluída nas diretivas da União Europeia relativas a esta matéria (n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva n.º 76/207/CEE, na redação da Diretiva n.º 2002/73/CE; n.º 1 do artigo 4.º da Diretiva n.º 2000/78/CE; e artigo 4.º da Diretiva n.º 2000/43/CE). O essencial reside no seguinte: não devem ser qualificados como atos discriminatórios ilícitos os comportamentos diferenciadores que se justifiquem à luz da relação laboral que se visa constituir e das exigências da sua execução, sempre que o fator distintivo se revele justificável e determinante para a execução do contrato de trabalho. Em todo o caso, importa que o objetivo seja lícito e o requisito proporcional. Por outras palavras: a finalidade subjacente à distinção deve relacionar-se com a necessidade de adequar o trabalhador ou o candidato a emprego ao posto de trabalho e à natureza das atividades profissionais em causa, sendo ainda necessário atender aos princípios da proporcionalidade e da adequação: a distinção apenas será lícita quando necessária e adequada à prossecução do objetivo proposto.

VIII. Trata-se, no fundo, da *bona fide occupational qualification* (BFOQ) a que se refere a doutrina e jurisprudência estado-unidense

⁹¹ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 130 e ss.

- em certos casos, excepcionais, admitem-se distinções efetuadas tendo por base determinados fatores categoriais, quando o tipo de atividade assim o justifica, em contextos muito específicos, e quando o elemento categorial do trabalhador seja determinante e necessário para um determinado tipo de funções⁹². Por exemplo: no campo da arte, da moda e do espetáculo pode não ser discriminatória a contratação de mulheres em detrimento de homens (ou vice-versa) quando esteja em causa a organização de uma passagem de modelos para promover roupa feminina (ou masculina, no exemplo inverso), assim como não é discriminatória a contratação de um ator de determinada etnia tendo em vista a representação de uma personagem da mesma origem étnica. No mesmo sentido, parecem ser de admitir distinções baseadas no domicílio, na idade, na língua ou na instrução, quando as exigências da atividade profissional o justifiquem, podendo estas mesmas exigências justificar também que uma congregação religiosa limite a admissão a candidatos que pratiquem a religião que a mesma professa ou que um partido político tenha em vista a contratação de trabalhadores (que, por exemplo, vão redigir discursos políticos) que perfilhem a mesma orientação ideológica. Ainda assim, importa aplicar a doutrina da *BFOQ* com cautela: se é lícito que um colégio católico limite a admissão de membros do seu corpo docente a pessoas que professem a mesma religião, em especial quando se trate de lecionar uma cadeira de catecismo, a mesma limitação já não fará sentido quando se trate de admitir trabalhadores

⁹² Veja-se, GUILHERME DRAY, *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, cit., pp. 61 e ss.

para o exercício de funções meramente administrativas ou de secretariado. Por outro lado, tem-se entendido que, mesmo nos casos em que uma *BFOQ* pode funcionar, a mera conveniência do empregador ou a simples preferência do cliente por pessoas de determinado grupo étnico ou religioso não legitima, por si só, o estabelecimento de uma *BFOQ*, competindo ao empregador provar que existe um motivo válido e necessário que justifique a diferenciação levada a efeito⁹³. A *BFOQ* pode ser invocada quando “*the protected characteristic is reasonably necessary for the normal operation of the business. It is the employer’s burden to prove that a BFOQ is present*”⁹⁴.

IX. Significativamente importante em sede de ónus da prova, em matéria de igualdade e não discriminação, é a regra constante do n.º 5 deste mesmo artigo 25.º, que prescreve que cabe a quem alega a discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação ao qual se encontra discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação. Esta regra de inversão do ónus da prova é aplicável em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho, à formação profissional ou nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de gozo de direitos na parentalidade, de outros direitos previstos no âmbito da conciliação da atividade profissional com a vida familiar e pessoal e dos direitos previstos para o trabalhador cuidador. Por via desta regra, afasta-se o regime geral

⁹³ Veja-se, GUILHERME DRAY, *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, cit., p. 63.

⁹⁴ Cf. ALVIN L. GOLDMAN e ROBERTO L. CORRADA, *Labor Law in the USA*, Third Revised Edition, Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2011., p. 194.

da prova do artigo 342.º do Código Civil. Trata-se de uma regra que, antes da entrada em vigor do CT2003, apenas existia no ordenamento nacional a propósito do princípio da igualdade em função do sexo (artigos 9.º do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de setembro, e 5.º da Lei n.º 105/97, de 13 de setembro), mas que, com a aprovação do Código do Trabalho de 2003, passou a estender-se a todas as práticas discriminatórias, para além do alcance redutor da igualdade em função do sexo. O preceito em causa encerra uma regra com uma importância extrema, em sede de defesa da cidadania no trabalho e no acesso ao emprego: provar que uma exclusão teve por fundamento o sexo, a raça, as convicções religiosas ou políticas do trabalhador lesado, constitui um óbice quase intransponível. A utilização das regras gerais em matéria do ónus da prova afigurava-se, neste domínio, claramente insuficiente, razão pela qual o legislador optou por uma regra de inversão do ónus da prova⁹⁵.

X. À luz deste preceito, cabe ao empregador a prova de que a exclusão ou o tratamento desvantajoso conferido ao trabalhador ou ao candidato a emprego não é irrazoável, arbitrário e discriminatório, tendo uma justificação plausível. A regra de inversão do ónus da prova aplica-se às práticas discriminatórias levadas a efeito quer no decurso, quer na formação do contrato de trabalho. É esse o sentido que deve ser retirado do preceito: por um lado, porque o artigo 25.º surge na sequência lógica do artigo 24.º, que claramente enuncia a

⁹⁵ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 130 e ss.

aplicação do princípio da igualdade não apenas no trabalho, mas também no acesso ao emprego; por outro lado, porque é esse o sentido que resulta das diretivas que se relacionam com este preceito, nomeadamente as Diretivas n.ºs 2000/43/CE (artigo 8.º), 2000/78/CE (artigo 10.º) e 2023/970 (artigo 18.º). A regra da inversão do ónus da prova aplica-se, pois, não apenas a propósito das condições de trabalho, mas também no acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, de forma a proteger também o “candidato-cidadão”⁹⁶.

A regra prevista no número 5 do artigo 25.º aplica-se, também, às hipóteses de discriminação retributiva. Nesse sentido, a regra da inversão do ónus da prova, prevista no artigo 18.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória, já tem consagração no artigo 25.º, n.º 5, do nosso Código do Trabalho⁹⁷⁻⁹⁸.

⁹⁶ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 133-135, que se segue de perto.

⁹⁷ A propósito da regra de inversão do ónus da prova, recorda-se, entre nós, o importante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de abril de 2009, segundo o qual, para que o trabalhador possa beneficiar daquele regime especial, deve não apenas alegar factos relativos à prática discriminatória, mas também “(...) alegar e provar, para além dos factos que revelam a diferenciação de tratamento, também, os factos que integram um daqueles fatores característicos da discriminação”. Ou seja, “(...) numa ação em que não se invocam quaisquer factos que, de algum modo, possam inserir-se na categoria de factos característicos de discriminação (...) não funciona a aludida presunção (...)” - Acórdão disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁸ Veja-se, também, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2013, onde se conclui que “Atento o disposto no n.º 5 do artigo 25.º do CT/09, por forma a fazer funcionar a regra de inversão do ónus da prova, com o consequente afastamento do princípio geral estabelecido no artigo 342.º, n.º 1 do CC, compete ao trabalhador que invoca a discriminação alegar e provar os factos que possam inserir-se na categoria de fatores característicos de discriminação referidos nos artigos 24.º e 25.º do mesmo diploma legal, concretamente, alegar e

XI. Não menos importante, em sede de proibição de discriminações, o artigo 25.º, n.º 8, do Código do Trabalho declara que é inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a ato discriminatório⁹⁹.

Neste domínio, a regra prevista no artigo 25.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória, parece um pouco mais concretizada do que o artigo 25.º do nosso Código do Trabalho. Ao passo que o artigo 25.º, n.º 8, do nosso Código, afirma que é inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a ato discriminatório, já o artigo 25.º da Diretiva estabelece que os Estados-Membros devem introduzir na respetiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para proteger os trabalhadores, incluindo aqueles que são representantes dos trabalhadores, contra o despedimento ou outras formas de tratamento desfavoráveis adotadas por um empregador por motivo da apresentação de uma queixa a nível da organização do empregador ou da instauração de um procedimento administrativo ou de um processo judicial tendo em vista a execução de direitos ou obrigações relacionados com o princípio da igualdade de remuneração.

provar factos que, referindo-se à natureza, qualidade e quantidade de trabalho prestado por trabalhadores da mesma empresa e com a mesma categoria, permitam concluir que a diferente progressão na carreira e o pagamento de diferentes remunerações viola o princípio da igualdade, uma vez que tais factos se apresentam como constitutivos do direito que pretende fazer valer” (acórdão disponível em www.dgsi.pt).

⁹⁹ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º, n.º 7, do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 130-135.

Em qualquer caso, considera-se que a regra constante do artigo 25.º da Diretiva já está transposta para o nosso ordenamento jurídico.

XII. Como forma de complementar a regra proibitiva constante do artigo 25.º, o artigo 26.º do Código do Trabalho prescreve que a disposição de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa que estabeleça profissão ou categoria profissional que respeite especificamente a trabalhadores de um dos sexos considera-se aplicável a trabalhadores de ambos os sexos¹⁰⁰. Por outro lado, determina-se também que a disposição de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa que estabeleça condições de trabalho, designadamente retribuição, aplicáveis exclusivamente a trabalhadores de um dos sexos para categoria profissional correspondente a trabalho igual ou a trabalho de valor igual considera-se substituída pela disposição mais favorável aplicável a trabalhadores de ambos os sexos. O desvalor jurídico de tais cláusulas é o da nulidade, circunstância que determina a sua substituição por disposições que abranjem ambos os sexos¹⁰¹. No mesmo sentido e de forma a abranger todos os fatores potencialmente discriminatórios, o artigo 26.º, n.º

¹⁰⁰ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 26.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 135-137.

¹⁰¹ Veja-se, a este propósito, o Parecer n.º 1/CITE/1985, de 29/11/1985, e o Parecer n.º 1/CITE/1987, de 17/02/1987, ambos publicados na edição *Pareceres 1981-1994*, da Comissão para a Igualdade no Trabalho e Emprego, pp. 31 e ss. e 48 e ss.

3, estabelece que tais regras proibitivas se aplicam a disposições contrárias ao princípio da igualdade em função de outro fator de discriminação. Mais do que isso, estabelece-se também que a disposição de estatuto de organização representativa de empregadores ou de trabalhadores que restrinja o acesso a emprego, atividade profissional, formação profissional, condições de trabalho ou carreira profissional exclusivamente a trabalhadores de um dos sexos, fora dos casos previstos no n.º 2 do artigo 25.º e dos previstos em lei específica decorrentes da proteção do património genético do trabalhador ou dos seus descendentes, considera-se aplicável a trabalhadores de ambos os sexos¹⁰².

XIII. Por fim, ainda a este propósito, importa recordar que o preceito em apreço deve ser articulado com o artigo 479.º do Código do Trabalho, de onde se retira que, no prazo de 30 dias a contar da publicação de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial ou decisão arbitral em processo de arbitragem obrigatória ou necessária, o serviço competente do ministério responsável pela área laboral (a Comissão para a Igualdade no Trabalho e Emprego - CITE), ouvidos os interessados, procede à apreciação fundamentada da legalidade das suas disposições em matéria de igualdade e não discriminação. Caso delibere no sentido da existência de disposições discriminatórias, a CITE notifica as partes nos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que contenham aquelas disposições

¹⁰² Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 26.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 135-137, que se segue de perto.

para, no prazo de 60 dias, procederem às respetivas alterações. Decorrido tal prazo sem que se verifiquem as necessárias alterações, a CITE envia a sua apreciação ao magistrado do Ministério Público junto do tribunal competente, acompanhada dos documentos relevantes, nomeadamente de cópia da ata da deliberação e das pronúncias dos interessados, tendo em vista a instauração de ação de invalidade. À luz desta competência, a CITE tem apreciado diversas normas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, podendo o resultado desta atuação ser encontrado no *Livro Verde Sobre as Relações Laborais* (LVRL), editado em 2016 pelo Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, sob a coordenação científica do autor deste Projeto Científico Pedagógico¹⁰³.

Aquilo que o nosso Código do Trabalho não contém, de forma expressa, é uma regra similar à do artigo 13.º da Diretiva, que, como se viu, estabelece que os Estados-Membros devem tomar medidas

¹⁰³ Nesse mesmo LVRL, pode verificar-se que, entre 2011 e 2015, foram publicadas várias decisões judiciais relativas a ações declarativas especiais interpostas pelo Ministério Público, com base em pareceres fundamentados elaborados pela CITE, com o objetivo de declarar a nulidade de cláusulas de IRCT violadoras do princípio da igualdade e não discriminação de género no trabalho. Estas decisões abrangem mais de uma centena de cláusulas, distribuídas por diversas convenções coletivas de trabalho. A esmagadora maioria das sentenças proferidas decidiu pela declaração de nulidade, tendo por base os artigos 3.º, n.º 3, e 478.º, ambos do CT2009, por considerar que os normativos contratuais em causa afastavam normas legais imperativas relativas a matérias de parentalidade. Uma análise genérica das referidas decisões já proferidas nos termos do artigo 479.º permite concluir o seguinte: as matérias em que as referidas invalidades mais se manifestam são essencialmente conexas com os direitos de parentalidade, “e na sua maioria são mais discriminatórias para os homens do que para as mulheres, o que representa uma constatação talvez inesperada numa primeira leitura mas explicável numa análise mais aprofundada. Efetivamente, tais cláusulas representam o status quo ainda predominante em que os papéis das mulheres e homens na sociedade surgem estratificados e estereotipados, entre mulheres cuidadoras e homens produtores, o que tem consequências na forma como as partes negoceiam, ao arrepio da lei, o exercício dos direitos de parentalidade entre trabalhadores e trabalhadoras” - cf. Livro Verde Sobre as Relações Laborais, cit., pp. 246 e ss., p. 247.

adequadas para assegurar a participação efetiva dos parceiros sociais, a pedido destes, num debate sobre os direitos e as obrigações relativos à igualdade retributiva.

XIV. O Código do Trabalho, como se disse inicialmente, não consagra apenas a ideia de igualdade em sentido formal. Ele promove, também, a igualdade material ou substantiva, bem como o conceito de igualdade de oportunidades, à luz do qual o Estado não apenas pode como deve promover medidas de ação positivas destinadas a promover grupos mais desfavorecidos em termos de acesso ao emprego. Nesse sentido, o artigo 27.º do Código do Trabalho, sob a epígrafe “*Medidas de ação positiva*”, estabelece que não se considera discriminação a medida legislativa de duração limitada que beneficia certo grupo, desfavorecido em função de fator de discriminação, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos na lei ou corrigir situação de desigualdade que persista na vida social¹⁰⁴. O preceito em causa consagra a ideia de igualdade enquanto igualdade de oportunidades, em sentido material. Mais do que a proclamação de uma igualdade formal, assente na asserção clássica de que todos são iguais perante a lei, afirma-se (e incentiva-se) a licitude de medidas de caráter temporário que consagram um tratamento desigual como forma de compensar desigualdades de oportunidades e de tratamento que persistem na vida social. Estão em causa as correntemente denominadas medidas de ação

¹⁰⁴ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 27.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 137-139.

positiva ou *affirmative actions*, que concretizam a ideia de discriminação positiva e que se compreendem no âmbito de um ideal de justiça social, que vê na igualdade não um ponto de partida, mas sim um ponto de chegada¹⁰⁵.

Para além dos casos de discriminação em função do sexo, o preceito em apreço admite a adoção de medidas de ação positiva de carácter temporário que beneficiem outros grupos desfavorecidos, nomeadamente em função da capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade ou origem étnica. Trata-se de um corolário lógico do artigo 9.º, alínea *d*), da CRP (incumbe ao Estado “*promover (...) a igualdade real entre os portugueses*”), que consagra, no sistema constitucional, o princípio da igualdade enquanto igualdade de oportunidades, em sentido material. O preceito apresenta pontos de contato com os artigos 30.º e ss. (igualdade em função do sexo), 84.º, n.º 3 (trabalhador com capacidade de trabalho reduzida) e 86.º (trabalhador com deficiência ou doença crónica) do CT2009 e inspira-se, nomeadamente, quer no *Civil Rights Act of 1964* (Título VII) dos Estados Unidos da América, quer no artigo 141.º, n.º 4, do Tratado CE (atual artigo 157.º, n.º 4, do Tratado de Funcionamento da União Europeia) e na Diretiva n.º 76/207/CEE, alterada pela Diretiva n.º 2002/73/CE, da União Europeia.

XV. O Código do Trabalho trata, também, das consequências decorrentes da prática de atos discriminatórios. Nos termos do artigo

¹⁰⁵ Sobre a origem das *affirmative actions*, que remontam ao direito estado-unidense, particularmente concebidas para os afro-americanos, veja-se GUILHERME DRAY, *A Influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, cit., pp. 65 e ss.

28.º deste diploma, a prática de ato discriminatório lesivo de trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais de direito¹⁰⁶. A consagração expressa do direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais consubstancia um aspeto que há muito vinha sendo advogado por alguns setores da doutrina¹⁰⁷ e pela jurisprudência da União Europeia¹⁰⁸. Torna-se claro, por força deste preceito, que a prática de um comportamento discriminatório gera não apenas responsabilidade contraordenacional, mas também responsabilidade civil, nos termos gerais (v.g. artigos 483.º, 496.º e 799.º do Código Civil).

O preceito em causa tem um âmbito de aplicação alargado: abrange quer os comportamentos discriminatórios praticados *in contrahendo*, nos preliminares da formação do contrato de trabalho, quer aqueles que ocorram na respetiva execução. Em qualquer caso, mesmo quando se trate da aplicação do princípio da igualdade no acesso ao emprego, julga-se que está em jogo o regime da responsabilidade civil obrigacional - a prática discriminatória surge na sequência de contactos e negociações

¹⁰⁶ Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 28.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 139-141, que se segue de perto.

¹⁰⁷ Veja-se, a título exemplificativo, GUILHERME DRAY, “Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, cit., pp. 83-95.

¹⁰⁸ Cf., nomeadamente, Acórdão do TJUE, de 10 de Abril de 1984, Processo n.º 14/83, segundo o qual “(...) quando um Estado-membro escolha uma sanção que se insira num regime de responsabilidade civil, esta deve, em todo o caso, para assegurar a sua eficácia e o seu efeito dissuasivo, ser adequada face aos prejuízos provocados e (...) ir mais além do que a simples atribuição de uma indemnização simbólica, como, por exemplo, o reembolso atribuído ao trabalhador de todas as despesas em que haja incorrido para efeitos de apresentação da sua candidatura”.

levados a efeito entre as partes, porventura na sequência de negócios preparatórios ou preliminares -, circunstância que acarreta, nomeadamente, o regime de presunção de culpa (artigo 799.º do CC) e o da responsabilidade direta por facto de terceiro (artigo 800.º, n.º 1, do CC). Assim, a prática de uma discriminação ilícita na formação do contrato de trabalho gera responsabilidade civil, criando na esfera jurídica da entidade prevaricadora uma obrigação de indemnização, de natureza pecuniária, que visa tornar indemne o “candidato-cidadão” discriminado, colocando-o na situação em que estaria caso o dano (patrimonial e não patrimonial) não tivesse ocorrido.

Considera-se, pois, que o artigo 28.º do Código do Trabalho já contém os comandos que resultam do artigo 16.º da Diretiva, segundo o qual, como se recorda, os Estados-Membros devem assegurar que qualquer trabalhador que se considere lesado na sequência da violação de um direito ou obrigação relacionado com o princípio da igualdade de remuneração possa pedir e obter indemnização pelos danos sofridos ou a sua reparação integral, segundo as modalidades fixadas pelo Estado-Membro em causa, devendo a indemnização ou reparação constituir uma indemnização ou reparação real e efetiva, pelas perdas e danos sofridos, de forma dissuasiva e proporcional. À luz da Diretiva, a indemnização ou reparação deve permitir colocar o trabalhador lesado na situação em que estaria se não tivesse sido objeto de discriminação em razão do sexo ou se não tivesse ocorrido a violação de um direito ou obrigação relacionado com o princípio da igualdade de remuneração. Julga-se que o artigo 28.º do nosso Código do Trabalho já concretiza esta exigência.

Assim, tratando-se de uma prática discriminatória perpetrada na execução do contrato de trabalho, o empregador é obrigado a proceder à reconstituição natural da situação que existiria caso o ato discriminatório não tivesse ocorrido, nomeadamente em sede de progressão na carreira, violação do princípio a trabalho igual, salário igual, ou em caso de despedimento ilícito¹⁰⁹.

XVI. Recorda-se, por fim, que o artigo 31.º do nosso Código do Trabalho estabelece que os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo. À luz deste preceito, a igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual: a) Qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida; b) A retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma. O número 3 deste preceito determina que as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade, ao passo que o número 4 determina que as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores. O número 5, por sua vez, esclarece que os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem

¹⁰⁹ A propósito dos efeitos emergentes da prática de comportamentos discriminatórios, veja-se GUILHERME DRAY, “Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, cit., pp. 83-95 e 104-105.

assentar em critérios objetivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo. Este preceito, conjugado com o artigo 270.º, que aforma o princípio a trabalho igual, salário igual, abarca o essencial da nossa legislação a propósito da igualdade retributiva. Mas, como já se afirmou supra, o mesmo não vai tão longe quanto a Diretiva, quer a propósito dos deveres de informação do empregador quanto à inexistência de desigualdade retributiva, quer quanto à necessidade de se estabelecerem ferramentas ou metodologias analíticas destinadas a apoiar e orientar a avaliação e a comparação do valor do trabalho.

2.3. Setor empresarial do Estado e empresas cotadas em bolsa

I. Portugal tem avançado no sentido da implementação da igualdade remuneratória, em particular no que diz respeito a empresas do setor público empresarial e empresas cotadas na bolsa¹¹⁰.

A Lei n.º 10/2001, de 21 de maio, instituiu um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, determinando que o Governo deve enviar à Assembleia da República, até ao fim de cada sessão legislativa, um relatório sobre o progresso da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional.

Nos termos do artigo 1.º deste diploma, na sua redação atual, o relatório deve conter os indicadores ao nível nacional que incluam os dados imprescindíveis à avaliação, pela Assembleia da República, do

¹¹⁰ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., pp. 507 e ss.

progresso registado em matéria de igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, designadamente:

- a) Os recursos humanos e materiais diretamente envolvidos na observância da legislação da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional;
- b) O número de ações de fiscalização e de inspeção realizadas de que resultaram a apreciação do cumprimento da legislação da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional;
- c) Os critérios observados na escolha das ações de fiscalização e de inspeção referidas na alínea anterior;
- d) O número de queixas apresentadas em matérias relacionadas com a violação da legislação da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional, sua distribuição geográfica e por sector de atividade, assim como as áreas sobre que incidem;
- e) Informação sobre a implementação da lei que aprova medidas de promoção da igualdade remuneratória entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor.

Afirma-se, também, que o plenário da Assembleia da República aprecia o relatório previsto no n.º 1 em sessão a realizar com a presença obrigatória do Governo.

II. Quanto às empresas do setor público empresarial, o Governo foi mais longe.

O Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que aprovou o Regime Jurídico do Setor Público Empresarial, prevê, nos artigos 49.º e 50.º, que as empresas públicas devem prosseguir objetivos de responsabilidade social e ambiental, a proteção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a proteção do ambiente e o respeito por princípios de legalidade e ética empresarial (artigo 49.º). A propósito da política de recursos humanos e promoção da igualdade, afirma-se que as empresas públicas devem adotar planos de igualdade tendentes a alcançar uma efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres, a eliminar discriminações e a permitir a conciliação entre a vida pessoal, familiar e profissional.

Também a Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 18/2014, de 7 de março, impõe às empresas do setor empresarial do Estado a adoção dos mencionados planos para a igualdade de género. De forma mais específica, a referida RCM consagra um conjunto de medidas específicas com vista a alcançar uma efetiva igualdade de género, determinando que as empresas do setor empresarial do Estado promovam, de três em três anos, a elaboração de um relatório e a divulgação interna e no sítio da internet sobre as remunerações pagas a mulheres e homens, tendo em vista o diagnóstico e a prevenção de diferenças injustificadas naquelas remunerações. Determina-se, ainda, que as empresas do sector empresarial do Estado concebam, na sequência do referido relatório, medidas concretas, a integrar nos planos para a igualdade, que deem resposta às situações detetadas de desigualdade salarial entre mulheres e homens.

A RCM recomenda ainda às empresas privadas com mais de 25 trabalhadores que elaborem uma análise quantitativa e qualitativa das diferenças salariais entre mulheres e homens a partir dos dados constantes do anexo A do relatório único a que se refere o n.º 1 do artigo 2.º da Portaria n.º 55/2010, de 21 de janeiro, alterada pela Portaria n.º 108-A/2011, de 14 de março e, na sequência desse diagnóstico, concebam uma estratégia para correção de eventuais diferenças injustificadas naquelas remunerações.

Por fim, a RCM disponibiliza às empresas, através da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, uma ferramenta eletrónica que possibilite, a partir da inserção dos dados relativos aos trabalhadores/as, medir o grau das diferenças salariais existentes nas empresas e identificar situações concretas de diferenciações salariais entre mulheres e homens que não podem ser explicadas por fatores objetivos.

III. A Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, estabelece o mesmo dever - adoção de planos para a igualdade de género - para as empresas cotadas em bolsa¹¹¹.

Afirma-se, no artigo 7.º deste diploma, que as entidades do setor público empresarial e as empresas cotadas em bolsa elaboram anualmente planos para a igualdade tendentes a alcançar uma efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades entre mulheres e homens, promovendo a eliminação da discriminação em função do sexo

¹¹¹ Veja-se, a este propósito, GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., pp. 507 e ss.

e fomentando a conciliação entre a vida pessoal, familiar e profissional, devendo publicá-los no respetivo sítio na Internet.

A elaboração dos planos para a igualdade deve seguir o previsto no «Guião para a implementação de planos de igualdade para as empresas», disponível no sítio na Internet da Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, e nos produtos desenvolvidos no âmbito do projeto «Diálogo social e igualdade nas empresas», disponíveis no sítio na Internet da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Os planos para a igualdade devem ser enviados à Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género e à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego e a Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego pode emitir recomendações sobre os planos para a igualdade, devendo publicá-las no respetivo sítio na Internet.

2.4. A Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto

I. A Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto, aprovou medidas de promoção da igualdade remuneratória entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor e procedeu à primeira alteração à Lei n.º 10/2001, de 21 de maio, que institui um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, à Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, que regulamenta e altera o Código do Trabalho, e ao Decreto-Lei n.º 76/2012, de 26 de março, que aprova a orgânica da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Nos termos desta Lei n.º 60/2018, determina-se (artigo 3.º, n.º 1) que o serviço do ministério responsável pela área laboral compe-

tente para proceder ao apuramento estatístico desenvolve e disponibiliza, no primeiro semestre do ano civil, a seguinte informação estatística:

a) Barómetro geral e setorial das diferenças remuneratórias entre mulheres e homens; e

b) Balanço das diferenças remuneratórias entre mulheres e homens por empresa, profissão e níveis de qualificação.

A informação estatística deve ser desenvolvida com base em fontes legais e administrativas disponíveis, designadamente a informação sobre a atividade social da empresa prestada pela entidade empregadora, nos termos do artigo 32.º da Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, que regulamenta e altera o Código do Trabalho.

A informação em causa é enviada ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, o qual mantém disponível e atualizada no respetivo sítio na Internet tal informação, assegurando a proteção de dados pessoais, nos termos da legislação aplicável.

Nos termos do artigo 5.º, o serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral, no prazo de 60 dias após a receção do balanço previsto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 3.º, notifica a entidade empregadora para, no prazo de 120 dias, apresentar um plano de avaliação das diferenças remuneratórias. O plano referido no número anterior é implementado durante 12 meses e assenta na avaliação das componentes das funções, com base em critérios objetivos, de forma a excluir qualquer possibilidade de discriminação em razão do sexo. Findo tal período indicado, a entidade empregadora comunica ao serviço do ministério responsável pela

área laboral os resultados da implementação do plano, demonstrando as diferenças remuneratórias justificadas e a correção das diferenças remuneratórias não justificadas. O serviço competente do Ministério do Trabalho pode, sempre que entenda necessário, articular a sua atuação com a entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e solicitar informações às estruturas representativas dos trabalhadores e entidades empregadoras.

O artigo 5.º, n.º 5, determina que se presumem discriminatórias as diferenças remuneratórias que a entidade empregadora não justifique nos termos deste artigo.

II. Por outro lado, e agora com incidência direta nas empresas, o artigo 4.º deste diploma, sob a epígrafe, “*Transparência remuneratória*”, determina que a entidade empregadora deve assegurar a existência de uma política remuneratória transparente, assente na avaliação das componentes das funções, com base em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nos termos do artigo 31.º do Código do Trabalho (n.º 1). Em caso de alegação de discriminação remuneratória nos termos do n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, cabe à entidade empregadora demonstrar que possui uma política remuneratória nos termos previstos no número anterior, nomeadamente no que respeita à retribuição de quem alega estar a ser discriminado face à retribuição do trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considere discriminado (n.º 2).

O artigo 6.º, por sua vez, estabelece que a entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres

(CITE) é competente para a emissão de parecer sobre a existência de discriminação remuneratória em razão do sexo por trabalho igual ou de igual valor, a requerimento do trabalhador ou de representante sindical (n.º 1). O requerimento deve ser apresentado por escrito e fundamentar a alegação de discriminação remuneratória, indicando o trabalhador ou trabalhadores do outro sexo em relação a quem o requerente se considera discriminado (n.º 2). Recebido o requerimento, a CITE dispõe de 10 dias para notificar a entidade empregadora para, no prazo de 30 dias, se pronunciar e disponibilizar a informação sobre a política remuneratória, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 4.º, deste diploma, e os critérios usados para o cálculo da remuneração do requerente e dos trabalhadores do outro sexo em relação a quem o requerente se considera discriminado (n.º 3).

A não disponibilização da informação solicitada equivale a não justificação das diferenças remuneratórias.

Findo o citado prazo, previsto no n.º 3 do artigo 6.º, a CITE dispõe de 60 dias para notificar a sua proposta técnica de parecer ao requerente, à entidade empregadora e ao representante sindical. Da proposta técnica de parecer que conclua pela existência de indícios de discriminação remuneratória, faz parte integrante a convocatória à entidade empregadora para proceder à justificação desses indícios ou apresentação de medidas de correção adotadas, no prazo de 180 dias (n.ºs 5 e 6).

A CITE notifica o requerente, a entidade empregadora e o serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área laboral do seu parecer final, vinculativo, no prazo de 60 dias a contar da data do decurso dos prazos previstos nos n.ºs 5 ou 6, deste artigo

6.º, consoante tenha ou não sido disponibilizada a informação solicitada nos termos do n.º 3.

O número 8 deste mesmo artigo 6.º conclui afirmando que se presumem discriminatórias as diferenças remuneratórias que a entidade empregadora não justifique nos termos do presente artigo.

III. Tendo em vista a proteção do trabalhador que peça à CITE um parecer sobre eventual desigualdade salarial, o artigo 7.º da Lei n.º 60/2018 afirma que presume-se abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infração laboral, quando tenha lugar até um ano após o pedido de parecer previsto no artigo 6.º, aplicando-se o disposto nos n.ºs 3 a 7 do artigo 331.º do Código do Trabalho.

Determina-se, também, que é inválido o ato de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou recusa de submissão a discriminação remuneratória, nos termos do artigo 25.º do Código do Trabalho¹¹².

O artigo 8.º, por sua vez, determina que os tribunais comunicam imediatamente à entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres as sentenças condenatórias por discriminação remuneratória em razão do sexo transitadas em julgado, ao passo que o regime 12.º contém o regime sancionatório, estabelecendo que a violação do disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo

¹¹² Veja-se a anotação de GUILHERME DRAY ao artigo 25.º do Código do Trabalho, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 13.ª edição, cit., pp. 130-135.

5.º da presente lei constitui contraordenação grave, sem prejuízo do disposto no n.º 8 do artigo 25.º do Código do Trabalho (n.º 1).

À contraordenação prevista no número anterior pode ainda ser aplicada a sanção acessória de privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos, por um período até dois anos, nos termos do artigo 562.º do Código do Trabalho (n.º 2).

3. Conclusões

1. O ordenamento jurídico nacional, para além de afirmar a igualdade e não discriminação no acesso ao emprego, na formação e nas condições do trabalho, promove e garante, também, a igualdade retributiva, quer no artigo 59.º da Constituição, quer nos artigos 31.º e 270.º do Código do Trabalho. Além do mais, relativamente às empresas do setor público empresarial e às empresas cotadas em bolsa, existe a obrigação de elaboração de planos para a igualdade tendentes a alcançar uma efetiva igualdade de tratamento e de oportunidades entre mulheres e homens.

A Lei n.º 60/2018, por sua vez, determina que a entidade empregadora deve assegurar a existência de uma política remuneratória transparente, assente na avaliação das componentes das funções, com base em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nos termos do artigo 31.º do Código do Trabalho. Além do mais, atribui à Comissão Para a Igualdade no Trabalho e Emprego competência para a emissão de parecer sobre a existência de discriminação remuneratória em razão do sexo por trabalho igual ou de igual valor, a requerimento do trabalhador ou de representante sindical, proibindo

também atos de retaliação contra o trabalhador que requeira tal parecer.

2. Desse ponto de vista, importa concluir que o nosso ordenamento jurídico está em sintomia com o Direito da União Europeia no que diz respeito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho e, em especial, quanto à afirmação do princípio, “a trabalho igual, salário igual”.

3. Todavia, a Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória, vai mais além, em particular na concretização dos deveres de informação e comunicação que incidem sobre o empregador. Ao consagrar, em particular, regras sobre a *transparência remuneratória antes da contratação* (artigo 5.º), a *transparência da política de fixação da remuneração e de progressão da remuneração* (artigo 6.º), o *direito à informação* (artigo 7.º), a *acessibilidade das informações* (artigo 8.º), a *comunicação de informações sobre as disparidades remuneratórias existentes entre os trabalhadores femininos e masculinos* (artigo 9.º), a *avaliação conjunta das remunerações* (artigo 10.º), o *apoio aos empregadores com menos de 250 trabalhadores* (artigo 11.º), a *proteção de dados* (artigo 12.º) e o *diálogo social* (artigo 13.º), o legislador da União Europeia deu um passo em frente no sentido da concretização da igualdade retributiva e do referido princípio “a trabalho igual, salário igual”.

4. Nesse sentido, não obstante grande parte da referida Diretiva estar já transposta para o nosso ordenamento jurídico e constar, quer da nossa Constituição, quer do nosso Código do Trabalho, quer de legislação extravagante (em especial, a Lei n.º 60/2018), nomeadamente quanto à proibição de discriminação retributiva, aos conceitos de discriminação direta e indireta, à definição de trabalho igual e de valor igual, ao direito a indemnização em caso de prática discriminatória, à inversão do ónus da prova e à proibição de retaliação, a verdade é que há aspetos operacionais no domínio dos deveres de informação e comunicação em sede de transparência remuneratória que ainda não constam do nosso ordenamento jurídico.

5. O nosso Código do Trabalho não contém, por exemplo, qualquer obrigatoriedade de as empresas adotarem e disponibilizarem ferramentas ou metodologias analíticas destinadas a apoiar e orientar a avaliação e a comparação do valor do trabalho em conformidade com o disposto no artigo 4.º da referida Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, relativa à Transparência Remuneratória.

6. O nosso Código do Trabalho não comporta, também, qualquer regra segundo a qual o candidato a emprego tem direito a ser informado, nos preliminares da formação do contrato, sobre a remuneração inicial ou o seu intervalo, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, para o posto de trabalho a que se candidata, assim como não contém uma regra expressa, como decorre do citado artigo 5.º da Diretiva, segundo a qual o empregador não deve

inquirir os candidatos sobre o historial das remunerações auferidas nas suas relações laborais atuais ou anteriores.

7. O nosso Código do Trabalho também não acolhe a regra da avaliação conjunta das remunerações, prevista no artigo 10.º da Diretiva, à luz da qual os empregadores devem efetuar, em cooperação com os representantes dos trabalhadores, uma avaliação conjunta das remunerações sempre que: (i) a comunicação de informações sobre as remunerações revele uma diferença entre os níveis de remuneração médios dos trabalhadores femininos e masculinos de, pelo menos, 5 % em qualquer categoria de trabalhadores; (ii) o empregador não tenha justificado essa diferença nos níveis de remuneração médios com base em critérios objetivos e neutros em termos de género; e (iii) o empregador não tenha corrigido essa diferença injustificada no nível de remuneração médio no prazo de seis meses a contar da data em que são comunicadas as informações sobre remunerações.

À luz da Diretiva, a avaliação conjunta das remunerações deve ser efetuada a fim de identificar, corrigir e prevenir diferenças de remuneração entre trabalhadores femininos e masculinos que não sejam justificadas com base em critérios objetivos e neutros em termos de género. Trata-se de uma regra importante, que não consta da nossa legislação.

8. O nosso Código do Trabalho não contém, igualmente, uma regra similar à do artigo 13.º da Diretiva, que, como se viu, estabelece que os Estados-Membros devem tomar medidas adequadas para

assegurar a participação efetiva dos parceiros sociais, a pedido destes, num debate sobre os direitos e as obrigações relativos à igualdade retributiva.

9. Por fim, o nosso Código do Trabalho não contém, também, qualquer mecanismo idêntico ao previsto no artigo 15.º da Diretiva, de onde decorre que as associações, organismos de promoção da igualdade e representantes dos trabalhadores ou outras entidades legais que tenham interesse legítimo em garantir a igualdade entre homens e mulheres possam participar em procedimentos administrativos ou processos judiciais respeitantes à alegada violação dos direitos relacionados com o princípio da igualdade de remuneração, agindo em nome de trabalhador que seja alegada vítima da violação de regras relacionadas com o princípio da igualdade de remuneração, desde que o façam com o acordo dessa pessoa.

Importa, pois, ajustar a nossa legislação, de forma a garantir a transposição integral da Diretiva (UE) 2023/970, de 10 de maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória.

E importa, acima de tudo, que as empresas nacionais, à luz da ideia de responsabilidade social corporativa, antecipem a transposição da Diretiva e criem voluntariamente mecanismos de transparência remuneratória.

Bibliografia

ARNESON, RICHARD, “Equality of Opportunity”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (edição), disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/equal-opportunity/>;

CIHON, PATRICK J. / CASTAGNERA, JAMES OTTAVIO, *Employment and Labor Law*, Ed. Sixt. Mason, South-Western Cengage Learning, 2008;

CUVILLO, ANTONIO ÁLVAREZ DEL, “La igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes: una perspectiva jurídico-constitucional”, *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 197 e ss;

CORDEIRO, MENEZES, *Direito do Trabalho, I*, Almedina, Coimbra, 2019;

DRAY, GUILHERME, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024;

— *An Introduction to Portuguese Employment and Labor Law*, com a colaboração de CATARINA GRANADEIRO, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023;

— Anotação aos artigos 22.º a 33.º, *Código do Trabalho Anotado*, 13.^a edição, Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray e Luís Gonçalves da Silva, Almedina, Coimbra, 2022;

— *Equality, Welfare State and Democracy*, Almedina/Fundação

Luso-Americana para o Desenvolvimento, Coimbra, 2022;

— *The Influence of the United States of America on Reaffirming the Principle of Equality in Employment in Portuguese Speaking Language Countries*, Almedina/Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Coimbra, 2017;

— *A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, Almedina, Coimbra, 2016;

— *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015;

— “Corporate Social Responsibility & Labor Compliance”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 837-870;

— “Igualdade e Não Discriminação”, *Separata de Código do Trabalho, a Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 123-138;

— *Direitos de Personalidade - Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006;

— *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho - sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999;

DUARTE, MARIA LUÍSA, “Direito Comunitário do Trabalho. Tópicos de Identificação”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, pp. 153 e ss;

FAVAREL-DAPAS, BRIGITTE / QUINTIN, ODILE, *L’Europe Sociale*, 2.e édition, Réflexe Europe, Paris, 2007;

GOLDMAN ALVIN L. / CORRADA, ROBERTO L., *Labor Law in the USA*, Third Revised Edition, Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2011, p. 194;

GOSEPATH, STEFAN , “Equality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Edward N. Zalta (edição), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/> .;

HENRIQUES, MIGUEL GORJÃO, *Direito Comunitário*, 4.^a edição, Coimbra, 2006;

RUTHERGLEN, GEORGE A. / DONOHUE III, JOHN J., *Employment Discrimination*, Foundation Press, New York, 2005;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023;

MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, anotação ao artigo 1.º da Constituição, em *Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I*, Introdução Geral, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

— “O regime dos direitos, liberdades e garantias”, *Estudos Sobre a Constituição*, III, Livraria Petrony, 1979, pp. 41 ss.;

MAZZONI, GIULIANO, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 6.^a edição, Volume Primo, Giuffrè Editore, Milano, 1988;

MOREIRA, TERESA COELHO, “Igualdade de Género no Trabalho, 4.0”, *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 45 e ss.;

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO, *Direito Social da União Europeia*, Almedina, 2009;

— Da Autonomia Dogmática do Direito do trabalho, Almedina, Coimbra, 2001;

SABINO, JOÃO FILIPE MOREIRA, “Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho”, *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, FLÁVIA PIOVESAN/LUCIANA PAULA VAZ DE CARVALHO (coord.), Editora Atlas, São Paulo, 2010, pp. 64 e ss;

SEGOVIA, AMPARO MERINO, “Género y Cuotas: su ordenación jurídica en los âmbitos económico y político”, *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 69 e ss.;

SEN, AMARTYA *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 106;

SWEPSTON, LEE , “ILO Standards and Globalization”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, n.º 55, 2005, pp. 11 e ss.;

TEBBE, NELSON, “Religion and Marriage Equality Statutes”, *Harvard Law & Policy Review*, Volume 9, Number 1, Winter 2015, Cambridge, Massachusetts, 2015, pp. 25 e ss.;





PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA E DESVINCULAÇÃO UNILATERAL DO EMPREGADOR¹

*NON-COMPETE CLAUSE AND ITS UNILATERAL WAIVER
BY THE EMPLOYER*

Joana Vasconcelos²

Sumário: 1. Introdução; 2. Traços gerais da disciplina juslaboral do pacto de não concorrência; 3. Argumentos favoráveis à desvinculação unilateral do empregador: apreciação crítica; 4. A desvinculação unilateral do empregador como “renúncia” do titular ao seu direito: apreciação crítica; 5. A estabilização do contrato de trabalho a favor do empregador como obstáculo à sua desvinculação unilateral; 6. O carácter oneroso e sinalagmático do pacto de não concorrência como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador; 7. A imperatividade do regime legal do pacto de não concorrência como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador; 8. A opção legal pela vontade concorde das partes como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador.

Resumo:

O lapso temporal que, com frequência, decorre entre a estipulação do pacto de não concorrência e a produção dos seus efeitos principais pode reduzir a sua utilidade para o empregador e o interesse deste na sua manutenção, a qual implica, em regra, o pagamento da quantia atribuída ao trabalhador. É neste contexto que surge a questão da admissibilidade da desvinculação unilateral do empregador, com base numa prerrogativa concedida pelo próprio pacto de não concorrência. Submetida em mais de uma ocasião aos nossos tribunais, e com frequência versada na nossa doutrina, a questão tem obtido resposta maioritariamente negativa, com base num vasto e variado elenco de motivos, que justificam uma análise mais detida.

¹ À memória do Pedro Romano Martinez, com muito afeto, muita gratidão e muita saudade.

² Professora Associada da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Abstract:

The time lag that often elapses between the stipulation of a non-compete clause and the production of its main effects can reduce its usefulness, thus the employer's interest in keeping it, which, as a rule, involves paying the employee the agreed sum. Such is the context that raises the question concerning the employer's unilateral waiver of non-compete clause-based rights, by means of a non-compete clause granted prerogative. Submitted to our courts in more than one occasion, and frequently addressed by our doctrine, this question has received an overwhelmingly negative answer, due to a vast and varied set of reasons, which require a more detailed analysis.

1. Introdução

O pacto de não concorrência tem como primeiro e principal propósito acautelar o empregador, no período subsequente à cessação do contrato de trabalho, contra o risco de utilização pelo trabalhador (ou por terceiro, a quem o mesmo os faculte) de elementos de vária ordem (contactos, *know-how*, informações e conhecimentos sobre mercados ou processos de produção, promoção e comercialização) a que este teve acesso no desempenho das suas funções³.

Para tanto, obriga o trabalhador a abster-se do exercício da sua atividade profissional, tanto quanto tal se mostre necessário e adequado a lograr tal objetivo, ao mesmo tempo que impõe ao empregador o pagamento de uma quantia por todo o período de limitação estabelecido. E pode ser ajustado no clausulado inicial do

³ Nesta breve descrição do pacto de não concorrência retomamos o essencial de dois nossos textos anteriores: Joana Vasconcelos, "Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho", in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. II*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 202-203, e Anotação II. ao artigo 136.º, in Pedro Romano Martinez / Luís Miguel Monteiro / Joana Vasconcelos / Pedro Madeira de Brito / Guilherme Dray / Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª ed. Almedina, Coimbra, 2020.

contrato de trabalho, já no decurso da sua execução ou somente quando este termina⁴.

Nas duas primeiras hipóteses, o decurso de um lapso temporal mais ou menos longo entre a estipulação do pacto de não concorrência e a produção dos seus efeitos típicos pode reduzir significativamente a sua utilidade para o empregador e, por tal motivo, o interesse deste na sua manutenção, a qual implica, por via de regra, o efetivo dispêndio da quantia atribuída ao trabalhador⁵.

E é justamente neste contexto que surge a questão da admissibilidade da desvinculação unilateral do empregador - até à extinção do contrato de trabalho, ou logo após esta⁶, e valendo-se, para tanto, de uma prerrogativa que o próprio pacto de não

⁴ Joana Vasconcelos, Anotação IV. ao artigo 136.º, in Pedro Romano Martinez / Luís Miguel Monteiro / Joana Vasconcelos / Pedro Madeira de Brito / Guilherme Dray / Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2020 cit.

⁵ Será assim sempre que o seu pagamento - de uma só vez, pela totalidade, ou fracionado em prestações -, seja diferido para o momento da cessação do contrato de trabalho. Prescrevendo a lei apenas a atribuição ao trabalhador de uma compensação relativa ao tempo de inatividade pactuado (“durante o período de limitação de atividade”), mostram-se compatíveis com esta exigência, tanto a opção de prover à sua satisfação ao longo da vigência do contrato de trabalho, como a de a remeter para o período pós-contratual ajustado, podendo as partes optar por uma ou por outra e, bem assim, modelá-la segundo as suas conveniências. Advirta-se, não obstante, que neste, como noutros pontos, o espaço deixado à autonomia privada é delimitado pelos termos muito restritivos em que é admitido o pacto de não concorrência. E estes obstam, desde logo, a que se ajuste que o trabalhador só receberá a quantia que lhe é devida uma vez decorrido o período pós-contratual fixado, ou parte substancial deste: v., neste sentido, os Acs. RL de 16-3-2011 (Proc. n.º 5227/07, Albertina Pereira) e RC de 17-11-2017 (Proc. n.º 1919/09, Felizardo Paiva), bem como Júlio Gomes, “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 127, 2011, pp. 87 segs., e João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 694 segs. O texto destas e das demais decisões referenciadas ou transcritas ao longo do presente texto está integralmente acessível em www.dgsi.pt.

⁶ Mas sempre em momento anterior à produção dos respetivos efeitos de adstrição do trabalhador a uma temporária inatividade e do empregador ao pagamento a este de uma compensação, pelo correspondente período. O ponto será retomado adiante, nos n.ºs 2 e 6.

concorrência, tal como conformado pelas partes, lhe concederia, de “renunciar” ao benefício dele decorrente⁷.

Submetida em mais de uma ocasião aos nossos tribunais superiores⁸, e amiúde versada na nossa doutrina⁹, esta questão tem obtido resposta maioritariamente negativa.

⁷ Substancialmente idênticas a esta são as questões relativas à “aposição ao pacto de não concorrência de uma condição suspensiva” a tornar a respetiva eficácia “dependente de uma apreciação do empregador, por ocasião da cessação do contrato”, sobre se lhe será “conveniente invocar nesse momento tal obrigação”, e à possibilidade a este conferida “de optar pela alteração do período de vigência” do mesmo, “dentro do limite de 24 meses”, versadas, respetivamente, nos Acs. RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto) e RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro).

⁸ V., entre outros, os Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas), RE de 10-12-2017 (Proc. n.º 82/14, João Nunes), RE de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Branco Coelho), RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado).

⁹ V., entre outros, Guilherme Dray, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 520-521; Júlio Gomes, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, in *RDES*, 1999, n.º 1, pp. 36-37; *Direito do Trabalho*, Vol. I, 2007 cit. pág. 217; “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, 2011 cit., pp. 94-95 e 97; Maria Irene Gomes, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho”, in *Questões Laborais*, n.º 42 (*Vinte Anos de Questões Laborais*), 2013, pp. 260-261; João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, in *RDES*, 2006, n.ºs 3-4, pp. 366-367; *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 741 segs; Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2008, pág. 362; Rita Canas da Silva, “O Pacto de Não Concorrência”, in *RDES*, 2004, n.º 4, pp. 296-297; Sofia Silva e Sousa, *Obrigação de Não Concorrência “Post Contractum Finitum”*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 114 segs.; “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador” in *Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 4, Almedina / Abreu Advogados, Lisboa, 2015, pp. 787 segs.; Joana Vasconcelos, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, 2015 cit., pág. 219, e Anotação VIII. ao artigo 136.º, in Pedro Romano Martinez / Luís Miguel Monteiro / Joana Vasconcelos / Pedro Madeira de Brito / Guilherme Dray / Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2020 cit.; Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, in João Leal Amado / Milena Silva Rouxinol / Joana Nunes Vicente / Catarina Gomes Santos / Teresa Coelho Moreira, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 733-734.

É vasto e variado o elenco de motivos que, ora com origem no direito comum dos contratos, ora decorrentes da disciplina juslaboral do pacto de não concorrência, sustentam a posição contrária à “renúncia” a este pelo empregador¹⁰, que há muito defendemos¹¹.

As decisões proferidas e os estudos publicados nesta matéria dão clara primazia aos argumentos relativos à incompatibilidade do recuo por tal modo consentido ao empregador com certas características do pacto de não concorrência. Contudo, estes revelam-se muito díspares nas suas consistência e utilidade. E outros há, cujo maior alcance e eficácia contrastam com o menor protagonismo que tende a ser-lhes concedido. Certo é que todos justificam uma análise mais detida, que nos propomos fazer no presente estudo.

2. Traços gerais da disciplina juslaboral do pacto de não concorrência

Por limitar “a liberdade de trabalho após a cessação do contrato”¹², o pacto de não concorrência integra a previsão do n.º 1

¹⁰ É, com efeito, a uma “renúncia” *qua tale* que, frequente e muito inapropriadamente, se procura reconduzir a desvinculação unilateral permitida ao empregador quanto ao pacto de não concorrência outorgado com o trabalhador: v., entre outras, as situações que deram origem aos Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas), RE de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Branco Coelho), RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado). O ponto será retomado e desenvolvido adiante, no n.º 4.

¹¹ Joana Vasconcelos, “*Employer may not unilaterally waive non-competition clause*”, in *European Employment Law Cases - EELA Journal*, no. 3, 2015, pp. 27-30, e Anotação VIII. ao artigo 136.º, in Pedro Romano Martinez / Luís Miguel Monteiro / Joana Vasconcelos / Pedro Madeira de Brito / Guilherme Dray / Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 2020 cit.

¹² Sobre o conteúdo essencial da liberdade de trabalho, consagrada no artigo 47.º da Constituição e sobre a sua projeção na disciplina juslaboral das cláusulas tendentes a limitá-la, v., respetivamente, Jorge Miranda / Rui Medeiros,

do artigo 136.º do Código do Trabalho (CT), que proclama a nulidade das cláusulas “de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho” com tal objetivo ou efeito, a menos que preencham as “condições” enunciadas no corpo e nas alíneas do seu n.º 2, de cuja verificação cumulativa depende a sua excecional permissão¹³.

Tais “condições” delimitam o interesse do empregador que justifica a sua lícita estipulação¹⁴, exigem que esta resulte do acordo das partes¹⁵, fixam-lhe a duração máxima¹⁶, sujeitam-na a forma escrita e impõem, ainda, a compensação do trabalhador pela temporária inatividade ajustada. No seu conjunto, operam a conciliação prática entre os interesses naturalmente contrastantes do empregador e do trabalhador. Mais exatamente, garantem que tal

Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 481 e 484-485, e João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 27 segs.

¹³ A preterição de qualquer das “condições” referidas no texto *supra* resulta, assim, na nulidade do pacto de não concorrência - com uma única exceção: a duração do período de inatividade ajustado, cuja não fixação ou excesso face ao limite máximo legalmente estabelecido determina a aplicação deste, conforme prescrito no artigo 121.º, n.º 2, do CT.

¹⁴ Que visa, não evidentemente toda e qualquer concorrência por parte do trabalhador, mas apenas aquela que, por se basear no seu acesso, no exercício das respetivas funções, a clientes, fornecedores, *know-how* e demais informações e conhecimentos relativos ao negócio, o distingue e vantagem face a outros concorrentes e se mostra especialmente perigosa para o empregador, a chamada “concorrência diferencial”.

¹⁵ E, ao fazê-lo, excluem a intervenção, nesta matéria, dos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho. Que esta é uma matéria cometida ao acordo individual, justificado e/ou modelado pelas circunstâncias do caso, donde, subtraída à autonomia coletiva resulta, com nitidez, do n.º 1, bem como do corpo e das várias alíneas do n.º 2 do artigo 136.º do CT.

¹⁶ Que é, em regra, de dois anos, podendo, contudo, ser alargada até três anos, em razão das maiores exigências decorrentes da atividade em causa e em linha com a solução prevista para a cláusula de não concorrência no contrato de agência, no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3-7: é o que prescrevem os n.ºs 2 e 5 do artigo 136.º do CT.

cláusula, além de necessária e adequada à proteção dos interesses do primeiro tidos como relevantes, é também proporcionada, porque não excessiva, na compressão da liberdade de trabalho do segundo¹⁷.

Traçado como inequivocamente imperativo, o regime juslaboral do pacto de não concorrência deixa escassa margem à vontade das partes¹⁸ e fulmina com a nulidade quaisquer estipulações destas que ultrapassem os contornos da limitação consentida ou que, por qualquer modo, rompam o equilíbrio que lhe subjaz. O que, de modo algum, prejudica o recurso ao regime contratual comum se necessário, face à comprovada insuficiência ou incompletude do artigo 136.º do CT, e desde que a tanto não obstem as valorações próprias deste regime especial¹⁹.

¹⁷ Joana Vasconcelos, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, 2015 cit., pág. 218.

¹⁸ São, com efeito, contados os pontos cuja disciplina é cometida à autonomia privada: duração do período de inatividade pós-contratual, montante da “compensação” atribuída ao trabalhador, modo de pagamento desta (versado *supra* na n. 5).

¹⁹ O ponto foi por nós desenvolvido em estudo anterior, para onde se remete, a propósito da inaplicabilidade do artigo 81.º do Código Civil (CódCiv), relativo às limitações voluntárias aos direitos da personalidade, em particular do seu n.º 2, que permite a desvinculação, discricionária, a todo o tempo e com consequências patrimoniais muito mitigadas, da parte que consentiu na limitação do seu direito, aos pactos de não concorrência previstos e regulados no artigo 136.º do CT, visto serem patentemente diversas e inconciliáveis as opções legislativas que ditaram estes dois regimes, geral e especial: Joana Vasconcelos, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, 2015 cit., pp. 211-212 e 216 segs. Neste mesmo sentido, v. Benjamim Mendes / Sara Leitão, “Da inadmissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência por iniciativa do trabalhador”, in *RIDT - Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 2, 2021, pp. 267 e segs., e Pedro Petrucci de Freitas, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho” in *Revista de Direito Público*, n.º 9, 2013, pp. 68 segs.

3. Argumentos favoráveis à desvinculação unilateral do empregador: apreciação crítica

Uma vez celebrado, o pacto de não concorrência vincula reciprocamente trabalhador e empregador, pelo que a parte que o viole incorre em responsabilidade civil contratual, nos termos gerais dos artigos 798.º segs. do CódCiv²⁰.

Na ausência de uma específica previsão legal em tal sentido²¹, dir-se-ia que a sujeição dos pactos de não concorrência ao princípio segundo o qual “o contrato deve ser pontualmente cumprido” e só pode “extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei” (artigo 406.º, n.º 1, do CódCiv), inviabilizaria qualquer estipulação que permitisse ao empregador desvincular-se do mesmo por sua exclusiva vontade.

No entanto, a questão da licitude de tais cláusulas tem vindo a ser reiteradamente submetida aos nossos tribunais superiores, ao longo dos pouco mais de 10 anos decorridos desde que estes, pela primeira vez, sobre as mesmas se pronunciaram²². E o conjunto das decisões proferidas põe em evidência a prática, com apreciável

²⁰ Afirmam-no expressamente, entre outros, os Acs. RC de 17-11-2017 (Proc. n.º 1919/09, Felizardo Paiva) e STJ de 2-5-2018 (Proc. n.º 1919/09, Ferreira Pinto). V., ainda, sobre este ponto, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 2023 cit., pág. 483.

²¹ O ponto é sublinhado pelos Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas), RE de 10-12-2017 (Proc. n.º 82/14, João Nunes), RE de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Branco Coelho), RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado) e, bem assim, por João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 741 segs., e por Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pág. 733.

²² Nos Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado).

difusão, de aditar tal prerrogativa²³, ou outra, com similar alcance²⁴, às cláusulas de não concorrência outorgadas no início ou no decurso da relação laboral.

Mais, não faltam, na doutrina nacional, vozes - contadas, é certo -, a defender a licitude de tal solução²⁵, que reconduzem à “renúncia” *qua tale*²⁶, ou seja, à “pura abdicação” de um direito pelo empregador, seu titular, sem necessidade do acordo do trabalhador²⁷, e que fundam, entre outras razões que de modo algum podemos subscrever²⁸, na premissa da não produção de efeitos pelo

²³ Que, ajustada nos termos descritos no texto *supra*, foi apreciada e declarada nula pelos Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas), RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro), STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado) e STJ de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Belo Morgado).

²⁴ Como a “condição suspensiva” aposta ao pacto de não concorrência de modo a tornar a sua eficácia “dependente de uma apreciação do empregador, por ocasião da cessação do contrato”, ou a opção que a este é dada “de optar pela alteração do período de vigência” daquele, “dentro do limite de 24 meses”, apreciadas e declaradas nulas pelos Acs. RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto) e RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro).

²⁵ Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, 2008 cit., pág. 362, e Sofia Silva e Sousa, *Obrigações de Não Concorrência “Post Contractum Finitum”*, 2012 cit., pp. 116-117, e “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador”, 2015 cit., pp. 796 segs.

²⁶ Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, 2008 cit., pág. 362, e Sofia Silva e Sousa, “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador”, 2015 cit., pág. 796.

²⁷ Sofia Silva e Sousa, “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador”, 2015 cit., pág. 796.

²⁸ Referimo-nos à necessidade, “face à *ratio*” do pacto de não concorrência, da “avaliação atualizada” do interesse do empregador na sua manutenção, visto o “esvaziamento” deste implicar a “nulidade” daquele, à necessidade de “reequilibrar” a posição das respetivas partes, face à genérica possibilidade de o trabalhador “legitimamente renunciar à obrigação de não concorrência a qualquer momento” e, ainda, ao “instituto da colisão de direitos”, que “em face de direitos desiguais ou de espécie diferente” determina a prevalência “do interesse que deva considerar-se superior, que no caso é o do empregador”, elencados por Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, 2008

pacto de não concorrência senão no momento da cessação do contrato de trabalho²⁹.

4. A desvinculação unilateral do empregador como “renúncia” do titular ao seu direito: apreciação crítica

A assimilação da desvinculação unilateral pelo empregador, para todos os efeitos, à “renúncia” do titular ao seu direito, importa afirmá-lo com clareza, carece em absoluto de justificação ou de sentido.

cit., pág. 362, e, principalmente, por Sofia Silva e Sousa, *Obrigações de Não Concorrência “Post Contractum Finitum”*, 2012 cit., pp. 116-117, e “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador”, 2015 cit., pp. 796 segs. Sobre o primeiro destes três argumentos, dir-se-á apenas que a invocada necessidade de “avaliação atualizada” da manutenção do interesse do empregador não decorre da “ratio” do pacto de não concorrência (cuja disciplina exige apenas a sua existência quando da estipulação deste e como condição da respetiva licitude), nem se justifica em nome de uma “nulidade” causada pelo “esvaziamento” (cujo carácter superveniente a torna, aliás, dificilmente conciliável com os artigos 286.º e 289.º do CódCiv). Quanto ao segundo, mostra-se duplamente injustificado o propósito de “reequilibrar” a posição relativa das partes do pacto de não concorrência, quer por, em nosso entender, ser inaplicável ao pacto de não concorrência o n.º 2 do artigo 81.º do CódCiv, que concederia tal prerrogativa ao trabalhador, quer porque, mesmo admitindo (sem, naturalmente, conceder), tal leitura dos dois regimes em causa, nem assim se justificar a livre desvinculação (também) pelo empregador, visto inexistir qualquer desequilíbrio de posições, ao visar a mesma preservar a liberdade de trabalho do trabalhador. Por último, e no que respeita à pretensa colisão de direitos, afiguram-se-nos muito questionáveis, tanto a sua aplicabilidade neste contexto, como se não houvesse um específico regime destinado a conciliar relevantes interesses empresariais do empregador com a liberdade de trabalho do trabalhador, finda a relação laboral, como a premissa, em que assenta, de superioridade do direito do empregador criado pelo pacto de não concorrência face ao direito fundamental do trabalhador por este comprimido.

²⁹ Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, 2008 cit., pág. 362, e Sofia Silva e Sousa, “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador”, 2015 cit., pp. 798-799, que, admitindo embora a produção de efeitos inibitórios da desvinculação do trabalhador ainda na vigência do contrato de trabalho, recusa que esta “possa ser presumida relativamente a todas as situações concretas”, devendo, antes, “ser objeto de alegação e prova” pelo trabalhador. Este ponto será por nós retomado adiante, no n.º 5.

Constituindo uma das causas extintivas dos direitos reais e sendo, enquanto tal, em regra, um negócio unilateral³⁰, a renúncia, quando incide sobre um direito de crédito denomina-se remissão e tem sempre natureza contratual, sendo necessária a aceitação, pelo devedor, da declaração abdicativa do credor, por força do princípio *invito beneficium non datur* (artigo 863.º, n.º 1, do CódCiv)³¹.

Ora, gerando o pacto de não concorrência direitos e obrigações que reciprocamente vinculam as respetivas partes, mostram-se erradas, quer a transposição para a sua realidade de um conceito e de um regime que lhe são alheios, quer a consequente preterição dos que lhe são aplicáveis - e dos quais resulta, sempre, a necessidade de acordo do trabalhador para que o empregador possa, de forma lícita, prescindir do direito de lhe exigir que se abstenha de prestar atividade.

Adicionalmente, cabe advertir que, bem ao contrário do que a abordagem centrada na “renúncia” do empregador ao referido direito sugere, o objetivo que dita a aposição ao pacto de não concorrência de uma cláusula que lhe permite desvincular-se nos termos já descritos de modo algum se cinge àquele. Bem pelo contrário, visa também - aliás, em primeira linha -, a correspetiva obrigação de pagar ao trabalhador a compensação ajustada³². E, por

³⁰ Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2009, pp 256 segs.

³¹ Com efeito, a extinção do crédito exonera o devedor da obrigação a que estava adstrito e, nessa medida, resulta num enriquecimento patrimonial que lhe não pode ser, sem mais, imposto. Sobre este e os demais pontos versados no texto *supra*, v. Joana Vasconcelos, Anotações 4 a 6 ao artigo 863.º in *Comentário ao Código Civil - Direito das Obrigações - Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 1297-1298.

³² V., neste sentido, entre outros, os Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado).

isso, supõe a extinção do próprio pacto de não concorrência, sujeita, nos termos gerais, ao n.º 1, *in fine*, do artigo 406.º do CódCiv.

5. A estabilização do contrato de trabalho a favor do empregador como obstáculo à sua desvinculação unilateral

Dirigido a acautelar o empregador no período subsequente à extinção do contrato de trabalho, o pacto de não concorrência produz os seus efeitos típicos ou principais - a imposição ao trabalhador de uma transitória limitação da sua atividade profissional e ao empregador do pagamento de uma quantia por toda a correspondente duração³³ - unicamente quando aquela ocorra.

Não obstante, a sua mera estipulação, se anterior, estabiliza, ainda, o contrato de trabalho a favor do empregador, porquanto a perspectiva de temporária inatividade subsequente à sua cessação inibe ou dissuade a denúncia pelo trabalhador.

Há muito reconhecido pela doutrina³⁴ e pela jurisprudência³⁵, que sublinham a sua similitude com o obtido pelo pacto de

³³ V. *supra* os n.ºs 1 e 2.

³⁴ Guilherme Dray, *Lições de Direito do Trabalho*, 2024 cit., pág. 521; Júlio Gomes, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, 1999 cit., pág. 36, e “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, 2011, pp. 94-95; João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 367, e *Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 744-745; Rita Canas da Silva, “O Pacto de Não Concorrência”, 2004 cit., pág. 288; Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pág. 733.

³⁵ Acs. RL de 18-12-2013 (Proc. n.º 2525/11, Isabel Tapadinhas), RE de 10-12-2017 (Proc. n.º 82/14, João Nunes), RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto), RE de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Branco Coelho), RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro) e STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado).

permanência³⁶, este efeito acessório ou secundário do pacto de não concorrência é consensualmente apontado como impeditivo da lícita inclusão neste de uma permissão que, tendo como beneficiário o empregador e como horizonte temporal a extinção do contrato de trabalho, lhe permitiria, a seu critério, libertar-se daquele.

E não poderia ser de outro modo.

Em primeiro lugar, porque a sua mais que provável ocorrência deita por terra a premissa, em que assentaria a suposta licitude de tal solução, de que o pacto de não concorrência, por visar conformar a atuação das partes uma vez terminada a relação laboral, só nesse momento produziria efeitos³⁷.

Depois, porque evidencia como contrária ao princípio da boa fé, que deve pautar as relações entre empregador e trabalhador (artigo 126.º do CT), a concessão ao primeiro da possibilidade de, por sua exclusiva vontade, frustrar as expectativas do segundo, legitimamente fundadas na previsão de um período pós-contratual de inatividade pactuada e no condicionamento dela sempre decorrente das suas escolhas e decisões profissionais, no decurso de um tempo mais ou menos longo de execução do contrato de trabalho³⁸.

³⁶ João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 367, e *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 744-745.

³⁷ V. *supra* o n.º 3.

³⁸ V., neste sentido, entre outros, os Acs. STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado), RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto) e RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro), bem como “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, 2011 cit., pág. 97; João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pág. 747, e Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pp. 733-734.

6. O carácter oneroso e sinalagmático do pacto de não concorrência como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador

O pacto de não concorrência deve atribuir ao trabalhador uma contrapartida pela temporária inatividade pós-contratual a que o vincula. Daí que tenha “obrigatoriamente carácter oneroso e sinalagmático”³⁹: afirma-o, há muito, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores. Que esclarece, ainda, que o pacto de não concorrência “gera uma obrigação de *non facere* para o trabalhador e uma obrigação compensatória para o empregador”⁴⁰. No mesmo sentido, a doutrina coincide quanto à reciprocidade das obrigações de não concorrência e de pagamento da compensação dele resultantes para as partes⁴¹.

Contudo, um número assinalável de decisões judiciais e de estudos justificam a recusa da possibilidade de desvinculação unilateral pelo empregador com a onerosidade e a sinalagmaticidade do pacto de não concorrência.

³⁹ Acs. STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado) e de 2-11-2022 (Proc. n.º 2214/21, Mário Belo Morgado). No mesmo sentido v., ainda, os Acs. RE de 12-10-2017 (Proc. n.º 81/14, João Nunes), RL de 28-6-2017 (Proc. n.º 5738/16, José Feteira), RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto) e RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21, Eugénia Pedro).

⁴⁰ Acs. STJ de 30-4-2014 (Proc. n.º 2525/11, Mário Belo Morgado) e de 2-11-2022 (Proc. n.º 2214/21, Mário Belo Morgado) e, bem assim, Acs. RE de 12-10-2017 (Proc. n.º 81/14, João Nunes), RL de 28-6-2017 (Proc. n.º 5738/16, José Feteira) e RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto).

⁴¹ João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 367, e *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pág. 745; Rita Canas da Silva, “O Pacto de Não Concorrência”, 2004 cit., pp. 300-301.

Nesse sentido, invoca-se que tal solução defrauda a “exigência de onerosidade”, a qual supõe que no “momento da celebração” do pacto de não concorrência o empregador se comprometa, de modo “definitivo”, a pagar ao trabalhador a “contrapartida” legalmente imposta⁴². E, bem assim, que contraria a natureza sinalagmática desse mesmo pacto, porquanto permite ao empregador dele retirar um benefício “sem ter de suportar o respetivo custo”⁴³, já que por tal modo se esquia ao pagamento da “contrapartida” ajustada⁴⁴.

Trata-se de uma linha de argumentação que apresenta, em nosso entender, uma fragilidade que irremediavelmente a compromete. E que decorre do facto de, quer a onerosidade, quer a sinalagmaticidade do pacto de não concorrência se reportarem aos seus efeitos principais ou típicos, e só a estes, a saber, a imposição ao trabalhador de uma temporária inatividade no período pós-contratual fixado e a adstrição do empregador ao pagamento a este de uma “compensação” pelos danos *in abstracto* associados àquela⁴⁵. Com efeito, e de acordo com a orientação firmada na nossa jurisprudência, a quantia atribuída ao trabalhador visa compensá-lo

⁴² Júlio Gomes, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, 1999 cit., pág. 37, no mesmo sentido, Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pág. 734.

⁴³ Júlio Gomes, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, 1999 cit., pág. 36, e “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, 2011 cit., pág. 97; Rita Canas da Silva, “O Pacto de Não Concorrência”, 2004 cit., pág. 300; Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pág. 734. No mesmo sentido, v. os Acs. RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto) e RE de 7-12-2023 (Proc. n.º 1170/21, Mário Branco Coelho).

⁴⁴ João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 367, e *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pág. 745.

⁴⁵ João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 364.

“pelo prejuízo que poderá sofrer” pela “limitação da sua liberdade de trabalho”, concretizada no “não desempenho da sua atividade laboral” durante “o período acordado de abstenção da concorrência”⁴⁶. É, a este propósito, inequívoca, a alínea c) do n.º 2 do artigo 136.º do CT, quando especifica que tal quantia é devida pelo “período de limitação da atividade” - e não, também, pelo período, antecedente, de estabilização do contrato a favor do empregador⁴⁷.

Este limitado alcance de uma e de outra cinge, necessariamente, os efeitos da desvinculação unilateral pelo empregador à exoneração deste do pagamento da compensação ajustada e à correspetiva exoneração do trabalhador da limitação ao desempenho da sua atividade. Donde, de modo algum permite estabelecer um nexo entre tal “compensação” e os efeitos secundários ou acessórios produzidos pelo pacto de não concorrência ainda na vigência do contrato de trabalho⁴⁸ - seja no sentido de garantir, ocorrendo tal desvinculação, uma parte do respetivo valor, seja no sentido de a produção de tais efeitos tornar, sem mais, obrigatório o seu pagamento pela totalidade ou, no limite, obstar àquela.

Significa isto, afinal, que o carácter oneroso e sinalagmático do pacto de não concorrência, só por si, não é apto a determinar o sentido da resposta à questão da admissibilidade da desvinculação unilateral do empregador.

⁴⁶ Acs. RE de 10-12-2017 (Proc. n.º 82/14, João Nunes), RL de 28-6-2017 (Proc. n.º 5738/16, José Feteira) e RL de 13-9-2023 (Proc. n.º 9073/22, Maria José Costa Pinto)

⁴⁷ V. o n.º anterior.

⁴⁸ V. o n.º anterior.

7. A imperatividade do regime legal do pacto de não concorrência como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador

Recortada a partir da sua interdição de princípio, a qual cede apenas nos apertados termos descritos⁴⁹, a disciplina juslaboral da limitação pactuada, com projeção pós-contratual, da liberdade de trabalho do trabalhador conforma os direitos e as obrigações deste e do empregador através de um conjunto de regras que condicionam fortemente a respetiva autonomia negocial.

Com efeito, se lhes cabe, por mútuo acordo, incluir a correspondente cláusula acessória no contrato de trabalho, bem como modelar o seu conteúdo quanto a certos pontos, legalmente demarcados⁵⁰, é-lhes vedado, sob pena de nulidade⁵¹, derrogar tais regras, seja modificando, seja preterindo os requisitos nelas estabelecidos. Mais latamente, é-lhes, de igual modo, interdito extravasar os termos da permissão concedida, estabelecendo o que sempre será uma restrição ilícita, e como tal, nula, da liberdade de trabalho do trabalhador.

Esta imperatividade do regime legal do pacto de não concorrência torna inadmissível e, como tal, nula⁵² qualquer

⁴⁹ No n.º 2 *supra*.

⁵⁰ V. o n.º 2 *supra*.

⁵¹ V. o n.º 2 *supra*.

⁵² Afirmam-no expressamente Júlio Gomes, “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, 1999 cit., pág. 37; “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, 2011 cit., pág. 97; João Zenha Martins, “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, 2006 cit., pág. 367; *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016 cit., pp. 744 segs; Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, 2023 cit., pp. 733-734 e, bem assim, o Ac. RP de 28-6-2024 (Proc. n.º 7224/21,

estipulação das partes que possibilite ao empregador libertar-se, unilateralmente, do pacto de não concorrência outorgado⁵³.

Tal prerrogativa permite ao empregador extingui-lo após um período, mais ou menos longo, em que o mesmo vinculou as partes - e produziu o seu efeito inibitório ou dissuasor da desvinculação pelo trabalhador⁵⁴. Esta compressão adicional da respetiva liberdade de trabalho, ainda no decurso da relação laboral, decorre do modo de ser próprio do pacto de não concorrência, cujos efeitos principais ou típicos antecipa e acautela - sendo, por isso, e só por isso, tolerada pelo legislador.

Significa isto que, se obtida fora deste contexto - porque dissociada daqueles efeitos -, tal inibição ou dissuasão representa uma limitação da liberdade de trabalho do trabalhador proibida, porque não suportada pelos artigos 136.º, n.º 2, e 137.º do CT.

O problema desta solução insista-se, é a sua frontal desconformidade com a delimitação injuntiva das restrições à liberdade de trabalho do trabalhador consentidas às partes⁵⁵ - e não a ausência de contrapartida ou de compensação pela concreta restrição àquele imposta em resultado de um pacto de não

Eugénia Pedro).

⁵³ Seja mediante a concessão de uma prerrogativa de, a seu critério, dele se desvincular, até ao momento da cessação do contrato de trabalho, seja através a sua sujeição a uma condição suspensiva potestativa, que faça depender a respetiva eficácia de uma apreciação do empregador, com o mesmo horizonte temporal, seja consentindo-lhe o encurtamento da duração do período de inatividade ajustado.

⁵⁴ V. o n.º 5 *supra*.

⁵⁵ Não é outro o teor dos artigos 136.º e 138.º do CT, conforme o proclamam, aliás, a designação - “cláusulas de limitação da liberdade de trabalho” - da Subsecção (II) da Secção (VII), relativa a cláusulas acessórias do contrato de trabalho em que se inserem e, bem assim, a epígrafe do último daqueles preceitos.

concorrência do qual o empregador, a coberto da mesma, prescindiu⁵⁶.

E, por isso, é inapelável a sua condenação. A qual, diante do que antecede, não pode ser atenuada ou revertida pela atribuição ao trabalhador de uma quantia tendente a compensá-lo pelos danos porventura sofridos⁵⁷. Bem pelo contrário, tal solução, na medida em que implique afetar a tal propósito, no todo ou em parte, o valor da compensação ajustada no pacto de não concorrência, colidirá, também por esta via, com o regime legal imperativo, ao desviá-la da função que este lhe comete⁵⁸.

8. A opção legal pela vontade concorde das partes como obstáculo à desvinculação unilateral do empregador

Um último ponto. A imperatividade do regime juslaboral do pacto de não concorrência abrange, ainda, a sujeição ao acordo das partes - em detrimento da vontade unilateral de uma delas -, dos seus aspetos essenciais. É o caso, já assinalado, da sua aposição ao contrato de trabalho e da modelação dos aspetos deferidos à vontade das partes⁵⁹, mas é, também, o caso da reapreciação do interesse de uma e de outra na manutenção desta cláusula, bem como da sua modificação ou extinção a que a mesma conduza.

Afigura-se-nos, com efeito, evidente que a conciliação prática entre os interesses naturalmente contrastantes do empregador e do

⁵⁶ V. o n.º 6 *supra*.

⁵⁷ V. o n.º 5 *supra*.

⁵⁸ V. o n.º 2 *supra*.

⁵⁹ V. o n.º 2 *supra*.

trabalhador que constitui o cerne da disciplina contida no artigo 136.º do CT⁶⁰ postula, também, a sujeição à respetiva vontade concorde, logo, a subtração de tais pontos à vontade e ao critério unilateral de um ou de outro. Trata-se de um delicado equilíbrio que a atribuição a qualquer das partes de um poder de unilateral e discricionariamente pôr termo ao pacto de não concorrência rompe.

Defendemo-lo há muito, contra o reconhecimento de tal prerrogativa ao trabalhador, com base numa equivocada leitura dos dados normativos⁶¹.

E reiteramo-lo, por maioria de razão, a propósito desta solução que desfigura a regulação legal desta matéria, sacrificando de forma não necessária, não adequada e não proporcional, a favor do empregador, a liberdade de trabalho do trabalhador.

Bibliografia

- DRAY, Guilherme, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 520-521;

- FREITAS, Pedro Petrucci, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho” in *Revista de Direito Público*, n.º 9, 2013, pp. 68 segs.

⁶⁰ V. o n.º 2 *supra*.

⁶¹ Joana Vasconcelos, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, 2015 cit., pp. 216 segs. V., ainda, as n. 17 e 27 *supra*.

- GOMES, Júlio
- “As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho”, in *RDES*, 1999, n.º 1, pp. 36-37;
- *Direito do Trabalho*, Vol. I, 2007 cit. pág. 217;
- “Algumas novas questões sobre as cláusulas ou pactos de não concorrência em Direito do Trabalho”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 127, 2011, pp. 87 segs.,

- GOMES, Maria Irene, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho”, in *Questões Laborais*, n.º 42 (*Vinte Anos de Questões Laborais*), 2013, pp. 260-261;

- LEITÃO, Sara v. MENDES, Benjamim / LEITÃO, Sara,

- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023

- MARTINS, João Zenha
- “Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho”, in *RDES*, 2006, n.ºs 3-4, pp. 366-367;
- *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 694 segs.

- MENDES, Benjamim / LEITÃO, Sara, “Da inadmissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência por iniciativa do trabalhador”, *in RIDT - Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 2, 2021, pp. 267 e segs.,

- NASCIMENTO, Ricardo, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 2008, pág. 362;

- SILVA, Rita Canas da, “O Pacto de Não Concorrência”, *in RDES*, 2004, n.º 4, pp. 296-297;

- SOUSA, Sofia Silva e,

- Obrigação de Não Concorrência “Post Contractum Finitum”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

- “Pactos de não concorrência laborais: a questão (controversa) da possibilidade de renúncia por parte do empregador” *in* Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB, n.º 4, Almedina / Abreu Advogados, Lisboa, 2015, pp. 787 segs.;

- VASCONCELOS, Joana

- “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. II*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 202-203,

- “Employer may not unilaterally waive non-competition clause”, *in* European Employment Law Cases - EELA Journal, no. 3, 2015, pp. 27-30,

- Anotação ao artigo 136.º, in Pedro Romano Martinez / Luís Miguel Monteiro / Joana Vasconcelos / Pedro Madeira de Brito / Guilherme Dray / Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª ed. Almedina, Coimbra, 2020.

- VICENTE, Joana Nunes, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, in João Leal Amado / Milena Silva Rouxinol / Joana Nunes Vicente / Catarina Gomes Santos / Teresa Coelho Moreira, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 733-734.



A TICKET TO HELL: ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE ÉVORA, DE 18/12/2023

*A TICKET TO HELL: ANNOTATION TO THE ÉVORA RELATION
JUDGMENT, OF 18/12/2023*

João Leal Amado¹

Sumário: 1. O Acórdão; 2. Anotação; Bibliografia

Resumo:

Neste texto ensaia-se um comentário a um interessante acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 18/12/2023, relativo a um despedimento com invocação de justa causa, o qual suscita questões de diversa índole, sendo que, na presente anotação, nos iremos centrar na problemática do sentido e alcance do princípio da proporcionalidade em sede disciplinar, princípio consagrado no artigo 330.º, n.º 1, do Código do Trabalho, nos termos do qual a sanção disciplinar deve ser proporcionada à gravidade da infração e à culpabilidade do infrator.

Abstract:

This text presents a commentary on an interesting ruling of the Évora Court of Appeal, dated 18/12/2023, regarding a dismissal with just cause, which raises questions of different nature. In this note, we will focus on the issue of the meaning and scope of the principle of proportionality in disciplinary matters, a principle enshrined in article 330, no. 1, of the Labour Code, under which the disciplinary sanction must be proportionate to the severity of the infraction and the culpability of the offender.

¹ Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. O Acórdão

Lê-se no sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18/12/2023, que teve como relatora a Desembargadora Emília Ramos Costa:

«I - O motorista de autocarro que, apesar de os passageiros lhe pagarem o montante relativo àquela viagem, não emite nem entrega a um deles qualquer bilhete e a um outro entrega um bilhete referente a uma outra viagem já ocorrida, comete duas infrações disciplinares nos termos das als. c) e e) do n.º 1 do art. 128.º do Código do Trabalho.

II - O motorista do autocarro, ao entregar deliberadamente um bilhete a um passageiro que não corresponde à sua viagem, desrespeitando a ordem da sua entidade empregadora que expressamente proíbe essa atuação, coloca em causa a relação de confiança existente entre si e a sua entidade patronal, bem como a relação de confiança que os passageiros devem ter na sua relação com as empresas de transportes rodoviários, representadas, em cada viagem, pelos respetivos motoristas.

III - A prática pelo motorista de autocarros, numa única viagem, num percurso de 10 minutos e com cinco passageiros, de duas infrações disciplinares, com implicações quer no registo das vendas de dois bilhetes, quer na reputação da empresa perante os seus passageiros, configura uma situação que, aferida de acordo com critérios de objetividade e razoabilidade, leva, pela sua gravidade e consequências, à inevitável quebra de confiança da entidade empregadora naquele trabalhador, tornando impossível a subsistência de tal relação laboral.

IV - O princípio da coerência disciplinar é o corolário do princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, em sede de poder disciplinar da entidade patronal.

V - Tal princípio determina que o poder disciplinar exercido pela entidade patronal deve ser aplicado segundo critérios objetivos, de maneira a que aos trabalhadores que cometeram a mesma infração, com semelhante grau de culpa, responsabilidade e análoga intensidade de consequências, seja aplicada a mesma sanção, competindo ao trabalhador, que sente que tal princípio se mostra violado, alegar e provar os elementos que determinam a similitude das situações.

VI - Não viola tal princípio a entidade patronal que sanciona com o despedimento o motorista de autocarros que cometeu duas infrações disciplinares num espaço de 10 minutos numa viagem com apenas cinco passageiros, uma delas cometida com negligência grosseira e a outra com dolo e sanciona dois outros motoristas com a suspensão do trabalho por cinco dias com perda de retribuição que apenas cometeram uma dessas infrações disciplinares com mera negligência».

A simples leitura do sumário denota que aqui temos um caso muitíssimo interessante, relativo a um despedimento com invocação de justa causa, o qual suscita questões de diversa índole, sendo que, na presente anotação, nos iremos centrar apenas na problemática do sentido e alcance do princípio da proporcionalidade em sede disciplinar, princípio consagrado, como se sabe, no artigo 330.º, n.º 1, do Código do Trabalho, nos termos do qual a sanção disciplinar deve ser proporcionada à gravidade da infração e à culpabilidade do infrator.

Vamos começar por transcrever as passagens do aresto em que esta questão é apreciada, para depois tecermos algumas considerações sobre o assunto.

«Acordam na Secção Social do Tribunal da Relação de Évora:

(...)

IV - Enquadramento jurídico

Conforme supra mencionámos, o que importa analisar no presente recurso é se (i) houve violação do princípio da proporcionalidade; e (ii) violação do princípio da coerência disciplinar.

1 - Violação do princípio da proporcionalidade

Entende o recorrente que a sentença recorrida violou o princípio da proporcionalidade ao aplicar-se a sanção disciplinar de despedimento, uma vez que a sua conduta não foi tão grave que tornasse impossível a subsistência da relação de trabalho, sendo que a sanção que lhe foi aplicada não é proporcional à gravidade da infração e à culpabilidade do infrator, devendo lhe ter sido aplicadas outras sanções, que não o despedimento.

Mais alegou que não foram apresentadas provas de que a conduta do Autor afetou negativamente o ambiente de trabalho ou o equilíbrio da organização, nem se provou que atuou com dolo ou

intenção de reter o valor dos bilhetes.

Dispõe o art. 128.º, n.º 1, al. f), do Código do Trabalho, que:

1 - Sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve:

- a) Respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade;
- b) Comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade;
- c) Realizar o trabalho com zelo e diligência;
- d) Participar de modo diligente em ações de formação profissional que lhe sejam proporcionadas pelo empregador;
- e) Cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias;
- f) Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios;
- g) Velar pela conservação e boa utilização de bens relacionados com o trabalho que lhe forem confiados pelo empregador;
- h) Promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa;
- i) Cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim;
- j) Cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que

decorram de lei ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

2 - O dever de obediência respeita tanto a ordens ou instruções do empregador como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos.

Estipula o art. 351.º do Código do Trabalho que:

1 - Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

2 - Constituem, nomeadamente, justa causa de despedimento os seguintes comportamentos do trabalhador:

- a) Desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores;
- b) Violação de direitos e garantias de trabalhadores da empresa;
- c) Provocação repetida de conflitos com trabalhadores da empresa;
- d) Desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho a que está afeto;
- e) Lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa;
- f) Falsas declarações relativas à justificação de faltas;
- g) Faltas não justificadas ao trabalho que determinem diretamente prejuízos ou riscos graves para a empresa, ou cujo número atinja, em cada ano civil, cinco seguidas ou 10 interpoladas, independentemente de prejuízo ou risco;

h) Falta culposa de observância de regras de segurança e saúde no trabalho;

i) Prática, no âmbito da empresa, de violências físicas, injúrias ou outras ofensas punidas por lei sobre trabalhador da empresa, elemento dos corpos sociais ou empregador individual não pertencente a estes, seus delegados ou representantes;

j) Sequestro ou em geral crime contra a liberdade das pessoas referidas na alínea anterior;

l) Incumprimento ou oposição ao cumprimento de decisão judicial ou administrativa;

m) Reduções anormais de produtividade.

3 - Na apreciação da justa causa, deve atender-se, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes.

Estatui, por fim, o art. 330.º, n.º 1, do Código do Trabalho, que:

1 - A sanção disciplinar deve ser proporcional à gravidade da infração e à culpabilidade do infrator, não podendo aplicar-se mais de uma pela mesma infração.

Do disposto no n.º 1 do art. 351.º do Código do Trabalho (já citado) resulta que a justa causa de despedimento implica a verificação cumulativa de três requisitos: a) um comportamento culposo do trabalhador (requisito de natureza subjetiva); b) a impossibilidade de subsistência da relação laboral (requisito de

natureza objetiva); c) a existência de um nexo de causalidade entre aquele comportamento e esta impossibilidade de subsistência da relação laboral.

Deste modo, para que se esteja perante uma justa causa de despedimento torna-se necessário, não só que tenha havido um comportamento culposos (ativo ou omissivo) por parte do trabalhador, como também que a gravidade de tal comportamento seja de tal ordem que impossibilite a subsistência da relação laboral. Esse comportamento culposos implica a violação dos deveres a que o trabalhador se encontra sujeito, emergentes do vínculo contratual existente entre si e a entidade empregadora, designadamente dos deveres constantes do art. 128.º do Código do Trabalho, no entanto, não se basta com tal violação de deveres, tornando-se necessário, para que seja legítima a imputação da mais violenta das sanções disciplinares, que a gravidade da violação desses deveres, aferida segundo critérios de objetividade e razoabilidade, tenha levado à quebra da relação de confiança que o empregador tinha para com aquele trabalhador, tornando impossível a subsistência de tal relação laboral, por representar uma injusta imposição ao empregador.

Resulta ainda do disposto no n.º 3 do art. 351.º do Código do Trabalho que a entidade empregadora (e a entidade judiciária nas ações de impugnação da regularidade e licitude do despedimento), na apreciação da justa causa, deve atender, no quadro de gestão da empresa, ao grau de lesão dos interesses do empregador, ao carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus companheiros e às demais circunstâncias que no caso sejam relevantes.

Conforme bem refere Pedro Furtado Martins na obra *Cessação do*

Contrato de Trabalho:

É indispensável reconduzir os factos que estão na base da justa causa - o «comportamento culposos do trabalhador» - a uma dada situação; a situação de «impossibilidade de subsistência da relação de trabalho». Impossibilidade entendida não em sentido material, mas em sentido jurídico e como sinónimo de inexigibilidade: a verificação da justa causa pressupõe que não seja exigível ao empregador que prossiga na relação.

Cita-se ainda a este propósito o sumário do acórdão do STJ, proferido em 01-03-2018: III - Para que se verifique justa causa de despedimento, é necessário um comportamento culposos e ilícito do trabalhador e que desse comportamento, na medida em que tenha quebrado a relação de confiança, decorra como consequência necessária a impossibilidade prática e imediata de subsistência do vínculo laboral.

A sentença recorrida apreciou esta questão nos seguintes termos:

Com relevo para a decisão da causa, apurou-se que a R. dedica-se, com intuito lucrativo, à exploração da atividade de transporte público de passageiros, informando os motoristas de que devem anular os bilhetes que, por qualquer motivo, tenham sido emitidos mas que não são vendidos, estando vedada a venda desses títulos em viagem realizada posteriormente. Mais se provou que o A. exercia as funções de motorista de automóveis pesados de passageiros, em regime de agente único, como tal se considerando o regime de trabalho em que, além das funções próprias de motorista, são exercidas, também, as principais tarefas de

cobrador bilheteiro, designadamente, as de venda de bilhetes aos passageiros que não sejam portadores de título de transporte válido.

Provou-se igualmente que, no dia 08 de Julho de 2022 o A. realizou, entre outras, a carreira urbana Próximo PXM 16v, entre Praia de Faro/Jardim, com partida às 11:00, compreendida na chapa de serviço nº 3621, cuja execução lhe tinha sido atribuída nesse dia, carreira que faz parte da rede de transporte coletivo urbano/local de Faro, concessionada à R. pelo município de Faro; o autocarro conduzido pelo A. estava equipado com a máquina emissora de bilhetes (ETM) nº 003919; a máquina emissora de bilhetes (ETM) encontrava-se operacional e em boas condições de funcionamento ao tempo dos factos.

Pelas 11:10 do referido dia 08 de Julho de 2022, na paragem designada por “Aeroporto - Sul”, entrou no autocarro conduzido pelo A. o Fiscal BB, nº ..., o qual iniciou aí uma operação de verificação e de controle da regularidade dos títulos de transporte dos passageiros transportados na carreira.

Ao tempo da fiscalização o autocarro transportava cinco passageiros. Dos cinco passageiros transportados, quatro eram portadores de título de transporte emitido a bordo e um viajava sem título de transporte. Dos passageiros portadores de título de transporte emitido a bordo, um apresentou ao Fiscal um bilhete emitido na viagem anterior, entre Atalaia/Praia de Faro, com partida às 10:20. O bilhete em questão era no valor de € 2,35 e tinha sido emitido pela máquina de bilhetes (ETM) nº 003919, operada pelo motorista com o número mecanográfico ...3. O passageiro que viajava com o bilhete de viagem anterior tinha-o recebido do A. após ter entregue ao mesmo a quantia de € 2,35,

correspondente ao preço da viagem. O A. informou que não tinha conseguido anular o bilhete emitido na viagem anterior e, por isso, aproveitou para o vender na circulação seguinte. O passageiro que viajava sem título entregou ao A. a quantia de € 2,35 mas não recebeu do mesmo qualquer bilhete, nem outro comprovativo daquele pagamento. Na presença do fiscal o A., pelas 11:12m, pelo valor de €2,35 emitiu o bilhete que ficou registado sob o nº049995 e entregou-o ao passageiro que não era portador de qualquer um.

A emissão dos bilhetes é feita através de uma máquina (ETM - Eletronic Teller Machine), a qual só funciona quando lhe é introduzido um módulo. Os módulos necessários para operar com as máquinas emissoras de bilhetes são distribuídos aos motoristas, sendo pessoais e intransmissíveis. Os módulos registam todo o serviço realizado pelo respetivo portador, sendo os dados das viagens assim registados extraídos, depois, para o sistema de bilhética. Ao A. tinha sido distribuído um desses módulos, com o nº ...3. O registo da ETM nº 003919 do dia 08/07/20, abarca tanto os bilhetes emitidos a bordo pelo motorista, como os passes e os títulos pré-comprados que são validados em cada viagem.

Na viagem do A., relativa ao horário das 11:00: 1º) da primeira paragem, na zona 1, até à zona 5, não foi emitido qualquer bilhete, nem validado qualquer passe ou título pré-comprado; 2º) na zona 5, no período entre as 11:05 e as 11:07, foram emitidos três bilhetes, com os nºs 049992 (às 11:07:05), 049993 (às 11:07:06) e 049994 (às 11:07:44); 3º) nessa zona 5, não foi validado qualquer passe ou título pré-comprado; 4º) o fiscal revisor ingressou no autocarro na zona 8, pelas 11:10; 5º) após a emissão dos três referidos bilhetes na zona 5, até à entrada do fiscal no veículo, não foi emitido qualquer outro bilhete, nem validado

qualquer passe ou título pré- comprado. Ao não proceder à emissão dos bilhetes o A. também não registou as vendas.

Ora os factos supra mencionados permitem-nos concluir que, por um lado, o A. não respeitou instrução da R. no sentido de não proceder à venda de títulos emitidos em viagem realizada anteriormente (e não anulados quando não usados), bem assim, de entrega de título a emitir pela máquina (ETM - Eletronic Teller Machine) contra pagamento do passageiro. Podemos, por isso, concluir estarmos perante comportamento que viola o estatuído no art.128º nº 1 al. c) e e) do Código de Trabalho pelo que constitui infração disciplinar, constituindo justa causa de despedimentos nos termos do previsto no disposto no art. 351º nº2 al. a) do Código de Trabalho.

A existência de infração disciplinar legitima o exercício do poder disciplinar e consequente aplicação de sanção (cfr.art.328º do Código de Trabalho) a qual deve ser proporcional á gravidade da infração e à culpa do infrator (cfr. art.330º do Código de Trabalho.

[...]

Entende também o A. que a sanção é desproporcional atendendo à sua antiguidade e inexistência de sanções disciplinares.

Nos termos do disposto no art. 328º nº1 do Código de Trabalho, o empregador pode aplicar as seguintes sanções disciplinares: repreensão, repreensão registada, sanção pecuniária, perda de dia de férias, suspensão do trabalho com perda de retribuição e antiguidade e despedimento sem indemnização ou compensação. Sendo a mais grave das sanções o despedimento tem que ter por base a impossibilidade de subsistência da relação laboral o que impõe que se afira da repercussão do comportamento do trabalhador no futuro daquela relação fazendo-se um juízo de

prognose de acordo com critérios de normalidade e razoabilidade.

No caso vertente, não se está perante ato isolado - só numa fiscalização foram detetadas duas infrações -, o desvalor da conduta é grave pois, sabendo-se que a entrega à R. do dinheiro feito em vendas impunha coincidência com as viagens registadas, a falta de registo de duas conduzia ao correspondente prejuízo da R. (que se dedica à exploração do transporte rodoviário) e respetivo benefício do A.. Acresce que a atividade do A. era exercida sem controlo imediato da R. sendo que o mesmo, diariamente, manuseava quantias monetárias, o que exige que a R. nele deposite total confiança.

Ora, ainda que o A. não tenha antecedentes disciplinares e tenha estado ligado a outra empresa do grupo da R. há longos anos, evidentemente que o supra mencionado legitima a criação no espírito da R. da dúvida sobre a idoneidade e honestidade futura da conduta do A., deixando, por isso, de existir o suporte psicológico mínimo para o desenvolvimento dessa relação laboral em virtude da irreversível quebra da confiança. O despedimento é pois proporcional e assentou, assim, em justa causa pelo que não é ilícito.

Apreciemos, então.

Decorre quer da análise da sentença recorrida quer das conclusões recursivas que inexistem dúvidas relativamente ao cometimento pelo trabalhador de duas infrações disciplinares. Na realidade, inexistente qualquer impugnação fáctica por parte do trabalhador. Assim, em face da matéria fáctica dada como assente, a primeira infração cometida resultou do facto de o trabalhador ter entregue a um passageiro, que estava a efetuar a viagem Praia de

Faro/Jardim, com partida às 11h00, em troca de €2,35, um bilhete relativo a uma viagem anterior, entre Atalaia/Praia de Faro, com partida às 10h20, realizada igualmente por aquele trabalhador, tendo este referido que não tinha conseguido anular o bilhete emitido na viagem anterior, razão pela qual aproveitou para o vender na circulação seguinte. Provou-se igualmente quanto a esta infração que o trabalhador ao não proceder à emissão do bilhete relativo à viagem real não registou, por isso, a sua venda e que a entidade empregadora informa os motoristas de que devem anular os bilhetes que, por qualquer motivo, tenham sido emitidos, mas que não são vendidos, estando vedada a venda desses títulos em viagem realizada posteriormente. Deste modo, é incontestável que o trabalhador desrespeitou voluntariamente ordens expressas da entidade empregadora respeitantes à execução do trabalho, violando, assim, o dever constante da al. e) do n.º 1 do art. 128.º do Código do Trabalho.

Por sua vez, a segunda infração cometida traduziu-se no facto de o trabalhador ter recebido de um passageiro a quantia de €2,35, correspondente ao preço da viagem, e não lhe ter entregue qualquer bilhete, nem outro comprovativo daquele pagamento, sendo que, por não ter emitido o bilhete relativo àquela viagem, não registou, por isso, a sua venda. Provou-se também que, quando confrontado pelo fiscal BB, o trabalhador, na presença daquele, emitiu, pelas 11h12, pelo valor de €2,35, o bilhete que ficou registado sob o n.º 049995 e entregou-o ao passageiro que não era portador de qualquer um. Provou-se também que a entidade empregadora se dedica, com intuito lucrativo, à exploração da atividade de transporte público de passageiros. Assim, é igualmente incontestável que o trabalhador ao não emitir e entregar o correspondente bilhete ao passageiro que procedeu

ao pagamento desse bilhete, desrespeitou ordens expressas da entidade empregadora respeitantes à execução do trabalho, não tendo atuado com o zelo e a diligência necessárias, violando, assim, os deveres constantes das als. c) e e) do n.º 1 do art. 128.º do Código do Trabalho.

Por fim, e quanto às infrações cometidas pelo trabalhador, provou-se ainda que foram as duas infrações disciplinares cometidas na mesma viagem, que se iniciara 10 minutos antes da entrada do referido fiscal, na qual apenas tinham entrado, desde o seu início, cinco passageiros, dos quais apenas três tinham bilhetes válidos, emitidos pelo trabalhador, na mesma paragem.

Na realidade, se relativamente à omissão da emissão e entrega do bilhete ao passageiro que o comprou se possa equacionar a possibilidade de uma atuação negligente por parte do trabalhador, ainda que se tratando de uma negligência grosseira, visto não resultar das regras da experiência comum e da normalidade da vida que um motorista experiente, como aquele trabalhador, perante apenas cinco passageiros, durante toda aquela viagem, que se iniciara há apenas 10 minutos, se tivesse distraído o suficiente para se esquecer de emitir um dos cinco bilhetes; já quanto à entrega a um desses cinco passageiros de um bilhete referente a uma viagem anterior, após aquele passageiro ter procedido ao pagamento da sua viagem, estamos perante uma atuação consciente e voluntária de violação de uma ordem transmitida pela entidade patronal sobre a execução do trabalho.

E se é verdade que não resultou provado que o trabalhador tinha a intenção de se apropriar de ambas as quantias que recebeu e não registou, verdade é que, pelo menos relativamente à situação da entrega do bilhete referente a uma viagem antiga, inexistente

qualquer falta de zelo ou diligência, antes sim, a intenção deliberada de desrespeitar ordens expressas da entidade empregadora, sendo que desse desrespeito facilmente resultaria a apropriação do montante recebido, visto que apenas faz sentido entregar um bilhete referente a uma viagem anterior se não se pretender emitir bilhete sobre a viagem realizada, e, desse modo, não registar a quantia recebida. Na realidade, ao entregar um bilhete a um passageiro que não corresponde à sua viagem, o trabalhador, para além de, com este comportamento, facilmente se apropriar da quantia recebida, está igualmente a falsear a verdade dos factos, entregando ao passageiro que, naturalmente, não se vai certificar dos elementos constantes do bilhete, um bilhete referente a uma outra viagem, podendo, inclusive, vir tal passageiro a ter problemas por estar a efetuar aquela viagem de autocarro sem bilhete válido. Repare-se que, no caso em apreço, tinham apenas decorrido 10 minutos de viagem e encontravam-se no autocarro apenas mais quatro passageiros, pelo que facilmente o referido passageiro, quando confrontado com a circunstância de o seu bilhete não se reportar à viagem realizada, pôde facilmente demonstrar o que tinha acontecido. Porém, caso o autocarro estivesse cheio e a viagem fosse mais longa, o passageiro que pagou aquela viagem e que, por isso, deveria ter recebido o bilhete correspondente, poderia ter tido dificuldade em demonstrar que tinha, efetivamente, procedido ao pagamento daquela viagem.

Deste modo, com o seu comportamento, o trabalhador não só colocou em causa a relação de confiança existente entre si e a sua entidade patronal, como a relação de confiança que os passageiros

devem ter na sua relação com as empresas de transportes rodoviários, representadas, em cada viagem, pelos respetivos motoristas.

Nesta conformidade, apenas nos resta concluir, na esteira da sentença recorrida, que a prática pelo trabalhador AA, numa única viagem, num percurso de 10 minutos e com cinco passageiros, de duas infrações disciplinares, com implicações quer no registo das vendas de dois bilhetes (com o consequente prejuízo, de igual valor, para a entidade empregadora); quer na reputação da empresa perante os seus passageiros (a quem o comportamento do trabalhador poderia ter causado sérios problemas e prejuízos), configura uma situação que, aferida de acordo com critérios de objetividade e razoabilidade, leva, pela sua gravidade e consequências, à inevitável quebra de confiança da entidade empregadora naquele trabalhador, tornando impossível a subsistência de tal relação laboral. E, a ser assim, por a sanção de despedimento ser proporcional à gravidade das infrações e à culpabilidade do infrator, nesta questão, improcede a pretensão do recorrente.

(...)».

2. Anotação

Este curioso caso fez-nos reler aquilo que, sobre esta matéria, ensinava PEDRO ROMANO MARTINEZ, em sede de densificação da justa causa de despedimento. No seu *Direito do Trabalho*, o Autor escreve:

«Os interesses patrimoniais da empresa afetados pelo ato culpososo do trabalhador não têm de ser avultados, pois o que releva é a

quebra na confiança. Daí que sendo os danos patrimoniais irrisórios, como o furto de uma pequena soma de dinheiro, pode haver justa causa de despedimento. (...). A gravidade dos danos pode relevar para se inferir da impossibilidade de subsistência da relação laboral, mas não é um fator decisivo; ainda que os prejuízos da empresa sejam pouco avultados ou tenham sido ressarcidos - por exemplo, por via de um seguro - não obsta à existência de justa causa. De facto, (...) no âmbito laboral, o montante do dano é um mero elemento de ponderação da quebra de confiança»².

Pela nossa parte, em tese, não discordamos destas asserções, que correspondem, aliás, ao entendimento prevalecente, entre nós e lá fora. Como escreve JÚLIO GOMES, «na hipótese de furto praticado pelo trabalhador, a visão claramente dominante é a de que o que está em jogo não é só, e não é tanto, o montante furtado, mas a perda de confiança na pessoa do trabalhador gerada pelo furto. De acordo com esta perspetiva, que parece ser dominante, o furto realizado por um trabalhador de uma quantia, ainda que insignificante, pertencente ao empregador, a um colega ou cliente, colocaria inexoravelmente em causa a viabilidade da relação por fazer desaparecer aquela fidúcia mínima necessária a um contrato de trabalho»³.

Creemos, em todo o caso, ser necessária muita prudência neste domínio. O despedimento com justa causa traduz-se na sanção disciplinar máxima suscetível de ser aplicada ao trabalhador. A justa

² 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 991-992.

³ *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 965-966. O Autor não deixa de manifestar algumas dúvidas sobre o carácter «excessivamente rigoroso» deste entendimento (ob. cit., pp. 966-967).

causa de despedimento assume um carácter de *infração disciplinar*, de incumprimento contratual particularmente grave, de tal modo grave que determine uma perturbação relacional insuperável, isto é, insuscetível de ser sanada com recurso a medidas disciplinares não extintivas. No dizer de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, «a cessação do contrato, imputada a falta disciplinar, só é legítima quando tal falta gere uma situação de imediata impossibilidade de subsistência da relação laboral, ou seja, quando a crise disciplinar determine uma crise contratual irremediável, não havendo espaço para o uso de providência de índole conservatória»⁴. É, pois, indispensável reconduzir os factos que estão na base da justa causa - a conduta culposa do trabalhador - a uma dada situação, a situação de impossibilidade de subsistência da relação de trabalho (impossibilidade esta entendida em sentido jurídico e não material, como sinónimo de inexigibilidade).

A justa causa corresponde, assim, a um conceito indeterminado, cujo preenchimento dependerá das circunstâncias de cada caso concreto. Ainda assim, as diversas condutas descritas nas várias alíneas do n.º 2 do art. 351.º do Código do Trabalho possibilitam uma certa concretização ou densificação da justa causa de despedimento, muito embora deva sublinhar-se que a verificação de alguma dessas condutas não é *condição necessária* (dado que a enumeração é

⁴ *Direito do Trabalho*, cit., pp. 730-731. Em sentido próximo, escreve MENEZES CORDEIRO: «A justa causa visa, com clareza, sancionar situações laborais que, por razões imputáveis ao trabalhador, tenham entrado de tal modo em crise, que não mais se possam manter». O Autor sublinha, com razão, que o conceito de justa causa, como conceito indeterminado que é, põe em crise o método da subsunção, nunca podendo a sua aplicação ser automática, antes requerendo decisões dinâmicas e criativas que facultem o seu preenchimento com valorações e remetendo o intérprete-aplicador, inevitavelmente, para casuísmos (*Direito do Trabalho*, vol. II, *Direito Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 954-955).

meramente exemplificativa), nem é *condição suficiente* (visto que tais alíneas constituem “proposições jurídicas incompletas”, contendo uma referência implícita à cláusula geral do n.º 1) para a existência de justa causa. Esta traduz-se, afinal, num *comportamento censurável do trabalhador, numa qualquer ação ou omissão que lhe seja imputável a título de culpa* (não se exige o dolo, ainda que, parece, a negligência deva ser grosseira) *e que viole deveres de natureza laboral, quando esse comportamento seja de tal modo grave, em si mesmo e nos seus efeitos, que torne a situação insustentável, sendo inexigível ao empregador* (a um empregador normal, razoável) *que lhe responda de modo menos drástico*.

Em matéria de justa causa para despedimento, estamos perante um *conceito objetivo-normativo*, como há muito ensina JORGE LEITE: «A gravidade do comportamento [do trabalhador] deve entender-se como um conceito *objetivo-normativo* e não *subjetivo-normativo*, isto é, a resposta à questão de saber se um determinado comportamento é ou não grave em si e nas suas consequências não pode obter-se através do recurso a critérios de valoração subjetiva do empregador, mas a *critérios de razoabilidade* (ingrediente objetivo), tendo em conta a natureza da relação de trabalho, as circunstâncias do caso e os interesses em presença». O mesmo vale, aliás, quanto ao requisito legal da impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho: «Uma vez mais, não é pelo critério do empregador, com a sua particular sensibilidade ou a sua ordem de valores própria, que se deve pautar o aplicador do direito na apreciação deste elemento, mas pelo critério do empregador razoável»⁵.

⁵ *Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 250. Em

Neste domínio, ganham particular relevo os deveres que impendem sobre o trabalhador, cuja violação, caso assuma a gravidade acima referida, poderá constituir justa causa para o respetivo despedimento. De todo o modo, o juízo sempre será casuístico, guiado por uma ideia de proporcionalidade e de justiça individualizante, como resulta do n.º 3 do art. 351.º do Código do Trabalho⁶. Vale dizer, circunstâncias como o quadro organizativo da empresa, o grau de lesão dos interesses da entidade empregadora, o carácter das relações entre as partes ou entre o trabalhador e os seus colegas, a antiguidade, o desempenho e a dedicação profissionais, os antecedentes disciplinares, a posição hierárquica e o grau de responsabilidade das funções desempenhadas pelo trabalhador, o grau de arrependimento demonstrado por este, a própria coerência disciplinar da entidade empregadora... tudo isto releva, ou pode relevar, na ponderação sobre a justa causa de despedimento.

Pelo exposto, cremos ser importante que o intérprete-aplicador do direito adote uma postura de grande cautela quanto à alegação, recorrente por parte das entidades empregadoras, de que o trabalhador foi despedido por ter, com a sua conduta, abalado ou minado a *relação de confiança* pressuposta no contrato de trabalho. O contrato de trabalho é, decerto, um contrato “relacional” ou de

sentido próximo, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 959

⁶ O *carácter das relações entre as partes*, isto é, o tipo de relacionamento e de convivência que se estabelece entre trabalhador e empregador (em certos casos, até em função da dimensão da empresa, pode registar-se uma convivência intensa, estreita e quotidiana entre eles, ao passo que noutros o relacionamento pessoal pode ser ténue, quiçá inexistente), pode assumir bastante relevância nesta sede - a este propósito, vd. JOÃO LEAL AMADO, «A empregada, a patroa, o seu marido e o despedimento», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4005, jul.-ago 2017, pp. 408-415.

relacionamento (*relational contract*)⁷, mas já é de rejeitar a nota fiduciária do contrato de trabalho, isto é, a ideia de que este assenta numa especial relação de confiança entre as partes (sem prejuízo de isso se poder verificar em alguns casos especiais, tal como sucede na hipótese de cargos de direção ou chefia, na hipótese de funções de secretariado pessoal de titular desses cargos, etc.)⁸. A fidúcia e o tópico da confiança - *rectius*, o insondável e misterioso desaparecimento desta - não podem legitimar o despedimento do trabalhador, com base numa suposta justa causa. O nosso ordenamento não conhece um qualquer despedimento disciplinar por pura perda de confiança, só a prática de infrações disciplinares subjetiva e objetivamente graves, que tornem insustentável, segundo bitolas de normalidade, a manutenção da relação laboral, constituirá justa causa de despedimento⁹.

É claro que, no caso em apreço, não há dúvida de que o trabalhador praticou atos com relevo disciplinar, violou, com culpa, deveres para com a sua entidade empregadora. O trabalhador cometeu infrações disciplinares, pelas quais deve ser punido. Ao atuar como atuou, o trabalhador provocou uma crise contratual séria, o

⁷ Ponto sublinhado por BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 328-333.

⁸ Casos para os quais, não por acaso, o Código do Trabalho prevê uma muito particular modalidade de exercício da correspondente relação laboral - a figura da comissão de serviço, marcada, precisa e justificadamente, por uma ampla liberdade atribuída a qualquer das partes para pôr termo a essa comissão de serviço, conforme resulta do disposto no artigo 163.º do Código.

Em sentido convergente, entendendo que a índole fiduciária não é uma característica geral do contrato de trabalho, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 129-130.

⁹ A nossa jurisprudência mais recente tem vincado este entendimento com grande clareza, em moldes a que aderimos sem reservas - neste sentido, por todos, vd. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/07/2022 e de 24/05/2023, ambos relatados pelo Conselheiro Júlio Gomes.

trabalhador, para o dizermos com as palavras utilizadas na sentença recorrida, legitimou a criação, no espírito da entidade empregadora de dúvidas sobre a idoneidade e honestidade futura da sua conduta. Isso é inegável. Mas já nos parece mais discutível afirmar, como se afirma na sentença, que dessa dúvida criada no espírito do empregador se pode concluir que deixou de existir o *suporte psicológico mínimo* para o desenvolvimento dessa relação laboral, em virtude de uma *irreversível quebra da confiança*.

Sim, dir-se-á, a honestidade e a probidade não têm preço. A torpeza é inadmissível. No caso, o trabalhador estava a apropriar-se de uma verba correspondente a menos de 5 euros (€4,70, para sermos precisos), mas isso, claro, não é o mais importante. Ainda assim, importa ponderar que, parece, tratava-se de um motorista com ligação contratual àquela empresa (ou a outras do mesmo grupo) há muitos anos, há mais de vinte anos. E, segundo se lê na matéria factual dada como provada, sem qualquer antecedente em matéria disciplinar. Cadastro limpo. Vinte anos¹⁰.

Claro, talvez o empregador (e, depois, o tribunal) tenha pensado que aquilo que sucedeu naquele dia foi fruto do azar para o motorista, que o motorista talvez tivesse já o hábito de ir desviando pequenas somas de dinheiro, através daquele tipo de procedimentos, sem tal jamais ter sido detetado. Talvez. Mas... e se não foi assim? E se, realmente, o motorista cumpriu, escrupulosamente, os seus deveres laborais, ao longo de mais de duas décadas, até que teve um dia mau, em que prevaricou e foi vitimado pelo fiscal da empresa?

¹⁰ Cremos que cerca de 23 anos, de julho de 1999 a outubro de 2022.

Mais: não é desse mesmo princípio que, juridicamente, devemos partir? Se não consta do processo qualquer indicação de problemas anteriores com aquele motorista, podemos nós partir da premissa de que aquilo que aconteceu naquele dia foi *business as usual* para o motorista? Com a diferença, claro, de a sua atuação infracional ter sido detetada?

Não devemos ser ingénuos, mas também não nos parece que seja legítimo basear as decisões da entidade empregadora (e, depois, do tribunal) em mais do que nisto: naquilo que se passou naquele concreto dia, sabendo que o motorista em questão tinha mais de duas décadas de atividade profissional no setor e um cadastro limpo, em matéria disciplinar. Tudo o resto será especulativo. Aliás, não é crível que, ao longo de mais de duas décadas de serviço, os fiscais não tenham muitas vezes entrado no autocarro conduzido pelo motorista em causa, para verificar a regularidade da venda, emissão e posse de títulos de transporte, ao que parece sem nada de anormal ter sido, jamais, apontado a tal motorista

Daí as nossas reservas: sim, a atuação do motorista criou dúvidas na entidade empregadora, sobre a idoneidade do seu comportamento futuro, sobre a viabilidade da prossecução daquela relação laboral. *Sem dúvida que criou dúvidas!* Mas, justamente, não deveria, nestas circunstâncias, ter sido dado o *benefício da dúvida* ao motorista?

Não se trata, como é óbvio, de defender a impunidade do motorista. Ele prevaricou, deve ser punido, deve ser sancionado, deve ser castigado. Mas não dispõe o empregador da faculdade de o punir, sem com isso o privar do emprego? Não há todo um leque de sanções

disciplinares conservatórias, mas nem por isso leves? Por exemplo, a suspensão do trabalho com perda de retribuição e antiguidade. Essa suspensão pode corresponder a 30 dias por cada infração e, neste caso, segundo o tribunal, o motorista praticou duas infrações¹¹. Cumpre perguntar: uma suspensão do trabalho, pelo período de dois meses, com a inerente perda de retribuição, não seria bastante, isto é, não seria proporcionada àquela infração cometida pelo motorista? Sim, uma infração indubitavelmente grave, mas, repete-se, a única, tanto quanto se sabe, praticada pelo motorista em mais de 23 anos de serviço, envolvendo o possível desvio de €4,70 euros...

A este propósito, veja-se, por último, a forma como o Supremo Tribunal de Justiça decidiu um curioso caso, também envolvendo uma atuação censurável de um trabalhador que laborava num hipermercado, que apresenta alguns pontos de contacto com a situação em apreço. Conforme se lê no sumário do Acórdão do STJ, de 8-5-2024, cujo relator foi o Conselheiro Ramalho Pinto, «apresenta-se como manifestamente desproporcional a aplicação da sanção de suspensão do trabalho com perda de retribuição de 15 dias (€ 367,50) a um trabalhador que tentou levar, sem o pagar, para fora do estabelecimento da empregadora, onde trabalhava, um saco de plástico desta, sendo que o prejuízo da empregadora, a concretizar-se, seria de € 0,02». Neste interessante aresto, o STJ não deixou de considerar que a honestidade reclamada do trabalhador «implica uma obrigação de abstenção por parte do mesmo de qualquer comportamento

¹¹ O arsenal sancionatório à disposição do empregador, nos termos legais, consta do artigo 328.º do Código do Trabalho. Por ordem crescente: repreensão, repreensão registada, sanção pecuniária, perda de dias de férias, suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade e, *last but not least* (mas, em definitivo, *last*), despedimento sem indemnização ou compensação.

suscetível de colocar em crise a relação de confiança que deve pausar as suas relações com o empregador, enquanto corolário da boa-fé contratual», chegando mesmo a afirmar que «a honestidade é um valor absoluto, independentemente do valor do bem da entidade empregadora de que o trabalhador se aproprie ou tente apropriar». Felizmente, o STJ acaba, logo após, por se desmentir, afastando-se do absolutismo anunciado e acrescentando, a nosso ver com grande sabedoria: «Contudo, tudo no direito deverá ter os seus limites, impostos pela razoabilidade e pelo bom senso. Não deverão ser adotadas soluções concretas que firam os sentimentos do mundo jurídico e da comunidade em geral»¹².

¹² Cremos que sim, bom senso e sensibilidade - mais do que proclamações absolutistas - é o que se impõe. E note-se que, neste caso do saco de plástico, o trabalhador até tinha alguns antecedentes disciplinares, embora remotos. Ainda assim, o STJ não deixou de considerar como manifestamente desproporcionada uma sanção de suspensão do trabalho de 15 dias, com perda da correspondente retribuição (repare-se: €367,50, metade de um mês de salário para aquele trabalhador, o qual, portanto, auferia uma retribuição mensal muito relativa...) para um trabalhador que estava a levar do hipermercado um saco que custaria €0,10, causando um prejuízo de €0,02 à entidade empregadora.

Este aresto do STJ foi alvo de uma curiosa análise crítica por parte da Equipa DCM/Littler, publicada em 2/6/2024 (in <https://direitocriativo.com/quanto-vale-a-honestidade-de-um-trabalhador/>), em que se exprimem “sérias dúvidas” quanto ao sentido da decisão tomada pelo tribunal. Sublinha-se, por um lado, que o valor do prejuízo, em termos patrimoniais, não é o único aspeto a ponderar em sede disciplinar, nem, quiçá, o mais relevante, bem como, por outro lado, que o trabalhador em causa já tinha antecedentes disciplinares - coisas com que concordamos. Mas, estranhamente, o comentário em causa conclui a sua análise nestes termos: «Esta decisão do Supremo pode ter aberto um precedente no sentido de limitar da aplicação de sanções disciplinares. O risco desta posição poderá levar os empregadores a assumirem muito mais decisões de despedimento com justa causa se tiverem dúvidas quanto à graduação da sanção disciplinar» - conclusão esta que, confessamos, temos dificuldade em perceber, muito mais em subscrever.

Com efeito, cremos que o STJ se limitou a manejar, com bom senso, o princípio da proporcionalidade, princípio estruturante do direito disciplinar, qualquer que seja a sanção que tenha sido aplicada ao trabalhador. Se algum efeito pode ter este acórdão, será, cremos, o de levar as entidades empregadoras a usarem de prudência quando punem um trabalhador, no exercício do seu poder disciplinar, reservando o despedimento para casos de gravidade tal que tornem praticamente

Aqui chegados, é caso para perguntar: afinal, não é para isso mesmo que servem as sanções disciplinares laborais? Para *punir* o trabalhador, mas também para *corrigir* a conduta do trabalhador? Para *castigar* o infrator, mas também para *modificar* o seu comportamento desviante? Para, a um tempo, *sancionar* o autor da violação contratual e *restaurar* a confiança entre as partes? Num contrato relacional e duradouro como é o de trabalho, é claro que, por vezes, a confiança entre as partes resulta afetada pela conduta incumpridora de uma delas. Mas, justamente, aqui uma das partes - o empregador - dispõe de um singular meio de autotutela que lhe permite atuar de forma expedita, punindo o trabalhador-infrator e tentando reorientar ou reajustar a sua conduta. Ou seja, por vezes a confiança entre as partes é quebrada, mas essa quebra não tem de ser irreversível. E é também para a tentar reverter e restaurar a confiança perdida que o ordenamento jurídico atribui ao empregador poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho, conforme prescreve o artigo 98.º do Código do Trabalho.

Nas certas palavras de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, «a sanção disciplinar tem, sobretudo, um objetivo *conservatório* e *intimidativo*, isto é, o de se manter o comportamento do trabalhador no sentido adequado ao interesse da empresa. Visa, em primeira linha, a

impossível a subsistência da relação de trabalho e aplicando as sanções disciplinares conservatórias com critério, de acordo com a gravidade da infração e a culpabilidade do trabalhador. E, neste quadro, parece-nos óbvio que isto poderá funcionar, não como um incentivo para que os empregadores assumam muito mais decisões de despedimento, em caso de dúvida, mas precisamente no sentido contrário: se tiver dúvidas quanto à graduação da sanção disciplinar, o empregador deve optar, judiciosamente, pela sanção menos pesada.

Para um outro comentário a este acórdão, concordando com o sentido decisório do mesmo, veja-se ANA RITA DO CARMO, in <https://observador.pt/opiniao/sensibilidade-e-bom-senso-do-saco-de-plastico-a-suspensao/>, 9 de junho de 2024.

prevenção especial e geral. Não pode, pois, ser conceituada como uma reação de sentido reparatório, destinada a atuar sobre certa situação materialmente em desacordo com a consecução do escopo económico do dador de trabalho. É, antes, uma reação que visa, em primeira linha, a pessoa do trabalhador (como elemento intermédio entre o potencial de trabalho e a atividade efetiva), de modo a reprimir a sua conduta inadequada, a levá-lo a proceder de harmonia com as regras da disciplina, reintegrando-o assim no padrão de conduta visado»¹³.

Confessamos, assim, ter dúvidas sobre a bondade da decisão tomada neste caso. *Ficamos, sobretudo, com a sensação de que este é um caminho perigoso, em que se alega que a conduta infracional do trabalhador alimenta a dúvida, no espírito do empregador, sobre a sua conduta futura (será idóneo?) e, daí, mina, de forma*

¹³ *Direito do Trabalho*, cit., p. 364. O Autor acrescenta: «A ação disciplinar surge então como um conjunto de medidas destinadas a agir, *de modo contraposto, sobre a vontade do trabalhador*, procurando modificá-la no sentido desejado - isto é, procurando *recuperar a disponibilidade* perdida ou posta em causa. As sanções disciplinares não têm, pois, primariamente, finalidade “retributiva” - isto é, não se destinam apenas a retribuir a falta com um prejuízo, mas eminentemente *preventiva*. Por outro lado, elas têm também uma função (secundariamente) *conservatória* da vinculação entre entidade patronal e trabalhador, na medida em que se destinam a repor a situação de disponibilidade acima referida e, com ela, as condições de viabilidade do contrato de trabalho. Daqui resulta, além do mais, que o despedimento do trabalhador só poderá considerar-se harmónico com a conceção legal do poder disciplinar (no caso, como é óbvio, de ser reação a uma falta disciplinar) quando se mostre inviável ou inútil qualquer das sanções cuja aplicação pressupõe a permanência do vínculo (a sanção pecuniária, p. ex.)» (ob. cit., p. 367).

Sobre a função do poder disciplinar, *vd.*, com grande interesse, as reflexões de JÚLIO GOMES. O Autor sublinha que o poder disciplinar visa, em última análise, manter a ordem e a “paz da empresa”, desempenhando uma função intimidatória e preventiva, visando restaurar, de certo modo, um ambiente que foi comprometido. O Autor assinala mesmo que, «em certo sentido, o que há de mais específico no poder disciplinar são, precisamente, as sanções conservatórias, aquelas que visam manter a relação de trabalho entre as partes» - *Direito do Trabalho*, cit., pp. 885-886.

supostamente irreversível, a confiança depositada pelo empregador no trabalhador (será confiável?) e, logo, legítima a aplicação da sanção máxima, expulsiva, privativa do emprego deste (rua!). Temos algum receio de que esta retórica argumentativa - ou, se se preferir, esta narrativa - acabe por se revelar demasiado permissiva para com decisões patronais de despedimento, sem respeitar o caráter de medida de *ultima ratio* que lhe cabe, no nosso ordenamento jurídico. E de, por esta via, ao sobrevalorizarmos o tópico da confiança, acabarmos por desguarnecer a tutela da segurança no emprego e por enfraquecer a proibição dos despedimentos sem justa causa. É que, convém frisar, também há despedimento sem justa causa se, porventura, o empregador reagir com excesso a uma infração disciplinar praticada pelo trabalhador. Proporcionalidade *oblige*.

Ora, se bem vemos, hipostasiar a “quebra de confiança” pode converter-se num expediente fácil para que a entidade empregadora, detetando uma qualquer conduta infracional do trabalhador, logo alegue que a mesma torna a subsistência da relação de trabalho «imediata e praticamente impossível», para o dizermos com as palavras da lei - pois se a dúvida se instalou, se a confiança foi afetada, supostamente de forma irreversível...

Creemos que a jurisprudência deve ser e deve permanecer rigorosa nesta matéria, exigindo, sempre, para que haja justa causa de despedimento, não só que se registre um comportamento culposos e grave do trabalhador, mas também que esse comportamento torne mesmo imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. O que implica, como se disse, que não haja margem para que seja aplicada, *in casu*, uma outra sanção disciplinar,

conservatória, através da qual se puna o trabalhador pelo que fez e se tente corrigir a sua conduta para o futuro. Sejam os otimistas: as pessoas podem mudar, podem melhorar, e a confiança quebrada pode ser restaurada!

Bem imaginamos que Pedro Romano Martinez não nos acompanharia, nestas reservas e dúvidas que acima exprimimos. Mas a sua discordância seria manifestada com a elegância que o caracterizava, com cortesia extrema e sempre com um sorriso - um sorriso sincero, não trocista - nos lábios. *We can disagree without being disagreeable*. Entre nós, isso sucedia amiúde. Mas, para isso, *it takes two*...

O tempo é, realmente, tudo o que temos. Até que deixamos de o ter. Fica a sentida homenagem daquele que, por enquanto, cá ficou.

Bibliografia

- AMADO, João Leal, «A empregada, a patroa, o seu marido e o despedimento», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4005, jul.-ago 2017, pp. 408-415.

- CORDEIRO, António Menezes, *Direito do Trabalho*, vol. II, *Direito Individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022.

- GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- LEITE, Jorge, *Coletânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

- RAMALHO, Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

- XAVIER, Bernardo Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a ed., Rei dos Livros, 2020.



BREVE REFLEXÃO SOBRE PODERES DO EMPREGADOR, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESPEDIMENTOS POR CAUSAS OBJETIVAS*

*EMPLOYER POWERS, FUNDAMENTAL RIGHTS AND DISMISSAL
FOR OBJECTIVE REASONS*

José João Abrantes¹

Sumário: 1. Autonomia do direito do trabalho; 2. Poderes do empregador e direitos fundamentais; 3. Concordância prática entre liberdade de iniciativa económica privada e direitos fundamentais do trabalhador; o exemplo dos despedimentos baseados na mera conveniência da empresa.

Resumo:

A história do direito laboral é a história da progressiva proteção jurídica dos trabalhadores face aos empregadores, que conduziu à própria constitucionalização dos seus princípios fundamentais. Assiste-se hoje ao reconhecimento generalizado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, maxime, nas situações contratuais de poder-sujeição, como é o caso da relação de trabalho. É à sua luz que os direitos fundamentais atuam como limites dos poderes empresariais, prevalecendo sobre a autonomia privada e a liberdade negocial. No campo das relações de trabalho, a Constituição impõe que a liberdade contratual do empregador se exerça dentro dos limites da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da segurança no emprego, não podendo estes valores ser

*Dedico o presente texto à memória do Professor Pedro Romano Martinez, recordando um ser humano e académico excelente e um bom amigo.

¹ Presidente do Tribunal Constitucional. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

subalternizados à liberdade de iniciativa económica. Tal como reconhece o Tribunal Constitucional, elemento essencial do conceito de justa causa de despedimento é a “não funcionalização do trabalho aos interesses do empregador ou à mera conveniência da empresa”.

Abstract:

The history of labour law is the history of a progressive legal protection of employees, which led to the constitutionalization of its core principles. Nowadays there is a widespread recognition of the effectiveness of fundamental rights in private relations, maxime, in asymmetrical contractual situations of power, such as the labour relation. It is in this light that fundamental rights act as limits to the power of the employer, prevailing over private autonomy and contractual freedom. The Constitution requires that the contractual freedom of the employer respects the limits of human dignity and job security. These values may not be sacrificed to the freedom of economic initiative. As the Constitutional Court affirms, the "non-functionalization of work to employer's interests or to the mere convenience of the enterprise" is an essential element of the concept of just cause for dismissal.

1. O direito laboral autonomizou-se do direito civil tendo fundamentalmente por base a autonomia coletiva e a regulamentação estadual, com a imposição de limites aos poderes do empregador². A sua história é a história da progressiva proteção jurídica dos trabalhadores face aos empregadores, que conduziu ao quadro juslaboral atual e à própria constitucionalização dos seus princípios fundamentais, configuradores de uma *ordem pública social*, caracterizada pelo reconhecimento, por um lado, da desigualdade económica e social entre as partes da relação de trabalho e, por outro, de instrumentos

² Cf. Luís CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, I, 3ª edição, Lisboa, 2001, p. 26, e Bernardo LOBO XAVIER, in III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias, 2001, p. 95 ss. Sobre o ponto, v. ainda M. Rosário PALMA RAMALHO, Da autonomia dogmática do direito do trabalho, Coimbra, 2001, p. 965 ss., e, com posições diferentes, Pedro ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho. Relatório, p. 66 ss., e “As razões de ser do Direito do Trabalho, II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias, 1999, p. 127 ss., e A. MENEZES CORDEIRO, Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho, 1982, p. 64.

específicos de proteção, v.g., de meios de ação coletiva tendentes a influenciar a determinação das condições de trabalho e representando, assim, de algum modo, “*um regresso à bilateralidade, à paridade, logo ao contrato*”³.

O direito laboral aparece precisamente como uma das principais expressões de uma mudança, que ocorre com o Estado Social, no direito dos contratos e que é a passagem da autonomia da vontade e da liberdade contratual sem limites para um novo conceito, marcado pelo cercear crescente daquela autonomia e daquela liberdade. Ocorre, no fundo, a passagem de um conceito de liberdade abstrata para a liberdade concreta e da afirmação de uma (mera) igualdade jurídico-formal dos contraentes para o reconhecimento da sua desigualdade real. Dos códigos civis oitocentistas passa-se à crítica do liberalismo e à entrada em cena da justiça social e à funcionalização dos direitos e do contrato.

Um dos valores que aparece então é a *proteção do contraente débil*, que, tendo momentos diferenciados, acaba por chegar à garantia constitucional da autonomia privada, dando-se, por essa via, a materialização, a socialização e a *constitucionalização* do direito privado.

Hoje, assiste-se, por exemplo, ao reconhecimento generalizado da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, *maxime*, nas situações contratuais de poder-sujeição, como é o caso da relação de trabalho.

³ Gérard LYON-CAEN, “Défense et illustration do contrat de travail”, Archives de Philosophie du Droit XIII (1968), p. 59 ss. (62 ss.). Para HANAU/ ADOMEIT, Arbeitsrecht, 11ª ed. (1994), p. 47, o direito do trabalho «desconfia do contrato individual» e é um sistema amplo de controlo da liberdade contratual, inspirado no princípio do favor laboratoris.

2. Em Portugal, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a sua projeção laboral chegaram com a Constituição de 1976, que, no seu art.º 18.º/1, consagra expressamente aquela como uma eficácia “*direta*”. É à luz dessa eficácia que os direitos fundamentais atuam, podem atuar, como limites dos poderes empresariais. Está-se face a uma questão de conflito de direitos e concordância prática, de ponderação de interesses, entre, por um lado, os direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho e, por outro, a honra e a intimidade do empregador e dos outros trabalhadores, o direito à saúde e à integridade física e moral e outros direitos e bens constitucionalmente protegidos. Em causa está o equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos dos trabalhadores e a correta execução dos seus compromissos contratuais.

É aqui que se encontra o cerne da nossa questão: a limitação dos poderes patronais pelos direitos fundamentais, tanto mais relevante e atual quando as situações potencialmente lesivas da liberdade e dos direitos fundamentais de quem trabalha são cada vez em maior número, por exemplo, com a direção e o controlo do trabalho por meios informáticos e muitos outros riscos acrescidos para a saúde, a privacidade e os dados pessoais dos trabalhadores.

Somos aqui também, de algum modo, confrontados com a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas [*Drittwirkung* (ou *Horizontalwirkung*) der Grundrechte]⁴,

⁴ A própria terminologia que tem vindo a surgir em torno do tema reflete as suas dúvidas e ambiguidades, correspondendo muitas vezes já a uma determinada pré-compreensão do problema. Com efeito, expressões muitas vezes utilizadas indistintamente não são de facto equivalentes, traduzindo antes realidades distintas. Assim, por exemplo, ao passo que a ideia de uma eficácia externa, ou em relação a terceiros, dos direitos fundamentais (“*Drittwirkung der Grundrechte*”) parte do pressuposto de que estes regulam apenas as relações entre o Estado e os particulares e implica tão-só para estes, enquanto terceiros, um dever geral de respeito dos direitos dos seus semelhantes, já a ideia de uma eficácia horizontal

sendo que, face ao seu carácter assimétrico, o contrato de trabalho representou, desde sempre, por toda a parte, nos países do nosso espaço jurídico-cultural, o quadro natural para essa eficácia. Foi, de facto, através de casos suscitados por eventuais violações desses preceitos no âmbito laboral que se despertou para a questão, que passou a constituir nas últimas décadas uma preocupação comum à generalidade dos ordenamentos democráticos contemporâneos⁵.

A questão, hoje em dia, não é saber se os preceitos constitucionais vinculam os privados. Aí, a resposta é, obviamente, afirmativa: aqueles preceitos valem para toda a ordem jurídica, pública ou privada. Configurando normas e princípios objetivos, os direitos fundamentais impõem-se em todos os aspetos da vida social juridicamente relevantes, obrigando, não só o Estado, mas também a sociedade civil.

A questão é saber *como se processa - até que ponto vai* - a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez que, no domínio privado, haverá que levar em conta outros valores e princípios, como a liberdade negocial, a boa fé, o cumprimento pontual dos contratos, etc.

Harmonizar a eficácia daqueles direitos com os princípios de direito civil é, pois, o que está em causa, a questão a que deve ser dada resposta. Para tal, temos de enfrentar uma problemática mais

("Horizontalwirkung"), pelo contrário, vai mais longe, uma vez que se entende então que esses direitos valem também, não apenas nas relações, verticais, entre o Estado e os particulares, mas nas próprias relações, horizontais, que os particulares estabelecem entre si. Há, todavia, muitas outras expressões, dotadas de maior neutralidade, v.g. "Geltung der Grundrechte im Privatrecht" ou, ainda, "Ausstrahlungswirkung", expressão que parece ter atualmente a preferência do Tribunal Constitucional.

⁵ Sobre esta questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cf. José João Abrantes, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra (2005).

vasta, *a própria concepção de liberdade da Constituição*⁶. É aí que se encontra o cerne do problema.

A pergunta a que há que dar resposta é se será a liberdade individual redutível à autonomia privada ou se, pelo contrário, vai muito para além dela, sendo seus garantes os próprios direitos fundamentais. Ora, a resposta dada pela Constituição é, em nosso entender, bem clara, no sentido da não admissão de uma visão redutora da liberdade, em termos estritamente liberais e individualistas, devendo ter-se por repudiada, à face dela, a identificação entre liberdade individual e autonomia privada. Para a Lei Fundamental, que desvaloriza e sujeita a restrições bastante amplas a propriedade privada e a liberdade de empresa, garantes da liberdade são os direitos fundamentais, cujo conceito constitucional não é meramente formal, antes aparecendo rodeado das garantias e condições materiais do seu exercício e da sua real efetivação⁷.

Apenas a atuação dos direitos fundamentais configura, para o legislador constituinte, a autêntica liberdade, que, por ser una, por não ser diferente consoante se situe no domínio público ou privado, deve valer *erga omnes*, contra os poderes públicos, mas também contra privados - e de forma a garantir, sempre, em todas as circunstâncias, aquilo que a Constituição considera *intangível*, isto é, a *dignidade da pessoa humana*.

⁶ Sobre o ponto, LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid (1990), p. 17 ss.

⁷ Sobre o ponto, COUTINHO DE ABREU, “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, p. 423 ss.; v. ainda Ana PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra (1982), p. 215

Porque o “*conteúdo essencial*” dos direitos fundamentais visa garantir a dignidade humana, a liberdade e a autodeterminação de cada um, ele é intangível, será sempre um limite intransponível, quer para entidades públicas quer privadas. A autonomia privada não pode pôr em causa e terá sempre como limite a preservação desse núcleo essencial. Tal núcleo, e com ele a dignidade humana, deverá estar sempre salvaguardado⁸. É essa dignidade, cujo mínimo não pode, seja em que caso, ser afetado, aquilo que os preceitos constitucionais garantem. A liberdade de cada um - que inclui a autonomia privada, mas não se esgota nela - não pode destruir a liberdade e a dignidade dos outros. Estas constituem valores intangíveis, não podendo a autonomia privada pô-los em causa. Esta só poderá ir até onde o conteúdo mínimo essencial de um qualquer desses direitos não fique afetado.

A questão, no fundo, é saber até onde pode ir a limitação de um direito fundamental face à atuação da autonomia privada, sem isso pôr em causa o “*mínimo de liberdade*” que tais direitos garantem. Essa livre atuação individual só é válida desde que não prejudique intoleravelmente, não afete substancialmente, a capacidade de autodeterminação do titular daquele direito, um limite intransponível, nomeadamente para a autonomia privada e a liberdade negocial e, de forma geral, para os princípios de direito civil.

3. Hoje, como é sabido, até os próprios defensores de uma mera eficácia mediata dos direitos fundamentais acabam por reconhecer

⁸ Como escreve ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden (1985), p. 276, o “conteúdo essencial” (“*Wesensgehaltsgarantie*”) é o “limite dos limites” (“*Schrankenschränken*”) dos direitos fundamentais.

a impossibilidade de manter o direito privado como um espaço estanque em relação aos preceitos constitucionais, reconhecendo também a necessidade de um tratamento diferenciado das situações jurídicas de poder-sujeição, como é o caso do empregador em relação ao trabalhador.

Nestas situações, com efeito, a eficácia dos direitos fundamentais acentua-se, uma vez que pode estar em causa o mínimo de autonomia da posição jurídica do contraente mais débil, que aqueles garantem objetivamente - pelo que poderá então proceder-se à aplicação direta das decisões de valor neles contidas⁹.

A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho surge, por isso, como absolutamente "*natural*"¹⁰, nele devendo valer os princípios fundamentais do ordenamento, centrados na ideia de dignidade da pessoa humana. A desigualdade em favor do empregador é, em princípio¹¹, um dado quase inerente a esse contrato, com o prestador de trabalho, pela sua dependência económica e jurídica, numa situação muito desvantajosa perante o empregador, o que impõe a vinculação deste às normas que reconhecem aqueles direitos, a qual prevalece sobre a autonomia privada.

Ao afirmar-se que tais direitos representam limites aos poderes do empregador não se pretende, evidentemente, destruir a força

⁹ Cf., por todos, HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. ed., Heidelberg (1995), § 11 II 2 (particularmente, nº 357), e Verfassungsrecht und Privatrecht, Heidelberg (1988).

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales", RTSS 1991 - nº 3, p. 63 ss. (87 ss.).

¹¹ É evidente que a relação de trabalho não é sempre desigual em favor do empregador, podendo essa situação por vezes inverter-se ou pelas condições específicas de certos segmentos do mercado de trabalho ou pelas especiais exigências da profissão (v. o caso dos profissionais de futebol).

vinculativa do contrato, mas sim obrigar a uma nova perspetivação dos deveres contratuais e, em geral, a uma reconsideração das implicações que o seu correto cumprimento deve comportar. Como pode ler-se num aresto do Tribunal Constitucional espanhol, de 21 de janeiro de 1988, em que o tribunal abordou exaustivamente a nossa temática, "a relação entre o trabalhador e o empregador gera todo um complexo de direitos e obrigações recíprocas que condicionam o exercício da liberdade do primeiro (...). Tal liberdade não poderá obviamente ser invocada para romper o quadro normativo e contratual definidor da referida relação, mas *também os princípios que informam esta última (...) nunca poderão chegar ao ponto de impedir, além dos imperativos impostos pelo contrato, o exercício da liberdade civil que a Constituição tutela*".

A aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado passa pela *delimitação e concordância prática* entre todos os interesses em causa¹², como meio para alcançar a máxima efetividade da Constituição, entendida como sistema completo e coerente¹³.

É assim que haverá que encarar, por exemplo, as relações entre a liberdade de iniciativa económica privada e os direitos fundamentais do trabalhador.

A autonomia privada e a liberdade contratual têm de se exercer necessariamente dentro do quadro de valores que a Constituição

¹² Cf. STERN, p. 827 s. Sobre este princípio da "praktische Konkordanz", v. ainda, para o direito alemão, MAUNZ/ DÜRIG, Art. 3/I, anotação 513, CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", AcP 1984, p. 201 ss. (204), RÜFNER, "Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz", in Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin, 1987, p. 215 ss. (224), GAMILLSCHEG, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin (1989), p. 76-77, e MEDICUS, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht", AcP 1992, p. 35 ss.

¹³ Sobre esta matéria, cf. José João Abrantes, Contrato de trabalho e direitos fundamentais, Coimbra (2005).

consagra, como o “interesse geral” (art.º 61.º, n.º 1, *in fine*) e outros direitos e bens constitucionalmente protegidos, com os quais deve ser harmonizada e que constituem, assim, seus limites. No campo das relações de trabalho, a Constituição impõe que a liberdade contratual do empregador se exerça dentro dos limites da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da segurança no emprego.

Nesta lógica, o bem jurídico representado pelo emprego não pode ser sacrificado sem para tanto existirem motivos ponderosos comprováveis, o que vale tanto para os motivos disciplinares, que podem originar um despedimento por justa causa, como para motivos económicos, que podem fundar, por exemplo, um despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho.

Como escrevem Gomes Canotilho e Jorge Leite¹⁴, “a proteção da salvaguarda, conservação e estabilidade no emprego é reconhecida, no plano jurídico-constitucional, como um ‘bem’, ‘direito’ ou valor constitucional eminente, o que não pode deixar de o fazer prevalecer nos casos de *colisão* ou *conflito* desse bem ou direito com outros bens, mesmo se constitucionalmente protegidos (exemplos: rentabilidade da empresa, racionalidade económica, direitos e interesses da entidade patronal, etc.)”.

Também Júlio Gomes¹⁵ é bem claro quando afirma que “a liberdade de iniciativa e a propriedade privada têm que concorrer com outros direitos fundamentais (como o direito ao emprego)” e “se a justa causa puder consistir numa decisão de gestão insindicação - por

¹⁴ A inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos, Coimbra (1988).

¹⁵ Direito do Trabalho (Coimbra, 2007), p. 992-993.

exemplo, na afirmação do empregador de que o despedimento coletivo é o meio necessário simplesmente para aumentar o lucro que a empresa já vem obtendo - não vislumbramos qualquer utilidade na exigência constitucional”.

É este também o entendimento expresso do Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 64/91, relativo à admissibilidade constitucional das causas objetivas de despedimento, o qual repudia de forma categórica a tese da insindicabilidade dos motivos alegados para o despedimento coletivo ou por extinção do posto de trabalho, porque esvaziaria o alcance da garantia constitucional do artigo 53.º, e sustenta que despedimentos *com base na mera conveniência da empresa* são inválidos. No fundo, reconhece-se, também aí, e tal como é sustentado no Acórdão n.º 581/95 do mesmo Tribunal, que o que é essencial no conceito de justa causa é a “*não funcionalização* do trabalho aos interesses do empregador ou à mera conveniência da empresa”, i.e., a não subalternização da segurança no emprego à liberdade de iniciativa económica.

A decisão de despedimento coletivo, tratando-se de decisão que faz cessar os contratos de uma pluralidade de trabalhadores, não pode deixar de ser sujeita a escrutínio, avaliando se os motivos invocados são procedentes, de acordo com o art.º 381.º, b), do Código do Trabalho. Nomeadamente, não têm cobertura constitucional os despedimentos baseados na mera conveniência da empresa, por exemplo, para exponenciar os seus lucros. Para essa busca, um propósito que, em si, não é censurável, a nossa Lei Fundamental - assente no valor primacial da dignidade da pessoa humana e do trabalho e consagrando a segurança no emprego como um dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores -

não autoriza os despedimentos e o sacrifício do emprego sem (ou quase sem) restrições.

A garantia da segurança no emprego, que se traduz, antes do mais, na proibição dos despedimentos sem justa causa, implica também que os despedimentos coletivos - e, duma forma geral, os chamados despedimentos económicos - apenas se possam verificar em situações em que as razões económicas sejam suficientemente fortes para justificar o sacrifício daquele valor constitucional e impor a diminuição do número de trabalhadores da empresa¹⁶.

Bibliografia

ABRANTES, José João - *Direito do Trabalho. Ensaios*, Lisboa (1995).

- *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra (2005).

ALEXY, Robert - *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden (1985).

BARROS MOURA, José - *Compilação de Direito do Trabalho*, Coimbra (1980).

CANARIS, Claus-Wilhelm - "Grundrechte und Privatrecht", AcP 1984, p. 201 ss.

¹⁶ V.g., para que se salvem outros postos de trabalho. Sobre o conceito de justa causa, v., por todos, José João ABRANTES, *Direito do Trabalho. Ensaios*, Lisboa (1995), p. 46-47 (e também 121 ss.), GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, I, 4ª ed. (Coimbra, 2007), p. 287-288, Bernardo LOBO XAVIER, "A estabilidade no direito do trabalho português", ESC nº 31 (1970), Jorge LEITE, *Direito do Trabalho - II* (1999), p. 279 ss. (maxime, 310 ss.), e José BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho*, Coimbra (1980), p. 189.

CARVALHO FERNANDES, Luís - *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3ª edição, Lisboa (2001).

COUTINHO DE ABREU, Jorge - “Limites constitucionais à iniciativa económica privada”, *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra (1990).

GAMILLSCHEG, Franz - *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlin (1989).

GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho*, Coimbra (2007).

GOMES CANOTILHO, J. J. / LEITE, Jorge - *A inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos*, Coimbra (1988).

GOMES CANOTILHO, J. J. / MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, I, 4ª ed. (Coimbra, 2007).

HANAU, Peter / ADOMEIT, Klaus - *Arbeitsrecht*, 11ª ed. (1994).

HESSE, Konrad - *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg (1995).

- *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg (1988).

LEITE, Jorge - *Direito do Trabalho - II* (1999).

LOBO XAVIER, Bernardo - “A estabilidade no direito do trabalho português”, ESC nº 31 (1970).

- *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (2001).

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando - *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid (1990).

LYON-CAEN, Gérard - "Défense et illustration do contrat de travail", Archives de Philosophie du Droit XIII (1968).

MAUNZ, Theodor / DÜRIG, Günter - *Grundgesetz. Kommentar.*

MEDICUS, Dieter - "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht", AcP 1992, p. 35 ss.

MENEZES CORDEIRO, António - *Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho* (1982).

MOLINA NAVARRETE, Cristobal - "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales", RTSS 1991 - nº 3, p. 63 ss.

PALMA RAMALHO, M. Rosário - *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, Coimbra (2001).

PRATA, Ana - *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra (1982).

ROMANO MARTINEZ, Pedro - Direito do Trabalho. Relatório.
- *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (1999).

RÜFNER, Wolfgang - "Drittwirkung der Grundrechte. Versuch einer Bilanz", in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin, 1987, p. 215 ss.

STERN, Klaus - *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. III, 1. Tomo (*Allgemeine Lehren der Grundrechte*), München (1988).





UM ENVOLVIMENTO (MUITO) DÉBIL - A COMISSÃO DE TRABALHADORES EM PORTUGAL¹

*A (VERY) FEEBLE INVOLVEMENT - THE WORKERS' COUNCIL
IN PORTUGAL*

Júlio Manuel Vieira Gomes²

Sumário: 1. Participação ou envolvimento?; 2. Breve referência ao contributo do direito europeu na matéria do envolvimento dos trabalhadores.; 3. A comissão de trabalhadores como mecanismo de representação unitária dos trabalhadores na empresa.; 4. De que meios e financiamento dispõem as comissões de trabalhadores para o desempenho das funções que lhes são atribuídas por lei?

Resumo:

Apesar de o direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores ao nível da empresa estar reconhecido na Constituição da República Portuguesa, a realidade é que tais comissões não só são pouco numerosas como o seu papel efetivo é muito modesto. A evolução do direito europeu não alterou este quadro. É certo que essa evolução contribuiu para aumentar as competências da comissão. Contudo, o facto de que a existência das mesmas não é imperativa seja qual for a dimensão da empresa, bem como o de não se achar legalmente previsto qualquer meio de financiamento para o desempenho de funções crescentemente complexas

¹ O presente estudo é mais uma singela e merecida homenagem ao Colega e *Compagnon de Route* Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Como já tivemos ocasião de escrever, a sua morte deixou-nos a todos mais pobres. Pessoalmente não queremos perder o ensejo de exprimir a nossa saudade por alguém que nunca encarou a divergência científica como se fosse uma questão pessoal e que sempre tratou com respeito quem divergia dele.

² Juiz Conselheiro na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça, Professor Convidado da Escola de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa.

e exigentes, acarretam que a intervenção das comissões é, em grande medida, uma ilusão. Do ponto de vista histórico esta situação é o resultado da hostilidade, tanto dos sindicatos, como dos empregadores. As alterações recentes da lei laboral (Lei n.º 13/2023 de 3 de abril) não alteraram este paradigma.

Abstract:

In spite of the express recognition in the Portuguese Constitution of the right of the workers to create workers' councils at the level of the enterprise, the reality is that workers' councils in Portugal are relatively few and with a very modest role. The evolution of the European Law has not changed this reality. It is true that as a result of that evolution theoretically more and more functions are attributed primarily to workers' councils. However the fact that their existence is not mandatory regardless of the dimension of the enterprise and that no means of financing are provided in the law for the fulfillment of increasingly complex and demanding functions has a result that their intervention is to a large extent illusory. Historically such an outcome was the result of the hostility both of the trade unions and of the employers. Recent changes in the Portuguese labour law have not really changed this paradigm.

1. Participação ou envolvimento?

O tema de que nos propomos ocupar - a comissão de trabalhadores como modalidade de envolvimento dos trabalhadores débil - insere-se no que tradicionalmente se designava - e ainda se designa por exemplo na OIT - por participação dos trabalhadores³. A palavra participação, neste contexto, tem sido, todavia, denunciada como sendo extremamente ambígua e polissémica⁴. Desde logo, importa

³ GIUSEPPE CASALE, *Riflessioni sulla posizione dell'OIL in matéria di partecipazione dei lavoratori*, *Diritto delle Relazioni Industriali* 2004, ano XIV, n.º 1, pp. 172 e ss., depois de afirmar que a expressão “participação dos trabalhadores é frequentemente utilizada sem rigor e com sentidos muito diversos” (p. 172), acrescenta que normalmente quando a OIT se refere à participação é sobretudo à participação dos trabalhadores no processo de decisão na empresa (ob. cit., p. 173).

⁴ Cfr., na doutrina nacional, JOÃO REIS, *Envolvimento e participação dos trabalhadores na empresa*, in *Vinte Anos de Questões Laborais*, *Questões Laborais* n.º 42 (número especial), 2013, pp. 139 e ss., p. 145: “[À] luz da CRP, o termo participação é plurissignificativo, tornando-o pouco ou nada prestável para servir de base a uma

reconhecer que, como ROBERT REBHAWN destacou⁵, mesmo no âmbito dos Estados Membros da União Europeia, não se pode, em rigor, falar de famílias de ordenamentos, sendo que cada ordenamento jurídico apresenta uma profunda diversidade de soluções, fruto da história e dos compromissos políticos e sociais possíveis⁶. Tal é exato também quanto ao envolvimento dos trabalhadores na gestão das empresas: alguns sistemas, como, aliás, é o caso do nosso, preveem no âmbito das empresas privadas, apenas direitos de informação e consulta a favor dos trabalhadores e seus representantes, sendo que mesmo quando haja a necessidade de um pedido de consulta ou parecer, tal consulta ou parecer não são vinculantes e, sobretudo, a omissão do pedido pelo empregador, mesmo quando legalmente requerida, não acarreta, em regra, a invalidade ou ineficácia das decisões do empregador⁷, mas apenas sanções, mormente contraordenacionais. Em outros sistemas, contudo, existem matérias em que o empregador se não obtiver um parecer concordante da estrutura representativa dos trabalhadores terá que recorrer à arbitragem (é o

“categoria explicativa unitária””.

⁵ ROBERT REBHAWN, *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective* Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation, (Part I), *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2003, págs. 271 e segs. e *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2004, págs. 107 e segs (Part II), p. 272: praticamente não há círculos ou famílias legais em matéria de relações coletivas do trabalho; encontra-se um certo nível de conformidade nos países escandinavos e nos países latinos, mas mesmo dentro destes grupos há diferenças significativas.

⁶ MATTEO CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, p. 69: “os sistemas de coenvolvimento dos trabalhadores estão profundamente enraizados nas estruturas socioeconómicas e nas tradições das relações industriais dos diversos países”.

⁷ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Verbo, Lisboa/São Paulo, 1993, n. 3, p. 229, considerava que “há interesses gerais e de terceiros, relativamente à estabilidade e segurança desses actos de gestão, incompatíveis com a solução da invalidade”.

caso alemão) ou, inclusive, aos tribunais (é o caso dos Países Baixos⁸) para suprir a falta de concordância daquela estrutura. Desemboca-se, assim, em um direito de veto, ainda que de algum modo temporário, relativamente a certas matérias. E um passo suplementar é dado quando a lei prevê que os trabalhadores ou os seus representantes podem designar um certo número de membros dos órgãos sociais, nomeadamente quando o empregador assume a estrutura de uma sociedade comercial, quer se trate de órgãos de administração quer de fiscalização. Também aqui, os sistemas que conhecem esta participação “forte”, interna ou estratégica, como é chamada por alguns, variam consideravelmente, quer no número de lugares a preencher nesses órgãos por escolha dos trabalhadores, quer nos seus poderes (poder de voto ou apenas possibilidade de participar nas reuniões dos órgãos sociais).

A extrema diversidade dos ordenamentos dos Estados Membros da União nesta matéria é também evidente quando se verifica a existência de sistemas de canal duplo - em que a representação sindical

⁸ Sobre este sistema cfr. CORTI, ob. cit., pp. 55-56. Trata-se de um modelo de participação no sentido forte da palavra, mas em que o nível máximo de influência sobre as decisões dos empregadores é conseguido mediante o direito de veto e não como sucede na Alemanha mediante o recurso à arbitragem. O empregador deve obter o acordo do *ondernemingsraad* sempre que pretenda introduzir, modificar ou suprimir uma regra de carácter geral que incida sobre planos de pensões, participação nos resultados da empresa, tempo de trabalho, férias, sistemas retributivos e avaliação de desempenho, instrumentos de controlo à distância da prestação dos trabalhadores, contratações, promoções e despedimentos, ambiente de trabalho. O veto não conduz à paralisia total dos poderes do empregador. Este pode recorrer aos tribunais para suprir a falta de acordo com a representação dos trabalhadores que o suprirá quando o veto for desrazoável ou a decisão se ficar a dever a razões importantes de carácter organizativo, económico ou social. Repare-se também que mesmo quando se exige a consulta dos representantes dos trabalhadores o tribunal pode suspender as decisões tomadas sem a prévia consulta quando esta era legalmente necessária. E pode inclusive suspendê-las quando considerar que a empresa mesmo que tenha feito a consulta não deveria razoavelmente tomar aquela decisão face à importância dos interesses dos trabalhadores que estavam em jogo.

coexiste com outras estruturas que não têm natureza sindical, como ocorre entre nós, com as comissões de trabalhadores, à semelhança do que se passa na Alemanha⁹, na Espanha¹⁰ ou na França - e sistemas de canal único em que as estruturas sindicais continuam a ser a única modalidade de representação dos trabalhadores.

Um outro aspeto que contribui para a dificuldade da matéria é, simplesmente, a controvérsia sobre os limites do conceito de participação¹¹. Alguns autores incluem a chamada participação financeira

⁹ Cfr., por todos, VOLKER RIEBLE, *Die Akteure im kollektiven Arbeitsrecht, Recht der Arbeit* 2004, pp. 78 e ss. O autor sublinha que enquanto as comissões de trabalhadores representam todos os trabalhadores independentemente da sua filiação, os sindicatos representam, em princípio, apenas os seus filiados e refere-se à concorrência de facto entre sindicato e comissão de trabalhadores (ob. cit., p. 83).

¹⁰ Ainda que em Espanha alguns autores desvalorizem a existência deste duplo canal. Assim, para MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ, *El comité de empresa y sus competencias* (En torno a los artículos 63 y 64), in *El Estatuto de los Trabajadores Veinte años después*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 100, 2000, vol. II, pp. 1255 e ss., p. 1256, a representação unitária e a representação sindical são “expressões diferenciadas de uma mesma realidade material: a organização dos trabalhadores na empresa para a representação e defesa dos seus interesses”.

¹¹ Há, evidentemente, uma grande variedade de classificações e de terminologia. Sirvam de exemplo as teses de MIA RÖNNMAR, *Information, Consultation and Worker Participation - An Aspect of EU Industrial Relations from the Swedish Point of View*, in *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations, Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, coord. por Mia Rönnmar, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2008, pp. 15 e ss. A autora, ob. cit., pp. 24 e ss., distingue a participação dos trabalhadores em direta e indirecta. A direta seria a participação dos trabalhadores individualmente considerados (“taking part in workplace matters, for example by way of survey, feedback, project groups, quality circles and self-steering team work”), ao passo que a indirecta seria através dos seus representantes (“indirect participation refers to structures whereby employees’ representatives in different ways try to influence the employer’s decision making”). A autora considera, ainda, que há dois tipos de participação indirecta: a representação dos trabalhadores nos órgãos de gestão ou de fiscalização da empresa, por um lado; e a atribuição aos representantes dos trabalhadores de direitos de informação, consulta e negociação ao nível da empresa ou a outro nível (por exemplo, ao nível do grupo). Além disso seria possível qualificar-se os sistemas de participação em razão de vários fatores: o grau de influência, a matéria que pode respeitar a decisões diárias, decisões estratégicas ou até só estratégicas a longo prazo, o momento (proativa na fase da preparação da decisão ou reativa na fase da implementação da decisão) e o nível da participação (ao nível do local de trabalho, empresa, grupo, ao nível nacional e transnacional).

dos trabalhadores, impondo-se, aqui a distinção entre o que um autor italiano designou de participação no ser e participação no ter. Desde já, advertimos o leitor de que não trataremos neste breve estudo da participação financeira que nos parece dever distinguir-se da participação na gestão e no processo decisório. Em alguns sistemas em que curiosamente o envolvimento dos trabalhadores na empresa é muito débil uma parte da doutrina pretende inserir na participação a concertação social e a própria contratação coletiva, apodada de “contratação participativa”¹², o que se nos afigura ser, no entanto, fonte de confusão¹³. Há, segundo cremos, interesse em manter distintas a noção de envolvimento dos trabalhadores na gestão da empresa e a noção de contratação coletiva - e até, porventura, de conflito coletivo.

¹² Veja-se, por exemplo, ADRIANA APOSTOLI, La forza propulsiva dell’art. 46 della Costituzione al di là della sua sostanziale inattuazione, in *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, coord. por Carlo Zoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 15 e ss., p. 26: “o modelo italiano de participação dos trabalhadores, entendida [a participação] em sentido amplo, caracteriza-se essencialmente pela contratação coletiva, sob um duplo aspeto: as convenções coletivas asseguram aos sindicatos direitos de informação e consulta quer sobre as perspectivas económicas do setor em causa, quer sobre problemas referentes às empresas isoladamente consideradas (...) e constituem o mecanismo pelo qual o sindicato exerce a sua influência nas decisões de gestão dos empresários”. Pela nossa parte (ver nota seguinte) esta visão dita “ampla” da participação é uma confusão conceptual que serve, sobretudo, para mascarar a ausência de uma participação digna desse nome no sistema italiano.

¹³ Assim, precisamente, MARCELLO PEDRAZZOLI, Partecipazione, Costituzione Economica e Art. 46 della Costituzione. Chiose e Distinzione sul Declino di un’Idea, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2005, parte I, pp. 427 e ss., p. 439: A contratação coletiva deve ser rigorosamente diferenciada da participação no plano dos conceitos. Na contratação coletiva as partes são livres de chegarem ou não a um acordo. Na participação se não chegarem a um acordo intervirá um terceiro (tribunal, tribunal arbitral, etc.). O autor defendia também que era conveniente que, do lado dos trabalhadores, não fossem os mesmos os sujeitos coletivos a participar e a negociar.

Esta controvérsia entronca em uma outra. A participação dos trabalhadores é considerada por alguns como um tema central^{14 15 16} das relações coletivas de trabalho ou, pelo menos, um tema cíclico ou recorrente¹⁷. Mas não falta quem afirme, desassombradamente, que se trata mais de um problema que de um tema¹⁸, encarando a noção como sendo uma pura mistificação que procura escamotear ou ocultar o conflito entre empregadores e trabalhadores, quando não, de

¹⁴ GIOVANNA MARTIRE, Seminario Internazionale di Diritto del Lavoro Comparato - Pontignano XXII, Ceresa di Pontignano (Siena), 17-23 Luglio 2005, Workers' Involvement, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di partecipazione alla Gestione delle Imprese, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 474 e ss., p. 476, fala de “[u]m tema nevrálgico, caracterizado por profundas divergências entre as várias realidades nacionais e a notável diversidade dos sistemas de relações industriais”. O tema passa tanto por uma redefinição da chamada democracia industrial (como formação e construção de contrapoderes em matéria de management) como da democracia económica (pretende-se, com isto, “indicar a insuficiência e a debilidade de uma democracia puramente formal e sublinhar que a democracia não é separável da estrutura económica em que se insere e na qual existe”.

¹⁵ No sentido de que se trata, antes de um tema lateral ou periférico pronunciou-se um dos seus principais e mais notáveis estudiosos. Referimo-nos a MARCELLO PEDRAZZOLI, ob. cit., p. 427.

¹⁶ MATTEO CORTI, Le esperienze partecipative in altri Paesi europei, in Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato, coord. por Carlo Zoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 53 e ss., p. 53, refere-se a um tema fascinante.

¹⁷ ANNA ALAIMO, L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali, WPCSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 219/2014, Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D’Antona”, <http://csdle.lex.unict.it>. Entre nós, JOÃO REIS, ob. cit., p. 141, observou que “numa leitura político-jurídica (...) o tema da participação dos trabalhadores na empresa não é novo, nem ideologicamente indiferente”.

¹⁸ MARIO GIOVANNI GAROFALO, Qualche osservazione su partecipazione e conflitto, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 357 e ss. O autor, ob. cit., p. 360, afirma que o debate sobre a participação está carregado de ideologia (“il dibattito sul tema è infarcito di ideologie”) e sugere ironicamente que se os trabalhadores querem participar nas decisões e no risco da empresa deveriam ter celebrado contratos de sociedade e não contratos de trabalho. Além disso, um outro perigo da participação seria o da preferência por soluções micro ao nível da empresa, rompendo a solidariedade entre os trabalhadores de uma mesma indústria ou setor (ob. cit., p. 362).

uma ótica marxista, a luta de classes¹⁹. Importa ter presente a resistência histórica dos sindicatos ao aparecimento de outras estruturas de representação dos trabalhadores e a sua oposição, na Alemanha como na França, à instituição de um canal duplo de representação. Durante muito tempo a noção de participação dos trabalhadores nas decisões empresariais foi encarada como sendo um produto típico da doutrina social da Igreja Católica, expressão, por conseguinte de uma ideia de colaboração entre empregador e trabalhador na prossecução de um interesse da empresa concebido como um interesse comum às partes do contrato de trabalho. Trata-se de dar uma voz ao trabalhador, dentro da própria empresa^{20 21}, na tomada de decisões que

¹⁹ Vide a título de exemplo, a discussão na nossa Assembleia Constituinte referida por LUÍS BRITO CORREIA, A Lei sobre as Comissões de Trabalhadores, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 40 (1980), pp. 443 e ss. Como o autor destacou, ob. cit., p. 454, “a maioria da Constituinte considera o controlo de gestão como um direito de informação, consulta e fiscalização, excluindo (pelo menos na fase actual) qualquer poder de decisão ou de veto”. Enquanto o PPD defendia a cogestão, o PS “rejeita claramente a participação e a cogestão por serem formas de colaboração de classes, que se traduzem em injeções de sobrevivência do inimigo principal (o capital)” (p. 452) e para o PCP a cogestão e a autogestão eram “os perigos maiores de ilusão reformista” (ob. cit., p. 453).

²⁰ PAOLA OLIVELLI, Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 17 e ss., p. 28, sublinha que nos países em que a contratação a nível de empresa impera, como sucede no Reino Unido e nos Estados Unidos, as formas participativas tendem a não ter importância ao passo que nos países em que a contratação coletiva é sobretudo de nível nacional, regional ou sectorial, como a França e a Alemanha, há mais necessidade de procedimentos de coenvolvimento ao nível da empresa.

²¹ GERHARD BINKERT/PATRICK REMY, Le Conseil d'Établissement Allemand: Quelle Comparaison avec le Comité d'Entreprise Français? in Le Comité d'Entreprise dans l'Évolution de la Représentation Collective des Salariés, dir. por VINCENT BONNIN, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015 organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou-Charentes et l'Université de Poitiers, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, 2017, pp. 121 e ss., p. 139, destacam que o conselho de estabelecimento alemão não tem como função compensar a desigualdade das partes do contrato individual de trabalho, mas sim exercer um contrapoder para o conjunto dos trabalhadores da empresa, não se inserindo no conflito coletivo. O conselho

lhe interessam diretamente o que alguns autores consideram que é, ainda, um corolário do reconhecimento da dignidade deste e um primeiro passo no reconhecimento de uma espécie de “democracia na empresa”²², ou, pelo menos, uma “procedimentalização” dos poderes do empregador. Esta perspetiva da participação como resultando numa melhor colaboração que pode, de resto, traduzir-se num clima propício a um incremento da produtividade e numa melhor adaptabilidade da empresa aos desafios que podem colocar-se à sua atividade não desapareceu e encontra-se, por exemplo, nos considerandos preliminares da diretiva quadro 2002/14/CE: assim, por exemplo, o considerando 7 em que se afirma que “[i]mporta reforçar o diálogo social e as relações de confiança no seio da empresa, a fim de favorecer a antecipação dos riscos, desenvolver a flexibilidade da

representa o trabalhador não na sua qualidade de contratante, mas de membro do pessoal.

²² MARC RIGAUX, *Droit du Travail ou de la Concurrence Sociale?*, Essai sur un droit de la dignité de l’Homme au travail (re)mis en cause, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 89-90: “depois de ter conseguido a democratização política pelo reconhecimento do voto das mulheres, muitos legisladores pretendiam conseguir a democratização da empresa, através de mecanismos de participação, recebidos da política”. O autor acrescenta (ob. cit., p. 90): A partir deste momento, passavam a existir duas espécies de representatividade que coexistiam. Uma representatividade reconhecida aos sindicatos que lhes dava legitimidade para agir e falar em nome dos trabalhadores; mas havia também a representatividade das urnas e do sufrágio universal que mandatava os representantes eleitos a agir em nome de todo o pessoal da empresa (...) Por via destes dois modos de representatividade encontram-se, confluem, duas conceções de participação social e na empresa [sociale et sociétale]. A representação organizacional dos sindicatos insere-se numa linha corporativista ou neocorporativista. A representatividade assente nas urnas situa-se, antes, numa perspetiva liberal da democracia política. De todo o modo, a instauração de um sistema de representatividade com base em eleições introduz uma espécie de noção de cidadania na empresa. O trabalhador é promovido ao estatuto de cidadão no seio da sua empresa”. Cfr., também, J. M. GALIANA MORENO/BELÉN GARCÍA ROMERO, *La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 43, 2003, pp. 13 e ss., p. 13: “A participação dos trabalhadores na empresa entronca diretamente no tema da democracia na empresa, porque se reporta ao problema do gozo das prerrogativas de cidadania de cada trabalhador na micro-sociedade que é a empresa”.

organização do trabalho e facilitar o acesso dos trabalhadores à formação na empresa num quadro de segurança, promover a sensibilização dos trabalhadores para as necessidades de adaptação, aumentar a disponibilidade dos trabalhadores para se empenharem em medidas e ações que visem reforçar a sua empregabilidade, promover o envolvimento dos trabalhadores no funcionamento e no futuro da empresa e melhorar a competitividade desta”. Uma outra perspectiva, que em parte complementa, e em parte conflitua, com esta encara, todavia, a participação dos trabalhadores nas decisões, quando não como um contrapoder²³, pelo menos como uma “sentinela”²⁴, explicando que da estrutura representativa dos trabalhadores não faça parte o empregador e que a mesma seja dotada de poderes de alerta em vários domínios (como sucede por exemplo expressamente na lei francesa).

Em todo o caso, e face à incerteza terminológica (e não só...) existente, preferimos adotar no contexto deste estudo os conceitos que se nos afiguram bastante precisos adotados por exemplo pela Diretiva 2001/86/CE do Conselho de 8 de outubro de 2001 que completa o estatuto da Sociedade Europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores, mormente de envolvimento dos trabalhadores (artigo 2.º, alínea h), informação (artigo 2.º, alínea i), consulta

²³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 1080, refere-se precisamente a um “contrapoder dentro da própria empresa”, advertindo que “a existência de um contrapoder dentro da empresa não se coaduna com a tradicional conceção do poder do empresário”.

²⁴ Veja-se o estudo de JOSEPHA DIRINGER, *La représentation collective des salariés: bagatelle ou sentinelle?*, *Droit Social* 2018, pp. 253 e ss., p. 256: A ideia de que a representação dos trabalhadores é um contrapoder ao poder do empregador levou historicamente a que as instituições de representação dos trabalhadores fossem exclusivamente compostas por representantes dos trabalhadores (sem que estivesse presente o empregador ou representantes deste).

(artigo 2.º, alínea j) e participação (artigo 2.º, alínea k)²⁵. Assim referir-nos-emos ao envolvimento como “qualquer mecanismo, incluindo a informação, a consulta e a participação, através do qual os representantes dos trabalhadores possam influir nas decisões a tomar no âmbito da sociedade” e, apesar da linguagem adotada pela nossa Constituição, evitaremos falar de qualquer participação da comissão de trabalhadores, a qual no sentido de participação “forte” ou “estratégica”²⁶ não existe no nosso direito, pelo menos no âmbito das empresas privadas²⁷.

Diga-se, também, e desde já, que seria um erro pensar que pelo facto de o direito de “participação” se encontrar consagrado constitucionalmente - entre nós, atualmente no artigo 54.º da CRP e na versão originária da nossa Constituição no artigo 55.º - tal consagração implica um direito verdadeiramente forte e eficaz de envolvimento dos trabalhadores²⁸. Bem pelo contrário, e como veremos, em

²⁵ Também adotados, de resto, pela Diretiva 2003/73/CE do Conselho de 22 de julho de 2003 que completa o estatuto da sociedade cooperativa europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores no artigo 2.º, alíneas h), i), j) e k).

²⁶ Como ensina MARCELLO PEDRAZZOLI, ob. cit., p. 438, também a participação pressupõe informação e consulta como fases preparatórias e preliminares, mas a informação e a consulta não se confundem com, não têm a qualidade da participação. Cfr., igualmente, MARCELLO PEDRAZZOLI, *Sulla Partecipazione dei Lavoratori e la sua Essenza Costituzionale*, in *Tutele del Lavoro ed Esigenze della Produzione*, Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo, coord. por Luca Calcaterra, Editoriale Scientifica, Napoli, MMXVIII, vol. II, pp. 1547 e ss., p. 1548, que distingue a informação e a consulta, por um lado, e a participação dos trabalhadores como influência destes num órgão da sociedade para o qual têm o direito de eleger ou recomendar a designação de alguns dos seus representantes.

²⁷ A alínea k) do artigo 2.º da Diretiva refere-se à participação como “a influência exercida pelo órgão de representação dos trabalhadores e/ou pelos representantes dos trabalhadores nas atividades de uma sociedade, através: do direito de eleger ou designar alguns dos membros do órgão de fiscalização ou de administração da sociedade, ou do direito de recomendar e/ou rejeitar a designação de alguns ou todos os membros do órgão de fiscalização ou administração da sociedade”.

²⁸ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Que futuro para as comissões de trabalhadores?*, in *Memórias do VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, coord. por António José

países como a Alemanha a participação (codeterminação) não se acha hoje consagrada na Lei Fundamental, ao contrário do que sucedia na Constituição de Weimar, e a Alemanha é um dos países com um dos modelos de genuína participação, ao passo que Portugal ou Itália²⁹ têm sistemas muito mais modestos e menos eficazes. Neste último país, e a propósito do artigo 46 da Constituição que, em rigor, se refere não à participação, mas à colaboração dos trabalhadores na gestão da empresa “nos modos e limites estabelecidos por lei”³⁰, já se afirmou que “[é] hoje observação quase unânime que o artigo 46 da Constituição permaneceu letra morta pela forte resistência,

Moreira e Teresa Coelho Moreira, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 205 e ss., p. 209, afirmava, com inteira razão que “não obstante a elevada dignidade das Comissões de Trabalhadores, impressiona a sua reduzida dignidade legal, quer substantiva, quer, em particular, processual”.

²⁹ Sobre o caso italiano cfr. PIETRO ICHINO, *La Partecipazione dei Lavoratori nell'Impresa. Le Ragioni di un Ritardo*, RIDL 2018, parte I, pp. 861 e ss. O autor atribui o atraso da participação dos trabalhadores em Itália ao peso dominante que no sistema político-sindical italiano teve por mais de meio século a cultura político-sindical do partido comunista, porquanto “[t]odas as formas de participação dos trabalhadores fundam-se na ideia de um interesse comum entre os próprios trabalhadores e o empregador na prosperidade da empresa” (ob. cit., pp. 861-862), ao que acresce a desconfiança dos empresários (ob. cit., p. 865). Cfr., igualmente, BRUNO VENEZIANI, *Intervenção in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese*, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp.363 e ss., p. 363: o tema do envolvimento dos trabalhadores é encarado com suspeita, quando não com hostilidade pela *intelligentzia* radical de esquerda e com profunda desconfiança pela direita mais conservadora.

³⁰ “Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi alla gestione delle aziende”.

não apenas dos empresários, mas também de uma parte importante do mundo sindical”^{31 32}.

2. Breve referência ao contributo do direito europeu na matéria do envolvimento dos trabalhadores.

Não queremos, também, deixar de fazer uma alusão, ainda que muito breve, à contribuição do direito da União Europeia na matéria de envolvimento dos trabalhadores. Não partilhamos da visão otimista segundo a qual este direito teria consagrado uma ascensão irresistível dos modelos de envolvimento e muito menos que teria contribuído para um reforço ao nível europeu da participação propriamente dita³³. Trata-se de uma “longa marcha” com resultados, na

³¹ GIOVANNI ZAMPINI, La “partecipazione strategica” dei lavoratori nell’impresa privata. Un altro mondo é davvero possibile?, *Argomenti di Diritto del Lavoro* 2020, n.º 1, pp. 73, p. 76. O autor acrescenta que para os empregadores tratar-se-ia de “um corpo estranho na conceção hierárquica da empresa e na divisão taylorista do trabalho” e para os sindicatos, sobretudo de inspiração marxista, “um inoportuno inquinamento de uma genuína dialética entre trabalho e capital”. Sublinhe-se, no entanto, que para o autor (ob. cit., p. 74), a norma seria “uma das mais significativas e avançadas expressões do princípio fundamental de igualdade substancial” e a expressão de uma conceção institucionalista da empresa. Cfr., também, CARLO CESTER, La Partecipazione dei Lavoratori: Qualcosa si Muove?, *Argomenti di Diritto del Lavoro* 2023, n.º 3, pp. 433 e ss., p. 435: o artigo 46 caiu rapidamente no esquecimento, sendo a responsabilidade tanto do mundo empresarial que não pretendia partilhar a capacidade de decisão, como de um movimento sindical marcado por uma “ideologia substancialmente conflitual e antagónica das relações industriais”. O autor alude aa novas tendências da concertação social italiana como o Pacto para a Fábrica de 2018, mas trata-se antes de participação organizativa de representantes sindicais.

³² TIZIANO TREU, Riflessioni sulla partecipazione a partire dalla proposta CISL, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2023, n.º 4, pp. 889 e ss., p. 891, afirma que a colaboração dos trabalhadores prevista no artigo 46 da Constituição italiana poderia ser encarada como “um embrião de democracia económica”. Para este autor, porventura com excessivo otimismo, as empresas da nova economia digital têm melhores condições objetivas e subjetivas para a participação ativa dos trabalhadores quer pelas condições tecnológicas, quer por terem em regra trabalhadores dotados de melhores conhecimentos formais e informais (ob. cit., p. 894).

³³ No mesmo sentido ANNA ALAIMO, ob. cit., p. 10: É demasiado otimista a

verdade, muito modestos. Todavia, pensamos que o principal mérito da evolução do Direito da União na matéria consistiu em manter viva a discussão sobre o envolvimento dos trabalhadores na gestão, impedindo que o tema perdesse atualidade. Nesta longa evolução há dois momentos que se nos afiguram particularmente importantes: a adoção da Diretiva Quadro e o artigo 27.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobretudo agora que esta integra o direito primário da União. Mas, e por paradoxal que possa parecer, e por razões que explicaremos melhor adiante, o penúltimo passo, apesar da ambiguidade e dos problemas de interpretação que a Diretiva suscita, parece-nos ser bem mais relevante do que a consagração no artigo 27 de um mero princípio desprovido de aplicação direta ou imediata³⁴.

Como destacam K.D.EWING/G.M.TRUTER³⁵, o tema do envolvimento dos trabalhadores no processo decisório na empresa é um tema recorrente na Comunidade Europeia desde a adoção do primeiro programa de ação social em 1974³⁶. No entanto, durante cerca

afirmação de ZOPPOLI de que “há uma sensação de uma irresistível marcha em frente dos modelos participativos”.

³⁴ Contra MANFRED WEISS, *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, *Diritto delle Relazione Industriale* 2004, ano XIV, n.º 1, pp. 153 e ss., p. 166, que em 2004 escrevia que “[o] mero facto de que na Carta dos Direitos Fundamentais da UE o direito dos trabalhadores à informação e à consulta no interior da empresa seja considerado um direito fundamental (artigo 27) demonstra que existe um consenso entre os Estados Membros sobre o facto de que este direito é um valor basilar no âmbito de toda a Comunidade, e por isso deve ser promovido e respeitado pelas autoridades europeias”. Afigura-se-nos, no entanto, que a evolução histórica demonstrou que o alcance prático do artigo 27 é relativamente modesto.

³⁵ K.D.EWING/G.M.TRUTER, *The Information and Consultation of Employees Regulations: Voluntarism’s Bitter Legacy*, *The Modern Law Review* 2005, vol. 68, pp. 626 e ss., pp. 626-627.

³⁶ Cfr., também, PAOLA OLIVELLI/GIULIANA CIOCCA, *La Partecipazione del Sindacato in Generale*, in *Conflitto, Concertazione e Partecipazione*, coord. por Fiorella Lunardon, vol. III do *Trattato di Diritto del Lavoro*, dir. por Mattia Persiani e Franco Carinci, Cedam, Padova, 2011, pp. 773 e ss., p. 786: “A história da participação na

de duas décadas apenas se adotaram três Diretivas com incidência sobre o referido tema: a Diretiva sobre despedimento coletivo, Diretiva 75/129/CEE de 17 de fevereiro de 1975 (corrigida pela Diretiva 92/56/CE e consolidada pela Diretiva 98/59/CE); a Diretiva sobre direitos adquiridos e transmissão da unidade económica, Diretiva 77/187/CEE (corrigida pela Diretiva 98/50/CE e consolidada pela Diretiva 2001/23/CE) e a Diretiva sobre segurança e saúde no trabalho, Diretiva 89/391/CEE.

As duas primeiras Diretivas respeitavam a situações pontuais, ainda que muito importantes, da vida da empresa. A primeira Diretiva sobre despedimentos coletivos previa já no seu artigo 2.º uma obrigação de consulta dos representantes dos trabalhadores com vista à obtenção de um acordo, sendo que tais consultas deveriam incidir, “pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos coletivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências” (artigo 2.º, n.º 2). Esta obrigação de consulta, posteriormente densificada também por obra do TJ, é historicamente uma das mais importantes, sendo que ainda hoje representa, no nosso sistema jurídico, um dos raros casos em que a violação pelo empregador da obrigação de negociar acarreta, não apenas uma coima, mas também a ilicitude do ato praticado (neste caso a ilicitude do despedimento coletivo)³⁷.

União Europeia é uma história com mais de 30 anos [hoje cerca de 50] que se inicia com o programa de ação social de 1974 e com o Livro verde de 1975 sobre a participação dos trabalhadores e a estrutura da sociedade na Comunidade Europeia”.

³⁷ Cfr. o artigo 383.º, alíneas a) e b) do CT. No despedimento por extinção do posto de trabalho a falta das comunicações previstas no artigo 369.º acarreta a ilicitude do despedimento (artigo 384.º, alínea c)) e no despedimento por inadaptação a violação do dever de efetuar as comunicações previstas no artigo 376.º determina igualmente a ilicitude do despedimento (cfr. artigo 385.º alínea b)).

Também a Diretiva 77/187/CEE de 14 de fevereiro de 1977, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos, previa uma obrigação de informação e de consulta dos representantes dos trabalhadores afetados pela transferência (artigo 6.º n.º 1), prevendo-se expressamente que “[s]e o cedente e o cessionário projetarem tomar medidas em relação aos respetivos trabalhadores, são obrigados a proceder, em tempo útil, a consultas sobre essas medidas com os representantes dos trabalhadores, tendo em vista alcançar um acordo”.

Pese embora a grande importância destes precedentes na legislação da União, tratava-se, em todo o caso, e como já se disse, de obrigações pontuais perante certas situações concretas.

Já a Diretiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho veio introduzir uma obrigação de consulta permanente ou contínua. Os seus considerandos preliminares fazem, aliás, referência expressa à importância da participação dos trabalhadores e dos seus representantes na matéria³⁸. No seu artigo 11.º n.º 1, com a epígrafe “consulta e

³⁸ “Considerando que, a fim de assegurar um nível de proteção mais elevado, é necessário que os trabalhadores e /ou os seus representantes estejam informados dos riscos para a sua segurança e saúde, bem como das medidas necessárias à redução ou eliminação desses riscos; que é igualmente indispensável que estejam em condições de contribuir, através de uma participação equilibrada de acordo com as legislações e / ou práticas nacionais, para que sejam tomadas as necessárias medidas de proteção; Considerando que é necessário reforçar a informação, o diálogo e a participação equilibrada em matéria de segurança e de saúde no local de trabalho entre as entidades patronais e os trabalhadores e / ou os seus representantes, mediante procedimentos e instrumentos apropriados, de acordo com as legislações e /ou práticas nacionais”.

participação dos trabalhadores a Diretiva previa que “[a]s entidades patronais consultarão os trabalhadores e / ou os seus representantes e possibilitarão a sua participação em todas as questões relativas à segurança e à saúde no local de trabalho”, o que deveria abranger a consulta aos trabalhadores, o direito de os trabalhadores e/ou os seus representantes apresentarem propostas e a participação equilibrada de acordo com as legislações e/ou práticas nacionais. Sublinhe-se que esta Diretiva previa a obrigação do empregador de dar formação adequada na matéria não só aos trabalhadores, como aos seus representantes³⁹, formação essa cujo custo não deveria ser suportado pelos referidos representantes (artigo 12.º, n.º 4), bem como o dever do empregador de dar aos representantes “uma dispensa de trabalho suficiente sem perda de salário e pôr à sua disposição os meios necessários que lhes permitam exercer os direitos e funções decorrentes da presente diretiva” (artigo 11.º n.º 5).

Um segmento da doutrina considerou ser um passo muito relevante nesta “longa marcha” do envolvimento dos trabalhadores a Diretiva 94/45/CE do Conselho, de 22 de setembro de 1994, relativa à instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária. Sem dúvida que esta Diretiva tinha como objetivo assumido “melhorar o direito à informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária” (artigo 1.º n.º 1), fazendo apelo a um espírito de colaboração (artigo 9.º) e veio permitir a constituição

³⁹ Artigo 12.º n.º 3: “Os representantes dos trabalhadores desempenhando funções específicas em matéria de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores terão direito a uma formação adequada”.

de um conselho de empresa europeu. Não se pode, inclusive, negar a existência de aspetos positivos: previa-se que “[a] direção central e o grupo especial de negociação devem negociar com espírito de colaboração a fim de chegarem a acordo sobre as regras de execução em matéria de informação e da consulta dos trabalhadores referidas no n.º 1 do artigo 1.º” (artigo 6.º n.º 1) e que “[p]ara efeitos das negociações, o grupo especial de negociação pode fazer-se assistir por peritos à sua escolha” (artigo 5.º n.º 4)⁴⁰.

Sublinhe-se, contudo, que a instituição do conselho de empresa europeu era apenas uma possibilidade: na realidade, a direção central e o grupo especial de negociação podiam “decidir por escrito instituir um ou mais procedimentos de informação e consulta, em vez de constituir um conselho de empresa europeu” (n.º 3 do artigo 6.º) e até se admitia a eventualidade de o grupo especial de negociação “decidir por, no mínimo, dois terços dos votos não encetar negociações nos termos do n.º 4, ou anulá-las no caso de já estarem em curso” (n.º 5 do artigo 5.º). E daí que para alguma doutrina o avanço realizado por esta diretiva seja muito mitigado ou até dúbio, já que

⁴⁰ Esta Diretiva foi revogada pela Diretiva 2009/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de maio relativa à instituição de um Conselho de Empresa Europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária. Esta Diretiva que manteve a regra de que “[o]s representantes dos trabalhadores podem decidir não solicitar a instituição de um conselho de empresa europeu, ou que as partes interessadas podem acordar noutros procedimentos de informação e consulta transnacionais dos trabalhadores” (Considerando 31) e o respeito pela autonomia das partes veio, designadamente, clarificar as noções de consulta e de informação. Destaque-se que no n.º 5 do Anexo 1 se prevê que “[o] conselho de empresa europeu, ou o comité restrito, pode ser assistido por peritos por si escolhidos, se tal for necessário para o cumprimento das suas funções”, embora no n.º 6 se acrescente que sendo as despesas de funcionamento do conselho de empresa europeu suportadas pela direção central, os Estados-Membros “podem nomeadamente limitar a participação nas despesas a um único perito”.

veio introduzir um “trigger mechanism”⁴¹, isto é, a necessidade de desencadear um procedimento para a eventual existência do conselho de empresa europeu. Tal situação mantém-se na Diretiva 2009/38/CE, em que, em vez da constituição de um conselho de empresa europeu, as partes podem preferir um procedimento alternativo de informação e consulta dos trabalhadores⁴².

A Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 2002 que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia representou um passo da maior importância na matéria do envolvimento dos trabalhadores⁴³ e na afirmação do que já foi apelidado de “pedra angular” do modelo social europeu⁴⁴. Ao contrário das diretivas anteriores sobre despedimento coletivo e transmissão económica, que visam situações extremamente relevantes, mas pontuais, e à semelhança do que já sucedia com a diretiva quadro sobre segurança e saúde no trabalho, esta diretiva visa assegurar a existência

⁴¹ Assim, por exemplo, EDOARDO ALES, *Informazione e Consultazione nell’Impresa: Diritto dei Lavoratori o Doveri del Datore di Lavoro? Un’Analisi Comparata*, RIDL 2009, I, pp. 221 e ss., p. 225: “um passo atrás”.

⁴² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte III, *Situações Laborais Colectivas*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 158 e ss.

⁴³ Assim, também, CARLO ZOLI, *I Diritti di Informazione e di c.d. Consultazione: il D. Lgs. 6 Febbraio 2007, N. 25*, RIDL 2008, Parte I, pp. 161 e ss., pp. 162-163: a Diretiva 2002/14 abriu novas perspectivas na medida em que configurou a informação e a consulta como eventos estruturais e fisiológicos na gestão das empresas e BRUNO CARUSO/VERONICA PAPA, *I Percorsi “Accidentali” della Carta dei Diritti Fondamentali della UE... eppur la Talpa Scava*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza Sociale* 2014, ano LXV, pp. 185 e ss., p. 190: “uma importante etapa no percurso da generalização dos procedimentos de coenvolvimento dos trabalhadores, na medida em que, com a mesma, pela primeira vez, o legislador supranacional reconheceu direitos de informação e de consulta, para além da mera referência a empresas transnacionais feita pelas diretivas precedentes, às empresas que operam no interior dos vários Estados Membros e, por conseguinte, numa perspectiva endoestadual”.

⁴⁴ BRIAN BERCUSSON, *The European Social Model Comes to Britain*, *Industrial Law Journal* 2002, vol. 31, pp. 209 e ss., p. 226.

de um regime geral e permanente de representação dos trabalhadores e de informação e consulta^{45 46}. Nas empresas ou estabelecimentos que estão abrangidas pelo seu âmbito de aplicação - o artigo 3.º n.º 1, tendo em conta a diversidade de tradições nos Estados Membros permite que o legislador nacional opte por considerar abrangidas as empresas que empreguem pelo menos 50 trabalhadores nesse Estado Membro ou os estabelecimentos que empreguem pelo menos 20 trabalhadores - o empregador não pode opor-se à constituição de mecanismos de representação dos trabalhadores. Resulta da leitura dos considerandos preliminares da diretiva que o escopo do legislador da União não foi apenas a proteção dos trabalhadores, entendendo-se que o reforço do diálogo social e da confiança mútua dentro da empresa contribuem para melhorar a antecipação do risco, a flexibilidade e “para o êxito dos processos de reestruturação e

⁴⁵ As expressões “regime geral legal e permanente de informação e de consulta dos trabalhadores” e “regime geral legal e permanente de representação de trabalhadores nos locais de trabalho para aqueles efeitos” são expressamente utilizadas no artigo 10.º da Diretiva.

⁴⁶ Para SYLVAIN LAULOM, *Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France)*, in *La Représentation Collective des Travailleurs, Ses Transformations à la Lumière du Droit Comparé*, coord. por MARIE-ANGE MOREAU, Dalloz, Paris, 2012, pp. 113 e ss., p. 138, a exigência pela Diretiva Quadro de uma representação permanente e geral dos trabalhadores seria de molde a favorecer sistemas eleitos de representação quando a representação sindical não é geral [não representa todos os trabalhadores] e poderia, assim, estar na origem de uma evolução fundamental dos sistemas nacionais de representação. Na realidade, contudo, tal não sucedeu. Também EDOARDO ALES, ob. cit., p. 238, sublinhou que na maioria dos Estados Membros os direitos de informação e consulta podem estar em risco porque frequentemente não existem mecanismos de representação coletiva dos trabalhadores. Interrogou-se, por isso, sobre se os Estados membros não deveriam prever um dever do empregador de criar órgãos de representação coletiva nas empresas ou estabelecimentos que entrassem no campo de aplicação da diretiva definido pelo artigo 3.1. No entanto, o próprio Autor reconhece que nenhum Estado-Membro entendeu a implementação da diretiva 2002/14/CEE como uma oportunidade para modificar o seu próprio sistema de representação coletiva dos trabalhadores.

adaptação das empresas às novas condições resultantes da globalização da economia, nomeadamente através do desenvolvimento de novas formas de organização do trabalho” (Considerando 9). Pode, pois, dizer-se que, para lá da salvaguarda dos interesses dos trabalhadores e da sua empregabilidade, existe uma “motivação dinâmica orientada para a concorrência e a política do mercado interno”⁴⁷. Subjacente a esta perspetiva, além do seu pragmatismo, está uma visão menos conflitual e que privilegia a colaboração ou cooperação entre as partes da relação laboral. Aliás, e não por acaso, o n.º 3 do artigo 1.º da Diretiva prevê que “[n]a definição ou implementação das regras em matéria de informação e de consulta, o empregador e os representantes dos trabalhadores devem atuar num espírito de cooperação e no respeito pelos seus direitos e obrigações recíprocos, tendo em conta os interesses da empresa ou do estabelecimento e os dos trabalhadores”⁴⁸.

Há que realçar que a diretiva não impõe aos Estados Membros qualquer forma determinada de representação dos trabalhadores, respeitando assim os princípios de subsidiariedade e de proporcionalidade. Alguns Autores defenderam no passado que a Diretiva, tal como, aliás, toda a intervenção da União Europeia na matéria, apontaria tendencialmente para um sistema de canal duplo de

⁴⁷ HERMANN REICHOLD, *Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung; Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer*, NZA 2003, pp. 289, 291; no mesmo sentido, KARL RIESENHUBER, *European Employment Law, A Systematic Exposition*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, pp. 654-655.

⁴⁸ Como PIERRE RODIÈRE, *Le “cadre général” relatif à l’information et à la consultation des travailleurs dans l’entreprise*, Semaine Sociale Lamy, 3 mars 2003, n.º 1112, pp. 33 e ss., p. 35, destaca, o espírito de cooperação referido no artigo 1.º n.º 3 pode ser uma noção vaga, mas é também uma noção jurídica que exige boa fé e lealdade.

representação e não para um sistema baseado apenas na representação sindical. A evolução histórica, contudo, não apontou nesse sentido, sucedendo, aliás, que parte dos novos Estados Membros da Europa de Leste adotaram, precisamente, o modelo do canal único de representação⁴⁹. Acresce que não parece sequer que se possa interpretar a diretiva como impondo a existência de mecanismos de representação nas empresas e estabelecimentos por ela abrangidos^{50 51} - assim, um sistema como o nosso em que a existência, por exemplo,

⁴⁹ Cfr. PETER JANSEN/OTMAR SEUL, *Traditions et perspectives du dialogue social dans les entreprises et les établissements de l'Union européenne*, in Peter Jansen/Otmar Seul, *Das erweiterte Europa: Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen*, Peter Lang, Bern, 2009, pp. 9 e ss. Os autores, ob. cit., pp. 29-30, distinguem o sistema de canal único de representação ou sistema monista que apenas conhece as associações sindicais - referiam à data Chipre, a Dinamarca, a Finlândia, a Irlanda, Malta, a Polónia, o Reino Unido (que era à época um Estado membro), a Suécia - os sistemas dualistas (de que eram exemplo a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a França, a Espanha, Grécia, a Hungria, os Países-Baixos, Portugal, a Eslovénia e a Eslováquia) e os sistemas mistos (Bulgária, Estónia, Letónia, Lituânia, Itália, república Checa e Roménia). Nestes últimos a representação dos trabalhadores é confiada primordialmente aos sindicatos e apenas quando não há representantes sindicais na empresa é que é permitida outra forma de representação (sobre, por exemplo, o sistema romeno cfr. MIRONA MARISCH, *Das System der Arbeitnehmervertretung und des Sozialen Dialogs im rumänischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht*, PL Academic Research, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, p. 106).

⁵⁰ Sobre o tema cfr. PETER JANSEN/OTMAR SEUL, *Droits d'information et de consultation dans l'entreprise: la diversité harmonisée dans l'UE*, in Peter Jansen/Otmar Seul, *Das erweiterte Europa: Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen*, Peter Lang, Bern, 2009, pp. 425 e ss., p.429: "A Diretiva não prescreve nem a forma que a representação dos trabalhadores deve assumir (sindical ou eleita), nem o procedimento legal ou convencional) que deve garantir os direitos. Apenas obriga os Estados Membros a garantir aos trabalhadores direitos de informação e de consulta (...) as leis dos Estados Membros devem dar aos trabalhadores o direito de constituir tais instituições [de representação dos trabalhadores]. No fim de contas é a prática que decide se os trabalhadores querem, ou não, utilizar essa *possibilidade* que lhes é concedida de criar instituições representativas dos seus interesses" (itálico no original).

⁵¹ MANFRED WEISS, ob. cit., p. 169, colocava precisamente a questão, mas parecia inclinar-se no sentido de que a Diretiva não impunha a existência de representantes dos trabalhadores.

de comissão de trabalhadores depende da iniciativa dos trabalhadores da respetiva empresa afigura-se compatível com a diretiva.

A Diretiva, que deixa aos Estados Membros a determinação “[d]as regras de exercício do direito à informação e à consulta a nível adequado” (n.º 1 do artigo 4.º), distingue informação e consulta. Apesar da letra do artigo 4.º n.º 2 não ser muito feliz e deixar espaço para dúvidas interpretativas, tanto mais que o referido n.º 2 começa por dizer que “a informação e consulta incluem (...)” afigura-se que o preceito distingue entre a atividade económica da empresa e sua evolução previsível, a estrutura e evolução do emprego e ameaças ao mesmo, e “as decisões suscetíveis de desencadear mudanças substanciais a nível da organização do trabalho ou dos contratos de trabalho” (alínea c) do n.º 2). Estas três “camadas” correspondem a níveis progressivamente mais intensos de envolvimento: enquanto a alínea a) se refere apenas à informação, tanto a alínea b) como a alínea c) referem informação e consulta, mas apenas na hipótese da alínea c) do n.º 2 é que a consulta teria o objetivo de alcançar um acordo (artigo 4.º, n.º 4, alínea e)).

Note-se, em todo o caso, que, de acordo com o artigo 5.º da Diretiva, “[o]s Estados-Membros podem confiar aos parceiros sociais a nível apropriado, incluindo a nível da empresa ou do estabelecimento, a tarefa de definir livremente e em qualquer momento, por via de acordo, as regras em matéria de informação e de consulta dos trabalhadores (...)”.

Pese embora o passo muito significativo que esta Diretiva representou em múltiplos aspetos, importa reconhecer que a solução de compromisso que representou acarreta também muitas limitações.

Assim, e por exemplo, ainda que a Diretiva se refira expressamente a peritos que eventualmente assistam os representantes dos trabalhadores (artigo 6.º n.º 1) não prevê que o empregador tenha a obrigação de pagar os honorários desses peritos. Sublinhe-se, também, que a Diretiva não prevê a invalidade ou a ineficácia das medidas ou decisões tomadas pelo empregador com violação das obrigações de informação ou de consulta⁵². Em todo o caso, os Estados Membros devem prever sanções para o incumprimento dessas obrigações (como, aliás, também para a violação dos seus deveres pelos representantes dos trabalhadores), sanções essas que deverão ser suficientemente “efetivas, proporcionadas e dissuasivas”. Alguma doutrina, aliás, tem questionado se a simples previsão de coimas pode considerar-se verdadeiramente dissuasiva.

Outro aspeto delicado respeita à amplitude da consagração da obrigação de confidencialidade⁵³, em termos tais que a mesma abrange e proíbe a comunicação pelos representantes dos trabalhadores, não apenas a terceiros, mas aos próprios trabalhadores que representam, de “informações que, no interesse legítimo da empresa

⁵² Sobre o tema cfr. K.D. EWING/G.M. TRUTER, *The Information and Consultation of Employees Regulations: Voluntarism's Bitter Legacy*, *The Modern Law Review* 2005, vol. 68, pp. 626 e ss., pp. 634-635, informam que o Parlamento Europeu tinha proposto que sempre que se tratasse de medidas com um impacto sério (consequências adversas sérias) sobre os trabalhadores, a decisão final deveria ser adiada. A Comissão e o Conselho rejeitaram esta proposta, que daria aos representantes dos empregadores uma espécie de veto suspensivo. Por seu turno, a Comissão tinha proposto a invalidade das decisões que não fossem precedidas de informação e de comunicação, mas o Conselho discordou, sublinhando que tal poderia levar a incerteza pela litigância e revelar-se prejudicial para a empresa, suas condições financeiras, capacidade de manter o nível de emprego e relacionamento com os seus parceiros.

⁵³ Sobre os perigos de uma interpretação demasiado ampla do dever de confidencialidade cfr. RICHARD GIESEN, *EU-Richtlinienvorschlag zur Information und Anhörung der Arbeitnehmer*, *Recht der Arbeit* 2000, pp. 298 e ss., p. 302.

ou do estabelecimento, lhes tenham sido expressamente comunicadas a título confidencial” (artigo 6.º n.º 1).

Seja como for, e apesar das suas debilidades - como, para alguns autores, a tentativa de criar “um quadro geral que defina requisitos mínimos quanto ao direito à informação e à consulta dos trabalhadores nas empresas ou nos estabelecimentos situados na Comunidade” (artigo 1.º n.º 1), mas, ao mesmo tempo, permitir em cada Estado Membro que os parceiros sociais assumam “a tarefa de definir livremente e em qualquer momento, por via de acordo, as regras em matéria de informação e de consulta dos trabalhadores” (artigo 5.º)⁵⁴ - e ambiguidades⁵⁵, a Diretiva Quadro representa, quanto a nós, um momento crucial no reconhecimento da importância do envolvimento dos trabalhadores nas decisões empresariais⁵⁶.

Embora ainda atinentes ao tema do envolvimento dos trabalhadores afigura-se-nos que assumem uma relevância menor outras diretivas, tais como a Diretiva 2001/86/CE do Conselho, de 8 de outubro de 2001, que completa o estatuto da sociedade europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores⁵⁷, a Diretiva 2003/72/CE

⁵⁴ K.D. EWING/G.M. TRUTER, ob. cit., p. 627, n. 9.

⁵⁵ K.D. EWING/G.M. TRUTER, ob. cit., p. 10, observam que “os objetivos do instrumento podem ser claros, mas o detalhe está cheio das sementes da confusão” (“the objectives of the instrument might be clear, but the detail is scattered with the seeds of confusion”).

⁵⁶ PIERRE RODIÈRE, ob. cit., p. 34, refere que a Diretiva representa o nascimento de um direito comum comunitário de informação e de consulta que se articula com outros textos especiais. Ela própria o diz no seu art. 9.º; no entanto, para o autor, não está excluído que esta Diretiva acabe por ter alguma influência sobre esses outros textos: “Pelas regras gerais que coloca, pelas definições que introduz, ela pode clarificar a interpretação de pontos discutíveis em outras Diretivas ou colmatar as suas lacunas”.

⁵⁷ Sobre esta cfr., por todos, GUIDO BAGLIONI, La nozione di partecipazione dei lavoratori nella direttiva sulla società europea, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 2003, n.º 98, pp. 159 e ss. Como o autor destaca esta diretiva distingue informação, consulta e participação e o termo participação tem aqui um sentido

do Conselho, de 22 de Julho de 2003, que completa o estatuto da sociedade cooperativa europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores, a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2005 relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, que têm o objetivo primordial de favorecer a reestruturação internacional dos fatores produtivos, eliminando obstáculos jurídicos colocados pelas diferentes tradições dos direitos nacionais e pelas próprias disposições nacionais dos Estados-Membros sobre o coenvolvimento dos trabalhadores. Parece, com efeito, tratar-se de diretivas que visam sobretudo proteger direitos adquiridos⁵⁸ ⁵⁹ e garantir a continuidade dos direitos de participação interna já existentes a favor dos

específico e inequívoco, representado um salto qualitativo. A participação é participação forte que toca nas decisões da empresa e “interfere com o direito de propriedade e a responsabilidade do management, entra na área e funcionamento da governance” (ob. cit., pp. 162-163). Para o autor não se pode deixar de reconhecer que esta diretiva propõe a forma mais institucional de participação, dando-lhe uma dignidade e visibilidade até agora inéditas, mas acaba por concluir que o escopo da promoção da participação não foi claramente prosseguido e conseguido (ob. cit., p. 169) até porque a participação dos trabalhadores nas decisões da empresa é considerada por muitos como uma complicação inútil para as exigências da economia europeia numa época de globalização, alterando as condições da concorrência com as empresas de outros países (p. 170).

⁵⁸ Veja-se, por exemplo, o Considerando 18 da Diretiva 2001/86/CE: “A garantia dos direitos adquiridos dos trabalhadores quanto ao seu envolvimento nas decisões das sociedades é um princípio fundamental e um objetivo declarado da presente diretiva. Os direitos dos trabalhadores anteriores à criação da SE constituem um ponto de partida para a definição dos seus direitos de envolvimento na SE (princípio «do antes e depois») Esta abordagem é, por conseguinte, aplicável não só à criação de uma SE, mas também às mudanças estruturais de uma SE já constituída e às sociedades afetadas pelos processos de alteração estruturais”. Cfr., igualmente, o Considerando 21 da Diretiva 2003/72/CE.

⁵⁹ Sobre esta matéria que não desenvolveremos neste estudo cfr. CATARINA OLIVEIRA CARVALHO, Breves considerações sobre o envolvimento dos trabalhadores nas organizações transnacionais no direito da União Europeia in *Vinte Anos de Questões Laborais, Questões Laborais* n.º 42 (número especial), 2013, pp. 109 e ss.

trabalhadores de alguns Estados Membros com genuínos sistemas de participação forte (como a Alemanha)^{60 61 62 63}.

O artigo 27.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é o primeiro preceito do Título IV (Solidariedade) e com a epígrafe “direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa” dispõe que “[d]eve ser garantida aos níveis apropriados aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e a consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais”. A consagração deste direito à informação e à consulta na Carta e, por conseguinte, no direito primário da União pode ser encarada como um passo importante⁶⁴, representando uma “constitucionalização” do referido direito. Embora tal perspetiva seja, parece-nos, correta, importa

⁶⁰ Veja-se os Considerandos 13 e 14 da Diretiva 2005/56/CE.

⁶¹ Para MAURIZIO FALSONE, *Partecipazione e conflitto come tecniche di regolazione delle relazioni industriali: precetti costituzionali, nessi reciproci e finalità*, pp. 1 e ss., p. 5, nota 29, a disciplina sobre o coenvolvimento dos trabalhadores na sociedade europeia parece ter como escopo evitar a possível fuga por parte de empresas já sujeitas por força do seu direito nacional a obrigações de participação forte nos órgãos societários mediante uma negociação “para baixo” no momento da constituição da sociedade europeia e não propriamente promover a difusão da participação dos trabalhadores.

⁶² Não concordamos com a asserção de ANNA ALAIMO, *ob. cit.*, pp. 35-36, segundo a qual é necessário abandonar “a estéril contraposição entre as formas “fortes” de participação (o coenvolvimento orgânico ou interno) e as débeis (o coenvolvimento externo).

⁶³ Uma visão mais positiva é a de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 168-169 (quanto à sociedade anónima europeia) e 171.

⁶⁴ GIUSEPPE BRONZINI, *Diritti dei lavoratori all’informazione ed alla consultazione nell’ambito dell’impresa*, *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2010, n.º 1, pp. 27 e ss., p. 37, menciona que os efeitos desse Bill of Rights são duplos: por um lado identificam direitos dos indivíduos, mas por outro indicam a direção das políticas legislativas. O autor (*ob. cit.*, p. 40) destaca a importância de o artigo 27 da Carta fazer menção à informação e à consulta aos níveis apropriados e em tempo útil. Tais direitos devem ser garantidos ao nível da empresa, mas não pode afastar-se que devam ser garantidos a outro nível.

reconhecer que, apesar disso, trata-se de um passo simbólico, já que do preceito não resulta, segundo a jurisprudência do TJ, um direito que possa ser invocado diretamente nas relações entre particulares.

O artigo 27.º da Carta pode, com efeito, ser encarado, como já tivemos ocasião de escrever⁶⁵, da perspectiva do copo “meio cheio”, como da do “copo meio vazio”. Daquela primeira perspectiva pode destacar-se o reconhecimento como um direito social fundamental dos direitos à informação e à consulta e da própria empresa como uma realidade social⁶⁶ e não apenas económica. A referência ao tempo útil implica que a informação deve ser prestada e o procedimento de consulta deve ser realizado antes de qualquer decisão final da gestão da empresa e a menção aos níveis apropriados sugere que há que ter em conta realidades como os grupos de empresas ou as redes para atender ao verdadeiro centro decisório⁶⁷. Por outro lado, a menção dos casos e condições previstos, designadamente, pelas legislações e práticas nacionais dos Estados Membros não implicaria qualquer visão restritiva, mas um reconhecimento da diversidade. Em suma, face à grande diversidade de situações dos Estados-Membros, seria mais realista o reconhecimento destes direitos à informação e à consulta, ainda que possam ser considerados mais

⁶⁵ JÚLIO GOMES, Anotação ao artigo 27.º, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, coord. por Alessandra Silveira/Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 331 e ss.

⁶⁶ GIORGIO VERRECCHIA, *Informazione e consultazioni dei lavoratori: i minimi inderogabili* nel d.lgs. 25 del 2007, *Diritti, lavori, mercati* 2008, pp. 339 e ss., p. 343. O autor acrescenta que “a ideia europeia de empresa propõe-se conjugar a dinâmica do modelo organizativo de empresa com a promoção do envolvimento dos trabalhadores, da transparência e da responsabilidade social da própria empresa”.

⁶⁷ GIUSEPPE BRONZINI, *Diritti dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2010, n.º 1, pp. 27 e ss., p. 40.

“diluídos” do que modalidades do verdadeiro direito de participação, que assentam em premissas que não são comuns a todos os Estados-Membros. Aliás, um Autor afirma, mesmo, que o artigo 27.º da Carta tem “tanto ou mais que ver com a proteção da dignidade humana (artigo 1.º da Carta da União) que com direitos sociais tradicionais ou com o objetivo da democratização da economia”⁶⁸.

Da perspetiva oposta destaca-se a ausência de qualquer menção à participação verdadeira e própria, critica-se a colocação sistemática do preceito, e a sua ambiguidade ao referir-se a direitos à informação e à consulta dos trabalhadores ou dos seus representantes. Com efeito, esta disjuntiva suscita a interrogação sobre quais são, a final, os titulares dos direitos e se se trata, por exemplo, de um direito individual de exercício coletivo.

Importa reconhecer que a jurisprudência do TJUE parece confirmar, todavia, esta perspetiva do “copo meio vazio”. No importante processo C-172/12, em Acórdão proferido a 15 de janeiro de 2014, *Association de médiation sociale*, o Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre um pedido de decisão prejudicial que tinha por objeto a interpretação deste artigo 27.º da Carta, bem como da Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de março de 2002. Nesse processo a Cour de cassation francesa tinha colocado duas questões prejudiciais ao TJUE: “1) Pode o direito fundamental relativo à informação e à consulta dos trabalhadores, reconhecido pelo artigo 27.º da [Carta] como especificado pela Diretiva [2002/14], ser invocado num litígio entre particulares com o fim de

⁶⁸ THOMAS BLANKE, Article 27 of the European Charter: information and consultation at enterprise level as a European fundamental social right, *Diritti, lavoro, mercati* 2003, n.º 1, pp. 25 e ss., p. 52.

verificar a conformidade de uma medida nacional de transposição d[essa] diretiva? 2) Em caso afirmativo, devem essas disposições ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma disposição legislativa nacional que exclua do cálculo dos efetivos da empresa, nomeadamente para determinar os limites legais de constituição de instituições representativas do pessoal, os trabalhadores titulares [de] contratos [comparticipados]?”⁶⁹.

Tratava-se de um litígio entre uma associação que tinha por objeto facilitar a reinserção profissional na cidade de Marselha de desempregados e outras pessoas em situações social e profissionalmente difíceis e uma associação sindical, a CGT, a respeito da contagem de efetivos da Associação para determinar se a mesma estava ou não obrigada a ter representantes dos trabalhadores. A Associação invocava uma norma do Code du Travail - o artigo L.1111-3 - que não considerava para efeitos da contagem do número de trabalhadores certas pessoas com contrato de trabalho participado pelo Estado (“contrats de travail aidés”), em violação da Diretiva.

Sublinhe-se, desde já, que tanto o percurso argumentativo trilhado, como a solução encontrada divergiram substancialmente nas Conclusões do Advogado-Geral e no Acórdão.

O Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, nas suas Conclusões apresentadas a 18 de julho de 2013 defendeu a existência de uma *summa divisio entre princípios e direitos* (parágrafo 32 das Conclusões)⁷⁰, mormente face ao disposto nos artigos 51.º, n.º 1 e 52.º n.º 5 da

⁶⁹ Parágrafo 22 do Acórdão.

⁷⁰ Sobre esta divisão cfr., por todos, NICOLAS CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2016, mormente pp. 488 e ss.

Carta. O Advogado-Geral pronunciou-se no sentido de que o direito de informação e consulta dos trabalhadores na empresa seria um direito com um alcance “consideravelmente fraco” ou frágil (parágrafo 54), tanto mais que o preceito não especifica “o tipo de informação, as modalidades de consulta, a que níveis, nem através de que representantes” (parágrafo 54 das Conclusões). Apesar disso, o Advogado-Geral defendia que um princípio era suscetível de atos de concretização essencial e imediata (parágrafos 63 e 65) que bem podiam consistir em preceitos de uma Diretiva, no caso o artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 2002/14, o qual forneceria a referida concretização essencial e imediata quanto ao âmbito de aplicação pessoal do direito de informação e consulta (parágrafo 66 das Conclusões). Destarte, e ainda que o artigo 27.º da Carta só consagrasse um princípio, a sua concretização de forma essencial e imediata pelo artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva permitiria que o mesmo pudesse “ser invocado num litígio entre particulares com as eventuais consequências derivadas da não aplicação da legislação nacional” (parágrafo 80).

O Acórdão, ao invés, não se refere expressamente àquela divisão entre direitos e princípios, questão que para alguma doutrina foi intencionalmente evitada⁷¹. Destaca, no entanto, que “[r]esulta (...)

⁷¹ PETRA HERZFELD OLSSON, Possible Shielding Effects of Article 27 on Workers’ Rights to Information and Consultation in the EU Charter of Fundamental Rights, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* vol. 32, 2, 2016, pp. 251 e ss., p. 260: “In the AMS case, the CJEU avoided clarifying its position on the status of Article 27 CFR”. Sublinhe-se que para esta autora, p. 261, “it is far from clear that the CJEU would categorize Article 27 as a principle”. Cfr., também, FILIP DORSEMONTE, The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; less than a Right and less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, vol. 21, Number 4, pp. 704 e ss., pp. 704-705: “a reference to the distinction between a Charter principle and a Charter right, which lays at the heart of Article 54(5) of the Charter has been scrupulously avoided”.

claramente da redação do artigo 27.º da Carta, que para que esse artigo produza plenamente os seus efeitos, deve ser precisado por disposições do direito da União ou do direito nacional” (parágrafo 45 do Acórdão). Assim, e ao contrário do disposto no artigo 21.º n.º 1 da Carta, em matéria de não discriminação em razão da idade, o artigo 27.º “não basta, por si só, para conferir aos particulares um direito que pode ser invocado enquanto tal” (parágrafo 48). E o Tribunal de Justiça foi mais longe e acrescentou que o artigo 27.º não pode só por si, isoladamente, ser invocado num litígio entre particulares a fim de não ser aplicada uma disposição nacional, mas tão pouco o pode ser em conjugação com as disposições da Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho^{72 73}.

O impacto desta decisão foi considerável, mas no plano doutrinal persiste a controvérsia sobre o seu real alcance e significado⁷⁴. Para uma parte da doutrina o artigo 27.º da Carta, mais que um verdadeiro direito, consagra apenas um princípio⁷⁵. Outros contestam esta

⁷² Este aspeto da decisão foi veementemente criticado por JOHANNES HEUSCHMID, *Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta - Fehlanzeige?*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2014, pp. 514 e ss., p. 520, que considera que se este direito carece de concretização deveria atender-se precisamente ao direito derivado ou secundário da União, e perguntar se lido o preceito em conjugação com este não teria consistência suficiente, o que, na sua opinião, corresponderia á vontade histórica do legislador da Carta.

⁷³ NICOLAS CARIAT, *op. cit.*, p. 453, destaca que o Tribunal aceitou a possibilidade de um efeito horizontal de disposições da Carta, mas exclui tal possibilidade relativamente ao artigo 27.º. Nas palavras do Autor, trata-se de uma “dupla posição de princípio” (“double position de principe”).

⁷⁴ Cfr. BRUNO CARUSO/VERONICA PAPA, *ob. cit.*, pp. 200 e ss., que se referem a um “minimalismo argumentativo e interpretativo” do Tribunal.

⁷⁵ Assim, por exemplo, SEBASTIAN KREBBER, *Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2016, n.º 1, pp. 3 e ss., p. 8; ACHIM SEIFFERT, *Die Bedeutung von EMKR und GRCh für das deutsche kollektive Arbeitsrecht*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, n.º 2, pp. 205 e ss., p. 212, CLAUDIA SCHUBERT, *Anotação ao artigo 27 in Kommentar zum*

afirmação e outros ainda criticam a decisão, como uma oportunidade perdida^{76 77}. Pela nossa parte, contudo, não podemos deixar de reconhecer que o Tribunal de Justiça tem inteira razão quando afirma que o direito à informação e à consulta consagrado no artigo 27.º carece de concretização em aspetos essenciais, pela remissão para as normas do direito da União e do direito nacional dos Estados membros e só após essa concretização é que se poderá conhecer o seu genuíno conteúdo⁷⁸. Pelo que, apesar do seu reconhecimento na

Europäischen Arbeitsrecht, dir. por Martin Franzen, Inken Gallner, Hartmut Oetker, C.H. Beck, , München, 2018, p. 400, n.º de margem 11. Também BERNARD TEYSSIÉ, Article 27, Droit à l'Information et à la Consultation des Travailleurs au Sein de l'Entreprise, in Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article, coord. por Fabrice Picod e Sébastien Van Drooghenbroeck com a colaboração de Cecilia Rizcallah, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 613 e ss., p. 616, se refere a uma aparência de direito (“la norme fulminée n’est plus que jeu d’apparence: hormis sur le principe - il faut créer un dispositif d’information et de consultation des travailleurs - il n’y a point proclamation d’un véritable droit fondamental mais simple définition d’une orientation générale”).

⁷⁶ FILIP DORSSEMONT, The Right to information and Consultation, cit., p. 720: “Remarkably, the CJEU failed to do what it requires domestic judges to do namely to utilize every tool it has at its disposal (for the Court of Justice this is European law) to achieve an outcome consistent with the objective pursued by the directive”. Cfr., igualmente, FILIP DORSSEMONT, in The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, ed. por Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner e Angela Ward, Hart Publishing, Oxford, 2.ª ed., 2021, anotação ao artigo 27, pp. 779 e ss., p. 780: “Despite the fact that the qualification of a right as a principle does not exclude judicial cognisability, the Court missed an opportunity to provide this cognisability in *Association de médiation sociale*”.

⁷⁷ BRUNO VENEZIANI, Article 27 - Worker’s Right to Information and Consultation within the Undertaking, in The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation, ed. by Filip Dorssemont, Klaus Lörcher, Stefan Clauwaert and Mélanie Schmitt, Hart, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, 2019, pp. 419 e ss., p. 460: “A different attitude has been addressed to Article 27. In fact from the day of entering in force of the Charter - as part of an EU Constitution - to presente day it has been banished, in the CJEU case law, to a role of provisions to which it attributes only a ritual homage”.

⁷⁸ SEAN VAN RAEPENBUSCH, L’horizontalité des principes sociaux fondamentaux dans l’ordre juridique de l’Union européenne: un miroir aux alouettes ou une avancée significative?, Le Droit du Travail au XXe Siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez, coord. por Philippe Gosseries/Marc Morsa, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 107 e ss., p. 123, sublinha a existência de “normas sociais incompletas”.

Carta e, portanto, no direito primário da União, será um direito de conteúdo eminentemente variável⁷⁹, como aliás sucede: não é de todo comparável o direito de participação “forte”, que existe na Alemanha e o direito de coenvolvimento existente, por exemplo, no nosso ordenamento jurídico^{80 81}.

3. A comissão de trabalhadores como mecanismo de representação unitária dos trabalhadores na empresa.

A existência de comissões de trabalhadores não é obrigatória no nosso sistema, seja qual for a dimensão da empresa⁸². Assim, mesmo numa grande empresa pode não existir qualquer comissão de trabalhadores (como, aliás, também sucede com os representantes para a segurança e saúde no trabalho⁸³), já que para a sua existência é

⁷⁹ A expressão, sugestiva, de “direito fundamental de geometria variável” é de DANIELA COMANDÈ, in Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, dir. por R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Giuffrè, Milano, 2017, p. 523.

⁸⁰ Na Carta Social revista, o direito de informação e consulta dos trabalhadores ou dos seus representantes está previsto no artigo 21 e o artigo 22 refere-se ao direito a tomar parte na determinação e melhoria das condições e do ambiente de trabalho. Cfr., por todos, KARIN LUKAS, The Revised European Social Charter, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2021, pp. 270 e ss.

⁸¹ Destaque-se, ainda, que embora o Pilar Europeu dos Direitos Sociais se refira no seu n.º 8 ao “Diálogo Social e Participação dos Trabalhadores”, o n.º 8 b) prevê apenas um direito de informação e de consulta: Os trabalhadores ou os seus representantes têm o direito de ser informados e consultados em tempo útil sobre questões que lhes digam respeito, em especial sobre a transferência, reestruturação e fusão de empresas e sobre despedimentos coletivos.

⁸² Ao contrário do que ocorre, por exemplo, em França, em que o artigo L2311-2 do Code du Travail impõe a existência de *comité social et économique* nas empresas com pelo menos 11 trabalhadores durante 12 meses consecutivos.

⁸³ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 180-181. A Autora critica a existência autónoma destes representantes sublinhando que a Diretiva não impõe que haja tal autonomia e que a solução implica custos acrescidos para os empregadores. Acresce que “a defesa dos interesses dos trabalhadores nestas matérias integra a capacidade das comissões de trabalhadores” (ob. cit., p. 180). Em França a

sempre necessária uma iniciativa espontânea dos trabalhadores da empresa. A Diretiva Quadro não parece opor-se a esta existência puramente facultativa das estruturas de representação dos trabalhadores. Com efeito, da jurisprudência do TJ resulta apenas que os empregadores não podem opor-se à constituição destas estruturas nas empresas ou estabelecimentos abrangidos no âmbito de aplicação da diretiva, mas não que estas tenham que existir efetivamente. Na doutrina houve quem sustentasse que essa seria a solução mais coerente com a Diretiva, mas mesmo quem defende tal posição reconhece que não foi esse o entendimento que vingou. Acresce que algumas diretivas, como ocorre, por exemplo, com a Diretiva sobre a constituição do Conselho de Empresa Europeu adotam abertamente o sistema do “trigger mechanism”, ou seja, estabelecem a necessidade de uma iniciativa dos trabalhadores.

Sublinhe-se, desde já, que o nosso sistema jurídico optou pela empresa como o nível por assim dizer privilegiado da representação unitária dos trabalhadores que é lograda pela comissão de trabalhadores. Trata-se de uma opção consentida pela Diretiva Quadro, sendo que ao nível do direito comparado se verifica uma diversidade de soluções - assim, na Alemanha o nível de representação é, antes, o

ordonnance n.º 2017-1386 de 22 de setembro de 2017 que tornou obrigatória a existência do *comité social et économique* unificou as estruturas de representação coletiva dos trabalhadores e suprimiu a representação autónoma em matéria de segurança e saúde no trabalho. Mas essa evolução foi criticada por um segmento importante da doutrina que considerou que a mesma trouxe um empobrecimento da representação e a perda de competências específicas - cfr., por exemplo, GRÉGOIRE LOISEAU, *Le comité social et économique*, *Droit Social* 2017, pp. 1044 e ss., p. 1045; GEORGES BORENFREUND, *La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation*, *Revue de Droit du Travail* 2017, pp. 608 e ss.; G. PIGNARRE, *Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique*, *Revue de Droit du Travail* 2017, pp. 647 e ss.

estabelecimento. Entre nós, nos estabelecimentos geograficamente dispersos de uma empresa podem constituir-se subcomissões, mas estas, como veremos, carecem de genuína autonomia, sendo antes “extensões” da comissão⁸⁴.

Já a primeira lei que regulou a matéria, a Lei n.º 46/79 de 12 de setembro, previa a possibilidade de se criarem, além das comissões de trabalhadores, “comissões coordenadoras para melhor intervenção na reestruturação económica, bem como para o desempenho de outros direitos consignados na Constituição e neste diploma” (artigo 1.º, n.º 2) e subcomissões de trabalhadores (cfr. os artigos 10.º, n.º 2, alínea c), 16.º, 19.º, n.º 3, 20.º, n.º 1, alínea a), 20.º, n.º 9, 21.º, n.º 3, 22.º números 1 e 2, 25.º, n.º 1). Também a legislação atual mantém a possibilidade de constituição de comissões coordenadoras e de subcomissões.

Uma vez que a comissão de trabalhadores representa todos os trabalhadores da empresa, mas só estes, a possibilidade de existência de uma comissão coordenadora foi objeto de alguma surpresa por um dos raros Autores espanhóis que analisou, com grande profundidade, o nosso sistema de representação coletiva dos trabalhadores⁸⁵. No entanto, sendo certo que a Lei n.º 46/79 não definia nem

⁸⁴ Como destacava MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 230, as subcomissões servem para fazer a ligação entre os trabalhadores dos respetivos estabelecimentos e a comissão. Note-se, contudo, que este autor atribuía à subcomissão o poder de convocar reuniões gerais dos trabalhadores nos respetivos estabelecimentos.

⁸⁵ Referimo-nos a LOURDES MELLA MÉNDEZ, *Reflexiones sobre el sistema de representación de los trabajadores en el Derecho portugués*, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 88, 1998, pp. 253 e ss., p. 262, que a propósito fala de uma “auténtica novidade, porventura anómala, relativamente aos sistemas europeus, já que graças à mesma, a representação unitária abandona os limites do âmbito empresarial e estende a sua ação para além desse âmbito, através do mecanismo da coordenação”.

circunscrevia qual o âmbito em que se poderia verificar a coordenação da atividade de várias comissões de trabalhadores, tal possibilidade podia ter interesse em múltiplos contextos: por exemplo, dentro de um mesmo setor de produção. Na realidade, a existência de comissões coordenadoras poderia revelar-se útil quer no contexto de grupos⁸⁶ ou redes de empresas, quer de empresas que se inserem no mesmo setor de produção (veja-se o que dispunha o artigo 32.º alínea b) da Lei n.º 46/79 a respeito da intervenção da comissão coordenadora na reorganização de unidades produtivas do setor de produção a que pertencesse a maioria das empresas cujas comissões de trabalhadores fossem coordenadas por aquela comissão coordenadora). A experiência de outros países mostra como até pode ser útil, por exemplo, a interação entre órgãos de representação coletiva de trabalhadores de empresas limítrofes que podem estar expostas, por exemplo, a riscos comuns em matéria de segurança e saúde no trabalho. O atual n.º 4 do artigo 415.º do CT parece ser um pouco mais restritivo ao estabelecer que “[p]odem ser criadas comissões coordenadoras para melhor intervenção na reestruturação económica, para articulação de atividades das comissões de trabalhadores constituídas nas empresas em relação de domínio ou de grupo, bem como para o exercício de outros direitos previstos na lei e neste Código” (o sublinhado é nosso).

O Código do Trabalho atual mostra-se mais exigente quanto à possibilidade de existência de subcomissões de trabalhadores. Tal existência só é legalmente possível quando se trate de empresas com

⁸⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 131-132, que sublinha que as comissões de trabalhadores de grupo estão já previstas noutros sistemas jurídicos, como o alemão e o francês.

estabelecimentos geograficamente dispersos - ao passo que tal exigência não constava da Lei n.º 46/79, que, aliás, previa, no artigo 19.º n.º 3, o direito de reunião periódica das subcomissões com “as direcções dos respectivos estabelecimentos ou departamentos” (sublinhado nosso) - e quando os estatutos da comissão preverem essa existência (artigo 434.º n.º 3; os estatutos deverão também prever, como dispõe o artigo 434.º, n.º 1, alínea f), “[a] articulação da comissão, se for o caso, com subcomissões de trabalhadores ou comissão coordenadora”. Ainda que os membros da subcomissão de trabalhadores sejam eleitos, em eleição que decorre em simultâneo com a eleição dos membros da comissão de trabalhadores (artigo 433.º, n.º 4) parece-nos que a subcomissão não constitui uma estrutura genuinamente autónoma relativamente à comissão. Não tem, em todo o caso, personalidade jurídica própria - de resto, não tem sequer estatutos próprios que sejam objeto de registo pelo serviço competente do ministério responsável pela área laboral (cfr. artigo 416.º n.º 1 do CT) e não se afigura, tão pouco, que tenha capacidade judiciária autónoma. Assim, se o órgão de gestão do estabelecimento se recusar a prestar à subcomissão informação a que esta tem direito ou a qualificar como confidencial, caberá, segundo cremos, à comissão reagir judicialmente. A subcomissão, no modelo legal, parece exercer sobretudo poderes delegados pela comissão (artigo 423.º, n.º 2, alínea a), devendo prestar à comissão informação sobre os assuntos de interesse para a atividade desta última e “fazer a ligação entre os trabalhadores do respetivo estabelecimento e a comissão de trabalhadores” (alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 423.º do CT).

A versão original da Constituição previa no artigo 55.º n.º 2 que “[a]s comissões são eleitas em plenários de trabalhadores por voto directo e secreto”. A solução adotada pelo legislador ordinário, na Lei n.º 46/79 de 12 de setembro foi, na realidade, outra: em vez da questão da constituição de uma comissão de trabalhadores poder surgir espontaneamente e ser votada, por voto direto ou secreto, em um qualquer plenário de trabalhadores da empresa, criou-se um complexo processo eleitoral convocado com uma antecedência mínima e por um número mínimo de trabalhadores (“cem ou 10% dos trabalhadores permanentes da empresa”, dizia o n.º 2 do artigo 2.º), em que a comissão passou a ser eleita de entre as várias listas por voto direto e secreto e segundo o princípio da representação proporcional (n.º 1 do artigo 2.º). Na realidade instituiu-se uma dupla eleição, já que além da votação sobre a constituição da comissão de trabalhadores, ter-se-ia que votar igualmente a aprovação dos respectivos estatutos (cfr. o artigo 10.º n.º 1 que remetia a aprovação dos estatutos aos requisitos estabelecidos nos artigos 2.º a 5.º com as devidas adaptações, artigos a que também ficavam sujeitas as eventuais alterações dos estatutos). Esta opção do legislador ordinário traduzia, no fundo, uma clara desconfiança face à assembleia ou plenário, retirando-lhe na prática o poder tanto de votar a constituição da comissão, como o de destituir a comissão ou alguns dos seus membros⁸⁷. Tal opção encontrou depois eco no texto constitucional [LC n.º 1/82], o qual, hoje, no artigo 54.º n.º 2 prevê que “[o]s

⁸⁷ O artigo 4.º n.º 4 da Lei n.º 46/79 previa que “[a]s comissões e subcomissões de trabalhadores podem ser destituídas a todo o tempo, por votação realizada nos termos e com os requisitos estabelecidos para a sua eleição, com as devidas adaptações, devendo realizar-se, neste caso, novas eleições de acordo com o disposto na lei e nos estatutos”.

trabalhadores deliberam a constituição, aprovam os estatutos e elegem, por voto direto e secreto, os membros das comissões de trabalhadores”, tendo desaparecido qualquer referência à assembleia dos trabalhadores.

O processo eleitoral previsto na Lei n.º 46/79 manteve-se no essencial na lei atual, existindo uma dupla votação, isto é, votando-se quer a constituição da comissão, quer a aprovação dos seus estatutos: trata-se de votos distintos, mas a validade da constituição fica dependente da validade da aprovação dos estatutos (artigo 430.º, n.º 1 do CT). Destaque-se que a lei atual é ainda mais exigente do que a Lei n.º 46/79 quanto ao número mínimo de proponentes para que a votação possa ser convocada: enquanto a Lei n.º 46/79 se bastava com 100 ou 10% dos trabalhadores permanentes da empresa, a lei atual exige 100 ou 20% dos trabalhadores da empresa. Como se vê, não é possível aos trabalhadores de um estabelecimento convocarem estas eleições, porquanto as mesmas terão que ser convocadas ao nível da empresa.

A existência do processo eleitoral previsto na lei supõe, evidentemente, a cooperação do empregador. Cooperação que se traduz não apenas em permitir a afixação da convocatória das eleições (artigo 430.º n.º 3 do CT) e fornecer a lista de trabalhadores que servirá de base à elaboração do caderno eleitoral (artigo 431.º números 1 e 2 do CT), mas em permitir a votação que em princípio deverá ocorrer nos locais de trabalho e pelo menos em parte durante o período de funcionamento da empresa ou estabelecimento. Além disso, deve entender-se que os trabalhadores dispõem coletivamente de

liberdade de expressão para poder conduzir a campanha eleitoral que pode anteceder as eleições.

As soluções encontradas pela Lei n.º 46/79 mantiveram-se intactas no essencial, sem que o legislador tenha dado mostras de grande preocupação com a sua atualização. Destaque-se, apenas, que enquanto tal Lei apenas atribuía à comissão de trabalhadores (e à comissão coordenadora) capacidade judiciária ativa e passiva (artigo 17.º), entendendo alguma doutrina que as comissões de trabalhadores careciam de personalidade jurídica⁸⁸, hoje o Código do Trabalho no seu artigo 416.º n.º 1 prevê expressamente que “[a] comissão de trabalhadores adquire personalidade jurídica pelo registo dos seus estatutos pelo serviço competente do ministério responsável pela área laboral”. Em múltiplos aspetos nota-se, contudo, a falta de qualquer modernização das soluções legais: assim, por exemplo, e ao contrário do que ocorre em outros sistemas legais a igualdade em função do género é ignorada no momento da constituição das listas - nada impede, por exemplo, que numa empresa em que haja 80% de trabalhadoras a lista que venha a ser eleita seja composta de 90% de trabalhadores do género masculino⁸⁹. O combate à discriminação não é, de resto, uma das preocupações ou tarefas essenciais

⁸⁸ A questão era, contudo, muito controvertida. Cfr., a propósito LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Sujeitos Coletivos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra Editora, vol. II, Coimbra, 2003, pp. 899 e ss., pp. 961 e ss. O Autor sustentava que as comissões de trabalhadores tinham personalidade jurídica, invocando que tal era também a posição de MENEZES CORDEIRO e PEDRO ROMANO MARTINEZ, mas sublinhava a posição oposta, por exemplo, de BRITO CORREIA. No sentido afirmativo, defendendo a personalidade jurídica das comissões cfr., igualmente, MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pp. 231-232.

⁸⁹ Na Alemanha de acordo com o §15 II BetrVG o género sub-representado na empresa deve estar representado pelo menos na mesma proporção no conselho de estabelecimento.

cometidas à comissão, sendo também evidente a omissão de qualquer referência à matéria ambiental⁹⁰. Trata-se, quanto a nós, de sintomas da desatualização da lei, mas também da sua quase irrelevância prática.

Um dos traços característicos do nosso sistema de representação, como já mencionámos, é que não apenas este é “dual”, no sentido de que a representação sindical, fundada na filiação e no pluralismo sindical, coexiste com uma representação unitária a cargo sobretudo da comissão de trabalhadores - podendo existir apenas uma comissão por cada empresa e representando a comissão todos os trabalhadores da empresa e só estes - como estas modalidades de representação são estanques, não existindo na lei qualquer genuína articulação entre elas, aspeto que a nossa doutrina, aliás, já destacou^{91 92}. As raras

⁹⁰ Compare-se, por exemplo, com o sistema francês. O artigo L2312-8 prevê a obrigação de informação e de consulta do comité sobre uma série de questões atinentes à organização, gestão e funcionamento geral da empresa. Sublinhe-se, entre outras, as medidas tomadas para manter o emprego e facilitar a reintegração de sinistrados do trabalho e outras pessoas com incapacidades ou doenças crónicas. A lei refere também o direito a informação e consulta sobre as consequências ambientais de medidas do empregador.

⁹¹ MÁRIO PINTO, ob. cit., p. 231, depois de referir que “em nenhum momento deste instituto das comissões de trabalhadores se pode encontrar sequer uma mínima articulação com o sistema sindical”, acrescentava que “esta é uma interessante característica do direito português”. Cfr., também, ALBINO MENDES BAPTISTA, ob. cit., p. 221: “no espaço pátrio nunca se procedeu a qualquer articulação” (ver também p. 223).

⁹² Na Alemanha a Betriebsverfassungsgesetz prevê expressamente a cooperação entre associações sindicais e o Betriebsrat (§2), o direito de os sindicatos intervirem nas eleições com listas próprias (§14(2)) que apenas terão que ser subscritas por dois trabalhadores (§14(5)), o direito de os membros do Betriebsrat por proposta de pelo menos ¼ pedirem que um dirigente sindical participe nas reuniões do Betriebsrat (§31). Nas palavras de MARCO BIASI, La partecipazione dei lavoratori alla gestione e la *Mitbestimmung* tedesca, in *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, coord. por Carlo Zoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 33 e ss., pp. 38-39, “ao sindicato cabem incisivos poderes de iniciativa [*poteri propulsivi*] ou de apoio no procedimento para a constituição [do Betriebsrat], podendo convocar a assembleia de trabalhadores para essa constituição (§17(3)) e apresentar uma lista própria de candidatos. O sindicato pode também propor ações

normas legais que podem incidir sobre a matéria, ao menos indiretamente, traduzem mais a preocupação em desmotivar a articulação: assim, por exemplo, a impossibilidade de cumular créditos de horas parece desencorajar que um delegado sindical seja eleito membro da comissão de trabalhadores. Assim, não se prevê que a iniciativa para a eleição da comissão de trabalhadores possa partir de um sindicato⁹³ ou que este possa formalmente apresentar a sua lista à eleição⁹⁴. Como não se prevê, aliás, que um sindicato possa financeiramente auxiliar a comissão, ou dar apoio técnico a esta (por exemplo, na formação dos seus membros) e nem sequer expressamente se prevê que a comissão possa, por exemplo, solicitar que um delegado ou um dirigente sindical assista às suas reuniões. A representação sindical e a representação unitária de base eleitoral vivem na nossa lei como realidades separadas, alimentando, em nosso entender, os receios por parte de alguns sindicatos de uma competição entre elas.

Diga-se que não nos parece que a situação legal atualmente existente seja inteira e genuinamente compatível com a Convenção da OIT n.º 135, ratificada por Portugal pelo Decreto n.º 263/76 publicado no Diário da República I, n.º 84, de 08/04/1976 e vigente desde 31/05/1977, mais precisamente com o seu artigo 5.º. Este preceito dispõe que “[q]uando uma empresa tem, ao mesmo tempo, representantes sindicais e representantes eleitos, deverão ser tomadas

impugnando a regularidade do processo eleitoral.

⁹³ Destaque-se que o artigo 27.º n.º 1 da Lei n.º 102/2009 de 10 de setembro permite que um sindicato com trabalhadores representados na empresa promova a eleição de representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho.

⁹⁴ Em Espanha, por exemplo, o Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo) prevê no seu artigo 67.1 que as organizações sindicais mais representativas podem promover a eleição dos delegados do pessoal e membros do comité de empresa.

medidas apropriadas, sempre que tal se verifique, a fim de se evitar que a presença dos representantes eleitos possa servir para enfraquecer a situação dos respetivos sindicatos ou dos seus representantes, e também para encorajar a cooperação entre os representantes eleitos e os sindicatos e seus representantes, em todos os assuntos pertinentes” (sublinhado nosso). Com efeito, não descortinamos na nossa lei quaisquer medidas aptas a encorajar esta cooperação.

Não estava prevista na Lei n.º 46/79 a votação por correspondência, a qual também não consta do Código do Trabalho⁹⁵. E a falta de adaptação do procedimento às novas realidades, inclusive legais, é evidente quando se questiona da possibilidade de voto eletrónico. Assim, por exemplo, o n.º 2 do artigo 169.º do CT prevê que “[o] trabalhador [em regime de teletrabalho] pode utilizar as tecnologias de informação e de comunicação afetas á prestação de trabalho para participar em reunião promovida no local de trabalho por estrutura de representação coletiva dos trabalhadores” e o n.º 1, alínea c), do mesmo artigo esclarece que o teletrabalhador “[integra] o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, podendo candidatar-se a essas estruturas”. Fica a dúvida sobre a consagração do direito à participação à distância nas reuniões não ficará, ainda assim, um passo aquém da consagração da possibilidade de voto eletrónico⁹⁶.

⁹⁵ Possibilidade prevista por exemplo no Estatuto de los Trabajadores espanhol, artigo 69.1.

⁹⁶ Na doutrina espanhola, sobre a necessidade de repensar o paradigma de uma votação puramente presencial, à luz das novas tecnologias, cfr. JONATHAN GALLEGU MONTALBÁN, La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital y telemático, Revista de Derecho Social n.º 99, pp. 63 e ss.

Os trabalhadores que podem convocar as eleições e participar nas mesmas são todos os trabalhadores da empresa. Nas palavras do n.º 3 do artigo 415.º do Código do Trabalho, “[q]ualquer trabalhador da empresa, independentemente da idade ou função, tem o direito de participar na constituição das estruturas previstas nos números anteriores e na aprovação dos respetivos estatutos, bem como o direito de eleger e ser eleito”.

Não se exige, por conseguinte, qualquer antiguidade, nem se restringem tais direitos aos trabalhadores que sejam maiores⁹⁷. Todos os trabalhadores subordinados da empresa, independentemente da sua nacionalidade, e mesmo que exerçam, por exemplo, funções de direção ou tenham vínculos de parentesco⁹⁸ com o empregador beneficiam dos direitos referidos.

Suscitam-se aqui, potencialmente, no entanto, várias questões.

Em primeiro lugar, parece que a lei se basta com a existência de um vínculo laboral, mesmo que este esteja, por exemplo, suspenso ou mesmo que o trabalhador, ainda que sendo trabalhador da empresa em causa, tenha sido ocasionalmente cedido a outra empresa. Relativamente à suspensão do contrato de trabalho, importa ter

⁹⁷ Compare-se com a lei espanhola em que o Estatuto de los Trabajadores, no seu artigo 69.2 coloca requisitos para a capacidade eleitoral ativa e passiva. Com efeito, apenas podem votar os trabalhadores da empresa ou centro de trabalho com 16 anos ou mais (“mayores de dieciséis”) e com uma antiguidade na empresa de pelo menos um mês e só podem ser eleitos os trabalhadores com dezoito ou mais anos e com uma antiguidade, em regra, de pelo menos seis meses. A lei espanhola prevê expressamente que os trabalhadores estrangeiros que reúnam as condições referidas podem votar e ser eleitos. Também a Betriebsverfassungsgesetz no seu §7 exige 16 anos para que se possa votar e, no seu §8, 18 anos e uma antiguidade mínima de 6 meses no estabelecimento para que se possa ser eleito.

⁹⁸ Já a Betriebsverfassungsgesetz alemã exclui que se possam considerar trabalhadores para este efeito os membros dos órgãos de uma pessoa jurídica e, entre outros, o cônjuge, o parceiro numa união de facto do empregador, pessoa física, e parentes em economia comum (“häuslicher Gemeinschaft”) com o empregador - §5(2).

presente que durante este período “mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho” (n.º 3 do artigo 295.º) e o direito à representação coletiva não parece depender da efetiva prestação de trabalho. Reconhecemos, no entanto, que em situações limite possa haver alguma dúvida: se um trabalhador subordinado for nomeado gerente numa sociedade por quotas parece dever entender-se que o seu contrato de trabalho se suspende e enquanto for gerente do próprio empregador não deverá ser considerado para efeitos da votação na comissão de trabalhadores. A situação de cedência ocasional apresenta, quanto a nós, várias lacunas no seu regime legal nesta matéria. Em todo o caso, e como resulta do artigo 288.º, na cedência ocasional mantém-se o vínculo contratual inicial do trabalhador cedido. Assim, e embora este seja um critério formal, parece-nos que o trabalhador cedido mantém a sua capacidade eleitoral para a eleição da comissão de trabalhadores da “sua” empresa⁹⁹. Por outro lado, o trabalhador cedido poderia ter interesse na eleição da comissão da empresa á qual foi cedido, até porque a cedência dita ocasional pode prolongar-se durante anos, mas não parece que exista fundamento legal para lhe reconhecer tal capacidade eleitoral (mesmo que só para votar)¹⁰⁰.

É também delicada a situação do trabalhador temporário, sendo a nossa lei, em nosso entender, verdadeiramente sibilina a este respeito. O n.º 1 do artigo 189.º estabelece, com efeito, que “[o]

⁹⁹ E poderá apresentar-se como candidato? A duração da cedência em princípio não excederá um ano embora tal prazo seja renovável até ao máximo de cinco anos, como decorre do artigo 289.º n.º 1 alínea d).

¹⁰⁰ A Betriebsverfassungsgesetz alemã atribui capacidade eleitoral ativa a trabalhadores de outro empregador, mas que trabalham no estabelecimento por mais de 3 meses (§ 7).

trabalhador temporário é considerado, no que diz respeito à empresa de trabalho temporário e ao utilizador, para efeitos de aplicação do regime relativo a estruturas de representação coletiva dos trabalhadores, consoante estejam em causa matérias referentes à empresa de trabalho temporário ou ao utilizador, nomeadamente a constituição das mesmas estruturas”.

Antes de mais, em matéria de segurança e saúde no trabalho o trabalhador temporário está diretamente interessado no respeito pelas regras nessa matéria pelo utilizador (aliás, e de acordo com o n.º 2 do artigo 189.º, o trabalhador temporário é contado no número de trabalhadores do utilizador, ainda que efetivamente não seja trabalhador subordinado deste, para efeitos das obrigações em matéria de segurança e saúde no trabalho) pelo que se nos afigura defensável que o trabalhador temporário possa pelo menos votar nas eleições dos representantes em matéria de segurança e saúde no trabalho, no utilizador. Por outro lado, importa ter presente que quanto tais representantes não existam as respetivas funções são exercidas pela comissão de trabalhadores (n.º 4 do artigo 282.º do CT). Assim afigura-se-nos que por um lado, o trabalhador temporário poderá participar na eleição da comissão de trabalhadores da sua própria empresa, a ETT, ainda que como é sabido, tal faculdade careça de interesse prático já que não será frequente a eleição de uma comissão de trabalhadores numa empresa de trabalho temporário (em que muitos dos trabalhadores, sendo trabalhadores temporários, desempenham a sua prestação inseridos em outra organização empresarial). Por outro lado, atendendo às matérias sobre as quais se exercem os direitos, mormente de informação e de consulta, da

comissão, parece-nos defensável que o trabalhador temporário tenha, ao menos, a possibilidade de votar e participar na eleição dos membros da comissão do utilizador.

Também se podem suscitar questões na hipótese de existir uma pluralidade de empregadores (artigo 101.º do Código do Trabalho). Havendo um vínculo laboral simultaneamente com várias empresas, afigura-se-nos que o trabalhador poderá votar (e ser eleito) nas eleições da comissão de trabalhadores de todas elas (e não apenas daquela pertencente ao empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 101.º do CT) porquanto é trabalhador de todas e cada uma delas.

As alterações recentemente introduzidas ao Código do Trabalho pela Lei n.º 13/2023 de 3 de abril vieram tornar ainda mais delicada a resposta à questão, aparentemente simples, de saber quem pode participar no processo eleitoral de constituição da comissão de trabalhadores (e no processo de aprovação dos seus estatutos). Referimo-nos às normas que vieram reconhecer aos trabalhadores independentes economicamente dependentes o direito “[à] representação dos seus interesses socioprofissionais por associação sindical e comissão de trabalhadores” (artigo 10.º-A, n.º 1, alínea a) do CT; sublinhado nosso) e ao “acompanhamento por comissão de trabalhadores e por associação sindical nos termos do disposto nos artigos 423.º e 443.º” (alínea a) do n.º 2 do artigo 10.º-A, n.º 2 do CT; sublinhado nosso). Além de outras dificuldades hermenêuticas - ao falar-se em representação e em acompanhamento, pretende sugerir-se a existência de realidades distintas? E qual é, então, o conteúdo do

“acompanhamento”? - pode perguntar-se se este direito agora reconhecido aos trabalhadores independentes economicamente dependentes lhes atribui a faculdade de convocar e votar (eleger e ser eleito) nas eleições da comissão de trabalhadores. Pode dizer-se, contudo, que o “reconhecimento” de tal direito é mais aparente que real, já que o n.º 2 do artigo 10.º-A estabelece que o direito à representação coletiva destes trabalhadores “é definido em legislação específica”, a qual, à data em que escrevemos, ainda não existe. Afigura-se-nos, por conseguinte, que, por ora não existe ainda fundamento legal para atribuir aos trabalhadores independentes economicamente dependentes esta capacidade eleitoral¹⁰¹.

Curiosamente, o Código do Trabalho, ao contrário do que ocorria na Lei n.º 46/79, não prevê a possibilidade de revogação do mandato da comissão ou dos seus membros, pelos trabalhadores¹⁰². A solução que constava do artigo 4.º n.º 4 da Lei n.º 46/79 era a da possibilidade de destituição a todo o tempo da comissão, por “votação realizada nos termos e com os requisitos estabelecidos para a sua eleição, com as devidas adaptações, devendo realizar-se, neste caso, novas eleições de acordo com o disposto na lei e nos estatutos”.

¹⁰¹ Sobre a questão cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado...*, cit., pp. 149 e ss. A Autora observa que “não se vislumbra como podem as comissões de trabalhadores representar estes trabalhadores, tendo em conta que eles não se integram na empresa, que é, por imperativo legal, o universo de actuação destas comissões (art. 415.º n.º 1) e que, além disso, têm problemas muito diferentes dos problemas dos trabalhadores subordinados”. Augura por isso que as normas do artigo 10.º-A n.º 1 e n.º 2 “terão uma reduzida aplicabilidade”.

¹⁰² A lei espanhola prevê expressamente a revogação do cargo por decisão baseada na falta de confiança pelo corpo eleitoral (67.3 ET) mediante assembleia convocada para o efeito pelo menos por um terço dos eleitores e por decisão tomada por maioria absoluta, na sequência de um voto pessoal, livre, direto e secreto. Sobre o tema cfr., por todos, RODRIGO IGNACIO PALOMO VÉLEZ, *La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores*, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 2010, n.º 147, pp. 661 e ss., pp. 666-667.

Não se previa, e continua a não se prever, o que sucede quando o mandato¹⁰³ da comissão expirar sem que tenham sido, entretanto, convocadas outras eleições^{104 105}.

Pode, igualmente, questionar-se quem pode impugnar as eleições e/ou a legalidade dos estatutos? O empregador e/ou trabalhadores individualmente considerados¹⁰⁶? Ou só o Ministério Público? O facto de a lei prever o controlo da legalidade da constituição da comissão e dos seus estatutos pelo Ministério Público (artigo 439.º)¹⁰⁷ não deveria afastar, quanto a nós, a legitimidade de qualquer

¹⁰³ O artigo 418.º do CT estabelece que a duração do mandato não pode exceder quatro anos, embora sejam permitidos mandatos sucessivos. A Lei n.º 46/79, no seu artigo 10.º n.º 3, previa que “[o] mandato das comissões de trabalhadores não poderá exceder três anos”.

¹⁰⁴ A lei espanhola prevê que os representantes se manterão em funções no exercício das suas competências e no gozo das suas garantias enquanto não se tiverem celebrado novas eleições - cfr. artigo 67.3 do Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰⁵ Não se prevê na lei portuguesa a possibilidade de o mandato de algum dos membros cessar *ante tempus*. Como questiona PALOMO VÉLEZ, ob. cit., p. 676, poderá o mandato terminar porque o trabalhador representante, mantendo embora o contrato de trabalho, deixa de trabalhar na empresa - é destacado para o estrangeiro, transferido para outro estabelecimento (o que pode interessar, entre nós, para um membro de uma subcomissão), cedido ocasionalmente a outra empresa. Em Espanha como o mandato está associado a um centro de trabalho a mudança definitiva de centro de trabalho implica a extinção do mandato. Também o desaparecimento do centro de trabalho acarreta a extinção do mandato. Mas quando se tratar de deslocações temporárias subsiste em princípio o mandato.

¹⁰⁶ No direito alemão, a Betriebsverfassungsgesetz prevê no seu § 19(2) que a eleição pode ser impugnada (Wahlanfechtung) por pelo menos três pessoas com capacidade eleitoral, por um sindicato presente na empresa ou pelo empregador, sendo a impugnação possível no prazo de duas semanas a contar da publicação dos resultados.

¹⁰⁷ Cfr. os artigos 5.º-A, alínea a) e artigo 164.º-A n.º 1 do CPT. Pretende a lei atribuir legitimidade processual ativa exclusiva ao Ministério Público, ainda que este possa agir por iniciativa própria ou a requerimento de qualquer interessado? E porquê esse controlo exclusivo pelo Ministério Público a quem caberia então a decisão de impugnar ou não? Não deveria a decisão de interpor uma ação judicial caber a qualquer interessado, ainda que em prazo curto?

¹⁰⁸ Da conjugação do artigo 439.º n.º 2 do CT com o artigo 447.º, n.º 8, decorre que o Ministério Público tem o prazo de quinze dias a partir da receção dos documentos referidos no artigo 439.º, n.º 1 para, por exemplo, impugnar a legalidade da constituição da comissão ou dos estatutos. Sublinhe-se que o Ac.TRP de 05-11-2012, processo n.º 870/10.4TTVFR.P1 (Eduardo Petersen Silva) decidiu, por maioria, que “o prazo

trabalhador da empresa¹⁰⁹ e, parece-nos, do próprio empregador¹¹⁰ para impugnar a referida legalidade^{111 112}.

Muito embora a comissão de trabalhadores, validamente eleita, represente todos os trabalhadores da empresa, e seja agora inequivocamente uma pessoa jurídica (já tinha, aliás, anteriormente capacidade judiciária), face ao artigo 5.º do Código de Processo de Trabalho, que não foi alterado, não tem aparentemente legitimidade para representar e defender interesses coletivos¹¹³. Com efeito, a comissão de trabalhadores não é uma associação sindical, não sendo, por conseguinte, abrangida pela letra dos números 1, 2 e 3 do artigo 5.º. Em rigor, só o n.º 6 do artigo 5.º, ao referir-se às estruturas de

estabelecido no artigo 447º nº 8 do Código do Trabalho de 2009 é um prazo meramente indicativo e não um prazo de caducidade”.

¹⁰⁹ O artigo 164.º-B do CPT dispõe que “[o]s atos eleitorais para os órgãos das entidades referidas nesta secção [entre as quais se conta a comissão de trabalhadores, como decorre do artigo 164.º] podem ser impugnados com fundamento na sua ilegalidade por quem tenha ficado vencido na respetiva eleição, no prazo de 10 dias a contar dessa eleição ou do conhecimento da irregularidade, se posterior”. Pretende a lei restringir a legitimidade a quem tenha ficado vencido? E se tiver havido apenas uma lista? E se um trabalhador não tiver votado, e não participar da lista concorrente? E o empregador não tem interesse em que as eleições decorram de acordo com a legalidade?

¹¹⁰ O Estatuto de los Trabajadores espanhol reconhece expressamente que o empregador pode ter interesse legítimo em impugnar as eleições - cfr. artigo 76.2.

¹¹¹ LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Anotação ao artigo 439.º, in Código do Trabalho Anotado, PEDRO ROMANO MARTINEZ e Outros, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 972, sustenta, e parece-nos com inteira razão, que “apesar de o artigo 5.º-A, alínea a), do CPT não se referir expressamente às alterações dos estatutos, nem à comissão coordenadora, deve ser interpretado de modo a incluir estas duas situações”.

¹¹² Sublinhe-se, também, que a invalidade de novos estatutos pode acarretar a extinção da própria comissão de trabalhadores como decidiu o Ac. TRP de 23-11-2006, processo n.º 0633773 (José Ferraz), em cujo sumário se pode ler, designadamente, que “a lei não prevê a repristinação dos estatutos anteriores (nem faria sentido em sobreposição à vontade coletiva que os substituiu) em caso de invalidade total dos novos estatutos”.

¹¹³ ALBINO MENDES BAPTISTA, Código de Processo do Trabalho anotado, Quid Juris?, Lisboa, 2000, p. 39, sustentava, no entanto, que “as comissões de trabalhadores são parte legítima como autoras nas acções relativas aos direitos respeitantes aos interesses coletivos que representam, podendo ainda intervir nas acções respeitantes a medidas tomadas pela entidade patronal contra os seus membros”.

representação coletiva dos trabalhadores, abrange, na sua letra, as comissões de trabalhadores. Assim, as comissões de trabalhadores não terão, por exemplo, legitimidade para propor “ações respeitantes à violação, com carácter de generalidade de direitos individuais de idêntica natureza de trabalhadores seus associados” (artigo 5.º, n.º 2, alínea c). Neste sentido, pronunciou-se, entre nós, o Ac. TRL de 06-12-2013, processo n.º 2463/10.7TTLSB.L1-4 (Sérgio de Almeida), em cujo sumário se pode ler que “as comissões de trabalhadores não têm legitimidade para, em substituição ou representação dos trabalhadores, interporem ações em defesa dos interesses destes”¹¹⁴.

¹¹⁴ Na fundamentação do Acórdão pode ler-se: “Falece, pois, a argumentação da A., que partindo da personalidade jurídica que hoje possui, art.º 416 do CT2009, e de que sendo titular de todos os direitos e obrigações necessários à prossecução dos seus fins pode litigar, conclui que pode intervir em tudo o que respeite à defesa dos interesses dos trabalhadores ex vi art.º 54 da Constituição. E falece porque os seus fins são, como vimos, limitados, cfr. art.º 423 Código do Trabalho, confinados à participação na vida interna da empresa e não se confundem com os fins amplos das associações sindicais. O legislador não quis criar estruturas justapostas de representação dos trabalhadores, em que sindicatos e comissões se confundiriam; antes assinalou âmbitos diversos a ambos. Aliás, um tal entendimento seria, isso sim, susceptível de um juízo de inconstitucionalidade, já que violaria claramente a liberdade sindical do trabalhador, que compreende designadamente as faculdades de aderir e de abandonar a correspondente associação, e com isso subtrair-se aos efeitos da atuação dessa(s) entidade(s), coisa que não acontece com a comissão de trabalhadores, cujos efeitos se projetam independentemente da filiação dos trabalhadores.

Objetaria a recorrente: então e a comissão nunca pode vir a juízo? E porque é que o n.º 6 do art.º 5 do CPT cambia a terminologia, deixando de falar em associações sindicais para se referir “*estruturas de representação coletiva dos trabalhadores*”? Não significa, realmente, que pode sempre litigar?

Não. O que significa é coisa bem diversa: que a comissão pode realmente litigar - de aí a intenção mudança terminológica - mas nos casos que, por se tratar da prossecução dos seus fins, a lei lho permite, como são os da *qualificação de informações como confidenciais* e da *recusa de prestação de informação* ou de *realização de consultas por parte do empregador*. Dito de outro modo: é apenas na área da sua intervenção que lhe cabe e que pode, naturalmente, intervir - n.º 6 do art.º 5º e do art.º 2-A, do CPT.”

O artigo 1.º da Convenção n.º 135 da OIT já previa a necessidade de proteção dos representantes dos trabalhadores¹¹⁵, necessidade que, entretanto, também resultou, posteriormente, do artigo 7.º da Diretiva 2002/14/CE¹¹⁶. O artigo 16.º da Lei n.º 46/79 garantia aos membros da comissão de trabalhadores (bem como das comissões coordenadoras e das subcomissões) a mesma proteção legal reconhecida aos delegados sindicais. Hoje a proteção concedida aos membros da comissão de trabalhadores resulta do artigo 410.º¹¹⁷ - com a exceção do n.º 3 desse artigo, porquanto resulta da sua letra que não se aplica a membros da comissão de trabalhadores - conjugado com o artigo 331.º, n.º 1, alíneas c) e e), que amplia a tutela a candidatos ao exercício de funções em estruturas representativas de trabalhadores. Apenas duas notas quanto a esta proteção: por um lado, ela não abrange a cessação do contrato de trabalho por razões objetivas¹¹⁸. E, por outro, há hoje situações em que a tutela contra, por

¹¹⁵ “Os representantes dos trabalhadores na empresa devem beneficiar de uma proteção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas atividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em atividades sindicais, na medida em que atuem em conformidade com as leis, convenções coletivas ou outras disposições convencionais em vigor”.

¹¹⁶ “Os Estados-Membros asseguram que os representantes dos trabalhadores gozam, no exercício das suas funções, de proteção e garantias suficientes que lhes permitam realizar de forma adequada as tarefas que lhes são confiadas”.

¹¹⁷ Cfr., também, o artigo 358.º do CT do qual resulta que mesmo numa microempresa não será possível recorrer ao procedimento simplificado para o despedimento de um membro da comissão de trabalhadores. Em todo o caso, ainda que legalmente possível, não parece que a existência de comissões de trabalhadores em microempresas seja uma realidade comum.

¹¹⁸ Ao contrário do que ainda hoje sucede em Espanha - cfr. artigo 68.b) do Estatuto de los Trabajadores (“Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”). CARMEN SAEZ LARA, La representación colectiva de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 58, 2005, pp. 315 e ss., pp. 334-335, refere que a lei espanhola consagra mesmo nas cessações por motivo objetivo a prioridade da permanência na empresa dos

exemplo, o despedimento é mais intensa, como sucede quanto a trabalhadores no gozo dos seus direitos de parentalidade em que na falta de parecer da CITE favorável ao seu despedimento, se exige ação judicial para o concretizar.

Como já referimos, o ordenamento jurídico nacional não prevê nas empresas privadas um mecanismo de participação “forte” - resulta claramente da letra do artigo 428.º do CT que o preceito só se aplica às entidades públicas empresariais.

Não é nosso escopo, neste estudo, analisar detidamente os direitos - outros preferem referir-se a prerrogativas ou competências - da comissão de trabalhadores¹¹⁹, mas apenas destacar como os mesmos não permitem, de todo, falar em uma genuína participação, mas apenas num “envolvimento”, aliás débil em razão de vários fatores.

Os direitos essenciais da comissão não evoluíram muito desde a Lei n.º 46/79. Esta previa no seu artigo 18.º, números 1 e 2, que a comissão tinha o direito de “receber todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade” (alínea a) do n.º 1), “exercer o

representantes dos trabalhadores, ainda que tenha sido interpretada como referindo-se ao mesmo grupo profissional. Como a autora destacava, ob. cit., p. 331, a proteção legal dos representantes dos trabalhadores visa assegurar a eficácia da ação coletiva e a sua própria existência no interior da empresa, já que a ação sindical dentro da empresa exige limites ao poder empresarial de modo a salvaguardar outros direitos e valores com expressão constitucional.

¹¹⁹ Não aludiremos designadamente à participação na elaboração de legislação de trabalho, nos termos dos artigos 469.º e seguintes do CT. Sobre o tema, cfr., por todos, o tratamento metódico de LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Sujeitos Colectivos*, cit., pp. 934 e ss. Entre outras conclusões, o autor defende, e cremos que com inteira razão, a participação cumulativa de associações sindicais e comissões de trabalhadores, por exemplo, e a necessidade de uma interpretação ampla do que seja legislação do trabalho (citando no mesmo sentido a posição de BACELAR GOUVEIA). Sublinhe-se que o autor defende que a intervenção das comissões coordenadoras exclui a das comissões de trabalhadores e vice-versa (ob. cit., p. 940). Mais recentemente, cfr. LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Anotação aos artigos 469.º e ss.*, in *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ e Outros, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1008 e ss.

controle de gestão nas respectivas empresas” (alínea b) do n.º 1), “intervir na organização das actividades produtivas” (alínea c) do n.º 1), “participar na elaboração da legislação do trabalho e nos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector e na elaboração do Plano” (alínea d) do n.º 1), bem como “o direito de gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa” (n.º 2 do artigo 18.º).

Presentemente a lei prevê¹²⁰, igualmente, o direito à informação necessária ao exercício da sua atividade (artigo 423.º, n.º 1, alínea

¹²⁰ Há no Código do Trabalho um amplo leque de normas que prevê o direito da comissão de trabalhadores ora a ser simplesmente informada ora a ser consultada, com emissão de parecer: assim, a título meramente exemplificativo, o artigo 18.º (dados biométricos), o artigo 21.º n.º 4 (utilização de meios de vigilância à distância), o artigo 90.º (organização do tempo de trabalho de trabalhador estudante), o artigo 99.º n.º 2 (elaboração do regulamento interno da empresa), o artigo 131.º n.º 1 alínea c) (formação contínua), o artigo 144.º n.º 1 (informações relativas ao contrato de contrato de trabalho a termo), o artigo 156.º n.º 2 alínea b) (informação relativa a contratação a tempo parcial a prestar a estruturas de representação coletiva dos trabalhadores da empresa), o artigo 186.º n.º 8 (comunicação do início de atividade de trabalhador temporário), o artigo 212.º n.º 3 (consulta prévia aquando da definição e organização dos horários de trabalho), o artigo 217.º n.º 2 (alteração do horário de trabalho), o artigo 231.º n.º 7 (registo do trabalho suplementar), o artigo 241.º n.º 2 (marcação do período de férias), o artigo 242.º n.º 1 alínea b) (encerramento para férias), o artigo 286.º (transmissão de unidade económica), o artigo 293.º n.º 2 (comunicação do início da atividade de trabalhador cedido), o artigo 299.º n.º 1 (comunicação em caso de redução ou suspensão), artigo 311.º números 3 e 4 (procedimento em caso de encerramento temporário por facto imputável ao empregador; sublinhe-se que o n.º 4 prevê que a comissão de trabalhadores pode emitir um parecer sobre o encerramento). Em matéria de cessação do contrato de trabalho é também frequente a intervenção da comissão de trabalhadores: artigo 353.º n.º 2 (comunicação da nota de culpa), artigo 356.º, n.º 5, artigo 357.º n.º 6, artigo 360.º n.º 1 (comunicação em caso de despedimento coletivo), artigo 361.º (negociação em caso de despedimento coletivo), artigo 363.º n.º 3 alínea b) (comunicação da decisão), artigo 369.º n.º 1 (comunicações em caso de despedimento por extinção do posto de trabalho), artigo 370.º n.º 1 (consultas), artigo 371.º n.º 3 (comunicação da decisão), artigo 375.º n.º 4 (despedimento por inadaptação), 376.º n.º 2, artigo 377.º n.º 2 (consultas em caso de despedimento por inadaptação) e artigo 378.º n.º 2 (comunicação da decisão). Note-se que o artigo 225.º n.º 6 a respeito do trabalho noturno estabelece uma obrigação de consulta aos representantes em matéria de segurança e saúde no trabalho, devendo ter-se em conta o artigo 282.º n.º 4 do CT. Sobre estas e ainda outras normas cfr. DAVID CARVALHO MARTINS, As ações para impugnação da confidencialidade, tutela da

a). O conteúdo da informação é precisado pelo artigo 424.º, resultando do preceito que a informação relevante incide, entre outros, sobre aspetos da gestão dos recursos humanos ou gestão de pessoal (n.º 1, alínea e), contabilísticos, fiscais e económicos da empresa¹²¹. Trata-se de um conjunto de elementos amplo¹²² que deveria permitir à comissão de trabalhadores - se, aspeto a que regressaremos adiante, os membros desta dispuserem da formação adequada e/ou a comissão puder recorrer a peritos ou consultores - ter uma visão sobre a situação atual e previsível da empresa e da evolução da sua

personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo, in O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho, Estudos APODIT 2, coord. por Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, pp. 115 e ss., pp. 122 e ss.

¹²¹ Sobre este preceito veja-se o interessante Ac. TRP de 18-02-2013, processo n.º 80/11.3TTBRG.P1 (João Diogo Rodrigues). Nele se afirma que às comissões de trabalhadores - e só a elas - compete definir as informações que são necessárias ao desempenho da respetiva atividade (n.º 2 do sumário), mas também que “[n]o que toca ao conhecimento dos instrumentos de gestão, o direito de informação deve considerar-se respeitado com simples fornecimento de cópia desses documentos; e quanto aos indicadores de gestão económica, financeira e social, bem como os aspetos globais da atividade da empresa, o mesmo direito fica preenchido com o conhecimento daqueles indicadores e aspetos pela comissão de trabalhadores, sem haver necessidade de qualquer comprovação”. O Acórdão afirma que “[q]uanto aos *indicadores de gestão* económica, financeira e social, relativos à situação do aprovisionamento, previsão, volume e administração de vendas, gestão de pessoal, montante da massa salarial e sua distribuição por grupos profissionais, produtividade e absentismo, modalidades de financiamento e questões fiscais [als. c), d), e), g) e h) do n.º 1 do mesmo artº 424.º], o direito de informação fica preenchido com o conhecimento desses indicadores pela comissão de trabalhadores, sem haver necessidade de qualquer comprovação, uma vez que aquela comissão não tem poderes estatutários de inspeção nessas matérias. Tem apenas o direito de as conhecer, pressupondo, naturalmente, que são verdadeiros os dados que lhe são fornecidos, pois que, de outro modo, além do incumprimento do dever de informação, a empresa pode incorrer noutro tipo de responsabilidades”.

¹²² GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª ed., revista, Coimbra Editora, 2007, vol. I, p. 721, afirmam, em comentário ao artigo 54.º da nossa Constituição que “a fórmula enfática do preceito constitucional (“todas as informações necessárias”) não deixa dúvidas sobre o amplo alcance deste direito, cabendo às CT definir o que têm por necessário e não podendo a empresa recusar as informações pedidas, salvo se elas prejudicarem o normal funcionamento da empresa”.

atividade com as suas possíveis repercussões no âmbito laboral¹²³. Note-se, no entanto, que não se consagra, em rigor, que a comissão tem direito à mesma informação a que teria um sócio e não se prevê propriamente a constituição de uma base de dados que deva ser permanentemente atualizada¹²⁴. Por outro lado, e por comparação com

¹²³ A informação coincide, por vezes, com a prevista para os delegados sindicais. Alguma doutrina censura esta coincidência. Assim, FEDERICO DURÁN LÓPEZ, *La participación de los trabajadores*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 1998, n.º 13, pp. 77 e ss., p. 80, critica a atribuição indiferenciada de direitos de informação e consulta aos representantes unitários e aos delegados sindicais, apesar de serem “sujeitos distintos, com lógicas e regras de atuação e funcionamento diversas”. Verifica-se, na verdade, em muitos ordenamentos, uma certa sobreposição ou “confusão” de funções que levou alguma doutrina, por exemplo, francesa, a referir-se a alguma ambiguidade: JEAN-MARC BÉRAUD, *Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français*, Droit Social 2019, pp. 496 e ss. Cfr., igualmente, GILLES AUZERO, *le comité d’entreprise et la représentation syndicale*, in *Le comité d’entreprise dans l’évolution de la représentation collective des salariés*, dir. por Vincent Bonin, LGDJ, Paris, 2017, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015, organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou-Charentes et l’Université de Poitiers, pp. 85 e ss., o qual referindo-se, ainda ao comité d’entreprise, sublinhava que a diferença de poderes e de funções excluía no passado qualquer confusão ou sobreposição entre comité de empresa e delegado sindical (ob. cit., p. 86), já que ao comité cabia o direito a ser informado e consultado e às associações sindicais o poder de apresentar reivindicações, mas na prática a fronteira das funções era cad a vez menos nítida. Entre nós este aspeto foi destacado por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 128, que alerta para uma certa “miscigenação de competências entre associações sindicais e comissões de trabalhadores” e “algum grau de sobreposição entre a capacidade das associações sindicais e a capacidade das comissões de trabalhadores”, embora sublinhe que se trata, porventura, de uma solução pragmática (ob. cit., p. 146) dado o reduzido número de comissões de trabalhadores existentes no nosso país.

¹²⁴ Veja-se, por exemplo, o direito francês que prevê - artigo L2312-18 - uma base de dados económicos, sociais e ambientais com o conjunto de dados e informações recorrentes que o empregador deve pôr à disposição dos membros do comité. Sublinhe-se a referência ao “conjunto de indicadores relativos à igualdade profissional entre homens e mulheres”, mormente retribuições e repartição entre homens e mulheres dos cargos de direção. Esta base de dados deve ser atualizada e acessível em permanência (artigo L2312-36) e deve conter dados sobre o ano em curso, os dois anos anteriores e a perspetiva relativamente aos três anos seguintes; sublinhe-se que o acordo de empresa pode regular a referida base de dados (L2312-21). Na doutrina gaulesa cfr., por exemplo, FRANCK PETIT, *Quelles évolutions des attributions économiques et professionnelles du comité d’entreprise?*, in *Le comité d’entreprise dans l’évolution de la représentation collective des salariés*, dir. por Vincent Bonin, LGDJ, Paris, 2017, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015, organisé par la DIRECCTE

outros regimes legais estrangeiros, não se refere expressamente nem a informação em matéria ambiental, nem em sede de combate à discriminação. O artigo 427.º, ainda que inserido na subsecção sobre o controlo de gestão da empresa, densifica, por assim dizer, o exercício do direito de informação. A informação pode, com efeito, ser prestada na reunião periódica (com uma periodicidade pelo menos mensal) da comissão com o órgão de gestão da empresa (artigo 423.º, n.º 1, alínea g) ou ser solicitada por escrito pela comissão (artigo 427.º n.º 1) e idêntico regime é previsto no âmbito do estabelecimento relativamente à subcomissão.

Pese embora a fórmula legal utilizada - “[e]xercer o controlo de gestão da empresa” - o referido direito de controlo de gestão tem um alcance relativamente modesto¹²⁵. Como o artigo 426.º n.º 1 esclarece, trata-se, no essencial, de “promover o empenhamento responsável dos trabalhadores na atividade da empresa”. Para além da possibilidade de emitir um parecer sobre o orçamento da empresa e suas alterações, a comissão pode apresentar sugestões, críticas e recomendações sobre matérias conexas com a formação profissional e as condições de trabalho e promover medidas que, em geral, visam contribuir para uma melhoria da atividade da empresa e da sua produtividade. Trata-se, pois, da faceta colaborativa inerente ao envolvimento dos trabalhadores. Registe-se, ainda, a possibilidade da sua atuação em defesa “junto dos órgãos de gestão e de fiscalização da

Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou- Charentes et l’Université de Poitiers, pp. 151 e ss. A obrigação de disponibilizar esta base de dados económicos e sociais, introduzida na lei francesa em 2013, deveria ultrapassar a existência de obrigações de informação dispersas e facilitar a intervenção dos representantes dos trabalhadores nas orientações estratégicas das empresas.

¹²⁵ Diferentemente PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., p. 1085, refere-se a um poder bastante amplo.

empresa e das autoridades competentes [d]os legítimos interesses dos trabalhadores” (alínea e) do n.º 2 do artigo 426.º do CT). Pode questionar-se se este direito é verdadeiramente acautelado pelo artigo 5.º do CPT quanto à possibilidade de intervenção com recurso à via judicial.

Da informação transita-se para a consulta obrigatória da comissão de trabalhadores nos casos contemplados no artigo 425.º, em que o empregador deve solicitar o parecer prévio da comissão antes de praticar um dos atos previstos naquele preceito. Sublinhe-se, aliás, que sempre que “esteja em causa decisão por parte do empregador no exercício de poderes de direção e de organização decorrentes do contrato de trabalho, o procedimento de informação e de consulta deve ser conduzido por ambas as partes no sentido de alcançar, sempre que possível, o consenso” (n.º 7 do artigo 427.º). Importa, contudo, ter em conta que não só o eventual parecer da comissão não é vinculante, como a circunstância de o mesmo não ser solicitado não acarreta, em regra, a invalidade ou a ineficácia do ato praticado pelo empregador¹²⁶, expondo-se este apenas a coimas pela prática de contraordenação. Aliás, a falta de solicitação do parecer da comissão de trabalhadores aquando de um procedimento disciplinar conducente ao despedimento (artigo 356.º, n.º 5 do CT) não acarreta nem a ilicitude, nem sequer a irregularidade do despedimento.

¹²⁶ Registe-se, contudo, que a jurisprudência tem, por vezes, decidido que a falta de consulta prévia da comissão de trabalhadores, quando legalmente exigível, representa, não uma mera irregularidade, mas a preterição de uma formalidade indispensável com a consequente invalidade da decisão do empregador. Veja-se, por exemplo, o Ac. STJ de 24-02-2010, processo n.º 248/08.0TTBRG.S1 (Sousa Grandão), a propósito da ausência de consulta da comissão aquando de uma alteração unilateral do horário de trabalho pelo empregador (o Acórdão incidiu sobre o artigo 170.º do CT de 2003; cfr. hoje o artigo 217.º n.º 2 do CT de 2009).

A comissão de trabalhadores não tem, no nosso sistema legal, capacidade originária de celebração de convenções coletivas, designadamente de acordos de empresa. A lei prevê, apenas, no artigo 491.º n.º 3 do CT, na sua redação atual, a possibilidade de uma associação sindical conferir à estrutura de representação coletiva dos trabalhadores na empresa, que será precisamente a comissão de trabalhadores, “poderes para, relativamente aos seus associados, contratar com empresa, com pelo menos, 150 trabalhadores”. Trata-se, nesse caso, de um poder delegado à comissão de trabalhadores. Da letra da lei - estrutura de representação coletiva dos trabalhadores na empresa - parece-nos resultar que tal delegação não pode ocorrer a favor de uma subcomissão, a qual, de resto, como atrás dissemos, não parece que seja uma pessoa jurídica autónoma. Mais delicada é a situação da comissão coordenadora: também esta, em todo o caso, não é uma estrutura de representação coletiva dos trabalhadores na empresa.

O Anteprojeto do Código do Trabalho de 2003 previa a possibilidade de as comissões de trabalhadores celebrarem acordos de empresa¹²⁷. Mas tal solução não ficou consagrada no texto final do Código do Trabalho de 2003, tal como não consta do atual. Para alguma doutrina - referimo-nos designadamente a ALBINO MENDES BAPTISTA - tratou-se de uma oportunidade perdida, frustrando-se o ensejo de dar às comissões de trabalhadores um papel à altura da sua dignidade constitucional.

¹²⁷ Cfr., sobre o tema, ANA TERESA RIBEIRO, *Dos Desafios Atuais à Contratação Coletiva*, Dissertação de Doutoramento, Escola de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2019, pp. 129 e ss.

Não partilhamos esta crítica. É certo que o direito comparado comprova que em certos sistemas se reconhece à representação unitária e não sindical capacidade negocial¹²⁸. Na Alemanha o Betriebsrat pode celebrar acordos (Betriebsvereinbarungen) ainda que não se trate, em rigor, de convenções coletivas¹²⁹ e tenham um caráter subsidiário e na vizinha Espanha boa parte dos acordos de empresa fazem-se com a representação unitárias dos trabalhadores. Mas, e além da controversa questão de saber se a negociação coletiva foi, ou não, reservada pela nossa Constituição às associações sindicais¹³⁰ (como nos parece ter sido), há razões para duvidar da solução acolhida no Anteprojeto. Antes de mais, convém recordar que mesmo em Espanha há quem duvide da compatibilidade da solução da lei espanhola com as Convenções da OIT¹³¹.

Todavia, e sobretudo, importa, atender a outros fatores. Em primeiro lugar, à vulnerabilidade acrescida da comissão de trabalhadores e dos seus membros por comparação com uma associação sindical: enquanto esta última normalmente transcende a empresa e a

¹²⁸ Sobre os exemplos espanhol e francês cfr. ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., pp. 130 e ss.

¹²⁹ JEAN-MARC BÉRAUD, *Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français*, Droit Social 2019, pp. 496 e ss., p. 497, destaca que a Alemanha não ratificou a Convenção n.º 154 da OIT e não está vinculada pelo seu artigo 3.º

¹³⁰ Uma panorâmica da discussão em Portugal pode encontrar-se em ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., pp. 125 e ss.

¹³¹ Cfr., por exemplo, JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN, *La legitimación negociadora de comités de empresa y delegados de personal: Una perspectiva crítica*, in *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales*, Estudios en homenaje al professor Fernando Valdés Dal-Ré, Editorial Bormazo, Albacete, 2021, pp. 277 e ss., p. 278, considera que as convenções e recomendações da OIT apontam no sentido da prioridade dos sindicatos na negociação coletiva e denuncia o que apelida de “confusão e contradição do nosso modelo constitucional de negociação coletiva, que permite atribuir aos órgãos de representação unitária legitimidade negociadora [de convénios coletivos]” (ob. cit., p. 287).

negociação que leve a cabo será, em regra, conduzida por negociadores estranhos à empresa, os membros da comissão são trabalhadores da empresa, expostos em muito maior medida a pressões e eventuais retaliações se não celebrarem um acordo mais vantajoso para o seu empregador. Além disso, e era precisamente esse o sentido da proposta de ALBINO MENDES BAPTISTA, se a comissão interviesse como um ator da negociação coletiva seria difícil não a dotar de meios de ação coletiva como o direito à greve¹³² ¹³³. Na nossa perspectiva, no entanto, trazer o conflito coletivo para o seio da empresa não é, todavia, o desiderato dos sistemas de envolvimento dos trabalhadores, que visam, antes, criar um momento de diálogo e “promover o empenhamento responsável dos trabalhadores na atividade da empresa”, como bem exprime o n.º 1 do artigo 426.º do CT¹³⁴.

¹³² ALBINO MENDES BAPTISTA, ob. cit., pp. 216-217.

¹³³ Tal não exclui como já há quarenta anos observava MICHEL DESPAX, *La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise: les accords en marge de la loi*, *Droit Social* 1982, pp. 672 e ss., p. 674, que como pessoa jurídica que é a comissão de trabalhadores não possa celebrar contratos com o empregador dos quais possam resultar obrigações para as partes, bem como o que se designa, por vezes, por acordos atípicos, podendo na opinião do autor do seu cumprimento pelo empregador resultar usos laborais. Já RAYMONDE VATINET, *La négociation au sein du comité d'entreprise*, *Droit Social* 1982, pp. 675 e ss., p. 677, defendia que estes acordos (que aliás considerava que frequentemente seriam mais acordos políticos que jurídicos) não eram fonte de direito e não vinculavam os trabalhadores sobretudo quando lhes fossem prejudiciais. Diremos que, por maioria de razão, se a verdadeira convenção coletiva cede perante contratos individuais de trabalho mais favoráveis o mesmo sucederá necessariamente com estes acordos.

¹³⁴ Uma visão muito diversa neste aspeto é a sustentada por JOÃO REIS, ob. cit., p. 157, para quem, com este artigo 426.º n.º 1, “a lei ordinária subverte, se não totalmente pelo menos no seu sentido essencial, o comando constitucional. Ainda que com algumas sombras, pretende-se transformar a comissão de trabalhadores em simples órgão de colaboração, como se a instância de representação significasse unicamente conciliação mas já não conflito de interesses, como se a comissão de trabalhadores materializasse uma “representação participativa”, mas já não “uma participação conflitual”.

4. De que meios e financiamento dispõem as comissões de trabalhadores para o desempenho das funções que lhes são atribuídas por lei?

Mas existe, ainda, um outro problema que, a nosso ver, prejudica gravemente toda a utilidade ou viabilidade prática do regime legal português sobre as comissões de trabalhadores. Referimo-nos aos meios de que a comissão pode dispor para a realização das suas múltiplas tarefas.

Como é sabido, a lei prevê que “[o] empregador deve pôr à disposição da comissão ou subcomissão de trabalhadores instalações adequadas, bem como os meios materiais e técnicos necessários ao exercício das suas funções” (n.º 1 do artigo 421.º). Mas este dever de disponibilizar instalações e meios, dever de contornos aliás delicados^{135 136} e que coexiste, por exemplo, com o direito a instalações do

¹³⁵ Entre nós sobre o tema cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, Notas práticas sobre atribuições e funcionamento de comissões de trabalhadores - Parte I: financiamento e apoio, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015, vol. II, pp. 129 e ss. O autor tenta encontrar a linha de fronteira entre o apoio permitido e o financiamento vedado, mas parece-nos ir longe de mais na condenação do que chama de “financiamento indireto”. Assim, por exemplo, o empregador poderia pôr à disposição da comissão de trabalhadores uma fotocopiadora, mas já não pagar o papel das fotocópias (ob. cit., pp. 143-144). Este caso (em que o autor reconhece, aliás, que o seu pensamento é aparentemente contraditório, ob. cit., p. 144, n. 30) ilustra bem, parece-nos, a dificuldade em distinguir o apoio material e técnico e o chamado financiamento indireto.

¹³⁶ Sobre o tema cfr., com muito interesse, ANA ROSA ARGÜELLES BLANCO, Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios, Actualidad Laboral 2000, XXVI, n.º 22, pp. 367 e ss. A autora defende que a extensão do dever do empregador de proporcionar instalações adequadas tem que ser apurado no caso concreto, atendendo à boa fé, em função de certos fatores como a dimensão da empresa e o espaço físico da mesma. Quanto maior for o espaço de que dispõe o empresário menos credível será a sua afirmação de que não pode ceder um espaço para utilização pelos representantes dos trabalhadores (ob.

delegado sindical (artigo 465.º, n.º 1), insere-se num sistema legal em que há uma proibição absoluta de o empregador financiar o funcionamento das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (artigo 405.º n.º 2)¹³⁷. Aliás, a lei estabelece (artigo 434.º, n.º 1, alínea e) do CT) que os estatutos da comissão de trabalhadores devem prever “o modo de financiamento das atividades da comissão, a qual não pode, em caso algum ser assegurado por uma entidade alheia ao conjunto dos trabalhadores da empresa”. Em termos financeiros parece exigir-se que a comissão viva num regime de “isolamento virtuoso” não podendo, por exemplo, ser financiada por um sindicato (que normalmente será uma entidade alheia ao conjunto dos trabalhadores da empresa) ou por uma associação de defesa do meio ambiente ou de defesa dos consumidores (veja-se também o n.º 1 do artigo 405.º e a proibição de “mútuo financiamento”). Mas, então, com que recursos é que a comissão poderá pagar a formação dos

cit., p. 371). A Autora admite que o local possa não ser de uso exclusivo (só durante algumas horas do dia é que será reservado para os representantes) o que sempre será melhor que nada e admite também que o local seja de uso repartido entre os membros da comissão de trabalhadores (melhor, os representantes unitários) e os representantes sindicais (ob. cit., pp. 375-376). A adequação das instalações respeita “tanto a características interiores (tamanho, ventilação, luminosidade, intimidade), como às exteriores (identificação, acessibilidade)” de modo a permitir que os representantes dos trabalhadores possam desempenhar cabalmente as suas tarefas, funções internas (reuniões do órgão, debates) como externas (receber os representados) (ob. cit., p. 377). Como decidiu um tribunal espanhol, facultar um espaço onde se tomam os pequenos-almoços, sem teto e com motores e tubos do sistema de extração do ar que fazem um ruído considerável não é um espaço adequado...

¹³⁷ Cfr. o que a este propósito afirma ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 828. Depois de destacar que “sempre foi usual e frequente a prática da inclusão de verbas para esse fim [financiamento da atividade das comissões] nos orçamentos das empresas”, conclui que “a prática da inclusão de um orçamento da comissão de trabalhadores no orçamento geral da empresa será sempre ofensiva do princípio de independência financeira gravado na lei”.

seus membros^{138 139}? Não deverá ser o empregador a custeá-la?¹⁴⁰ E poderá um sindicato, como sucede noutros países, financiar a formação de um membro da comissão de trabalhadores para que possa negociar um acordo de empresa quando esse sindicato delega na comissão poderes para tanto?

Esta situação contrasta com o que sucede, por exemplo, em França em que há muito está prevista a obrigação dos empregadores em empresas de certa dimensão de entregarem à estrutura representativa dos trabalhadores uma prestação pecuniária calculada em percentagem da massa salarial^{141 142}.

¹³⁸ Recorde-se que na matéria da segurança e saúde no trabalho a lei prevê a eleição de representantes específicos, mas se estes não existirem os trabalhadores serão representados também nessa matéria pela comissão de trabalhadores (artigo 282.º n.º 4 do CT) e aqui prevê-se a obrigação do empregador de dar aos representantes dos trabalhadores formação adequada (n.º 3 do artigo 282.º).

¹³⁹ Na Alemanha, e como destaca MARCO BIASI, ob. cit., p. 39, é frequente que os membros do Betriebsrat participem em ações de formação realizadas pelos sindicatos.

¹⁴⁰ GRÉGOIRE LOISEAU, Le comité social et économique, Droit Social 2017, pp. 1044 e ss., p. 1049, considera ser essencial a questão de saber quem suporta os custos da atividade do comité, mormente as peritagens: “la lanterne des instances de représentation du personnel”.

¹⁴¹ LAURENT MILET, Le financement du CSE, Le Droit Ouvrier 2023, n.º 900, pp. 444 e ss. Em França a lei de 28 de outubro de 1982 criou uma subvenção para o funcionamento do que na época era o *comité d'entreprise* (substituído, entretanto, pelo *comité social et économique*). Essa subvenção é hoje de 0,2% da massa salarial bruta nas empresas de 50 a menos de 2000 trabalhadores. Desde a *ordonnance* de 22 de setembro de 2017 o seu montante é de 0,22% da massa salarial bruta nas empresas com pelo menos 2000 trabalhadores. Em princípio trata-se de uma subvenção anual (ob. cit., p. 452), embora na prática as modalidades de pagamento e a periodicidade sejam frequentemente acordadas entre o empregador e o CSE.

¹⁴² Sobre a experiência finlandesa de utilização de fundos públicos para estimular a inovação e a produtividade para apoio a estruturas de representação dos trabalhadores na empresa cfr. TUOMO ALASOINI/ASKO HEIKKILÄ/ELISE RAMSTAD/PEKKA YLÖSTALO, Promotion of participatory workplace practices through a publicly-funded programme: experiences from Finland, in *The Ambivalent Character of Participation*, coord. por Francesco Garibaldi/Volker Telljohann, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, pp. 657 e ss.

Acresce que frequentemente a comissão sentirá, razoavelmente, a necessidade de contratar peritos, por exemplo para analisar documentos contabilísticos ou as questões da transparência algorítmica¹⁴³, introduzida como novo conteúdo do direito de informação da comissão pela Lei n.º 13/2023 de 3 de abril¹⁴⁵. Não se prevê, como regra, o direito da comissão de trabalhadores de recorrer a peritos no exercício das suas funções, custeados pelo empregador¹⁴⁶, ao contrário do que sucede, por exemplo, na Alemanha e em França¹⁴⁷. O

¹⁴³ Em França YANN LEROY, *Le comité social et économique face à l'intelligence artificielle*, in *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, Les Travaux de l'AFDT, dir. por Patrice Adam, Martine Le Friant e Yasmine Tarasewicz, Dalloz, Paris, 2020, pp. 131 e ss., pp. 131-132, questiona se os representantes dos trabalhadores, sobretudo os membros do “comité social et économique” são verdadeiramente competentes para exercer este controlo.

¹⁴⁴ Sem esquecer outras competências. O considerando preliminar 23 da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 prevê que os Estados Membros devem assegurar que seja dado aos representantes dos trabalhadores acesso a informações pertinentes e atualizadas sobre a disponibilidade de instrumentos de alerta precoce e deverão ter a possibilidade de apoiar os representantes dos trabalhadores na avaliação da situação económica do devedor. Por outro lado, tenha-se em conta o artigo 138.º da Lei n.º 27/20 de 23 de julho sobre as comissões de acompanhamento dos planos de fundos de pensões.

¹⁴⁵ Sobre esta permitimo-nos remeter para JÚLIO GOMES, *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, in XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *In Memoriam* Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 149 e ss., pp. 162 e ss.

¹⁴⁶ A proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de dezembro de 2021, relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas, no seu artigo 9, prevê que os representantes dos trabalhadores podem ser assistidos por um especialista à sua escolha para examinar a informação. Segundo tal proposta os representantes dos trabalhadores ou até estes mesmos podem ser assistidos no seu coenvolvimento por um perito à sua escolha se tal for necessário para examinar as questões e formular um parecer. As despesas proporcionadas com o perito ficarão a cargo da plataforma se esta tiver mais de 500 trabalhadores num Estado-Membro.

¹⁴⁷ Cfr. LAURENT MILET, *La rémunération de l'expert-comptable du comité social et économique*, *Le Droit Ouvrier* 2022, n.º 885, pp. 255 e ss. A lei francesa prevê o direito do CSE de recorrer a um perito contabilista, sendo que a remuneração do mesmo em certos casos poderá ficar inteiramente a cargo do empregador. Trata-se, em todo o caso, de uma situação que o autor apelida de “devedor de geometria variável”. O perito tem uma relação contratual apenas com o comité e uma relação extracontratual com o empregador, detendo um direito de crédito sobre o empregador para o pagamento dos seus honorários. A partir de 2017 nem todas as peritagens são

direito da estrutura representativa dos trabalhadores - que pode, no caso concreto, ser a comissão de trabalhadores - a fazer-se assistir por um perito apenas se encontra previsto no artigo 361.º n.º 4 do CT a propósito da fase de informações e negociações no despedimento coletivo¹⁴⁸. Contudo, múltiplas atividades, mormente de consulta, da comissão de trabalhadores dificilmente poderão ser executadas cabalmente sem essa assistência de um perito^{149 150}, seja ele, conforme os casos, um contabilista, um técnico de informática e programação ou um jurista. Para já não falar da possível necessidade de contratar advogados numa ação intentada pela comissão contra o empregador (ou vice-versa).

Há, pois, que concordar com a doutrina nacional, aliás já abundante, ainda que não pacífica¹⁵¹ - referimo-nos, por exemplo, a

integralmente pagas pelo empregador. No entanto, resulta do artigo L.2315-80 que o empregador deve remunerar o perito a 100% se este for designado para a consulta periódica sobre a situação económica e financeira da empresa; a consulta sobre a política social e as condições de trabalho e emprego; no caso de projeto de despedimento coletivo por motivo económico e social de pelos menos dez trabalhadores num período de 30 dias. Mas existe um contencioso importante sobre o montante dos honorários dos peritos. Sublinhe-se que de acordo com os artigos L.2315-81 e R.2315-46 o perito deve notificar o empregador no prazo de dez dias a contar da sua designação do custo provisório da peritagem e da sua extensão e duração previsíveis. O empregador pode impugnar preventivamente e pôr em causa a extensão, a duração e o custo indicados. Cfr., igualmente, LUCAS BENTO DE CARVALHO, *La désignation de l'expert-comptable du comité social et économique*, *Le Droit Ouvrier* 2022, n.º 885, pp. 227 e ss.

¹⁴⁸ Defendendo, contudo, que o perito a que a comissão de trabalhadores recorra não é pago pelo empregador, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁴⁹ Sublinhe-se que já a Diretiva 2002/14/CE no seu artigo 6.º se referia a “peritos que eventualmente os assistam” - aos representantes dos trabalhadores.

¹⁵⁰ FRANCIS MEYER, *Les moyens d'action des élus: se former, s'informer, délibérer*, in *Le comité d'entreprise dans l'évolution de la représentation collective des salariés*, dir. por Vincent Bonin, LGDJ, Paris, 2017, *Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015*, organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou-Charentes et l'Université de Poitiers, pp. 157 e ss., pp. 159-160, observa que a formação pode não ser suficiente, como tão-pouco será suficiente a existência em França da base de dados económicos e sociais. Em certas matérias, como por exemplo, a fiscal, será essencial poder recorrer a peritos.

¹⁵¹ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA; *ob. cit.*, p. 134, n. 12, critica a afirmação de ALBINO

ALBINO MENDES BAPTISTA, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹⁵², PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁵³, JOÃO REIS¹⁵⁴ - que denunciou o “declínio” das comissões de trabalhadores e o desvio significativo entre a aparente importância que a Constituição lhes atribui e o papel, na realidade muito modesto, que a lei ordinária lhes consente. No entanto, talvez não se trate, em rigor, de um desvio, mas antes do corolário da consagração da figura na nossa Constituição tal como esta ocorreu - o legislador constituinte viu-se confrontado com uma realidade que não podia ignorar, dada a existência espontânea após a Revolução de 25 de abril de 1974 de numerosas experiências de representação unitária dos trabalhadores na empresa, mas que não queria genuinamente incentivar¹⁵⁵. Verificou-se aqui aquela “curiosa

MENDES BAPTISTA de que as comissões de trabalhadores estariam a cair em desuso e refere que “[e]m alguns setores, como o financeiro, as CdT permanecem em notável atividade”. Por seu turno, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 621, afirma que “[o] actual enfraquecimento das associações sindicais e o crescente individualismo dos trabalhadores, mais preocupados com a situação da sua empresa que com a sua categoria profissional, pode levar, porém, a uma maior importância das comissões de trabalhadores”.

¹⁵² Ob. cit., p. 825: “Desde o início dos anos oitenta, o “movimento” das comissões de trabalhadores entrou e manteve-se, até hoje, em processo de incessante declínio”.

¹⁵³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., p. 1082: “[n]o nosso sistema jurídico, o papel das comissões de trabalhadores é relativamente reduzido”

¹⁵⁴ JOÃO REIS; ob. cit., pp. 143-144. O autor destaca que “Portugal é um país de micro e pequenas empresas” onde não há praticamente comissões de trabalhadores e que o número destas tem estado em gradual declínio, embora sublinhe que, curiosamente, tem aumentado o número de comissões coordenadoras (de 1 em 2000, para 5 em 2010).

¹⁵⁵ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, ob. cit., p. 225, depois de sublinhar que “o surto [de aparecimento espontâneo de numerosas comissões de trabalhadores após o 25 de abril de 1974] teve um êxito retumbante e, em muitas empresas, os trabalhadores passaram a usufruir de novas condições de trabalho, obtidas com maior facilidade, à margem de sistemas de conflito institucionalizados e sem intervenção sindical”, acrescenta que “[e]ste processo não pôde deixar de constituir uma preocupação para os dirigentes sindicais, marginalizados, que foram antevendo o descrédito do poder reivindicativo dos sindicatos, em face das actuações, mais práticas e directas, da responsabilidade das assembleias de trabalhadores e das comissões por estes eleitas”.

aliança”, como lhe chamou ALBINO MENDES BAPTISTA¹⁵⁶, entre um patronato que não via com bons olhos qualquer real interferência dos trabalhadores na tomada de decisões na empresa e um movimento sindical que não desejava, de todo, fenómenos de democracia direta na empresa ou que pudessem perturbar a pureza da luta de classes...

É algo irónico, aliás, que a comissão de trabalhadores que porventura mais sucesso mediático tem tido entre nós - referimo-nos, claro está, à comissão de trabalhadores da Autoeuropa - opere, em grande medida, como se a empresa representasse um enclave de direito alemão no nosso território, com acordos ditos atípicos e subsequentemente referendados, mas sem que tal experiência tenha contribuído para que os nossos decisores políticos se interrogassem sobre se o sistema português de representação dos trabalhadores na empresa não deveria ser revisto ou, ao menos, modernizado...

Em conclusão, e no plano do direito a constituir, tendo em atenção a experiência de ordenamentos como o francês ou o espanhol, países que pensamos poder afirmar que são social e culturalmente próximos do nosso, atrevemo-nos a sugerir que uma tal modernização poderia passar, no plano do direito a constituir, por vários vetores: simplificação dos processos eleitorais, prevendo-se a eleição eletrónica (tanto mais que podem hoje existir empresas puramente virtuais ou digitais, sem necessidade de um espaço físico para a produção); reflexão sobre a possibilidade de introduzir nas grandes empresas (ou, ao menos, nas muito grandes) a obrigatoriedade de existência de representantes dos trabalhadores (desde logo, em matéria de segurança e saúde no trabalho e porventura, também, comissões de

¹⁵⁶ Ob. cit., p. 209.

trabalhadores); a necessidade de articular a representação unitária e a representação sindical, facilitando a sua colaboração mútua de modo a que deixem de ser estruturas concorrentes e isoladas; atualização das áreas de intervenção das comissões de trabalhadores (potenciando a sua atuação, designadamente, nas áreas da formação profissional contínua, inteligência artificial¹⁵⁷, combate à discriminação e tutela do meio ambiente e da produção sustentável); e, *last but by no means least*, previsão de meios de financiamento da atividade da comissão de trabalhadores, incluindo o recurso a peritos para o desempenho cabal das suas funções.

Bibliografia

ALAIMO, ANNA - *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, WPCSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 219/2014, Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D’Antona”, <http://csdle.lex.unict.it>

ALASOINI, TUOMO/ HEIKKILÄ, ASKO/ RAMSTAD, ELISE / YLÖSTALO, PEKKA - *Promotion of participatory workplace practices through a publicly-funded programme: experiences from Finland*, in *The Ambivalent Character of Participation*, coord. por Francesco Garibaldi/Volker Telljohann, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, pp. 657 e ss.

¹⁵⁷ CARLO CESTER, ob. cit., pp. 442-443.

ALES, EDOARDO - *Informazione e Consultazione nell'Impresa: Diritto dei Lavoratori o Dovere del Datore di Lavoro? Un'Analisi Comparata*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2009, parte I, pp. 221 e ss.

APOSTOLI, ADRIANA - *La forza propulsiva dell'art. 46 della Costituzione al di là della sua sostanziale inattuazione*, in Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato, coord. por Carlo Zoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 15 e ss.

ARGÜELLES BLANCO, ANA ROSA - *Derechos para la libre expresión y comunicación de los representantes unitarios: local y tablón de anuncios*, Actualidad Laboral 2000, XXVI, n.º 22, pp. 367 e ss.

AUZERO, GILLES - *Le comité d'entreprise et la représentation syndicale*, in Le comité d'entreprise dans l'évolution de la représentation collective des salariés, dir. por Vincent Bonin, LGDJ, Paris, 2017, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015, organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou- Charentes et l'Université de Poitiers, pp. 85 e ss.

BAGLIONI, GUIDO - *La nozione di partecipazione dei lavoratori nella direttiva sulla società europea*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 2003, n.º 98, pp. 159 e ss.

BAPTISTA, ALBINO MENDES - *Código de Processo do Trabalho anotado*, Quid Juris?, Lisboa, 2000.

BAPTISTA, ALBINO MENDES - *Que futuro para as comissões de trabalhadores?*, in Memórias do VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho, coord. por António José Moreira e Teresa Coelho Moreira, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 205 e ss.

BÉRAUD, JEAN-MARC - *Représentation élue et représentation syndicale, les ambiguïtés du modèle français*, Droit Social 2019, pp. 496 e ss.

BERCUSSON, BRIAN - *The European Social Model Comes to Britain*, Industrial Law Journal 2002, vol. 31, pp. 209 e ss.

BIASI, MARCO - *La partecipazione dei lavoratori alla gestione e la Mitbestimmung tedesca*, in Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato, coord. por Carlo Zoli, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 33 e ss.

BINKERT, GERHARD/ REMY, PATRICK - *Le Conseil d'Établissement Allemand: Quelle Comparaison avec le Comité d'Entreprise Français?* in Le Comité d'Entreprise dans l'Évolution de la Représentation Collective des Salariés, dir. por VINCENT BONNIN, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015 organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou-Charentes et l'Université de Poitiers, Presses universitaires juridiques, Université de Poitiers, 2017, pp. 121 e ss.

BLANKE, THOMAS - *Article 27 of the European Charter: information and consultation at enterprise level as a European*

fundamental social right, Diritti, lavori, mercati 2003, n.º 1, pp. 25 e ss.

BORENFREUND, GEORGES - *La fusion des institutions représentatives du personnel, Appauvrissement et confusion dans la représentation*, Revue de Droit du Travail 2017, pp. 608 e ss.

BRONZINI, GIUSEPPE - *Diritti dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, Rassegna di diritto pubblico europeo 2010, n.º 1, pp. 27 e ss.

CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., revista, Coimbra Editora, 2007, vol. I.

CARIAT, NICOLAS - *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les États membres*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2016.

CARUSO, BRUNO/ PAPA, VERONICA - *I Percorsi "Accidentali" della Carta dei Diritti Fondamentali della'UE... eppur la Talpa Scava*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale 2014, ano LXV, pp. 185 e ss.

CARVALHO, CATARINA OLIVEIRA - *Breves considerações sobre o envolvimento dos trabalhadores nas organizações transnacionais no direito da União Europeia* in *Vinte Anos de Questões Laborais, Questões Laborais* n.º 42 (número especial), 2013, pp. 109 e ss.

CARVALHO, LUCAS BENTO DE - *La désignation de l'expert-comptable du comité social et économique*, Le Droit Ouvrier 2022, n.º 885, pp. 227 e ss.

CASALE, GIUSEPPE - *Riflessioni sulla posizione dell'OIL in materia di partecipazione dei lavoratori*, Diritto delle Relazioni Industriali 2004, ano XIV, n.º 1, pp. 172 e ss.

CESTER, CARLO - *La Partecipazione dei Lavoratori: Qualcosa si Muove?*, Argomenti di Diritto del Lavoro 2023, n.º 3, pp. 433 e ss.

CIOCCA, GIULIANA - ver OLIVELLI, PAOLA.

COMANDÈ, DANIELA - *Artigo 27, Commento (§§ 2, 2.1, 2.2, 2.3)* in Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dir. por R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Giuffrè, Milano, 2017.

CORREIA, LUÍS BRITO - *A Lei sobre as Comissões de Trabalhadores*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 40 (1980), pp. 443 e ss.

CORTI, MATTEO - *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.

CORTI, MATTEO - *Le esperienze partecipative in altri Paesi europei*, in Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato, coord. por Carlo Zoli, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 53 e ss.

DESPAX, MICHEL - *La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise: les accords en marge de la loi*, Droit Social 1982, pp. 672 e ss.

DIRRINGER, JOSEPHA - *La représentation collective des salariés: bagatelle ou sentinelle?*, Droit Social 2018, pp. 253 e ss.

DORSSEMONT, FILIP - The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; less than a Right and less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2014, vol. 21, n.º 4, pp. 704 e ss.

DORSSEMONT, FILIP - *Comment to Article 27*, in The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, ed. por Steve Peers, Tamara Hervey, Jeff Kenner e Angela Ward, Hart Publishing, Oxford, 2.^a ed., 2021, pp. 779 e ss.

DURÁN LÓPEZ, FEDERICO - *La participación de los trabajadores*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 1998, n.º 13, pp. 77 e ss.

EWING, K.D. / TRUTER, G.M. - *The Information and Consultation of Employees Regulations: Voluntarism's Bitter Legacy*, The Modern Law Review 2005, vol. 68, pp. 626 e ss.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO - *Direito do Trabalho*, 22.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

GALIANA MORENO, J. M./ GARCÍA ROMERO, BELÉN - *La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 43, 2003, pp. 13 e ss.

GALLEGO MONTALBÁN, JONATHAN - *La necesaria adaptación de las elecciones sindicales a un contexto digital y telemático*, Revista de Derecho Social n.º 99, 2022, pp. 63 e ss.

GARCÍA ROMERO, BELÉN - ver GALIANA MORENO, J. M.

GAROFALO, MARIO GIOVANNI - *Qualche osservazione su partecipazione e conflitto*, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 357 e ss.

GIESEN, RICHARD - *EU-Richtlinienvorschlag zur Information und Anhörung der Arbeitnehmer*, Recht der Arbeit 2000, pp. 298 e ss.

GOMES, JÚLIO - *Anotação ao artigo 27.º*, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, coord. por Alessandra Silveira/Mariana Canotilho, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 331 e ss.

GOMES, JÚLIO - *O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial*, in XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho, *In Memoriam* Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 149 e ss.

HEIKKILÄ, ASKO - ver ALASOINI, TUOMO.

HEUSCHMID, JOHANNES - *Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta - Fehlanzeige?*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2014, pp. 514 e ss.

ICHINO, PIETRO - *La Partecipazione dei Lavoratori nell'Impresa. Le Regioni di un Ritardo*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2018, parte I, pp. 861 e ss.

JANSEN, PETER/ SEUL, OTMAR - *Traditions et perspectives du dialogue social dans les entreprises et les établissements de l'Union européenne*, in Peter Jansen/Otmar Seul, *Das erweiterte Europa: Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen*, Peter Lang, Bern, 2009, pp. 9 e ss.

JANSEN, PETER/ SEUL, OTMAR - *Droits d'information et de consultation dans l'entreprise: la diversité harmonisée dans l'UE*, in Peter Jansen/Otmar Seul, *Das erweiterte Europa: Arbeitnehmerbeteiligung an der Entscheidungsfindung im Unternehmen*, Peter Lang, Bern, 2009, pp. 425 e ss.

KREBBER, SEBASTIAN - *Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2016, n.º 1, pp. 3 e ss.

LANDA ZAPIRAIN, JUAN PABLO - *La legitimación negociadora de comités de empresa y delegados de personal: Una perspectiva crítica*, in *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales*, Estudios em homenaje al professor Fernando Valdés Dal-Ré, Editorial Bormazo, Albacete, 2021, pp. 277 e ss.

LAULOM, SYLVAIN - *Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France)*, in *La Représentation Collective des Travailleurs, Ses Transformations à la Lumière du Droit Comparé*, coord. por MARIE-ANGE MOREAU, Dalloz, Paris, 2012, pp. 113 e ss.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES - *Direito do Trabalho*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2021.

LEROY, YANN - *Le comité social et économique face à l'intelligence artificielle*, in *Intelligence artificielle, gestion du personnel et droit du travail*, Les Travaux de l'AFDT, dir. por Patrice Adam, Martine Le Friant e Yasmine Tarasewicz, Dalloz, Paris, 2020, pp. 131 e ss.

LOISEAU, GRÉGOIRE - *Le comité social et économique*, Droit Social 2017, pp. 1044 e ss.

LUKAS, KARIN - *The Revised European Social Charter*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, USA, 2021.

MARISCH, MIRONA - Das System der Arbeitnehmervertretung und des Sozialen Dialogs im rumänischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, PL Academic Research, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO - Direito do Trabalho, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

MARTINS, DAVID CARVALHO - *As ações para impugnação da confidencialidade, tutela da personalidade do trabalhador e da igualdade e não discriminação em função do sexo*, in O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho, Estudos APODIT 2, coord. por Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira, AAFDL Editora, Lisboa, 2016, pp. 115 e ss.

MARTIRE, GIOVANNA - *Workers' Involvement*, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di partecipazione alla Gestione delle Imprese, Seminario Internazionale di Diritto del Lavoro Comparato - Pontignano XXII, Ceresa di Pontignano (Siena), 17-23 Luglio 2005, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 474 e ss.

MELLA MÉNDEZ, LOURDES - *Reflexiones sobre el sistema de representación de los trabajadores en el Derecho portugués*, Revista española de Derecho del Trabajo, n.º 88, 1998, pp. 253 e ss.

MILET, LAURENT - *La rémunération de l'expert-comptable du comité social et économique*, Le Droit Ouvrier 2022, n.º 885, pp. 255 e ss.

MILET, LAURENT - *Le financement du CSE*, Le Droit Ouvrier 2023, n.º 900, pp. 444 e ss.

MOREIRA, VITAL - ver CANOTILHO, GOMES.

OLIVELLI, PAOLA - *Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese*, in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 17 e ss.

OLIVELLI, PAOLA/ CIOCCA, GIULIANA - *La Partecipazione del Sindacato in Generale*, in Conflitto, Concertazione e Partecipazione, coord. por Fiorella Lunardon, vol. III do Trattato di Diritto del Lavoro, dir. por Mattia Persiani e Franco Carinci, Cedam, Padova, 2011, pp. 773 e ss.

OLSSON, PETRA HERZFELD - *Possible Shielding Effects of Article 27 on Workers' Rights to Information and Consultation in the EU Charter of Fundamental Rights*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations vol. 32, 2, 2016, pp. 251 e ss.

PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS - *El comité de empresa y sus competencias (En torno a los artículos 63 y 64)*, in El Estatuto de los Trabajadores Veinte años después, Revista Española de Derecho del Trabajo, 2000, n.º 100, vol. II, pp.1255 e ss.

PALOMO VÉLEZ, RODRIGO IGNACIO - *La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo 2010, n.º 147, pp. 661 e ss.

PEDRAZZOLI, MARCELLO - *Partecipazione, Costituzione Economica e Art. 46 della Costituzione. Chiose e Distinzione sul Declino di un'Idea*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2005, parte I, pp. 427 e ss.

PEDRAZZOLI, MARCELLO - *Sulla Partecipazione dei Lavoratori e la sua Essenza Costituzionale*, in Tutele del Lavoro ed Esigenze della Produzione, Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo, coord. por Luca Calcaterra, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, vol. II, pp. 1547 e ss.

PETIT, FRANCK - *Quelles évolutions des attributions économiques et professionnelles du comité d'entreprise?*, in Le comité d'entreprise dans l'évolution de la représentation collective des salariés, dir. por Vincent Bonin, LGDJ, Paris, 2017, Actes du colloque du 10 et 11 décembre 2015, organisé par la DIRECCTE Poitou-Charentes, le CREDES-Cezam Poitou- Charentes et l'Université de Poitiers, pp. 151 e ss.

PIGNARRE, G. - *Le comité d'hygiène et de sécurité n'est pas soluble dans le comité social et économique*, Revue de Droit du Travail 2017, pp. 647 e ss.

PINTO, MÁRIO - Direito do Trabalho, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

VAN RAEPENBUSCH, SEAN - *L'horizontalité des principes sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne: un miroir aux alouettes ou une avancée significative?*, Le Droit du Travail au XXe Siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez, coord. por Philippe Gosseries/Marc Morsa, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 107 e ss.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA - Tratado de Direito do Trabalho, Parte III, Situações Laborais Colectivas, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2023.

RAMSTAD, ELISE - ver ALASOINI, TUOMO.

REBHAHN, ROBERT - *Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation*, (Part I), The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2003, pp. 271 e ss.; (Part II) The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2004, pp. 107 e ss.

REIS, JOÃO - *Envolvimento e participação dos trabalhadores na empresa*, in Vinte Anos de Questões Laborais, Questões Laborais n.º 42 (número especial), 2013, pp. 139 e ss.

REMY, PATRICK - ver BINKERT, GERHARD.

RIBEIRO, ANA TERESA - Dos Desafios Atuais à Contratação Coletiva, Dissertação de Doutoramento, Escola de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2019.

RIEBLE, VOLKER - *Die Akteure im kollektiven Arbeitsrecht*, Recht der Arbeit 2004, pp. 78 e ss.

RIESENHUBER, KARL - European Employment Law, A Systematic Exposition, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012.

RIGAUX, MARC - Droit du Travail ou de la Concurrence Sociale?, Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause, Bruylant, Bruxelles, 2009.

RODIÈRE, PIERRE - *Le “cadre général” relatif à l’information et à la consultation des travailleurs dans l’entreprise*, Semaine Sociale Lamy, 3 mars 2003, n.º 1112, pp. 33 e ss.

RÖNNMAR, MIA - *Information, Consultation and Worker Participation - An Aspect of EU Industrial Relations from the Swedish Point of View*, in EU Industrial Relations v. National Industrial Relations, Comparative and Interdisciplinary Perspectives, coord. por Mia Rönnmar, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2008, pp. 15 e ss.

SAEZ LARA, CARMEN - *La representación colectiva de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 58, 2005, pp. 315 e ss.

SCHUBERT, CLAUDIA - *Anotação ao artigo 27 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, in *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, dir. por Martin Franzen, Inken Gallner, Hartmut Oetker, C.H. Beck, , München, 2018.

SEIFFERT, ACHIM - *Die Bedeutung von EMKR und GRCh für das deutsche kollektive Arbeitsrecht*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, n.º 2, pp. 205 e ss.

SEUL, OTMAR - ver JANSEN, PETER.

SILVA, FILIPE FRAÚSTO DA - *Notas práticas sobre atribuições e funcionamento de comissões de trabalhadores - Parte I: financiamento e apoio*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Direito e Justiça*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015, vol. II, pp. 129 e ss.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA - *Sujeitos Coletivos*, in *Estudos em Homagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Coimbra Editora, vol. II, Coimbra, 2003, pp. 899 e ss., pp. 961 e ss.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA - *Anotação ao artigo 439.º*, in *Código do Trabalho Anotado*, Pedro Romano Martinez e Outros, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, pp. 971 e s.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA - *Anotação aos artigos 469.º a 475.º*, in *Código do Trabalho Anotado*, Pedro Romano Martinez e Outros, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1008 e ss.

TEYSSIÉ, BERNARD - *Article 27, Droit à l'Information et à la Consultation des Travailleurs au Sein de l'Entreprise*, in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, coord. por Fabrice Picod e Sébastien Van Drooghenbroeck com a colaboração de Cecilia Rizcallah, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 613 e ss.

TREU, TIZIANO - *Riflessioni sulla partecipazione a partire dalla proposta CISL*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2023, n.º 4, pp. 889 e ss.

TRUTER, G.M. - ver EWING, K.D.

VATINET, RAYMONDE - *La négociation au sein du comité d'entreprise*, *Droit Social* 1982, pp. 675 e ss.

VENEZIANI, BRUNO - *Intervento in Rappresentanza Collettiva dei Lavoratori e Diritti di Partecipazione alla Gestione delle Imprese*, *Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro*, Lecce, 27-28 Maggio 2005, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 363 e ss.

VENEZIANI, BRUNO - *Article 27 - Worker's Right to Information and Consultation within the Undertaking*, in *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, ed. by Filip Dorssemont, Klaus Lörcher, Stefan Clauwaert and Mélanie Schmitt, Hart, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, 2019, pp. 419 e ss.

VERRECCHIA, GIORGIO - *Informazione e consultazioni dei lavoratori: i minimi inderogabili nel d.lgs. 25 del 2007*, Diritti, lavori, mercati 2008, pp. 339 e ss.

YLÖSTALO, PEKKA - ver ALASOINI, TUOMO.

WEISS, MANFRED - *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, Diritto delle Relazione Industriale 2004, ano XIV, n.º 1, pp. 153 e ss.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO - *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Verbo, Lisboa/São Paulo, 1993.

ZAMPINI, GIOVANNI - *La “partecipazione strategica” dei lavoratori nell’impresa privata. Un altro mondo é davvero possibile?*, Argomenti di Diritto del Lavoro 2020, n.º 1, pp. 73 e ss.

ZOLI, CARLO - *I Diritti di Informazione e di c.d. Consultazione: il D. Lgs. 6 Febbraio 2007, N. 25*, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2008, Parte I, pp. 161 e ss.





AGENDA DO TRABALHO DIGNO E TRABALHADORES ECONOMICAMENTE DEPENDENTES

*AGENDA FOR DECENT WORK AND WORK PROVIDERS
WITH ECONOMIC DEPENDENCE*

Luís Gonçalves da Silva*¹

Sumário: § 1.º Considerações prévias; § 2.º Breve enquadramento histórico; § 3.º Coordenadas externas; § 4.º Principais alterações. Bibliografia.

Resumo:

O presente artigo versa sobre as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, em matéria de tutela do trabalhador autónomo economicamente dependente. Para o efeito, procede-se a um breve enquadramento histórico do tratamento conferido ao trabalhador economicamente dependente no ordenamento nacional, bem como à ponderação das coordenadas externas relevantes no plano internacional, europeu, e em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros; posteriormente realiza-se uma análise das principais novidades introduzidas em 2023.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (lgoncalves-dasilva@fd.ulisboa.pt). Vice-Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDT). Membro e Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Advogado e Jurisconsulto.

¹ Principais abreviaturas: a) LCT 1966 - Lei do Contrato de Trabalho de 1966 (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966); b) LCT 1969 - Lei do Contrato de Trabalho de 1969 (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969); c) CT 2003 - Código do Trabalho de 2003 (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto de 2003); d) CT 2009 - Código do Trabalho de 2009 (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro de 2009); e) LACT 2009 - Lei que aprova o Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro); f) LAT - Lei dos Acidentes de Trabalho (Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro).

Abstract:

The aim of this article is to examine the changes introduced by Law no. 13/2023, of April 3, with regard to work providers with economic dependence. To this end, a brief historical overview of the treatment of work providers with economic dependence in the national legal system is provided, as well as an assessment of the relevant external coordinates at international and European level, and in various foreign legal systems; afterwards, the main innovations introduced in 2023 are analysed.

Este texto constitui uma singela homenagem ao nosso Mestre, Senhor Professor Doutor Romano Martinez, que apesar de nos ter deixado abruptamente no passado dia 23 de Outubro de 2023, continua a estar presente no nosso quotidiano, como exemplo académico e pessoal, recordando diariamente o seu sorriso, bem demonstrativo da forma singular com que se relacionava com os seus diferentes interlocutores.

§ 1.º Considerações prévias

I. A existência de um contrato de trabalho é (comummente) identificada como pressuposto da aplicação das regras de Direito do Trabalho², especialmente do Código do Trabalho, tanto em matéria

² É reconhecido que o Direito do Trabalho tem como base nuclear a prestação subordinada. Como escreve ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 146: “a existência de uma subordinação jurídica é imprescindível e vale, não só no domínio do contrato de trabalho, mas também das relações coletivas de trabalho; só há contrato de trabalho se a actividade for desenvolvida de forma subordinada e, da mesma forma, as relações coletivas de trabalho, designadamente as convenções coletivas de trabalho, só se estabelecem relativamente ao trabalho subordinado”. Quer isto dizer que o elemento aglutinador deste ramo de Direito é a subordinação jurídica, sendo, então, natural que as fontes existentes - seja a lei, a convenção colectiva ou outra - incidam sobre trabalhadores que se encontram em situação de subordinação jurídica.

individual como colectiva, atendendo-se, deste modo, à qualidade das partes (orientação subjectivista). Este contrato “transformou-se assim, bem ou mal, na «porta de acesso» ao mundo protegido do Direito do trabalho”³, ou seja, o trabalho subordinado é “a pedra angular” do Direito do Trabalho⁴. Tem sido também sublinhada a capacidade expansiva deste ramo de Direito⁵, penetrando, cada vez mais, em áreas que não integram o seu núcleo tradicional (nomeadamente, trabalhadores em situação de dependência económica), atendendo-se à propalada crise da noção de subordinação jurídica⁶. Como ensina ROMANO MARTINEZ, “no fundo, para determinadas situações, pode atender-se a um *tertium genus*, na usual clivagem entre trabalho subordinado e independente: tratar-se-ia do trabalho para-subordinado, em que prepondera a dependência económica”⁷.

II. E dir-se-á mesmo que, como melhor veremos, o legislador ordinário revela, tal como tem acontecido noutras ordens jurídicas,

³ FURTADO MARTINS, “A Crise do Contrato de Trabalho”, cit., 1997, p. 339.

⁴ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, cit., 2007, p. 103. Sem prejuízo de algumas excepções, como, por exemplo, em matéria de acidentes de trabalho (artigo 3.º da LAT).

⁵ CRUZ VILLALÓN, “El Trabajo Autónomo Economicamente Dependiente en España. Breve Valoración de su Impacto tras Algunos Años de Aplicación”, cit., 2013, pp. 22-23.

⁶ Por exemplo, MARIALAURA BIRGILLITO, “El Concepto de Subordinación en Italia”, cit., 2013, pp. 67 e ss; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, cit., 2007, pp. 101 e ss; ADALBERTO PERULLI, “Il Diritto del Lavoro e il «Problema» della Subordinazione”, cit., 2020, pp. 93 e ss; CRUZ VILLALÓN, “El Debate en Torno a la Adaptación o Superación de la Subordinación como Elemento Referencial del Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Trabajo. Un Debate Global desde la Perspectiva Española”, cit., 2021, pp. 337 e ss. Vejam-se também as observações de MENEZES LEITÃO, “A Precariedade: Um Novo Paradigma Laboral?”, cit., 2014, pp. 455 e ss.

⁷ ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 147. Para uma apreciação geral, ROBERT REBHAHN, “Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsvergleich und Regelungsperspektive”, cit., 2009, pp. 236 e ss.

preocupação com esta categoria de trabalhadores (não subordinados), i.e., com trabalhadores em que está ausente a subordinação jurídica e, por esse motivo, são parte num contrato de prestação de serviço, mas estão economicamente dependentes do beneficiário da prestação⁸. Trata-se, como já foi notado, de um trabalhador autónomo, “ainda que se situe numa zona cinzenta desta heterógena categoria de trabalho”; ou, noutro ângulo de análise, “uma galáxia salpicada por uma série de indivíduos com interesses muito diversos”⁹, cujo elemento central e unificador é a dependência económica, que o Código do Trabalho assimila a debilidade económica¹⁰.

Vários são os modelos que o legislador pode adoptar para tutelar o (não fraudulento) trabalhador economicamente dependente, nomeadamente: a) o alargamento do âmbito do Direito do Trabalho a trabalhadores autónomos, em especial a trabalhadores economicamente dependentes; b) a aplicação de regimes laborais específicos a esta categoria de trabalhadores; c) a criação de um estatuto próprio para esta tipologia de trabalhadores¹¹.

⁸ Sobre o trabalhador economicamente dependente, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 1989, pp. 15 e ss, e *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2018, pp. 459 e ss; LIBERAL FERNANDES, *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, cit., 2010, pp. 219 e ss; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 146 e ss e 344 e ss; GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., 2024, pp. 197 e ss.

⁹ G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, p. 10.

¹⁰ Sobre o debate, em Itália, entre dependência económica e debilidade económica, G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, pp. 16-17.

¹¹ NUNES ABRANTES, “O Direito do Trabalho Face aos Novos Modelos de Prestação do Trabalho”, cit., 2002, p. 89, defendendo que o Direito do Trabalho deve constituir a “base comum da regulamentação de todos os tipos de actividades profissionais, alargando, por exemplo, a sua tutela a situações de trabalho formalmente autónomas, mas dependentes do ponto de vista económico”; ANA LAMBELHO, “Trabalho Autónomo Economicamente Dependente: da Necessidade de um Regime Jurídico Próprio”, cit., 2014, p. 445, concluindo que o trabalho autónomo

III. O modelo nacional assenta na aplicação de regimes laborais específicos, tendo sido mantido com a recente alteração da Agenda do Trabalho Digno (Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril¹²).

§ 2.º Breve enquadramento histórico

I. A Revolução Industrial e o liberalismo político e económico impuseram um novo modelo social assente nos princípios da liberdade de iniciativa económica (liberdade de comércio) e da contratação, apoiado na autonomia da vontade, que “se converteram em dogma de fé”¹³. O individualismo eleito como vector central da sociedade não poderia, naturalmente, deixar de nortear as intervenções legislativas.

Os códigos oitocentistas alicerçados essencialmente na liberdade de trabalho, na autonomia da vontade, na igualdade e no individualismo, “abandonaram o trabalho inteiramente à violência da concorrência e às alternativas da lei da oferta e da procura. O contracto de trabalho ocupa nesses Códigos um lugar obscuro e secundário, quando todos os contractos que se referem à propriedade mereceram a maior atenção e cuidado do legislador”¹⁴. E, deste modo, “os

economicamente dependente “... deve ter uma regulação específica, fora do âmbito do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho deve continuar a ser o Direito do Trabalho subordinado (ainda que seja cada vez mais difícil determinar, no concreto, a existência de subordinação jurídica)” (p. 434); LAURE CAMAJI, “Le Travailleur Autonome Économiquement Dépendant en Droit Français”, cit., 2013, pp. 38 e ss; ELSA PESKINE e CYRIL WOLMARK, *Droit du Travail*, cit., 2023, §§ 54 e ss.

¹² Objecto da Declaração de Rectificação n.º 13/2023, de 29 de Maio (rectificou os textos dos artigos 2.º, 4.º e 13.º).

¹³ BRUNO VENEZIANI, “The Evolution of the Contract of Employment”, cit., 1986, p. 55.

¹⁴ MARNOCO E SOUZA, “Caracteres da Legislação Operária”, cit., 1914, p. 96.

Códigos oitocentistas, repassados por um individualismo absorvente, desviaram os olhos das questões sociais”¹⁵.

A juntar à proibição de corpos intermédios (associativismo operário), havia a regulação do trabalho subordinado assente na igualdade e liberdade consagrada nos principais Códigos Civis Europeus, em que o trabalho subordinado era perspectivado como um fenómeno (económico) de troca da prestação pela retribuição.

Os valores liberais então reinantes foram consagrados na primeira codificação civil. Com efeito, o Código Civil de Seabra (1867) - elaborado na linha do Código de Napoleão (1804) - apresentava uma feição acentuadamente liberal e individualista¹⁶, não contendo respostas aos anseios do operariado. A nova codificação reconheceu o direito de associação e qualificou-o como um direito originário resultante da própria natureza humana (artigo 359.º, n.º 3.º)¹⁷. Relativamente ao contrato de trabalho, na esteira da feição individualista acima referida, o Código Civil continha uma manifesta e insuficiente regulação da matéria.

Tal como aconteceu nos outros países europeus, o ideário liberal não tinha respostas para a transformação profunda da situação social, assente em diversas causas, tais como o incremento das

¹⁵ ALMEIDA COSTA e FIGUEIREDO MARCOS, *A Primeira República no Direito Português*, cit., 2010, p. 57.

¹⁶ ALMEIDA COSTA, “Enquadramento Histórico do Código Civil Português”, cit., 1961, p. 154, refere-se à “... poderosa feição individualista do nosso Código Civil. Nele, toda a vida jurídica aparece tipicamente construída apenas do ângulo do indivíduo, do sujeito de direito, desaparecendo o que há de institucional e de objectivo nas relações sociais e jurídicas. Trata-se, na verdade, da mais completa hipertrofia do aspecto subjectivo do direito, aliás bem característica do clima do Liberalismo”.

¹⁷ Prescrevia ainda o artigo 365.º: “o direito de associação consiste na faculdade de pôr em comum os meios ou esforços individuais para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade”.

máquinas, a deslocação dos trabalhadores dos campos para as cidades - e o subsequente excesso de mão-de-obra -, a ânsia do lucro e um contrato de trabalho que (quase) tudo permitia ao patrão. E perante estes problemas - a *Questão Social* - e com um quadro legal sem soluções, os trabalhadores ficaram em profundas dificuldades sociais e económicas, não constituindo Portugal “excepção à civilização europeia ...”¹⁸. Houve, então, face a uma situação de miséria e de degradação das condições do operariado, necessidade de uma intervenção humanitária em matéria legislativa, chegando, finalmente - ainda que de forma pontual -, a regulação protectora das condições de trabalho¹⁹.

Os primeiros passos foram dados no último quartel do século XIX, em especial na área do direito individual -, tal como ocorreu nas outras ordens jurídicas -, mais exactamente na protecção das mulheres e menores²⁰.

II. A tutela do trabalhador foi-se intensificando e, em 1937, surge o primeiro regime específico do contrato de trabalho - Lei n.º 1:952, de 10 de Março (*estabelece as bases a que devem obedecer os contratos dos trabalhadores*) - no qual, nas palavras de um deputado,

¹⁸ ADOLPHO LIMA, O Contrato do Trabalho, Esboço Histórico - Crítica do Actual Contrato do Trabalho - Contrato Colectivo do Trabalho, cit., 1909, p. 117.

¹⁹ Como frisa RUY ULRICH, *Legislação Operária Portuguesa (Exposição e Crítica)*, cit., 1906, p. 9, referindo-se, por exemplo, às corporações e à Casa dos Vinte e Quatro, “a legislação da época refere-se ao operariado, mas não para o proteger; é legislação industrial, visando unicamente aos progressos da indústria e não legislação operária propriamente tal”.

²⁰ Para uma análise mais desenvolvida, com diversas indicações bibliográficas e apreciação de outros ordenamentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., 2022, pp. 98 e ss; bem como, do mesmo Autor, “Nótula sobre o Contrato de Trabalho e a Codificação Civil”, cit., 2021, pp. 97 e ss.

“a liberdade de contratar cede perante as exigências sociais”²¹, concedendo maior protecção aos trabalhadores. De acordo com a doutrina oficial, inscreveram-se na nova lei

“... os grandes princípios que traduzem o espírito eminentemente social da economia corporativa e criam uma nova ordem jurídica destinada a substituir as fórmulas individualistas do passado.

A preocupação principal dessa lei é a defesa dos interesses do trabalhador, dentro dos limites em que essa defesa é legítima e compatível com as exigências vitais dos outros factores de produção”²².

Recorde-se, no entanto, que há muito que o contrato de trabalho não era somente regulado pelo Código Civil (de 1867), pois foram surgindo diversos diplomas - por exemplo, relativamente ao descanso

²¹ A afirmação é de QUERUBIM GUIMARÃES e foi proferida no debate ocorrido na Assembleia Nacional, no dia 27 de Janeiro de 1937, a propósito da discussão da Proposta de Lei sobre o regime jurídico dos contratos de prestação de serviços - cfr. *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, de 27 de Janeiro de 1937 (Discussão sobre a Proposta de Lei n.º 128 relativa aos contratos de prestação de serviços), ano de 1937, sessão n.º 109, 28 de Janeiro de 1937, n.º 111, p. 340. Sobre o regime do contrato de trabalho à luz do quadro normativo então aplicável, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume II, cit., 2019, pp. 59-60; CUNHA GONÇALVES, *Dos Contratos em Especial*, cit., 1953, pp. 121 e ss; RAUL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, cit., 1944, em especial, pp. 103 e ss e 308 e ss, bem como, aquelas que são as primeiras lições de Direito do Trabalho, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., 1948/1949, pp. 551 e ss. Veja-se, já numa análise temporalmente posterior, MANUEL LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I, cit., 1976, pp. 356 e ss.

²² *Dez Anos de Política Social (1933-1943)*, cit., 1943, p. 89. Para uma análise do diploma, salientando a plena autonomia do contrato de trabalho, MARGARIDA SEIXAS, “Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei n.º 1.952, de 10 de Março de 1937”, cit., 2018, em especial, pp. 488 e ss, com indicações dos trabalhos preparatórios.

semanal e aos acidentes de trabalho - com o intuito de proteger a situação do trabalhador²³.

III. A Lei de 1937 começava por definir o contrato de trabalho, afirmando que:

“... é toda a convenção por força da qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a outra a sua actividade profissional, ficando, no exercício desta, sob as ordens, direcção ou fiscalização da pessoa servida” (artigo 1.º).

Depois desta definição, o legislador procedia à extensão subjectiva do diploma, determinando que:

“o trabalho prestado por peça ou por tarefa, mesmo que seja no domicílio ou estabelecimento próprio do trabalhador, fica sujeito ao regime jurídico do contrato de trabalho” (artigo 1.º, § 1.º).

Acrescentando:

“o trabalho prestado na transformação de matérias primas fornecidas por outrem, mediante certo preço pelo produto transformado, é equiparado, para efeitos desta lei, ao trabalho prestado por peça” (artigo 1.º, § 2.º)²⁴.

IV. Em 1966, quase três décadas depois, o regime do contrato de trabalho constante da Lei n.º 1:952 seria revogado, no mesmo ano

²³ Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., 2022, pp. 621 e ss.

²⁴ Cfr. RAUL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica do Trabalho*, volume I, cit., 1944, pp. 103 e ss, 112 e ss, em especial, pp. 118 e ss, com diversas críticas à assimilação regimental.

em que o novo Código Civil foi publicado²⁵. Como se sabe, este diploma conferiu uma atenção residual ao contrato de trabalho (artigos 1152.º e 1153.º, sobre direito individual), tendo optado por excluir da codificação a temática, remetendo-a para legislação especial^{26/27}.

²⁵ O Código Civil foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, tendo entrado essencialmente em vigor no dia 1 de Junho de 1967 (artigo 2.º); a sua elaboração foi desencadeada por VAZ SERRA, na sequência do Decreto 33:908, de 4 de Setembro de 1944 (artigo 1.º), *Diário do Governo*, de 4 de Setembro de 1944, série I, número 196, pp. 830 e ss, onde se encontra a justificação para um novo Código.

²⁶ Explicava VAZ SERRA, e depois GALVÃO TELLES citando-o, a propósito da feitura do actual Código Civil, que “... entre nós o direito relativo às relações entre o trabalhador e a empresa (prescindindo já de outros aspectos) não pode dizer-se que tenha alcançado uma fase definitiva ou suficientemente estável para consentir a sua codificação, não parecendo, por isso, aconselhável, nas matérias abrangidas pela legislação social, ir além da enunciação de alguns princípios mais gerais (nos contratos em especial e na responsabilidade civil). Deixar-se-á às leis especiais o cuidado de desenvolver a regulamentação”, VAZ SERRA, “A Revisão Geral do Código Civil - Alguns Factos e Comentários”, cit., 1947, p. 493, sendo também relevante o conteúdo das pp. 464-465 e 473 e ss; GALVÃO TELLES, “Contratos Cíveis - Exposição de Motivos”, cit., 1953, p. 199.

Ao exposto aditava GALVÃO TELLES, *op. cit.*, 1953, p. 200: “a exposta orientação justifica-se plenamente ... O Direito do Trabalho, de tão larga importância nos tempos que correm e diante de qual se abre um futuro promissor, encontra-se ainda em franca evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, embora já estejam lançados os fecundos germes do seu desenvolvimento e crescimento. Uma vez que a sua elaboração ainda não está completa, se bem que se possam dar como mais ou menos definidas as directrizes fundamentais das suas transformações, seria prematuro aprisioná-lo nos quadros estáveis de um Código, e parece prudente apenas fixar neste essas directrizes, deixando o mais para a legislação complementar”; cfr. igualmente o Parecer da Câmara Corporativa n.º 45/VII (regime do contrato de trabalho), *Diário das Sessões da Câmara Corporativa*, ano 1961, n.º 4, 20 de Dezembro, p. 373 (3), no qual GALVÃO TELLES, na qualidade de relator, invoca também o facto de os trabalhos do Código Civil não estarem ainda para breve.

²⁷ Sustentava ANTUNES VARELA, “Do Projecto ao Código Civil”, cit., 1966, p. 18: “É útil, porém, lembrar que o Código Civil constitui não só o repositório específico de toda a legislação civil, mas a matriz natural de todo o direito privado disperso por variadíssimos diplomas, desde o Código Comercial, as leis do trabalho e dos direitos de autor até aos Códigos do Registo Civil, Predial e do Notariado; e que, nesses termos, mal se poderia conceber que nele se não fizesse alusão às fontes do direito privado, ou se não definissem as regras que dentro deste amplo e qualificado sector presidem à interpretação e aplicação das leis”.

O contrato de trabalho seria, na década de sessenta do século passado, regulado por dois diplomas (base).

O primeiro, depois de amplos trabalhos preparatórios²⁸, foi a LCT de 1966 (Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966), segundo o qual, em linha com a noção civil de 1966 (artigo 1152.º), contrato de trabalho (*noção*)

“é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta” (artigo 1.º).

O âmbito subjectivo do diploma foi alargado, na esteira do já ocorrido com a Lei n.º 1:952, de 10 de Março de 1937, estebelecendo que, sob a epígrafe *contratos equiparados*,

“Ficam sujeitos aos princípios definidos neste diploma os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho realizado no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador, bem como os contratos em que este compra as matérias-primas e fornece por certo preço ao vendedor delas o produto acabado sempre que num ou noutro caso o trabalhador deva considerar-se na dependência económica daquele” (artigo 2.º)²⁹.

Tal extensão foi justificada, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 47032, do seguinte modo:

“Sublinha-se não só a alusão à dependência económica, como também a circunstância de se falar em aplicação dos «princípios

²⁸ GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., 2022, pp. 780 e ss, com amplas indicações.

²⁹ Pode ver-se observações aos preceitos em SIMÕES CORREIA, *Novo Regime Jurídico do Contrato de Trabalho* (Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966), cit., 1966, pp. 20-22.

definidos para o contrato de trabalho», e não em aplicação do respectivo regime, em ordem a permitir a melhor adequação deste à natureza especial dos contratos em causa”³⁰.

V. Em 1969, foi publicado o Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro (LCT 1969), que veio substituir o diploma de 1966, regulador do contrato (individual) de trabalho³¹, não se tendo operado quaisquer “transformações radicais na matéria”, podendo mesmo afirmar-se que se manteve o modelo legal de regulação³².

No entanto, depois de ser mantida a noção legal de contrato de trabalho (artigo 1.º), foi introduzida uma alteração na matéria dos contratos equiparados:

“Ficam sujeitos aos princípios definidos neste diploma, *embora com regulamentação em legislação especial*, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho realizado no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador, bem como os contratos em que este compra as matérias-primas e fornece por

³⁰ *Diário do Governo*, de 27 de Maio de 1966, I série, número 125, p. 832, com diversas indicações sobre as alterações introduzidas no diploma.

³¹ Recorde-se que, de acordo com o artigo 132.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 1966, o seu regime deveria ser revisto até 31 de Dezembro de 1968, o que aconteceu, tendo sido este diploma revogado pelo novo Decreto-Lei (artigo 3.º do diploma que aprova o regime). Relativamente à aplicação do novo regime, o legislador prescreveu a manutenção dos contratos em vigor à data da publicação do diploma em tudo o que implicasse regime mais favorável para o trabalhador.

³² Preâmbulo do diploma n.º 49408, de 24 de Novembro, *Diário do Governo*, de 24 de Novembro de 1969, I série, número 275, p. 1671, sendo identificadas as principais alterações nas páginas seguintes. Este diploma teve origem no Projecto de Decreto-Lei n.º 8/IX (revisão do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 - *regime jurídico do contrato de trabalho*), *Actas da Câmara Corporativa*, de 31 de Dezembro de 1968, IX Legislatura, n.º 117, pp. 2007 e ss, sobre o qual incidiu o Parecer da Câmara Corporativa n.º 28/IX (revisão do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 - *regime jurídico do contrato individual de trabalho*), *Actas da Câmara Corporativa*, de 9 de Julho de 1969, IX legislatura, n.º 143, pp. 2237 e ss.

certo preço ao vendedor delas o produto acabado, sempre que num ou noutro caso o trabalhador deva considerar-se na dependência económica daquele” (artigo 2.º, *itálico* nosso).

Manteve-se a referência a dois contratos equiparados: por um lado, a) os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho realizado no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador; por outro, b) os contratos em que este compra as matérias-primas e fornece por certo preço ao vendedor delas o produto acabado. Adicionalmente, aditou-se uma remissão para regulamentação especial, que, tendo surgido quase duas décadas depois³³, gerou, durante a sua ausência, um intenso debate, desde logo, sobre a disciplina aplicável³⁴.

VI. Com a codificação, a norma transitaria para o artigo 13.º (*contratos equiparados*) do CT 2003, que sujeitava os contratos equiparados aos princípios definidos no código, a título exemplificativo e mais concretamente, aos direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho.

VII. Por sua vez, a versão inicial do CT 2009, no seu artigo 10.º (*situações equiparadas*), passou a determinar a aplicação das normas legais atinentes a diversas matérias (direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho) aos

³³ Cfr. Decreto-Lei n.º 440/91, de 14 de Novembro (Estabelece o regime jurídico do trabalho no domicílio).

³⁴ Para uma análise do debate, nomeadamente do âmbito da remissão normativa face à inexistência de legislação especial, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2018, pp. 459 e ss; MONTEIRO FERNANDES, “Notas sobre os Contratos «Equiparados» ao Contrato de Trabalho”, cit., 1970, pp. 11 e ss; MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, cit., 1994, pp. 35 e ss.

vínculos jurídicos sem subordinação jurídica e com dependência económica³⁵.

VIII. Tendo presente a alteração laboral mais recente (Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril) e de maior dimensão - pelo menos quantitativamente -, importa reter a elaboração do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho* (2021), que visou criar um debate sobre a situação do trabalho, atendendo, por exemplo, à digitalização da economia³⁶.

O Livro Verde contém uma parte descritiva³⁷ e uma propositiva (§ 7, denominada Associativismo sindical e empresarial,

³⁵ Veja-se também a Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro (*trabalho no domicílio*). Para uma análise do artigo 10.º, na versão inicial, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2018, pp. 462 e ss; ROMANO MARTINEZ, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., 2020, pp. 72-73; e ainda sobre o trabalho para-subordinado, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 142 e ss.

³⁶ O Grupo de Trabalho para a elaboração do *Livro Verde do Futuro do Trabalho* consta do Despacho n.º 8609/2020, de 13 de Agosto, coordenado por TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, tendo como objectivos: “a) Acompanhar e avaliar os impactos do progresso tecnológico no mercado de trabalho português e identificar e caracterizar os novos regimes de prestação de trabalho associados à digitalização da economia e à expansão das plataformas colaborativas, quer do ponto de vista da regulação e fiscalização das relações laborais, da organização e representação dos trabalhadores e empregadores no sistema de contratação coletiva, do acesso a proteção social e da conciliação entre vida profissional, familiar e pessoal, quer também do ponto de vista da interação entre trabalho humano e trabalho automatizado, da saúde e segurança no trabalho e da ética e proteção de dados; b) Refletir sobre a adequação do sistema de educação e formação profissional português, incluindo dos mecanismos de aprendizagem ao longo da vida, perante as transformações atuais e expectáveis da economia e do mercado de trabalho, nomeadamente do ponto de vista da sua flexibilidade e adaptabilidade da oferta existente; c) Recolher e sistematizar informação sobre medidas de política pública e exercícios de reflexão a nível internacional sobre estes temas feitos noutros países e à escala internacional; d) Estimular e promover ativamente o debate público sobre estas temáticas, auscultando e envolvendo designadamente os parceiros sociais, as entidades da sociedade civil, as universidades, os centros de investigação e outras entidades ou personalidades consideradas de relevo” (§ 2).

³⁷ TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *O Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, cit., 2022, pp. 120 e ss (§ 7, Associativismo sindical e empresarial, representação dos trabalhadores, contratação coletiva e diálogo social).

representação dos trabalhadores, contratação coletiva e diálogo social), na qual defende 5 medidas: 1) “Alargar a cobertura da negociação coletiva a novas categorias de trabalhadores, incluindo os trabalhadores em regime de outsourcing e aos trabalhadores independentes economicamente dependentes, reduzindo iniquidades, reforçando a cobertura e tornando o mercado de trabalho mais inclusivo, desincentivando também estratégias de concorrência menos transparentes”; 2) “Estimular a cobertura e o dinamismo da negociação coletiva, através da introdução de incentivos e condições de acesso a apoios e incentivos públicos, financiamento comunitário e contratação pública, relativos à existência de contratação coletiva recente”; 3) “Promover, em articulação com os parceiros sociais, mecanismos para combater o isolamento e a fragmentação que caracterizam muitas das novas formas de prestação de trabalho, para facilitar o associativismo em formas de trabalho muito flexíveis e com intermediação totalmente tecnológica (v.g. plataformas) ou recurso a tecnologias de comunicação à distância (v.g. teletrabalho)”; 4) “Estudar, em articulação com os parceiros sociais, modos de promover a participação e representação dos trabalhadores das formas de trabalho ditas atípicas, assegurando a efetividade e relevância do seu direito ao associativismo”; 5) “Estimular a existência de conteúdos sobre novas formas e modalidades de organização do trabalho na contratação coletiva, de modo negociado coletivamente e adaptado à situação de cada setor ou empresa”³⁸.

A primeira proposta foi publicada (Proposta de lei que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho

³⁸ TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *O Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*, cit., 2022, pp. 186-187, substituímos o sublinhado no original por itálico.

digno), em Outubro de 2021³⁹, já na fase final do mandato do XXII Governo Constitucional (Primeiro-Ministro ANTÓNIO COSTA).

Realizadas as eleições legislativas - tendo o mesmo Primeiro-Ministro assumido novamente funções (30 de Março de 2022) -, foi apresentada na Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 15/XV/1.^a (GOV), a 6 de Junho de 2022⁴⁰, que daria origem, quase um ano depois, ao Decreto n.º 36/XV (6 de Março de 2023).

A referida Proposta afirma, numa lógica de continuidade:

“Nos últimos anos, o Governo estabeleceu um conjunto de grandes prioridades na regulação do mercado de trabalho com vista à promoção do trabalho digno, desde logo promovendo o emprego e a sua qualidade, reduzindo a precariedade e incentivando a negociação coletiva”.

IX. Concluído o procedimento legislativo, surgiria a Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril (*Altera o Código do Trabalho e legislação conexa, no âmbito da agenda do trabalho digno*)⁴¹, que introduziria diversas modificações no tecido normativo laboral. Trata-se de um longo articulado, que inclui inovações na temática laboral e noutras áreas afins (v.g., competência da ACT).

O novo articulado é “dotado” de uma técnica legislativa especialmente deficiente, que será uma fonte inesgotável de problemas

³⁹ Separata n.º 33, BTE, de 29 de Outubro de 2021.

⁴⁰ A tramitação, os diversos projectos apresentados e demais documentos elaborados podem ser consultados em <https://www.parlamento.pt>.

⁴¹ Como referimos, objecto da Declaração de Rectificação n.º 13/2023, de 24 de Maio.

interpretativos (v.g., artigo 12.º-A⁴²), além da “apropriação” do emblemático objectivo da OIT⁴³.

Apesar de autorizada doutrina ver na Lei n.º 13/2023 “... uma verdadeira mudança de paradigma ...” do direito sindical⁴⁴, cremos que as alterações introduzidas não têm este alcance, sem prejuízo da legislação específica infirmar tal asserção. Trata-se de alterações que não atingem as “paredes estruturais” do edifício legislativo, mantendo-se, por exemplo, incólume a noção de associação sindical e a ausência de critérios de representatividade do associativismo, apenas para dar alguns exemplos.

Entre as diversas novidades, merece destaque, no quadro dos trabalhadores economicamente dependentes, como melhor veremos, com especial enfoque no direito colectivo, o alargamento de direitos colectivos (v.g., aplicação de instrumentos de regulamentação colectiva) aos trabalhadores economicamente dependentes (artigos 10.º a 10.º-B), ficando, no entanto, o regime a aguardar por legislação específica (artigo 10.º-A, n.º 2, proémio)⁴⁵.

⁴² Basta ver as diferentes alíneas constantes do n.º 1 para se perceber a “confusão” do legislador entre a presunção de laboralidade e os poderes típicos do empregador.

⁴³ Foi em 1999 que JUAN SOMAVIA, na 87.ª sessão da OIT, afirmou: “Actualmente, o principal objectivo da OIT consiste em promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade”, <https://www.ilo.org>.

⁴⁴ JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, p. 59, afirmando posteriormente que “a Lei n.º 13/2023 representa, o que há que saudar, um passo importante na modernização do direito colectivo, mas impunha-se, porventura, maior ambição” (p. 73).

⁴⁵ Para uma apreciação geral das principais alterações, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 116-117; e uma análise das alterações face à Constituição, ROMANO MARTINEZ e GONÇALVES DA SILVA, “Constituição e Agenda do Trabalho Digno”, cit., 2023, pp. 279 e ss. Com especial incidência no Direito Colectivo, LEAL AMADO, “«Agenda do Trabalho Digno»: da Resiliência da Convenção Colectiva à Paixão pela Arbitragem”, cit., 2023, pp. 244 e ss; MONTEIRO FERNANDES, “A Reforma

§ 3.º Coordenadas externas

I. A realidade nos diversos ordenamentos europeus é diversificada, mesmo nos casos em que o trabalho autónomo economicamente dependente é objecto de regulação específica; por outro lado, a digitalização intensificou ou criou diversos desafios⁴⁶, obtendo naturalmente uma variedade de respostas (ou omissões) legislativas. Os modelos europeus - que vamos analisar, de forma sumária - assentam essencialmente em duas orientações: a) intervenções esparsas, sem atingir uma unidade regulatória (Alemanha, Itália e França); b) fixação de um estatuto uniforme (Espanha).

II. Em termos de fontes externas⁴⁷, no quadro da OIT, tendo por base a Convenção n.º 87, tem sido defendido, com fundamento nos

Laboral e a Contratação Colectiva”, cit., 2023, pp. 47 e ss; JÚLIO GOMES, “Nótula sobre as Alterações Recentes ao Artigo 497.º do Código do Trabalho”, cit., 2023, pp. 285 e ss, bem como, do mesmo Autor, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 59 e ss; ANA LAMBELHO, “O Trabalho Temporário e a Terceirização à Luz da Agenda do Trabalho Digno”, cit., 2023, pp. 202 e ss; JOÃO REIS, “Arbitragem e Caducidade da Convenção Coletiva na «Agenda de Trabalho Digno»”, cit., 2023, pp. 293 e ss; ANA TERESA RIBEIRO, “As Implicações da «Agenda do Trabalho Digno» para a Liberdade Sindical e para a Contratação Coletiva - Algumas Notas”, cit., 2023, pp. 269 e ss; GONÇALVES DA SILVA, “Agenda do Trabalho Digno: Convenção Colectiva, Caducidade e Arbitragem”, cit., 2024, pp. 493 e ss.

⁴⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, “El Trabajo Autónomo Ante las Nuevas Formas de Organización Empresarial en el Contexto de la Economía Digital”, cit., 2021, pp. 183 e ss; JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 60 e ss, sublinhando que “... a maior parte da doutrina trabalhista tem desenvolvido uma verdadeira, e até certo compreensível, obsessão com as plataformas e os problemas sociais e laborais que as mesmas geram ...” (pp. 60-61).

⁴⁷ Também o Comité Europeu dos Direitos Sociais do Conselho da Europa se pronunciou, a 12 de Setembro de 2018, reclamação n.º 123/2016, <https://rm.coe.int/>, §§ 35 e ss, no sentido da aplicação do artigo 6.º, n.º 2, da

princípios da liberdade sindical, que todos os trabalhadores devem ter o direito de constituir as organizações que considerem adequadas, assim como filiar-se nas mesmas, sendo que o critério para identificar as pessoas abrangidas por este direito não se reconduz à subordinação jurídica, que em muitos casos inexistente, como acontece com os trabalhadores autónomos em geral. Com efeito, tem sido sustentado que colide com a referida Convenção a proibição de constituição de sindicatos de trabalhadores independentes (que não sejam subordinados ou dependentes)⁴⁸, afirmando-se:

“O critério para determinar as pessoas abrangidas por este direito não se baseia, portanto, na existência de uma relação laboral com um empregador, que muitas vezes não existe, por exemplo no caso dos trabalhadores agrícolas, dos trabalhadores independentes em geral ou dos que exercem profissões liberais, e que, no entanto, devem gozar do direito de se organizarem”⁴⁹.

Carta Social Europeia (direito à negociação colectiva) aos trabalhadores autónomos, concluindo que “o Comité não considera apropriado desenvolver uma teoria geral abstracta que defina os termos em que os trabalhadores independentes são abrangidos pelo artigo 6.º, n.º 2. No entanto, sem sequer desenvolver as circunstâncias exactas em que as categorias de trabalhadores independentes se enquadram no âmbito de aplicação pessoal do artigo 6.º, n.º 2, o Comité considera que uma proibição absoluta da negociação colectiva que afectaria todos os trabalhadores independentes seria excessiva porque tal medida seria contrária ao objeto e finalidade dessa disposição”.

⁴⁸ ILO, *Freedom of Association. Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, cit., 2018, §§ 387 e 389. Sobre o tema, BREEN CREIGHTON e SHAE MCCRYSTAL, “Who is a «Worker» in International Law?”, cit., 2016, pp. 691 e ss, sustentando que as convenções n.ºs 87 e 98 da OIT são aplicáveis a todos os trabalhadores, “no sentido mais lato do termo”, o que incluirá subordinados e autónomos (p. 702).

⁴⁹ Não se deve também ignorar a reflexão que a OIT tem realizado sobre o tema, nomeadamente mediante a elaboração de estudos, cfr. BARBARA GOMES, *Le Statut Juridique des Travailleurs Économiquement Dépendants. Etude Comparée en Droit Allemand, Espagnol, Français, Italien et Anglais*, cit., 2017, *passim*, num estudo realizado no âmbito da OIT.

III. No âmbito da União Europeia, tem sido destacada a diminuta importância concedida ao trabalho autónomo em contraste com o trabalho subordinado, relativamente ao qual existe uma ampla intervenção regulatória, assente na livre circulação de trabalhadores (artigo 45.º do TFUE) e nas disposições sobre Política Social (artigos 151.º a 161.º do TFUE), que foram incorporadas no direito originário através do Tratado de Amesterdão (1997); já o trabalho autónomo enquadra-se na liberdade de estabelecimento (artigo 49.º do TFUE) e na livre prestação de serviços (artigo 56.º do TFUE). Não se pode, no entanto, ignorar também o conceito de trabalhador (em sentido lato) adoptado neste ordenamento⁵⁰, algumas reflexões sobre o

⁵⁰ Sobre o conceito de trabalhador no quadro na União Europeia, utilizado num sentido lato, cfr., por exemplo, Ac. do TJUE, de 19 de Junho de 2014, processo C-507/12, <https://curia.europa.eu>, § 33, que salienta: “importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de «trabalhador», na aceção do artigo 45.º TFUE, na medida em que define o âmbito de aplicação de uma liberdade fundamental prevista no Tratado FUE, deve ser interpretado de forma extensiva ...”; acrescentando: “Foi assim que o Tribunal de Justiça precisou igualmente que, no quadro do artigo 45.º TFUE, deve ser considerada trabalhador a pessoa que realiza, durante um determinado período, em benefício de outra e sob a sua direção, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração. Quando a relação de trabalho cessa, o interessado perde, em princípio, a qualidade de trabalhador, entendendo-se, no entanto, que, por um lado, tal qualidade pode produzir determinados efeitos após a cessação da relação de trabalho e que, por outro, uma pessoa que verdadeiramente procura um emprego deve também ser qualificada de trabalhador ...” (§ 35). Na doutrina, EMANUELE MENEGATTI, “The Evolving Concept of «Worker» in EU Law”, cit., 2019, pp. 71 e ss, em especial, pp. 75 e ss, notando que vai para além do trabalhador subordinado; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2018, pp. 221 e ss, advertindo, no entanto, que “boa parte do alargamento prende-se com a liberdade de circulação” (p. 222); CATARINA CARVALHO, “O Conceito de «Trabalhador Subordinado» na Jurisprudência do Tribunal de Justiça (EU) - Primeiras Reflexões”, cit., 2018, pp. 13 e ss, em especial, pp. 18 e ss, chamando a atenção para o conteúdo polissémico da expressão (pp. 17-18) e procedendo a uma análise “... consoante a finalidade normativa (europeia) em causa” (p. 17); LIBERAL FERNANDES, “Noção de Trabalhador no Direito da União Europeia: Perspectivas de uma Evolução Conceitual”, cit., 2024, pp. 59 e ss, referindo-se a uma “metodologia interpretativa multipolar” (p.

trabalhador economicamente dependente⁵¹, bem como diversas intervenções através de Directivas, que incluem trabalhadores subordinados e autónomos (v.g., Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional)⁵².

No plano da negociação coletiva, e com especial relevância para a análise da situação do trabalhador independente, foi notado que “a relação entre a contratação coletiva e o direito de concorrência pode ser caracterizada como uma relação de tensão ou de conflito mais ou menos latente e constante”⁵³, gerando-se, amiúde, uma

61), acrescentando: “apesar da flexibilidade metodológica referida anteriormente, o conceito de trabalhador utilizado pelo TJ não deixa de assentar no critério da subordinação típica do contrato de trabalho a tempo completo e de duração indeterminada” (p. 62); bem como, do mesmo Autor, com especial desenvolvimento, *O Conceito de Trabalhador no Direito Social Comunitário*, cit., 2019, *passim*; MARTIN FRANZEN, INKEN GALLNER e HARTMUT OETKER, *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, cit., 2024, Art. 45 [Freizügigkeit der Arbeitnehmer], §§ 10 e ss (comentário de HEINZ-DIETRICH STEINMEYER), destacando que o conceito de trabalhador não é uniforme, devendo atender-se aos objectivos da regulação; por outro lado, não releva a noção dos Estados-Membros.

⁵¹ Por exemplo, num estudo realizado, em Outubro de 2002, para a Comissão Europeia, ADALBERTO PERULLI, *Travail Économiquement Dépendant/ Parasubordination: les Aspects Juridiques, Sociales et Économiques*, cit., s.d., em especial, pp. 97 e ss. O Livro Verde - *Modernizar o Direito do Trabalho para Enfrentar os Desafios do Século XXI*, Bruxelas, 22.11.2006, COM(2006) 708 final, pp. 12 e ss. Veja-se também VELASCO PORTERO e MARTIN FRÖHLICH, “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, cit., 2011, pp. 122-123.

⁵² FERNÁNDEZ DOCAMPO, “El Trabajo Autónomo Ante las Nuevas Formas de Organización Empresarial en el Contexto de la Economía Digital”, cit., 2021, pp. 205-206, que exemplifica ainda com a *Recomendação do Conselho, de 8 de Novembro de 2019, relativa ao acesso à proteção social dos trabalhadores por conta de outrem e por conta própria (2019/C 387/01)*; TIZIANO TREU, “Lavoro Autonomo e Diritti Collettivi nell’Unione Europea”, cit., 2023, pp. 1 e ss; MARTÍNEZ YÁÑEZ, “La Carta de Derechos Fundamentales de la EU y los Derechos Profesionales de los Trabajadores Autónomos”, cit., 2020, pp. 93 e ss, em especial, pp. 104 e ss.

⁵³ JÚLIO GOMES e ANA TERESA RIBEIRO, “Algumas Notas sobre a Contratação Coletiva e o Direito de Concorrência”, cit., 2021, p. 219; ANTONIO MAMEROW, “Traifvertrag und Kartellrecht”, cit., 2019, p. 33, concluindo que “a relação entre a legislação de negociação coletiva e a legislação antitrust continuará a ser objeto de discussão no futuro”.

certa “incompreensão de partida” entre as temáticas da concorrência e negociação colectiva, de forma, aliás, recíproca⁵⁴.

Nesta temática, o Tribunal de Justiça sustentou que a outorga de convenções colectivas entre associações de empregadores e trabalhadores com o intuito de melhorar as condições de trabalho gera, naturalmente, efeitos restritivos em matéria de concorrência; acrescentou, no entanto, que “os objectivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85.º, n.º 1, [actual artigo 101.º, n.º 1, do TFUE] do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho”; e conclui: “resulta, assim, de uma interpretação útil e coerente das disposições do Tratado, no seu conjunto, que acordos concluídos no âmbito de negociações colectivas entre parceiros sociais com vista a atingir esses objectivos devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objecto, como não abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado”⁵⁵.

Esta orientação tornar-se-ia jurisprudência constante⁵⁶, tendo, no entanto, o Tribunal de Justiça pronunciado-se directamente sobre a temática, desta vez relativamente a trabalhadores autónomos. E, neste quadro, conclui que, tendo presente o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE,

⁵⁴ CRUZ VILLALÓN, “El Derecho de la Competencia como Límite de la Negociación Colectiva”, cit., 2019, p. 14. Para um enquadramento geral, LUIGI CAVALLARO, “Diritto del Lavoro e Concorrenza: una Breve Storia”, cit., 2022, pp. 1 e ss.

⁵⁵ Ac. do TJUE, de 21 de Setembro de 1999, processo C-67/96 (conhecido como aresto *Albany*), §§ 59 e 60, respectivamente, disponível em <https://curia.europa.eu>.

⁵⁶ Ac. do TJUE, de 4 de Dezembro de 2014, processo n.º C-413/13 (aresto *FNV Kunsten*), §§ 21 a 23, disponível em <https://curia.europa.eu>.

“o direito da União deve ser interpretado no sentido de que a disposição de uma convenção coletiva de trabalho, como a que está em causa no processo principal, que fixa remunerações mínimas para os prestadores de serviços independentes, filiados numa das organizações de trabalhadores contratantes, que exercem a favor de um empregador, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços, a mesma atividade que os trabalhadores assalariados desse empregador, só não está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE se esses prestadores constituírem «falsos trabalhadores independentes», isto é, prestadores que se encontram numa situação comparável à dos referidos trabalhadores”⁵⁷.

Significa isto, portanto, que está excluída a “imunidade incondicional” da negociação colectiva às regras de concorrência, tal como “a aplicação intransigente” destas⁵⁸.

Compreende-se, por isso, que a doutrina tenha chamado a atenção para o obstáculo das regras da concorrência relativamente à negociação colectiva dos trabalhadores autónomos, incluindo os economicamente dependentes; a imunidade (limitada) dos condicionalismos disciplinadores da concorrência ficar-se-ia, em matéria de contratação colectiva, pela representação de trabalhadores subordinados (ou falsos independentes), estando assim os artigos 153.º e 155.º do TFUE limitados ao diálogo social que visa (exclusivamente) proteger os trabalhadores dependentes⁵⁹. Ou seja: “... os juízes europeus

⁵⁷ Ac. do TJUE, de 4 de Dezembro de 2014, processo n.º C-413/13 (aresto *FNV Kunsten*), cit., § 43 (negrito substituído por itálico). Veja-se também Ac. do TJUE, de 12 de Setembro de 2000, processos C-180/98 e C-184/98, <https://curia.europa.eu>, §§ 67 e ss.

⁵⁸ ANTONIO MAMEROW, “Tarifvertrag und Kartellrecht”, cit., 2019, p. 33.

⁵⁹ MICHELE FORLIVESI, “Interessi Collettivi sul Web e Rappresentanza del Lavoro

enfraquecem o direito à negociação colectiva e obrigam-no a funcionar num contexto em que os trabalhadores independentes são considerados empresas. Como tal, os seus desempenhos e/ou os seus serviços nada mais são do que bens cujo preço não pode ser fixado pelos sindicatos, mas deixado às regras do mercado”⁶⁰.

IV. Entretanto, a Comissão (2022), com o intuito de dar resposta às necessidades de estender a tutela do trabalho autónomo nas plataformas digitais, de proteger o modelo social europeu e de prosseguir os objectivos do Pilar Europeu de Direitos Sociais⁶¹, veio chamar a atenção para a diferença da situação dos trabalhadores independentes. Na verdade, a proibição do artigo 101.º do TFUE aplica-se às *empresas*, “... um conceito amplo que abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Por conseguinte, os trabalhadores independentes, mesmo que sejam pessoas singulares que trabalham por conta própria, são, em princípio, empresas na aceção do artigo 101.º do TFUE, uma vez que oferecem os seus serviços em contrapartida de uma remuneração num determinado

Digitale”, cit., 2017, p. 5.

⁶⁰ MICHELE FORLIVESI, “Interessi Collettivi sul Web e Rappresentanza del Lavoro Digitale”, cit., 2017, p. 6. Veja-se também, da Autoridade da Concorrência, *Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, cit., 2021, p. 9, no qual se sustenta: “... quando as empresas ou associações de empresas atuam em sede de convenções coletivas de trabalho, não se encontram excecionados da aplicação do direito da concorrência, sendo potencialmente sujeitos ao artigo 9.º da Lei da Concorrência e, se aplicável, ao artigo 101.º do TFUE” (destaque suprimido).

⁶¹ BENAVENTE TORRES, “La Negociación Colectiva de las Personas Trabajadores Autónomas Vulnerables”, cit., 2023, p. 451. Sobre o Pilar Europeu, por exemplo, CRUZ VILLALÓN, “Balance y Perspectivas de Desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, cit., 2023, pp. 9 e ss.

mercado e exercem a sua atividade como operadores económicos independentes”⁶².

E, na parte especificamente dedicada aos trabalhadores economicamente dependentes, esclareceu, que:

a) se “... considera que um trabalhador independente individual se encontra numa situação de dependência económica quando auferir, em média, pelo menos 50 % do seu rendimento total relacionado com o trabalho de uma única contraparte, durante um período de um ou dois anos”;

b) “por conseguinte, as convenções coletivas relativas às condições de trabalho celebradas entre trabalhadores independentes individuais em situação de dependência económica e a sua contraparte, da qual dependam economicamente, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE”⁶³.

Este documento visa explicitar a forma como a Comissão aplicará o direito da concorrência da União, além de esclarecer “as condições em que determinados trabalhadores independentes individuais e a(s) sua(s) contraparte(s) podem encetar negociações coletivas e celebrar convenções coletivas sem correrem o risco de infringir o artigo 101.º do TFUE”; não cria direitos e obrigações sociais, nem afecta os poderes dos Estados-membros em matéria social, tal como não se sobrepõe às decisões do TJUE⁶⁴.

⁶² § 6 do Comunicado da Comissão, de 30 de Setembro de 2022, Orientações sobre a aplicação do Direito da Concorrência da União às convenções colectivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais (2022/C 374/02), <https://eur-lex.europa.eu>. Para uma análise destas Orientações, BENAVENTE TORRES, “La Negociación Colectiva de las Personas Trabajadores Autónomas Vulnerables”, cit., 2023, pp. 451 e ss, em especial, pp. 457 e ss.

⁶³ Comunicado da Comissão, de 30 de Setembro de 2022, cit., §§ 24-25.

⁶⁴ Comunicado da Comissão, de 30 de Setembro de 2022, cit., §§ 10 e 11.

Apesar destas limitações, foi salientado que “o seu valor é muito maior, pois representa uma mudança transcendente de critérios que, a menos que sejam corrigidos pelo TJUE por violação do Tratado, serão inevitavelmente úteis na construção dogmática do direito à negociação colectiva para o trabalho independente e uma contribuição para sua própria configuração”⁶⁵.

V. Na Alemanha, o regime dos trabalhadores economicamente dependentes - ou trabalhadores equiparados (*arbeitnehmerähnliche Personen*) - encontra-se disperso, resultante de intervenções pontuais. Como tem sido salientado, a *dependência económica* ocorre regularmente quando o trabalhador depende do rendimento do trabalho, sendo a sua subsistência assegurada pela contraprestação do beneficiário; além disso, a pessoa economicamente dependente deve, com base no seu estatuto social global, ser merecedora de uma *protecção social comparável* à de um trabalhador assalariado. É o que acontece quando o grau de dependência atinge um nível que geralmente só ocorre numa relação de trabalho e os serviços prestados

⁶⁵ BENAVENTE TORRES, “La Negociación Colectiva de las Personas Trabajadores Autónomas Vulnerables”, cit., 2023, pp. 454-455. Para mais desenvolvimentos sobre a contratação colectiva e o direito da concorrência, por exemplo, BARRIOS BAUDOR, “La Negociación Colectiva Profesional en el Ámbito del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia”, cit., 2017, em especial, pp. 74 e ss; BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 447 e ss; CRUZ VILLALÓN, “El Derecho de la Competencia como Límite de la Negociación Colectiva”, cit., 2019, pp. 13 e ss, em especial, pp. 16 e ss; JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 77 e ss; JÚLIO GOMES e ANA TERESA RIBEIRO, “Algumas Notas sobre a Contratação Colectiva e o Direito de Concorrência”, cit., 2021, pp. 219 e ss; MICHELE FORLIVESI, “Interessi Collettivi sul Web e Rappresentanza del Lavoro Digitale”, cit., 2017, em especial, pp. 3 e ss; ANTONIO MAMEROW, “Traifvertrag und Kartellrecht”, cit., 2019, pp. 25 e ss; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho a la Negociación Colectiva del Trabajador Autónomo en el Contexto de la Nueva Economía Digital”, 2020, pp. 150 e ss.

são comparáveis aos de um trabalhador subordinado em termos das suas características sociais, devendo, em qualquer caso, todas as circunstâncias do caso individual ser consideradas⁶⁶.

A liberdade de associação constante da Lei Fundamental (§ 9, n.º 3, *Grundgesetz*) não se limita aos trabalhadores disciplinados pelo Direito do Trabalho, defendendo-se que a liberdade sindical se aplica também a trabalhadores semelhantes. E, portanto, todos os trabalhadores podem constituir associações para proteger e promover as suas condições sociais e económicas, mais precisamente para regular as suas condições de trabalho, sem prejuízo de um amplo espaço de intervenção do legislador ordinário⁶⁷.

⁶⁶ GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, cit., 2023, § 10, § 2, com indicação de jurisprudência. Sobre o *arbeitnehmerähnliche Personen*, HEINZ JOSEF WILLEMSSEN e MICHAEL MÜNTEFERING “Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung”, cit., 2008, pp. 193-194, notando que, de acordo com jurisprudência constante, o estatuto de pessoa equiparada a um trabalhador por conta de outrem exige: a) *dependência económica*: são trabalhadores autónomos, que não estão integrados numa organização empresarial, nem estão sujeitos a instruções ou, estando, existe menor intensidade; a dependência pessoal que caracteriza o vínculo laboral é substituída pela dependência económica, o que ocorre quando o interessado depende da utilização do seu trabalho e dos rendimentos do serviço para garantir a sua subsistência, relevando ainda a duração do vínculo; b) *necessidade de protecção social comparável à de um trabalhador por conta de outrem*, o que se verifica se o nível de dependência tiver uma dimensão que geralmente apenas ocorre numa relação de trabalho e os serviços prestados forem comparáveis aos de um trabalhador, atendendo às suas características sociológicas; WOLFGANG HROMADKA, “Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen”, cit., 1997, pp. 1251 e ss; VELASCO PORTERO e MARTIN FRÖHLICH, “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, cit., 2011, pp. 127 e ss.

⁶⁷ MARTIN FRANZEN, “Tarifvertragsgesetz (TVG)”, cit., 2024, anotação ao § 12a, §§ 2 e ss. Cfr. também BAG, 22.11.2005, 1 AZR 458/04, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA), 2006, n.º 4, pp. 223 e ss, na qual se reconheceu às partes outorgantes a faculdade de densificarem os trabalhadores abrangidos, nos termos do § 12a da TVG.

Entre os diplomas⁶⁸ instituidores de um regime específico para os trabalhadores economicamente dependentes está a *Tarifvertragsgesetz* (TVG, § 12a), que estende a sua aplicação a esta categoria de prestadores⁶⁹. Daqui decorre a possibilidade de filiação destes prestadores, bem como a aplicação das regras gerais a que estão sujeitas as associações sindicais em matéria de negociação, por exemplo, capacidade e limites negociais⁷⁰; decorre também que, reconhecido o direito à contratação colectiva, é consequentemente concedido o direito à greve, enquanto instrumento de pressão na fixação das condições de trabalho⁷¹.

⁶⁸ Existem outros, nomeadamente, o ArbGG (*Arbeitsgerichtsgesetz*, Lei do Tribunal do Trabalho, de 3 de Setembro de 1953, com alterações), que atribui à justiça laboral competência para dirimir os conflitos (§ 5, n.º 1); BUrlG (*Bundesurlaubsgesetz*, Lei Federal de Férias, de 8 de Janeiro de 1963, com alterações), que confere o direito a férias (§ 2). Para mais desenvolvimentos, HERBERT BUCHNER “Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen - jedem das Gleiche oder jedem das Seine?”, cit., 1998, pp. 1144 e ss, em particular, pp. 1146 e ss; WOLFGANG HROMADKA, “Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen”, cit., 1997, em especial, pp. 1253 e ss; GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, cit., 2023, § 10, §§ 7 e ss; VELASCO PORTERO e MARTIN FRÖHLICH, “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, cit., 2011, pp. 132-133.

⁶⁹ A norma foi introduzida em 1974. O § contém um conjunto de requisitos (v.g., necessidade de protecção social idêntica a um trabalhador subordinado, prestação da sua actividade predominantemente para uma pessoa ou recebimento desta, em média, de mais de metade da remuneração), que apenas se aplicam para efeitos da TVG, não se referindo ao conceito geral *arbeitnehmerähnlichen Person*, cfr. GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, cit., 2023, § 10, § 2; MARTIN FRANZEN, “Tarifvertragsgesetz (TVG)”, cit., 2024, anotação ao § 12a, §§ 4.

⁷⁰ MARTIN FRANZEN, “Tarifvertragsgesetz (TVG)”, cit., 2024, anotação ao § 12a, § 10. Para uma análise do § 12a, MARTIN FRANZEN, *op. cit.*, anotação ao § 12a; REINHARD RICHARDI e FRANK BAYREUTHER, *Kollektives Arbeitsrecht*, cit., 2023, pp. 24-25; GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, cit., 2023, § 10, § 5.

⁷¹ WOLFGANG DÄUBLER, *Arbeitskampfrecht*, cit., 2018, § 12, § 61; VELASCO PORTERO e MARTIN FRÖHLICH, “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, cit., 2011, pp. 131-132.

VI. O ordenamento italiano⁷², apesar de ter o trabalho subordinado como eixo central da regulação (artigo 2094 do *Codice Civile*)⁷³, foi pioneiro no recurso ao termo *lavoro parasubordinato*⁷⁴. A temática do trabalho autónomo está disciplinada no *Codice Civile* (*contratto d'opera*, artigos 2222 a 2228), que assenta numa prestação de execução instantânea ou duradoura, mas não satisfaz (integralmente) as necessidades de uma tutela especial do trabalhador economicamente dependente⁷⁵.

A legislação não elegeu inicialmente a dependência económica como elemento diferenciador e protector do trabalhador autónomo; pelo contrário, atendeu, no quadro de um conjunto de relações laborais autónomas, às especificidades de execução da prestação

⁷² Para uma análise comparativa, RUEDA RODRÍGUEZ, “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, cit., 2016, pp. 1 e ss.

⁷³ Para uma análise evolutiva da dicotomia trabalho subordinado vs trabalho autónomo, VITTORIA BALLESTRERO e GISELLA DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., 2022, pp. 143 e ss; FRANCO CARINCI, “La Subordinazione Rivisitata alla Luce dell’ultima Legislazione: dalla «Subordinazione» alle «Subordinazioni?»”, cit., 2023, pp. 1 ss; MASSIMO PALLINI, *Il Lavoro a Progetto: Ritorno al ... Futuro?*, cit., 2005, pp. 1 e ss, bem como, do mesmo Autor, “La Subordinazione è Morta! Lunga Vita alla Subordinazione!”, cit., 2020, pp. 78 e ss; G. SANTORO-PASSARELLI, “Il Rapporto Individuale di Lavoro e il Contratto Collettivo nella Normativa Precedente al Codice, nel Codice Civile del 1942 e nella Disciplina Successiva”, cit., 2022, pp. 422 e ss; e, também com interesse, GIUSEPPE LUDOVICO, “Trabalho Tecnológico a Distância e Subordinações: da Hetero-direção à Hetero-organização”, cit., 2024, pp. 15 e ss; ADALBERTO PERULLI, *Il Jobs Act del Lavoro Autonomo e Agile: Come Cambiano i Concetti di Subordinazione e Autonomia nel Diritto del Lavoro*, cit., 2017, pp. 1 e ss, bem como, do mesmo Autor, “La Presunzione di Subordinazione: Profili di Diritto Comparato”, cit., 2024, pp. 173 e ss; ROBERTO PESSI, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, cit., 2022, pp. 227 e ss e pp. 234 e ss; G. SANTORO-PASSARELLI, “La Subordinazione in Trasformazione”, cit., 2021, pp. 1 e ss; PAOLO TOSI, “C’erano una Volta le Fattispecie e c’erano una Volta gli ...!”, cit., 2024, pp. 1 e ss.

⁷⁴ RUEDA RODRÍGUEZ, “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, cit., 2016, p. 3.

⁷⁵ RUEDA RODRÍGUEZ, “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, cit., 2016, p. 4; G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, p. 11. Para mais desenvolvimentos, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 2. *Il Rapporto di Lavoro Subordinato*, cit., 2022, pp. 72 e ss.

laboral, mais concretamente às colaborações contínuas e coordenadas (*prestazione di opera continuativa e coordinata*), incluindo os diferendos destas nos conflitos individuais de trabalho (*controversie individuali di lavoro*, artigo 409, n.º 3, do *Codice di Procedura Civile*, de 1940, na versão da *Legge 11 agosto 1973, n.º 533*)⁷⁶, diploma que colocou termo ao vazio normativo⁷⁷.

Posteriormente, as situações de trabalho autónomo seriam objecto de tutela legal, tendo uma referência implícita no artigo 409, n.º 3, do *Codice di Procedura Civile*, relevando a *Legge Biagi*, mais especificamente, o *Decreto 10 settembre 2003, n.º 276 (attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.º 30)*^{78/79}, criando, com o intuito de

⁷⁶ “... rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato”, disponível em <https://www.brocardi.it>. Acrescenta ainda a norma processual que a colaboração é considerada coordenada quando, observados os métodos de coordenação estabelecidos entre as partes, o colaborador organiza de forma independente a actividade de trabalho; a norma foi alterada, pela última vez, através do artigo 15, n.º 1, alínea a), da *Legge 22 maggio 2017, n.º 81*, tendo sido acrescentado que a colaboração é considerada coordenada quando, em conformidade com métodos de coordenação estabelecidos de comum acordo entre as partes, o colaborador organiza a actividade laboral de forma independente - cfr. FRANCO CARINCI, “La Subordinazione Rivisitata alla Luce dell’ultima Legislazione: dalla «Subordinazione» alle «Subordinazioni?»”, cit., 2023, pp. 21 e ss.

⁷⁷ RUEDA RODRÍGUEZ, “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, cit., 2016, pp. 6-7; G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, p. 11.

⁷⁸ Disponível em <https://www.normattiva.it>. O diploma foi objecto de alterações (*Riforma Fornero, Legge 28 giugno, n.º 92, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*) relevando o critério económico na sua aplicação (artigo 1, n.ºs 23 a 26). No entanto, perante este quadro normativo, G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, p. 16, afirmava que a intervenção do legislador em matéria de trabalho autónomo visou combater a fraude no recurso a este tipo de trabalho, mas sem a preocupação de conceder protecção ao trabalhador economicamente dependente.

⁷⁹ O diploma foi revogado pelo artigo 52 do Decreto legislativo 15 giugno 2015, n.º 81 (disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n.º 183).

combater as fraudes no recurso a este tipo de trabalho, a categoria de *lavoro a progetto* (artigos 61 a 69), o que provocou a incorporação do contrato de *collaborazione coordinata e continuativa* (co. co. co.) no *lavoro a progetto* (co. co. pro.) e a consequente marginalização daquele⁸⁰; o novo regime assentava na essencialidade do projecto, de modo a diferenciar as situações reais das fictícias, não obstante o legislador, por falta de indicações claras, ter deixado a cargo da doutrina e jurisprudência a definição e função do *progetto*⁸¹.

Em 2015, o *Decreto legislativo, 15 giugno 2015, n.º 81 (disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n.º 183)* determinou a aplicação da regulamentação das relações de trabalho subordinado às relações de colaboração (*rapporti di collaborazione*) que assumam a forma de trabalho exclusivamente pessoal, contínuo e cujos métodos de execução sejam organizados pelo cliente, também com referência aos horários e local de trabalho (artigo 2). A norma geraria ampla controvérsia sobre a distinção entre “*etero-direzione*” e “*etero-organizzazione*”⁸².

⁸⁰ PAOLO TOSI, “C’erano una Volta le Fattispecie e c’erano una Volta gli ...!”, cit., 2024, p. 4.

⁸¹ G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, pp. 13-14; VITTORIA BALLESTRERO e GISELLA DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., 2022, p. 145; com, amplo desenvolvimento, MASSIMO PALLINI, *Il Lavoro a Progetto: Ritorno al ... Futuro?*, cit., 2005, pp. 20 e ss.

⁸² FRANCO CARINCI, “La Subordinazione Rivisitata alla Luce dell’ultima Legislazione: dalla «Subordinazione» alle «Subordinazioni?»”, cit., 2023, pp. 10 e ss; PAOLO TOSI, “C’erano una Volta le Fattispecie e c’erano una Volta gli ...!”, cit., 2024, pp. 5 e ss; GIUSEPPE LUDOVICO, “Trabalho Tecnológico a Distância e Subordinações: da Hetero-direção à Hetero-organização”, cit., 2024, pp. 7 e ss; ADALBERTO PERULLI, *Un Jobs Act per il Lavoro Autonomo: verso una Nuova Disciplina della Dipendenza Economica?*, cit., 2015, pp. 1 e ss, numa perspectiva propositiva e com análise de outros ordenamentos.

E, mais tarde, sempre com intervenções parcelares e sem conferir um estatuto ao trabalhador autónomo - nem mesmo ao economicamente dependente - surgiu a *Legge 22 maggio 2017, n. 81*, que, entre outras inovações, alterou o artigo 409, n.º 3, do *Codice di Procedura Civile*⁸³. Todavia, a realidade manteve-se, nos seus traços centrais: ausência de resposta “às exigências de uma realidade económico-social em que a osmose e as fissuras sociais entre a subordinação e a autonomia prevalecem agora sobre as distinções e os fechamentos normativos, e em que as exigências de proteção se conformam cada vez mais ao longo das vias desconexas e absolutamente transtípicas da precariedade do trabalho ...”⁸⁴.

De qualquer modo, depois de nova intervenção legislativa através do *Decreto-Legge, 3 de settembre 2019, n.º 101 (Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali)*⁸⁵, a jurisprudência seria clara ao sustentar que a regulação do trabalho subordinado é também aplicável “... aos prestadores considerados numa condição de debilidade económica (*debolezza economica*), que operando numa «zona cinzenta» entre a autonomia e a

⁸³ Cfr. *supra* nota. Para uma análise, GIUSEPPE LUDOVICO, “Trabalho Tecnológico a Distância e Subordinações: da Hetero-direção à Hetero-organização”, cit., 2024, pp. 24 e ss, em especial, pp. 49 e ss; ADALBERTO PERULLI, *Il Jobs Act del Lavoro Autonomo e Agile: come Cambiano i Concetti di Subordinazione e Autonomia nel Diritto del Lavoro*, cit., 2017, pp. 9 e ss.

⁸⁴ ADALBERTO PERULLI, *Il Jobs Act del Lavoro Autonomo e Agile: come Cambiano i Concetti di Subordinazione e Autonomia nel Diritto del Lavoro*, cit., 2017, p. 22; VITTORIA BALLESTRERO e GISELLA DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., 2022, pp. 148 e ss.

⁸⁵ Cfr. artigo 1 do Decreto-Legge, 3 de settembre 2019, n.º 101 (*Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali*), que modificou o artigo 2 do Decreto legislativo, 15 giugno 2015, n.º 81, substituindo “exclusivamente” por “predominantemente”, eliminando a referência a horários e locais de trabalho e ampliando o âmbito subjectivo às plataformas digitais.

subordinação, são, no entanto, considerados dignos de protecção homogénea”⁸⁶.

Pode identificar-se uma maior “abertura” no quadro do direito colectivo. Na verdade, o processo de sindicalização ultrapassou os limites do trabalho subordinado para alcançar amplas áreas do trabalho autónomo (ou parasubordinado), nomeadamente artesãos, médicos e advogados. Este alargamento insere-se no quadro do processo expansivo do Direito do Trabalho, propenso a estender as suas garantias à esfera do trabalho autónomo, quando exista dependência social e económica, mais concretamente, a quem desempenhe uma actividade laboral dirigida pelo beneficiário⁸⁷.

Entre as garantias está o recurso ao conflito colectivo, caminho aberto pela *Corte Costituzionale*, em meados dos anos setenta, que sustentou a aplicação do artigo 40.º da Constituição para efeitos de tutela do encerramento de actividades de pequenos comerciantes (sem trabalhadores) para protestar face a medidas que afectem a sua actividade económica⁸⁸.

⁸⁶ *Sentenza da Corte di Cassazione*, processo n.º 1663/2020, de 24 de Janeiro de 2020, <https://www.wikilabour.it>, § 27. Para uma análise do aresto, VINCENZO MARTINO, “Brevi Note alla Sentenza n. 1663/2020 della Cassazione”, cit., 2020, pp. 1 e ss. Veja-se também VITTORIA BALLESTRERO e GISELLA DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., 2022, pp. 153 e ss; G. SANTORO-PASSARELLI, “Il Rapporto Individuale di Lavoro e il Contratto Collettivo nella Normativa Precedente al Codice, nel Codice Civile del 1942 e nella Disciplina Successiva”, cit., 2022, pp. 428 e ss.

⁸⁷ FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., 2023, pp. 113-114.

⁸⁸ *Sentenza della Corte Costituzionale*, 17 luglio 1975, n.º 222, <https://giurcost.org>, § 3, considerando o Tribunal que se tratava de uma greve - e não de um *lock-out* -, afirmando que “a suspensão do trabalho implementada pelas pequenas empresas em protesto contra factos ou medidas que afectem o conteúdo económico da sua actividade empresarial deve ser considerada lícita, uma vez que esta, no caso aqui discutido dos operadores sem trabalhadores assalariados, identifica e coincide inteiramente com a actividade subjectiva e pessoal desta categoria especial de trabalhadores independentes cujos interesses encontram ampla protecção nas regras contidas no terceiro título, parte um, da Constituição”.

Entretanto, surgiu a *Legge n.º 146/1990, 12 giugno (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge, com alterações)*, que regulou a greve nos serviços públicos essenciais. Este diploma estava pensado para trabalhadores subordinados e dificilmente poderia ser adaptado, por via interpretativa, a outras realidades⁸⁹.

Tal limitação fundamenta, entre outras, a intervenção do legislador, que através da *Legge 83/2000 (Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati)*⁹⁰ procedeu à extensão de normas que regulam o direito de greve às abstenções realizadas pelos trabalhadores autónomos, profissionais liberais e pequenos empresários que coloquem em causa o funcionamento dos serviços públicos essenciais; entre essas extensões estão, por exemplo, a obrigação de pré-aviso, a indicação da duração e dos motivos da abstenção (artigo 2-bis)⁹¹.

⁸⁹ FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., 2023, p. 339. Note-se que a *Sentenza della Corte Costituzionale*, de 27 de Maio de 1996, n.º 171, <https://www.cortecostituzionale.it>, estendeu as normas da *Legge 146/1990* às abstenções realizadas pelos advogados, decidindo que “deve ser declarada a ilegitimidade constitucional do art. 2, §§ 1.º e 5.º, da Lei n.º 146, na parte em que não prevê, no caso de abstenção colectiva da actividade judicial dos advogados e solicitadores, a obrigação de notificação adequada e de prazo razoável de abstenção e também não fornece os instrumentos adequados à identificação (e assegurar) dos serviços essenciais durante a própria abstenção, bem como os procedimentos e consequentes medidas em caso de incumprimento” (§ 3.5.).

⁹⁰ Disponível em <https://www.normattiva.it>.

⁹¹ FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., 2023, pp. 368-369 e 439 e ss.

VII. No que respeita ao Direito francês, também a subordinação continua a ser o elemento definidor do regime laboral, salientando-se, no entanto, que a dificuldade de destrição entre contrato de trabalho e o trabalho autónomo é cada vez mais difícil de traçar, o que justifica, desde logo, o recurso à presunção do contrato de trabalho (v.g., jornalista, artigo L. 7112-1 e ss) ou mesmo à qualificação legal de certa actividade como assente num vínculo de subordinação (v.g., agente, artigo L. 7313-1 e ss)⁹².

Diverso é o mecanismo de equiparação (*assimilation aux salariés*) de prestadores autónomos aos trabalhadores (subordinados), que, considerando as necessidades sociais, gera o alargamento do Código do Trabalho a prestadores economicamente dependentes⁹³ e, portanto, a existência de uma categoria intermédia^{94/95}.

⁹² Por exemplo, ELSA PESKINE e CYRIL WOLMARK, *Droit du Travail*, cit., 2023, § 57.

⁹³ ELSA PESKINE e CYRIL WOLMARK, *Droit du Travail*, cit., 2023, § 55, referem-se a “travailleurs «parasubordonnés»”.

⁹⁴ Cfr. FAVENNEC-HÉRY, PIERRE-YVES VERKINDT e GRÉGOIRE DUCHANGE, *Droit du Travail*, cit., 2022, pp. 467-468 e 475; BARBARA GOMES, *Le Statut Juridique des Travailleurs Économiquement Dépendants. Etude Comparée en Droit Allemand, Espagnol, Français, Italien et Anglais*, cit., 2017, p. 29; LAURE CAMAJI, “Le Travailleur Autonome Économiquement Dépendant en Droit Français”, cit., 2013, pp. 38-39.

⁹⁵ Foram diversos os relatórios elaborados sobre o trabalhador economicamente dependente. A título de exemplo, em 2008, sob a responsabilidade de PAUL-HENRI ANTONMATTEI e JEAN-CHRISTOPHE SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité*, 2008, <https://travail-emploi.gouv.fr>, sustentando a criação de um estatuto do trabalhador economicamente dependente (pp. 21 e ss); registe-se também que, a pedido da *Commission des Affaires Sociales*, foi realizado, por MICHEL FORISSIER, CATHERINE FOURNIER e FRÉDÉRIQUE PUISSAT, o *Rapport d'Information n° 452 (2019-2020)*, intitulado *Travailleurs des Plateformes: au-delà de la Question du Statut, Quelles Protections?*, <https://www.senat.fr>, concluído em Maio de 2020; esta análise visava uma apreciação sobre a situação dos trabalhadores independentes economicamente dependentes, tendo como objecto central os trabalhadores das plataformas, como, aliás, decorre das recomendações apresentadas.

Trata-se de uma assimilação limitada a algumas actividades profissionais, nomeadamente, a gerentes de agência (*gérants de succursales*, artigo L. 7321-1 e ss), sendo destinatários de protecção em matéria de cessação do contrato de trabalho, bem como do regime atinente às instituições representativas dos trabalhadores⁹⁶, existindo mesmo quem sustente que “o caminho está agora aberto com o artigo L. 7342-5”⁹⁷ para o alargamento do direito à greve aos trabalhadores economicamente dependentes⁹⁸.

Pode, por isso, afirmar-se que, na ordem jurídica francesa, a dependência económica tem (alguma) relevância para efeitos de protecção dos trabalhadores que se encontram nesta situação.

VIII. Particularmente relevante nesta temática é a realidade espanhola, desde logo, por ter um regime especial e consolidado sobre os trabalhadores autónomos, pioneiro no quadro da União Europeia⁹⁹, que poderá constituir um ponto de referência legislativa dentro da

⁹⁶ ELSA PESKINE e CYRIL WOLMARK, *Droit du Travail*, cit., 2023, § 58; FRANÇOIS GAUDU e FLORENCE BERGERON, *Droit du Travail*, cit., 2023, § 66; LAURE CAMAJI, “Le Travailleur Autonome Économiquement Dépendant en Droit Français”, cit., 2013, pp. 44 e ss; BARBARA GOMES, *Le Statut Juridique des Travailleurs Économiquement Dépendants. Etude Comparée en Droit Allemand, Espagnol, Français, Italien et Anglais*, cit., 2017, pp. 27 e ss.

⁹⁷ A norma prevê que os trabalhadores independentes que realizam a sua actividade com recurso a plataformas, caso recorram a movimentos de recusa concertada com o objectivo de defender as suas reivindicações profissionais, não podem, excepto por abuso, ser destinatários de responsabilidade civil contratual, nem pode a abstenção ser fundamento para a cessação das relações jurídicas, tal como para quaisquer medidas que penalizem a actividade.

⁹⁸ PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Droit du Travail*, cit., 2023, pp. 1154-1155.

⁹⁹ RUEDA RODRÍGUEZ, “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, cit., 2016, pp. 3-4, acrescentando que esse pioneirismo assume nível mundial (p. 5). Para além desta análise comparada, veja-se SYLVIE CÉLÉRIER, RIESCO-SANZ e PIERRE ROLLE, “Une Indépendance Équivoque: les Nouveaux Status des Indépendants Espagnols et Français”, cit., 2016, pp. 21 e ss.

experiência europeia¹⁰⁰. Com efeito, na esteira de um conjunto de normas constitucionais aplicáveis ao trabalho por contra própria (artigos 35, n.º 1, 38, 40, n.º 2, e 41)¹⁰¹, foi introduzido, através da *Ley 20/2007, de 11 de Julio*^{102/103}, o *Estatuto del Trabajo Autónomo*, colmatando a ausência de legislação. O diploma, influenciado pelas experiências alemã e italiana¹⁰⁴, estabelece a regulação do trabalho autónomo, dedicando um dos seus capítulos ao *trabajo autónomo económicamente dependiente*, que teve como objectivo “tutelar este tipo de autónomos como contraente débil, sem colocar em causa a natureza de contrato civil de prestação de serviços como titular de uma actividade profissional própria”¹⁰⁵; ou seja: a lógica regulativa nesta matéria é a tutela do trabalhador economicamente dependente como modelo “do contraente débil, claramente

¹⁰⁰ G. SANTORO-PASSARELLI, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, cit., 2013, p. 17.

¹⁰¹ Cfr. AROZAMENA LASO e GONZÁLEZ ALONSO, “Aspectos Constitucionales de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, cit., 2009, pp. 13 e ss, em especial, pp. 24 e ss.

¹⁰² Cfr. § I do preâmbulo do diploma. Veja-se também o Real Decreto 197/2009, de 23 de Febrero, com alterações, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos; e, ainda, o Real Decreto 1613/2010, de 7 de diciembre (por el que se crea y regula el Consejo de la representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos en el ámbito estatal y se establece la composición y régimen de funcionamiento y organización del Consejo del Trabajo Autónomo).

¹⁰³ O diploma foi objecto de alterações, cfr. BRAVO DE LAGUNA, “El Trabajo Autónomo y su Reforma Inacabada por la Ley 6/2017, de 24 de Octubre”, cit., 2018, pp. 1 e ss, em especial, p. 14.

¹⁰⁴ VELASCO PORTERO e MARTIN FRÖHLICH, “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, cit., 2011, p. 125.

¹⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, “El Debate en Torno a la Adaptación o Superación de la Subordinación como Elemento Referencial del Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Trabajo. Un Debate Global desde la Perspectiva Española”, cit., 2021, p. 379.

diferenciado do tradicional profissional liberal”¹⁰⁶. Surgiu, assim, uma ruptura da “concepção bipolar”, i.e, a que assentava nas actividades subordinadas, reguladas pelo regime laboral, e as autónomas, disciplinadas pelo direito civil¹⁰⁷.

O diploma esclarece, logo no início do articulado, que o trabalho realizado por conta própria não é regulado pela legislação laboral, salvo existindo norma legal expressa (artigo 3, n.º 3, e disposição final primeira do *Estatuto de los Trabajadores* de 1995). Depois de fixar o *ámbito de aplicación subjetivo* (título I)¹⁰⁸, delimita o *régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente* (capítulo III do título II), assente em diversos critérios, entre os quais releva a dependência económica do cliente, que corresponde, no mínimo, a 75% dos rendimentos de trabalho e de actividades económicas ou profissionais (artigo 11, n.º 1), impondo a forma escrita para a outorga do contrato (artigo 12)¹⁰⁹. Como nota o legislador, a definição de *trabajador autónomo económicamente dependiente*, que é muito restritiva, visa eliminar as “zonas de fronteira cinzentas entre

¹⁰⁶ CRUZ VILLALÓN, “El Debate en Torno a la Adaptación o Superación de la Subordinación como Elemento Referencial del Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Trabajo. Un Debate Global desde la Perspectiva Española”, cit., 2021, p. 379.

¹⁰⁷ CRUZ VILLALÓN, “El Trabajo Autónomo Economicamente Dependiente en España. Breve Valoración de su Impacto tras Algunos Años de Aplicación”, cit., 2013, p. 22.

¹⁰⁸ Determina o artigo 1, n.º 1: “a presente lei aplica-se às pessoas singulares que exercem habitualmente, de forma pessoal e direta, por conta própria e fora do âmbito de direcção e organização de outra pessoa, uma actividade económica ou profissional com fins lucrativos, quer empreguem ou não trabalhadores”; veja-se também as normas de extensão e exclusão do âmbito de aplicação do diploma (artigos 1 e 2).

¹⁰⁹ Para uma apreciação, VALDÉS ALONSO, “La Regulación del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en la Ley 20/2007: Apuntes para un Debate”, cit., 2008, pp. 144 e ss; CRUZ VILLALÓN, “El Trabajo Autónomo Economicamente Dependiente en España. Breve Valoración de su Impacto tras Algunos Años de Aplicación”, cit., 2013, pp. 25 e ss.

as três categorias [i.e., autónomo clássico, autónomo economicamente dependente e o trabalhador por conta alheia]”¹¹⁰.

A particular curiosidade do diploma para a presente análise consta do título III (*derechos colectivos del trabajador autónomo*), no qual se prevê - na esteira do artigo 3.º, n.º 1, da *Ley Orgánica 11/1985*, de 2 de Agosto (*Ley Orgánica da Libertad Sindical*) - a possibilidade de os *trabajadores autónomos* se filiarem em sindicatos ou associações empresariais, filiarem-se e constituírem associações profissionais específicas de trabalhadores autónomos e exercerem a actividade colectiva em defesa dos seus interesses profissionais (artigo 19, n.º 1, alíneas a) a c)). Por sua vez, as associações de trabalhadores autónomos são titulares dos direitos (colectivos) de constituir federações, confederações e uniões, outorgar acordos de interesse profissional para os trabalhadores filiados autónomos economicamente dependentes (*acuerdos de interés profesional*) e exercer a defesa e tutela colectiva dos interesses profissionais dos trabalhadores autónomos (artigo 19, n.º 2, alíneas a) a c)).

No que respeita aos *acordos de interesse profesional*, considerados fontes pelo legislador (artigo 3, n.º 2), estes são outorgados entre as associações ou sindicatos que representem os trabalhadores autónomos economicamente dependentes e as empresas para as quais executam a sua actividade, podendo regular o modo, tempo e lugar de execução da actividade, bem como outras condições gerais de contratação (artigo 13, n.º 1); estão sujeitos à forma escrita (artigo 13, n.º 2), são celebrados com base nas regras do Código Civil e aplicam-se às entidades outorgantes e aos filiados que prestem

¹¹⁰ Cfr. § III do preâmbulo do diploma.

expressamente o seu consentimento (artigo 13, n.º 4). Temos, assim, acordos que não são convénios colectivos (laborais) - estando, portanto, excluídos do regime do artigo 37, n.º 1, da Constituição - e que são exclusivos dos trabalhadores autónomos economicamente dependentes¹¹¹.

Em matéria de conflitos colectivos *do trabajador autónomo económicamente dependiente*, o Tribunal Constitucional sustentou que a protecção da Lei Fundamental em matéria de greve tinha como destinatários os trabalhadores titulares de um contrato de trabalho (artigo 28, n.º 2)¹¹², o que permitirá justificar a ausência do direito de greve entre os direitos colectivos dos trabalhadores autónomos, devendo considerar-se que a referência ao direito de as associações de trabalhadores autónomos exercerem a defesa e a tutela colectiva dos interesses profissionais destes trabalhadores (artigo 19, n.º 2, alínea c)) se “refere a medidas inespecíficas previstas para os

¹¹¹ Para mais desenvolvimentos, BARRIOS BAUDOR, “La Negociación Colectiva Profesional en el Ámbito del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia”, cit., 2017, pp. 63 e ss, referindo-se à negociação colectiva em sentido amplo, de modo a incluir as duas modalidades; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho a la Negociación Colectiva del Trabajador Autónomo en el Contexto de la Nueva Economía Digital”, 2020, pp. 153 e ss; ROQUETA BUJ, “Los Derechos Colectivos de los Trabajadores Autónomos. Los Acuerdos de Interés Profesional”, cit., 2012, pp. 19 e ss; TRILLO PÁRRAGA, “Derechos Colectivos del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente”, cit., 2009, pp. 98 e ss.

¹¹² *Sentencia do Tc. n.º 11/1981, de 8 de abril*, www.tribunalconstitucional.es, § II., 12.º, na qual se afirma: “o artigo 28, n.º 2, da Constituição, ao reconhecer o direito de greve como direito fundamental, fá-lo em favor dos trabalhadores e para a defesa dos seus interesses. Deve entender-se, portanto, que o direito protegido constitucionalmente é aquele que atribui às pessoas que prestam trabalho por conta de outrem, quando tal direito for exercido contra empregadores ou empresários, para renegociar com eles os contratos de trabalho, introduzindo neles determinadas alterações”. Veja-se também a *Sentencia do Tc. n.º 98/1995, de 29 de julio*, que excluiu do âmbito da liberdade sindical os trabalhadores autónomos (§ 2); e, ainda, BRAVO FERRER e CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, cit., 2018, pp. 1034-1035 (comentário de IGNACIO GARCÍA-PERROTE).

cidadãos em geral, como o direito de manifestação ou petição, etc.”^{113/114}.

§ 4.º Principais alterações

I. A recente alteração ao Código do Trabalho (Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril) veio introduzir, como referimos, um amplo conjunto

¹¹³ ROQUETA BUJ, “Los Derechos Colectivos de los Trabajadores Autónomos. Los Acuerdos de Interés Profesional”, cit., 2012, p. 27; GARCÍA MURCIA, “Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo en el Sistema Español”, cit., 2014, § 3; GÖERLICH PESSET, “Digitalización y Derecho de Huelga”, cit., 2020, pp. 95-96; RUIZ SAURA, “Huelga y Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en la Actualidad”, cit., 2022, pp. 137 e ss, em especial, pp. 140 e ss; MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., 2023, p. 825. Note-se, no entanto, que existem posições em sentido diverso, cfr., por exemplo, para uma análise do debate, RUIZ SAURA, *op. cit.*, pp. 147 e ss, que conclui pela necessidade de uma intervenção legislativa (pp. 155-156); SEPÚLVEDA GÓMEZ, “Derechos Colectivos y de Representación de los Trabajadores no Asalariados”, cit., 2005, pp. 202 e ss, em especial, pp. 204-205, pronunciando-se antes do Estatuto de 2007; TRILLO PÁRRAGA, “Derechos Colectivos del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente”, cit., 2009, pp. 111 e ss, em especial, pp. 113 e ss, que entende inaplicável a doutrina do Tribunal Constitucional identificada no texto, que pressupunha um trabalhador “autónomo com independência jurídica e económica” (p. 114); acrescenta ainda a desigualdade económica entre as partes.

¹¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o estatuto de trabalhador economicamente dependente, CRUZ VILLALÓN, “El Debate en Torno a la Adaptación o Superación de la Subordinación como Elemento Referencial del Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Trabajo. Un Debate Global desde la Perspectiva Española”, cit., 2021, pp. 379 e ss, bem como, do mesmo Autor, “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en España. Breve Valoración de su Impacto tras algunos Años de Aplicación”, cit., 2013, pp. 19 ss; VALDÉS ALONSO, “La Regulación del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en la Ley 20/2007: Apuntes para un Debate”, cit., 2008, pp. 133 e ss.

de modificações no regime das situações equiparadas (artigo 10.º)^{115/116}.

Tendo como ponto de partida, que se manteve inalterado, a aplicação aos trabalhadores com dependência económica (sem subordinação jurídica) das normas atinentes aos direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho, a recente reforma acrescentou ainda “... os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais em vigor no âmbito do mesmo sector de actividade, profissional e geográfico ...” (artigo 10.º, n.º 1).

Em termos de incidência subjectiva, o legislador começou por considerar “haver dependência económica sempre que o prestador de trabalho seja uma pessoa singular que preste, directamente e sem intervenção de terceiros, uma actividade para o mesmo beneficiário, e dele obtenha o produto da sua actividade de acordo com o disposto no artigo 140.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social”, ou seja: “... que no mesmo ano civil

¹¹⁵ Cfr. também a Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro (*regime jurídico no trabalho no domicílio*). Para uma análise do regime, veja-se JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., 2007, pp. 196 e ss, bem como, do mesmo Autor, “Algumas Considerações sobre o Trabalho no Domicílio”, cit., 2003, pp. 51 e ss; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 576 e ss; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 348 e ss. Naturalmente, que existem outras situações comuns de actividade prestada com dependência económica, como é o caso do trabalho realizado através de plataformas digitais, que pode também ocorrer em situação de subordinação jurídica (cfr. artigo 12.º-A). Sobre esta matéria, LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA, “Plataformas digitais, qualificação do contrato e substituição de estafetas: a «bala de prata»?”, cit., 2024, pp. 135 e ss.

¹¹⁶ Veja-se também o artigo 165.º, n.º 2, introduzido pela Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro, que estende (parcialmente) a aplicação do regime do teletrabalho aos prestadores em situação de dependência económica. Sobre as alterações, LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA, “Il Telelavoro in Portogallo”, cit., 2022, pp. 187 e ss; ROMANO MARTINEZ, “Crises Económicas (Incluindo a Decorrente da Pandemia) e Impacto no Direito do Trabalho”, cit., 2022, pp. 28 e ss.

beneficiem de mais de 50% do valor total da actividade de trabalhador independente ...” (artigo 10.º, n.º 2¹¹⁷)¹¹⁸; foi assim introduzido um critério quantitativo para a qualificação de trabalhador economicamente dependente^{119/120}.

II. Na temática colectiva, e para além da aplicação dos instrumentos negociais vigentes, acima referidos (artigo 10.º, n.º 1), o Código introduziu regulação em matéria de representação e negociação colectiva dos trabalhadores economicamente dependentes (artigo 10.º-A). Com efeito, conferiu o direito à: a) representação dos seus interesses socioprofissionais por associação sindical e por comissão de trabalhadores; b) negociação de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais, específicos para trabalhadores independentes, através de associações sindicais; c) aplicação dos instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho negociais já existentes e aplicáveis a trabalhadores, nos termos neles previstos; d) extensão administrativa do regime de uma convenção colectiva ou de uma decisão arbitral, e à fixação administrativa de condições

¹¹⁷ PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, cit., 2023, pp. 117 e ss, qualifica de presunção inilidível a prescrição legal “considera-se haver dependência económica ...”, tendo presente o procedimento fixado (artigo 10.º, n.º 2).

¹¹⁸ Cfr. também os n.ºs 3 e 4 do artigo 140.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social. O artigo 140.º, n.º 3, foi objecto de requerimento de apreciação de inconstitucionalidade por parte da Provedora de Justiça (artigo 218.º, n.º 2, alínea d), da CRP), <https://www.provedor-jus.pt/>.

¹¹⁹ Com desenvolvimentos, cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 344 e ss e 353-354.

¹²⁰ Nos termos do artigo 10.º-B, “para efeitos do disposto nos artigos anteriores, a aplicação do regime de trabalhador independente em situação de dependência económica depende de declaração dirigida pelo prestador de trabalho ao beneficiário da actividade, acompanhada de comprovativo que ateste o preenchimento do requisito previsto no n.º 2 do artigo 10.º”.

mínimas de trabalho, aplicando-se à emissão destes instrumentos, com as necessárias adaptações, o regime previsto nos artigos 514.º e seguintes (artigo 10.º-A, n.º 1, alíneas a) a d)).

Acontece, no entanto, que estes direitos - que o Código denomina de *direito à representação colectiva* -, são definidos em legislação específica (artigo 10.º-A, n.º 2)¹²¹, que inexistente, razão pela qual consideramos inaplicável o regime vigente (artigo 37.º da Lei n.º 13/2023), cuja eficácia está assim dependente de intervenção legislativa, incluindo a orientação geral constante do artigo 10.º, n.º 1^{122/123}.

Sublinhe-se ainda que, entre os vários desafios que o legislador terá aquando da elaboração do regime específico, merece destaque o de identificar o eixo central do direito colectivo, que é o interesse colectivo, numa tipologia de trabalhadores que abrange realidades tão diversas¹²⁴; igualmente difícil será a nomeação do nexo de

¹²¹ É manifesto o lapso remissivo - “nos termos do artigo anterior” - do n.º 2 do artigo 10.º-A, uma vez que não é o artigo 10.º que regula o direito à representação colectiva, mas sim o artigo 10.º-A, n.º 1.

¹²² Neste sentido, LEAL AMADO *et alii*, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 125-126 (MILENA ROUXINOL); JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 74, 76 e 77, bem como, do Autor, “Nótula sobre as Alterações Recentes ao Artigo 497.º do Código do Trabalho”, cit., 2023, p. 292. Como bem observa MONTEIRO FERNANDES, “A Reforma Laboral e a Contratação Colectiva”, cit., 2023, p. 49, “quem folhear uma convenção colectiva facilmente constatará que grande parte do seu conteúdo é inteiramente incompatível com a situação dos autónomos dependentes”, impondo-se “concluir que tais regime não podem ser aplicados como constam dos textos das convenções”.

¹²³ Note-se ainda que o Código do Trabalho fixou orientações para efeitos da elaboração da legislação específica (artigo 10.º-A, n.º 2, alíneas a) a c)). Acontece, no entanto, que não tendo a Lei n.º 13/2023, nem o próprio Código do Trabalho, valor reforçado, o incumprimento das linhas determinadas não constituem uma ilegalidade, não estando, deste modo, o legislador vinculado.

¹²⁴ Ver, por exemplo, JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 66 e ss.

representação entre trabalhadores economicamente dependentes e associações sindicais, entidades que aqueles não podem integrar¹²⁵. Com efeito, face às linhas já fixadas, o trabalhador economicamente dependente não tem o direito de se inscrever em associações sindicais e, consequentemente, de eleger ou ser eleito; esta limitação à capacidade eleitoral também se verifica face à comissão de trabalhadores¹²⁶.

III. Importa, no entanto, apurar se foi conferido um (efectivo) direito à contratação colectiva.

Começemos por observar que, apesar não existir uma tutela constitucional específica, não temos no nosso ordenamento qualquer proibição de os trabalhadores sem subordinação se associarem, desde logo, ao abrigo do direito geral de associação (artigo 46.º). Por outro lado, como sabemos, apenas têm capacidade para celebrar convenções colectivas as associações sindicais e de empregadores, tal como estes individualmente (artigo 443.º, n.º 1, alínea a), e artigo 2.º, n.º 3)¹²⁷.

A reflexão que se impõe é a de saber se, apesar de a Constituição ter gizado a liberdade sindical (os direitos de contratação colectiva e de greve) assente na figura do trabalhador subordinado¹²⁸, a lei

¹²⁵ Vejam-se também as observações de JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, pp. 74 e ss.

¹²⁶ Neste sentido, JÚLIO GOMES, “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, cit., 2023, p. 73.

¹²⁷ Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., 2022, pp. 1535 e ss.

¹²⁸ GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., 2022, pp. 1233 e ss, bem como, do mesmo Autor, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., 2023, pp. 498-499.

ordinária deixou espaço para as associações de trabalhadores (não subordinados) regularem as suas condições de trabalho através de convenção colectiva.

Consideramos que, como está delineado o modelo existente e sem prejuízo da referida legislação específica, a recente alteração ao Código do Trabalho não consagrou um “desvio” ao monopólio sindical¹²⁹. Na verdade, ao determinar a aplicação ao prestador de trabalho em situação de dependência económica dos instrumentos de regulamentação de trabalho negociais (em vigor no âmbito do mesmo sector de actividade, profissional e geográfico, artigo 10.º)¹³⁰ e, por

¹²⁹ Não obstante ser sustentada essa possibilidade por alguma doutrina. Na verdade, defendendo a possibilidade de os trabalhadores no domicílio (não subordinados) constituírem associações sindicais e de estas outorgarem convenções colectivas, MÁRIO TORRES, “O Trabalho no Domicílio: Regime Jurídico - Sindicalização - Contratação Colectiva”, cit., 1987, pp. 25 e ss, em especial, pp. 60 e ss, assentando, ainda que noutra quadro legal, a sua posição, por um lado, na defesa do conceito de trabalhador em sentido amplo na Lei Fundamental e, por outro, na Convenção n.º 87 da OIT (artigo 2.º). Relativamente ao primeiro ponto, já expusemos a nossa posição, segundo a qual os artigos 53.º e ss da Constituição têm por base o trabalhador subordinado, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., 2022, pp. 898-899, nota 2600. Quanto à Convenção n.º 87 da OIT, ainda que se admitisse esse entendimento - ROLDÁN MARTÍNEZ, “Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación 1948 (núm. 87)”, cit., 2019, pp. 207-208, sustentando que a protecção conferida pela Convenção n.º 87 inclui trabalhadores não subordinados -, o que nos parece claro é que o nosso ordenamento (constitucional e ordinário) continua sem o consagrar. Com efeito, no que respeita ao Código do Trabalho, a noção de trabalhador tem como pressuposto (geral) a existência de subordinação jurídica, isso mesmo decorre, desde logo, dos artigos 11.º e 12.º, e do confronto destes com o artigo 10.º e com o artigo 3.º, n.º 4, da LACT 2009; para uma análise do conceito, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2018, pp. 453 e ss. LIBERAL FERNANDES, “Crise Económica e Direito à Greve”, cit., 2013, em especial, pp. 5 e ss, veio sustentar o redimensionamento do direito à greve, afirmando, no entanto, “... que o nosso sistema jurídico não se encontra suficientemente desenvolvido para permitir a autonomização formal de uma terceira categoria de actividade laboral - o trabalho economicamente dependente ou para-subordinado - ao lado do trabalho autónomo e do trabalho subordinado” (p. 9).

¹³⁰ A versão anterior do artigo 10.º, que omitia a referência à fonte colectiva, era criticada por JÚLIO GOMES, “Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical”, cit., 2010, p. 166, que considerava um exemplo de desincentivo

outro lado, ao conferir o direito à representação dos seus interesses por associação sindical e à negociação de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais através daquelas associações (artigo 10.º-A, n.º 1, alíneas a) e b)), é manifesto que a negociação e também a outorga de convenções colectivas continuam a estar a cargo das associações sindicais; esta posição é, aliás, confirmada face à manutenção da noção de convenção colectiva (artigo 2.º, n.º 3); note-se, ainda, que ser titular do “direito de negociação de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais” (artigo 10.º-A, n.º 1, alínea b)), sem ter ao seu alcance o direito à greve, constituirá um esvaziamento importante da eficiência daquele¹³¹.

Podemos, então, concluir que só as associações sindicais, i.e., as entidades com trabalhadores subordinados, é que têm capacidade para celebrar convenções colectivas, assim depondo: 1) por um lado, o facto de a liberdade sindical constitucionalmente prevista se referir a trabalhadores subordinados; 2) por outro, a circunstância de a noção de sindicato pressupor a existência de subordinação (artigo 442.º, n.º 1, alínea a)), tal como a qualidade de filiado (artigo 444.º, n.º 2, *in fine*)¹³²; 3) adicionalmente, a constatação de que o Código do Trabalho é um diploma que tem como matriz o trabalho subordinado, cujas excepções aplicativas foram expressamente previstas (por exemplo, artigos 3.º da LACT 2009 e 10.º).

à filiação sindical.

¹³¹ No sentido de que os trabalhadores autónomos não são titulares do direito à greve, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, p. 1229; GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, cit., 2023, pp. 459 e ss; LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, cit., 1984, pp. 56-57.

¹³² GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., 2022, pp. 1538 e ss.

Deste modo, coerentemente com a “senha de acesso” ao Código do Trabalho, o regime regulador da associação sindical e, consequentemente, da contratação colectiva tem subjacente o conceito de trabalhador subordinado; tal significa que, sem prejuízo da legislação específica que será publicada, os trabalhadores economicamente dependentes não são titulares (directos e efectivos) do direito de contratação colectiva.

Bibliografia

ABRANTES, J. J. Nunes - “O Direito do Trabalho Face aos Novos Modelos de Prestação do Trabalho”, AAVV, *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 83-94.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho - “Il Telelavoro in Portogallo”, AAVV, *Il Lavoro a Distanza: Una Prospettiva Interna e Comparata*, coord. Santagata de Castro e Pasquale Monda, «Quaderno della Rivista Diritti Lavori Mercati», Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 187-203.

AMADO, João Leal; ROUXINOL, Milena Silva; MOREIRA, Teresa Coelho; VICENTE, Joana Nunes; SANTOS, Catarina Gomes - *Direito do Trabalho*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho - “Plataformas digitais, qualificação do contrato e substituição de estafetas: a «bala de prata?»”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 6, 2024, pp. 135-164.

ANTONIMATTEI, Paul-Henri - *Droit du Travail*, 3.^a edição, LGDJ, Paris, 2023.

ANTONIMATTEI, Paul-Henri; SCIBERRAS, Jean-Christophe - Le Travailleur Économiquement Dépendant: Quelle Protection?, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité, 2008, <https://travail-emploi.gouv.fr>.

AROZAMENA LASO, Ángel; GONZÁLEZ ALONSO, Augusto - “Aspectos Constitucionales de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Documentación Laboral*, n.º 85, ano 2009, vol. I, pp. 13-31.

Autoridade da Concorrência - *Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, <https://www.concorrencia.pt>.

BALLESTRERO, Vittoria; SIMONE, Gisella de - *Diritto del Lavoro*, 5.^a edizione, Giappichelli, Torino, 2022.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. - “La Negociación Colectiva Profesional en el Ámbito del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente desde la Perspectiva del Derecho de la Competencia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127, 2017, pp. 63-94.

BENAVENTE TORRES, M^a Inmaculada - “La Negociación Colectiva de las Personas Trabajadores Autónomas Vulnerables”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 168, 2023, pp. 447-474.

BIRGILLITO, Marialaura - “El Concepto de Subordinación en Italia”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 57, n.º 87/88, 2013, pp. 67-77,

BRAVO DE LAGUNA, J. J. R. - “El Trabajo Autónomo y su Reforma Inacabada por la Ley 6/2017, de 24 de Octubre”, *Trabajo y Derecho*, n.º 48/2018, pp. 1-21.

BRAVO FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y; CASAS BAAMONDE, María Emilia - *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

BUCHNER, Herbert - “Das Recht der Arbeitnehmer, der Arbeitnehmerähnlichen und der Selbständigen - jedem das Gleiche oder jedem das Seine?”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 1998, n.º 21, pp. 1144-1153.

CAMAJI, Laure - “Le Travailleur Autonome Économiquement Dépendant en Droit Français”, *Documentación Laboral*, n.º 98, 2013, pp. 37-48.

CARINCI, Franco - “La Subordinazione Rivisitata alla Luce dell’ultima Legislazione: dalla «Subordinazione» alle «Subordinazioni?»”, *Lavoro Diritto Europa, Rivista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2023, n.º 3, <https://www.lavorodirittieuropa.it>, pp. 1-29.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano - *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, 9.ª edizione, Utet, Milano, 2023.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano - *Diritto del Lavoro*, 2. *Il Rapporto di Lavoro Subordinato*, 11.^a edizione, Utet, Milano, 2022.

CARVALHO, Catarina - “O Conceito de «Trabalhador Subordinado» na Jurisprudência do Tribunal de Justiça (EU) - Primeiras Reflexões”, *Colecção Estudos - Instituto do Conhecimento AB*, n.º 7, Desafios Laborais, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 13-40.

CAVALLARO, Luigi - “Diritto del Lavoro e Concorrenza: una Breve Storia”, *Lavoro Diritti Europa - Revista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2022, n.º 3, pp. 1-9, www.lavorodirittieuropa.it.

CÉLÉRIER, Sylvie; RIESCO-SANZ, Alberto; ROLLE, Pierre - “Une Indépendance Équivoque: les Nouveaux Status des Indépendants Espagnols et Français”, *Revue Française de Socio-Économie*, n° 17, 2016, pp. 21-41.

CORDEIRO, António Menezes - *Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2018.

CORDEIRO, António Menezes - *Direito do Trabalho*, volume II, Almedina, Coimbra, 2019.

CORDEIRO, António Menezes - *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.

CORREIA, J. M. Simões - Novo Regime Jurídico do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966), Livraria Editora Pax, Braga, 1966.

COSTA, M. J. Almeida - “Enquadramento Histórico do Código Civil Português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume XXXVII, 1961, pp. 138-160.

COSTA, M. J. Almeida; MARCOS, R. M de Figueiredo - *A Primeira República no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2010.

CREIGHTON, Breen; MCCRYSTAL, Shae - “Who is a «Worker» in International Law?”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, n.º 3, pp. 691-725.

CRUZ VILLALÓN, Jesús - “Balance y Perspectivas de Desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 168, 2023, pp. 9-34.

CRUZ VILLALÓN, Jesús - “El Debate en Torno a la Adaptación o Superación de la Subordinación como Elemento Referencial del Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Trabajo. Un Debate Global desde la Perspectiva Española”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2021, n.º 1, pp. 337-389.

CRUZ VILLALÓN, Jesús - “El Derecho de la Competencia como Límite de la Negociación Colectiva”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 147, 2019, pp. 13-46.

CRUZ VILLALÓN, Jesús - “El Trabajo Autónomo Economicamente Dependiente en España. Breve Valoración de su Impacto tras Algunos Años de Aplicación”, *Documentación Laboral*, n.º 98, 2013, pp. 19-36.

DÄUBLER, Wolfgang - *Arbeitskampfrecht*, 4. Auflage, Nomos, Baden Baden, 2018.

Dez Anos de Política Social (1933-1943), Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, Sub-Secretariado de Estado das Corporações e Previdência Social, Lisboa, 1943.

DRAY, Guilherme - *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024.

FAVENNEC-HÉRY, Françoise; VERKINDT, Pierre-Yves; DUCHANGE, Grégoire - *Droit du Travail*, 8e. édition, LGDJ, Paris, 2022.

FERNANDES, António Monteiro - “A Reforma Laboral e a Contratação Colectiva”, AAVV, *Reforma da Legislação Laboral. Trabalho Digno, Conciliação entre a Vida Profissional e Familiar*, coord. de Palma Ramalho, Catarina Carvalho e Nunes Vicente, «Estudos Apodit, 11», AAFDL, 2023, pp. 47-57.

FERNANDES, António Monteiro - “Notas sobre os Contratos «Equiparados» ao Contrato de Trabalho”, *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 34, 1970, pp. 11-35.

FERNANDES, Francisco Liberal - “Crise Económica e Direito à Greve”, *Revista Electrónica de Direito*, 2013, n.º 2, pp. 1-19.

FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL - “NOÇÃO DE TRABALHADOR NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: PERSPECTIVAS DE UMA EVOLUÇÃO CONCEITUAL”, AAVV, *DESPEDIMENTO COLECTIVO: NOVOS E VELHOS PROBLEMAS*, COORD. DE PALMA RAMALHO, CATARINA CARVALHO E NUNES VICENTE, «ESTUDOS APODIT, 12», AAFDL, 2024, pp. 59-68.

FERNANDES, Francisco Liberal - A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais, Coimbra Editora, 2010.

FERNANDES, Francisco Liberal - *O Conceito de Trabalhador no Direito Social Comunitário*, Gestlegal, Coimbra, 2019.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, María Belén - “El Trabajo Autónomo ante las Nuevas Formas de Organización Empresarial en el Contexto de la Economía Digital”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 158, 2021, pp. 183-211.

FORISSIER, Michel; FOURNIER, Catherine; PUISSAT, Frédérique - Rapport D'information n° 452 (2019-2020), intitulado *Travailleurs des Plateformes: au-delà de la Question du Statut, quelles Protections?*, 2020, <https://www.senat.fr>.

FORLIVESI, Michele - “Interessi Collettivi sul Web e Rappresentanza del Lavoro Digitale”, *Convegno Internazionale di Studio Impresa, Lavoro e non Lavoro nell'Economia Digitale*, Brescia, 2017, <https://www.lavoroeconomiadigitale.it>, pp. 1-12.

FRANZEN, Martin - “Tarifvertragsgesetz (TVG)”, AAVV, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, coord. de Müller-Glöge, Ulrich Preis, Inken Gallner e Ingrid Schmidt, 24. Auflage, C.H.BECK, München, 2024.

FRANZEN, MARTIN; GALLNER, INKEN; OETKER, HARTMUT - *KOMMENTAR ZUM EUROPÄISCHEN ARBEITSRECHT*, C.H.BECK, MÜNCHEN, 5. AUFLAGE, 2024.

GARCÍA MURCIA, Joaquín - “Huelga y Conflicto Colectivo de Trabajo en el Sistema Español”, 2014, <https://www.aadyss.org.ar>.

GAUDU, François; BERGERON, Florence - *Droit du Travail*, 9e. édition Dalloz, Paris, 2023.

GÖERLICH PESSET, J. M. - “Digitalización y Derecho de Huelga”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 155, 2020, pp. 93-107.

GOMES, Barbara - *Le Statut Juridique des Travailleurs Économiquement Dépendants. Etude Comparée en Droit Allemand, Espagnol, Français, Italien et Anglais, Rapport remis à l’Organisation Internationale du Travail, Bureau International de Paris*, 2017.

GOMES, Júlio - “A Lei n.º 13/2023 de 3 de Abril: uma Mudança de Paradigma em Matéria de Direito Sindical?”, AAVV, *Reforma da Legislação Laboral. Trabalho Digno, Conciliação entre a Vida Profissional e Familiar*, coord. de Palma Ramalho, Catarina Carvalho e Nunes Vicente, «Estudos Apodit, 11», AAFDL, 2023, pp. 59-84.

GOMES, Júlio - “Algumas Considerações sobre o Trabalho no Domicílio”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2003, n.ºs 3- 4, pp. 51-86.

GOMES, Júlio - “Código do Trabalho de 2009 e a promoção da desfiliação sindical”, *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, pp. 161-195.

GOMES, Júlio - “Nótula sobre as Alterações Recentes ao Artigo 497.º do Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 63, 2023, pp. 285-292.

GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Júlio; RIBEIRO, Ana Teresa - “Algumas Notas sobre a Contratação Colectiva e o Direito de Concorrência”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 62, n.ºs 1-4, (Jan.-Dez., 2021), pp. 219-246.

GONÇALVES, Luiz da Cunha - *Dos Contratos em Especial*, Edições Ática, Lisboa, 1953.

HROMADKA, Wolfgang - “Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsgeschichtliche, dogmatische und rechtspolitische Überlegungen”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 1997, n.º 23, pp. 1249-1256.

LAMBELHO, Ana - “Trabalho Autónomo Economicamente Dependente: da Necessidade de um Regime Jurídico Próprio”, *Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-laborais*, coord. de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 433-454.

LEITÃO, Luís Menezes - “A Precariedade: um Novo Paradigma Laboral?”, *Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-laborais*, coord. de João Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes e Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 455-467.

LEITÃO, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

LIMA, Adolpho - *O Contrato do Trabalho, Esboço Historico - Critica do Actual Contrato do Trabalho - Contrato Colectivo do Trabalho*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1909.

LUCENA, Manuel - *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I - O Salazarismo, Perspectivas e Realidades, Lisboa, 1976.

LUDOVICO, Giuseppe - “Trabalho Tecnológico a Distância e Subordinações: da Hetero-direção à Hetero-organização”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 6, 2024, pp. 7-83.

MAMEROW, Antonio - “Traifvertrag und Kartellrecht”, *Bucerius Law Journal*, 2019, n.º 1, 2019, pp. 26-33.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. María - “La Carta de Derechos Fundamentales de la EU y los Derechos Profesionales de los Trabajadores Autónomos”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 151, 2020, pp. 93-121.

MARTINEZ, Pedro Romano - “Crises Económicas (Incluindo a Decorrente da Pandemia) e Impacto no Direito do Trabalho”, AAVV, *IV Jornadas Regionais de Direito do Trabalho - Açores*, Secretaria Regional da Juventude, Qualificação Profissional e Emprego, Açores, 2022, pp. 23-31.

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; SILVA, Luís Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020.

MARTINO, Vincenzo - “Brevi Note alla Sentenza n. 1663/2020 della Cassazione”, *Lavoro Diritti Europa - Revista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2020, n.º 1, www.lavorodirittieuropa.it, pp. 1-6.

MARTINS, Pedro Furtado - “A Crise do Contrato de Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1997, n.º 4, pp. 335-368.

MENEGATTI, Emanuele - “The Evolving Concept of «Worker» in EU law”, *Italian Labour Law e-Journal*, volume 12, 2019, n.º 1, <https://doi.org>, pp. 71-83.

MONTOYA MELGAR, Alfredo - *Derecho del Trabajo*, 44.^a edição, tecnos, Madrid, 2023.

PALLINI, Massimo - “La Subordinazione è Morta! Lunga Vita alla Subordinazione!”, *Labour & Law Issues*, vol. 6, n.º 2, 2020, pp. 77-91.

PALLINI, Massimo - *Il Lavoro a Progetto: Ritorno al ... Futuro?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 32/2005, <http://csdle.lex.unict.it>, pp. 1-57.

PERULLI, Adalberto - “La Presunzione di Subordinazione: Profili di Diritto Comparato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2024, n.º 2, pp. 173-210.

PERULLI, Adalberto - “Il Diritto del Lavoro e il «Problema» della Subordinazione”, *Labour & Law Issues*, 2020, n.º 2, pp. 93-132.

PERULLI, Adalberto - Il Jobs Act del Lavoro Autonomo e Agile: come Cambiano i Concetti di Subordinazione e Autonomia nel Diritto del Lavoro, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 341/2017, <http://csdle.lex.unict.it>, pp. 1-22.

PERULLI, Adalberto - Travail Économiquement Dépendant/ Parasubordination: les Aspects Juridiques, Sociales et Économiques, rapport pour la Commission européenne, s.d., www.social-law.net.

PERULLI, Adalberto - *Un Jobs Act per il Lavoro Autonomo: Verso una Nuova Disciplina della Dipendenza Economica?*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 235/2015, <http://csdle.lex.unict.it>, pp. 1-30.

PESKINE, Elsa; WOLMARK, Cyril - *Droit du Travail*, 16^e, Dalloz, Paris, 2023.

PESSI, Roberto - *Lezioni di Diritto del Lavoro*, nona edizione, Giappichelli, Torino, 2022.

PINTO, Mário; MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, António Nunes de - *Comentário às Leis do Trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994.

RAMALHO, M. do R. Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

REBHAWN, Robert - “Arbeitnehmerähnliche Personen - Rechtsvergleich und Regelungsperspektive”, *Recht der Arbeit (RdA)*, 2009, n.º 4, pp. 236-253.

RICHARDI, Reinhard; BAYREUTHER, Frank - *Kollektives Arbeitsrecht*, 3. Auflage, Vahlen, Berlin, 2023.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma - “El Derecho a la Negociación Colectiva del Trabajador Autónomo en el Contexto de la Nueva Economía Digital”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 151/2020, pp. 139-155.

ROQUETA BUJ, R. - “Los Derechos Colectivos de los Trabajadores Autónomos. Los Acuerdos de Interés Profesional”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 114, 2012, pp. 13-30.

RUEDA RODRÍGUEZ, Alma Elena - “El Trabajo Autónomo: un Análisis Comparado de Italia y España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 4, 2016, núm. 2, pp. 1-24, www.adapt.it.

RUIZ SAURA, J. Enrique - “Huelga y Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en la Actualidad”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 164, 2022, pp. 137-157

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe - “El Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en Italia”, *Documentación Laboral*, n.º 98, 2013, pp. 9-18.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe - “Il Rapporto Individuale di Lavoro e il Contratto Collettivo nella Normativa Precedente al Codice, nel Codice Civile del 1942 e nella Disciplina Successiva”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2022, numero speciale, pp. 407-460.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe - “La Subordinazione in Trasformazione”, *Lavoro Diritti Europa, Rivista Nuova di Diritti del Lavoro*, n.º 3/2021, pp. 1-9.

SCHAUB, Günter - *Arbeitsrechts-Handbuch*, 20 Auflage, C. H. Beck, Nürnberg, 2023.

SEIXAS, Margarida - “Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei n.º 1.952, de 10 de Março de 1937”, AAVV, *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, coordenação de Beck Varela e Solla Sastre, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 485-513.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. - “Derechos Colectivos y de Representación de los Trabajadores no Asalariados”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm 81, 2005, pp. 173-205.

SERRA, A. Vaz - “A Revisão Geral do Código Civil - Alguns Factos e Comentários”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume XXII (1946), 1947, pp. 451-513.

SILVA, L. Gonçalves da - “Agenda do Trabalho Digno: Convenção Colectiva, Caducidade e Arbitragem”, AAVV, *XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - In Memoriam Pedro Romano Martinez*, coordenação de António José Moreira e Teresa Coelho Moreira, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 493-519.

SILVA, L. Gonçalves da - *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, «Manuais da Clássica», Imprensa FDUL e AAFDL, 2023.

SILVA, L. Gonçalves da - *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, «Teses de Doutoramento», volume I, Imprensa da FDUL, 2022.

SILVA, L. Gonçalves da - *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, «Teses de Doutoramento», volumes II, Imprensa da FDUL, 2022.

SILVA, L. Gonçalves da - “Nótula sobre o Contrato de Trabalho e a Codificação Civil”, AAVV, *Da Escravidão ao Trabalho Digno: Nos 150 Anos da Abolição da Escravidão em Portugal e nos 100 anos da Criação da OIT*, «Cadernos Sociedade e Trabalho», XXI, 2021, pp. 97-109.

SOUZA, Marnoco J. F. - “Caracteres da Legislação Operária”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano I, 1914, n.º 3, pp. 95-109.

TELLES, Inocêncio Galvão - “Contratos Cíveis - Exposição de Motivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume IX, 1953, pp. 144-221.

TORRES, Mário - “O Trabalho no Domicílio: Regime Jurídico - Sindicalização - Contratação Colectiva”, *Revista do Ministério Público*, ano 8, n.º 30, 1987, pp. 25-67.

TOSI, Paolo - “C’erano una Volta le Fattispecie e c’erano una Volta gli ...!”, *Lavoro Diritti Europa - Revista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2024, n.º 1, www.lavorodirittieuropa.it, pp. 1-13.

TREU, Tiziano - “Lavoro Autonomo e Diritti Collettivi nell’Unione

Europea”, *Lavoro Diritti Europa - Revista Nuova di Diritto del Lavoro*, 2023, n.º 3, pp. 1-12, www.lavorodirittieuropa.it.

TRILLO PÁRRAGA, Francisco J. - “Derechos Colectivos del Trabajador Autónomo Economicamente Dependiente”, *Documentación Laboral*, núm. 85, 2009, pp. 89-115.

ULRICH, Ruy Ennes - *Legislação Operaria Portuguesa (Exposição e Crítica)*, «Estudos de Economia Nacional», volume II, França Amado - Editor, Coimbra, 1906

VALDÉS ALONSO, A. - “La Regulación del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente en la Ley 20/2007: Apuntes para un Debate”, *REVESCO*, n.º 96, 2008, pp. 133-173.

VARELA, J. M. Antunes - “Do Projecto ao Código Civil”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 161, 1966, pp. 5-85.

VELASCO PORTERO, M^a Teresa; FRÖHLICH, Martin - “El Trabajador Económicamente Dependiente en el Derecho Alemán: el Cuasitrabajador”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 111/2011, pp. 121-134.

VENEZIANI, Bruno - “The Evolution of the Contract of Employment”, AAVV, *The Making of Labour Law in Europe - A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, edited by Bob Hepple, Mansell Publishing, London, 1986, pp. 31-72.

VENTURA, Raul - *Lições de Direito do Trabalho*, 1948/1949, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, volume II,

coordenação de Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque, Martim de Albuquerque e Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2003, pp. 551-668.

VENTURA, Raul - *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, volume I, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944

WILLEMSSEN, Heinz Josef ; MÜNTEFERING, Michael - “Begriff und Rechtsstellung arbeitnehmerähnlicher Personen: Versuch einer Präzisierung”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2008, n.º 4, pp. 193-201.

XAVIER, Bernardo Lobo - *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1984.





TRABALHO IGUAL E TRABALHO DE VALOR IGUAL

EQUAL WORK AND WORK OF EQUAL VALUE

Luís Menezes Leitão

Sumário: 1. Generalidades. 2. As razões para a disparidade salarial entre homens e mulheres. 3. A justificação para a aprovação da Directiva (UE) 2023/970. 4. Os critérios para a determinação do trabalho igual e trabalho de valor igual. 5. Conclusão.

Resumo:

O presente estudo analisa as razões para a manutenção para a disparidade salarial entre homens e mulheres, que determinaram a aprovação da Directiva (UE) 2023/970, e procura indicar quais os critérios para a determinação do trabalho igual e trabalho de valor igual. Nesse âmbito, analisa-se a conformidade do actual regime do Código do Trabalho com o disposto na Directiva.

Abstract:

The present study analyzes the reasons for the maintenance of the pay gap between men and women, which determined the approval of Directive (EU) 2023/970, and seeks to indicate the criteria for determining equal work and work of equal value. In this context, the conformity of the current Labour Code regime with the provisions of the Directive is analyzed.

1. Generalidades

O objecto deste estudo, dedicado à saudosa memória do Professor Doutor Pedro Romano Martinez, relaciona-se com os critérios que devem ser utilizados para a determinação do trabalho igual e do

trabalho de valor igual no quadro da transposição da Directiva (UE) 2023/970 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio de 2023, para reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres através de transparência remuneratória e mecanismos que garantam a sua aplicação.

A intervenção do Professor Romano Martinez no combate à discriminação salarial salientou-se logo no Código de Trabalho de 2003, cujos arts. 22º e ss., abordavam a questão da igualdade e não discriminação em geral, enquanto que os arts. 27º e ss. tratavam especificamente da igualdade e não discriminação em função do sexo. A versão de 2009 do Código do Trabalho manteve no essencial essa regulação, passando a igualdade e não discriminação em geral a constar dos arts. 23º e ss. enquanto que a igualdade e não discriminação em função do sexo passou para os arts. 30º e ss. do Código.

Também no seu ensino, o Professor Romano Martinez prestava uma grande atenção à igualdade remuneratória entre homens e mulheres, conforme o demonstra o grande desenvolvimento a esta matéria no seu Manual¹.

2. As razões para a disparidade salarial entre homens e mulheres

Há diferentes formas de medir as diferenças salariais brutas entre homens e mulheres. As duas medidas mais comumente utilizadas

¹ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11ª ed. Coimbra, Almedina, 2023, pp. 371 e ss.

são a diferença salarial média e a diferença salarial mediana entre homens e mulheres, sendo que a primeira divide as diferenças para apurar um valor médio, enquanto que a segunda compara o valor central da distribuição salarial dos homens com o valor central da distribuição salarial das mulheres. Existem ainda diferenças quando se faz a comparação consoante a remuneração mensal e a remuneração horária. A OIT já estimou que em 2018, estabelecendo as quatro comparações diferentes (média ou mediana e remuneração horária ou mensal, as estimativas globais ponderadas oscilavam entre 18% e 22%, sendo que o valor mais alto é atingido quando se faz a mediana das remunerações mensais².

Permanece assim uma diferença substancial entre a remuneração do trabalho masculino e a remuneração do trabalho feminino, que se tem designado como o *gender pay gap* ou GPG. Sem ajustamento, o GPG estabelece a diferença percentual entre a retribuição bruta por hora na economia entre as mulheres e os homens, a qual, no entanto, só por si, não permite determinar as diferenças entre as características individuais dos trabalhadores masculinos e femininos nem permite dar indicação da incidência e nível de discriminação e de segregação no mercado de trabalho³.

Efectivamente, o GPG exprime diferenças salariais entre homens e mulheres, que não são explicáveis pelos diferentes padrões de acumulação de capital humano e a sua depreciação nem pelas

² Cfr. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Relatório Global sobre os Salários 2018/19. O que está por trás da diferença salarial entre homens e mulheres*, Genebra, Bureau Internacional do Trabalho, 2019, p. XV.

³ Cfr. EUROSTAT, *Development of econometric methods to evaluate the Gender pay gap using Structure of Earnings Survey data*, Luxembourg, European Communities, 2009, p. 1.

características do trabalho, sendo por isso o resultado de uma discriminação de género por parte dos empregadores. Uma das causas é a segregação de género, que implica que as mulheres se concentrem em segmentos específicos do mercado de trabalho com remunerações inferiores, como nos serviços ou no sector público. Para além disso, existem outros factores discriminatórios, como as menores oportunidades de promoção ou de mobilidade na empresa que são atribuídas às mulheres e a atribuição a estas de tarefas menores no início da contratação, ou mesmo a sua não contratação, em virtude do receio de as mulheres poderem interromper a carreira por motivo de gravidez⁴. Um outro factor discriminatório respeita às diferenças entre o trabalho a tempo parcial e o trabalho a tempo completo, virtude da maior participação feminina no trabalho a tempo parcial, resultante das responsabilidades familiares atribuídas às mulheres⁵.

Existem, no entanto, medidas que podem atenuar o GPG. Assim, e uma vez que muitas vezes as mulheres se encontram nos postos de trabalho pior remunerados, uma estrutura salarial mais comprimida na empresa, que não permita diferenças muito significativas entre os salários de base e os salários de topo contribui para diminuir o GPG. A sindicalização dos trabalhadores, que permite estabelecer níveis de remuneração mínima na empresa mais elevados, o que normalmente abrange mais mulheres, também contribui para diminuir o GPG. Também as políticas empresariais de apoio à família, que compensem a eventual desvalorização salarial resultante das licenças das

⁴ Cfr. EUROSTAT, *Development of econometric methods*, pp. 7-8.

⁵ Cfr. OIT, *Relatório Global*, p. 20.

mulheres ou a partilha das licenças pelos homens também permite baixar o GPG⁶.

3. A justificação para a aprovação da Directiva (UE) 2023/970

Desde a fundação das Comunidades Europeias em 1957 que nos Tratados se encontra consagrado o princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Inicialmente no art. 119º do Tratado de Roma, passaria a integrar o art. 141º aquando da revisão do Tratado em 1997 pelo Tratado de Amesterdão, encontrando-se hoje no art. 157º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Em consequência da sua inclusão nos Tratados, diversos actos comunitários procederam à concretização do princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Salienta-se a Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, bem como a Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. As diversas Directivas sobre esta matéria vieram a ser objecto de reformulação num único texto através da Directiva 2006/54/CE, de 5 de Julho de 2006 relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação). Essa Directiva já previa no seu art. 4º que “para um mesmo

⁶ Cfr. EUROSTAT, *Development of econometric methods*, p. 10.

trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, é eliminada, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, a discriminação, directa ou indirecta, em razão do sexo. Em especial, quando for utilizado um sistema de classificação profissional para a determinação das remunerações, este sistema basear-se-á em critérios comuns aos trabalhadores masculinos e femininos e será estabelecido de modo a excluir as discriminações em razão do sexo”.

A Directiva 2006/54/CE não teve, no entanto, grande sucesso na eliminação da disparidade das remunerações, a qual persistiu, tendo as suas causas sido atribuídas à discriminação directa e indirecta, mas também à maior dificuldade das mulheres em conciliar a vida profissional com a vida familiar, às diferentes escolhas educacionais efectuadas por homens e mulheres, à segregação no mercado de trabalho, e aos estereótipos que influenciam a avaliação e a classificação do trabalho⁷.

Em consequência, a Comissão Europeia apresentou em 5 de Março de 2020 uma Comunicação denominada *Uma União da Igualdade: Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025*, onde reconhece que “**nenhum Estado-Membro alcançou a plena igualdade de género e os progressos são lentos**. Em média os Estados-Membros obtiveram uma pontuação de 67,4 pontos em 100 no Índice de Igualdade de Género de 2019 da UE, melhorando apenas 5,4 pontos desde 2005”⁸. Na questão da igualdade salarial, a disparidade entre homens

⁷ Cfr. VIVIANE REDING, “Forward”, em PETRA FOUBERT, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective*, Luxembourg, European Union, 2010, p. 5.

⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, a Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Uma União da Igualdade: Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025*, COM(2020) 152 final, p. 2.

e mulheres na UE é de 15,7%, ao mesmo que subsiste uma disparidade de pensões de 30,1%⁹.

Nesse âmbito, a avaliação de 2020 das disposições da Diretiva 2006/54/CE concluiu que a falta de transparência dos sistemas de remuneração, a insegurança jurídica sobre o conceito de «trabalho de valor igual» e os entraves processuais enfrentados pelas vítimas de discriminação prejudicam a aplicação do princípio da igualdade de remuneração. Os trabalhadores não dispõem das informações necessárias para exercer, com êxito, os seus direitos em matéria de igualdade de remuneração, nomeadamente informações sobre os níveis de remuneração das categorias de trabalhadores que executam trabalho igual ou de valor igual. Esse relatório concluiu, por isso, que o aumento da transparência permitiria revelar preconceitos e discriminações em razão do género nas estruturas de remuneração das empresas ou organizações e permitiria igualmente que os trabalhadores, os empregadores e os parceiros sociais tomassem medidas adequadas para assegurar a aplicação do direito a remuneração igual por trabalho igual e por trabalho de valor igual¹⁰.

Em virtude dessa avaliação, em 4 de Março de 2021, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de Directiva em ordem a reforçar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual¹¹. Após vários meses de negociação, o

⁹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação* COM(2020) 152 final, p. 12.

¹⁰ Cfr. o considerando (11) da Directiva (UE) 2023/970. Esta avaliação pode ser encontrada em COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value'*, SWD/2020/0050 final.

¹¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que reforça a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres mediante a transparência salarial e mecanismos de fiscalização do cumprimento*, COM(2021) 93 final.

Parlamento Europeu e o Conselho conseguiram obter um acordo político sobre a Directiva em 15 de Dezembro de 2022. Em consequência a Directiva foi aprovada pelo Parlamento Europeu em 30 de Março de 2023 e pelo Conselho em 24 de Abril de 2023, tendo entrado em vigor em 7 de Junho de 2023, devendo ser transposta pelos Estados-Membros no prazo de três anos, ou seja, até 7 de Junho de 2026.

4. Os critérios para a determinação do trabalho igual e trabalho de valor igual

A elaboração de critérios para a determinação do trabalho igual e do trabalho de valor igual foi sempre o calcanhar de Aquiles da igualdade de remuneração, uma vez que, sendo no início os postos de trabalho maioritariamente compostos por homens, não estavam adaptadas para destacar e valorizar o trabalho realizado pelas mulheres.

O art. 3º, nº1, da Convenção 100 da OIT, de 29 de Junho de 1951, relativa à igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina em trabalho de igual valor, já apelava a que fossem “tomadas providências para encorajar a avaliação objectiva dos empregos sobre a base dos trabalhos que comportam”. Por sua vez, o art. 3º, nº2, refere que “os métodos a seguir para esta avaliação poderão ser objecto de decisões, quer por parte das autoridades competentes no que respeita à fixação das tabelas de remuneração, quer, se as tabelas de remuneração forem fixadas em virtude de convenções colectivas, por parte dos contraentes das referidas convenções”. Ao mesmo tempo, o art. 3º, nº3, refere que “as diferenças entre as tabelas de remuneração que correspondam, sem

consideração de sexo, às diferenças resultantes de uma tal avaliação objectiva nos trabalhos a efectuar, não deverão ser consideradas como contrárias ao princípio de igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina para um trabalho de igual valor".

Da mesma forma, o art. 4º, nº1, da Directiva (UE) 2023/970, determina que "os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que os empregadores dispõem de estruturas de remuneração que assegurem remuneração igual por trabalho igual ou de valor igual".

A Directiva não define, no entanto, o conceito de trabalho igual. Já o trabalho de valor igual é definido no art. 3º, alínea g) da Directiva 2023/970, de uma forma algo redundante, como "o trabalho que é considerado de valor igual de acordo com os critérios não discriminatórios, objetivos e neutros em termos de género a que se refere o artigo 4.º, n.º 4". Por sua vez esta última disposição refere: "As estruturas de remuneração devem permitir avaliar se os trabalhadores se encontram numa situação comparável no que respeita ao valor do trabalho, com base em critérios objetivos e neutros em termos de género, acordados com os representantes dos trabalhadores, se os houver. Esses critérios não se devem basear, direta ou indiretamente, no sexo dos trabalhadores. Devem incluir as competências, os esforços, a responsabilidade e as condições de trabalho e, se adequado, quaisquer outros fatores que sejam pertinentes para o emprego ou posto de trabalho específico. Devem ser aplicados de forma objetiva e neutra em termos de género, excluindo qualquer

discriminação direta ou indireta em razão do sexo. Em especial, as competências sociais pertinentes não devem ser subestimadas”.

Os métodos de avaliação dos postos de trabalho têm sido classificados em *globais ou por avaliação* e *analíticos ou por pontos*. Os primeiros, como o método da ordenação ou o das classificações, comparam os postos de trabalho numa base global sem proceder a uma análise detalhada do seu conteúdo, tendo sido por isso considerados inadequados por não permitirem identificar e eliminar a influência dos preconceitos e estereótipos que determinam a desvalorização do trabalho de predominância feminina. Já os segundos procuram avaliar e comparar os postos de trabalho de uma organização com base em critérios precisos e detalhados, sendo por isso considerados mais adequados a uma avaliação dos postos de trabalho num contexto de igualdade salarial¹².

Devido às suas vantagens, costumam ser adoptados os *métodos analíticos*, os quais decompõem os postos de trabalho em quatro factores comparáveis: *competências, esforços, responsabilidades, e condições de trabalho*. Os especialistas na avaliação e remuneração têm considerado estes quatro factores como necessários e suficientes para avaliar todas as tarefas executadas nas empresas, seja qual for o sector económico em que se inserem¹³.

Por sua vez, cada um desses factores pode ser dividido em vários *subfactores*, por forma a obter maior precisão. Assim, por exemplo, no âmbito das competências podem ser incluídas a experiência

¹² Cfr. MARIE-THÉRÈSE CHICHA, *A promoção da igualdade. Avaliação dos postos de trabalho sem enviesamento de género*, Genebra, Organização Internacional do Trabalho, 2010, p. 26.

¹³ Cfr. MARIE-THÉRÈSE CHICHA, *A promoção da igualdade*, p. 27.

profissional, as habilitações escolares, a destreza manual, a aptidão para relações interpessoais. Nos esforços pode distinguir-se o esforço físico do mental. Nas condições de trabalho podem mencionar-se a exposição a ruídos ou o trabalho ao fim-de-semana. Podem assim contruir-se entre 10 e 16 sub-factores por esta via, podendo nas pequenas empresas a grelha ser mais simples, abrangendo entre 6 a 8 sub-factores. Depois disso podem-se estabelecer graduações nestes subfactores segundo variáveis como a frequência, a intensidade, a duração, o peso, etc., atribuindo assim pontuações para efeitos de comparação desses postos de trabalho¹⁴.

A OIT recomenda que a diferença salarial entre homens e mulheres seja averiguada através do estabelecimento de sub-grupos homogéneos, o que permite que a diferença salarial seja ponderada por factores. Neste âmbito, é amplamente aceite que a educação e a experiência no mercado de trabalho, servindo a idade como aproximação, são dois indicadores importantes. A maior participação das mulheres no trabalho a tempo parcial é outro factor de comparação. Da mesma forma é um factor importante a maior participação das mulheres no sector público em comparação com os homens¹⁵.

No âmbito do Direito Português, o art. 23º, nº1, c) e d) do Código do Trabalho já estabelece os critérios para a determinação do trabalho igual e do trabalho de valor igual da seguinte forma:

¹⁴ Cfr. MARIE-THÉRÈSE CHICHA, *A promoção da igualdade*, p. 28. Cfr. ainda CGTP, *Valor do Trabalho e Igualdade de Género. Guia para a avaliação do valor do trabalho sem enviesamento de género*, 2008, pp. 10-11, disponível em https://cite.gov.pt/documents/14333/141518/guia_revalorizar_pt.pdf.

¹⁵ Cfr. OIT, *Relatório Global*, pp. 37-38.

1) *Trabalho igual*, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são iguais ou objectivamente semelhantes em natureza, qualidade e quantidade;

2) *Trabalho de valor igual*, aquele em que as funções desempenhadas ao serviço do mesmo empregador são equivalentes, atendendo nomeadamente à qualificação ou experiência exigida, às responsabilidades atribuídas, ao esforço físico e psíquico e às condições em que o trabalho é efectuado.

Comparando esta disposição com o art. 4º, nº4, da Directiva verificamos uma absoluta coincidência na referência às competências – a lei actual fala em qualificação ou experiência exigida –, aos esforços – a lei actual refere o esforço físico e psíquico – à responsabilidade e às condições de trabalho. Não há menção a quaisquer outros factores que sejam pertinentes para o emprego ou posto de trabalho específico, mas a Directiva apenas obriga à sua inserção se tal for adequado.

Por sua vez, o art. 31º, nº2, do Código do Trabalho especifica que “a igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual: a) Qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida; b) A retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma”. O art. 31º, nº3, estabelece, porém, que as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou anti

guidade¹⁶. O art. 31º, nº4, refere que “sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à protecção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores”. Finalmente, o art. 30º, nº5, impõe que os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções assentem em critérios objectivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo.

A Lei 60/2018, de 21 de Agosto, veio posteriormente instituir medidas para promoção da igualdade remuneratória entre homens e mulheres, designadamente a imposição no seu art. 4º da transparência remuneratória. Assim, o nº1 desta disposição, obriga a entidade empregadora a assegurar a existência de uma política remuneratória transparente, assente na avaliação das componentes das funções, com base em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nos termos do artigo 31.º do Código do Trabalho. O nº2 estabelece que em caso de alegação de discriminação remuneratória nos termos do n.º 5 do artigo 25.º do Código do Trabalho, cabe à entidade empregadora demonstrar que possui uma política remuneratória nos termos previstos no número anterior, nomeadamente no que respeita à retribuição de quem alega estar a ser discriminado face à retribuição do trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considere discriminado.

Sobre esta norma escreve o Professor Romano Martinez o seguinte: “Ao regime da igualdade e não discriminação em função do sexo (arts. 30.º ss. do CT) aplicam-se as regras gerais da igualdade e não discriminação (arts. 23.º ss. do CT), nomeadamente a norma

¹⁶ Entendia neste âmbito ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 373, que “só serão ilícitas as discriminações abusivas, perversas, que não encontrem um motivo justificável”.

respeitante à repartição do ónus da prova (art. 25.º, n.º 5, do CT). Assim sendo, para tais situações vale a repartição do ónus da prova, constante do art. 342.º do CC, nos termos da qual será o trabalhador que se considera discriminado a quem cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado: é o trabalhador lesado que tem de alegar a discriminação em função do sexo, fundamentá-la e indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado (art. 25.º, n.º 5, 1.ª parte, do CT). Feita esta prova da diferenciação existente na empresa, cabe ao empregador demonstrar que as diferenças em função do sexo invocadas não assentam num fator discriminatório, pois têm uma justificação plausível (art. 25.º, n.º 2, 2.ª parte, do CT). Nos termos gerais, caberá ainda ao lesado a prova dos prejuízos que invoca”¹⁷.

Deve dizer-se que temos dúvidas de que esta lei esteja a ser adequadamente aplicada na nossa jurisprudência. Salientamos a este propósito no recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Abril de 2024 sustentou-se que “pretendendo o trabalhador que seja reconhecida a violação do princípio “para trabalho igual, salário igual”, cabe-lhe alegar e provar que a diferenciação existente é injustificada em virtude de o trabalho por si prestado ser igual aos dos demais trabalhadores quanto à natureza, abrangendo esta a dificuldade, penosidade ou perigosidade na execução laboral; quanto à quantidade do trabalho prestado, aqui cabendo o volume, a intensidade e a duração; e, quanto à qualidade, compreendendo-se nesta os conhecimentos dos trabalhadores, a capacidade e a experiência

¹⁷ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, pp. 379-380.

que o trabalho exige, mas também, o zelo, a eficiência e produtividade do trabalhador”¹⁸.

5. Conclusão

Desta análise parece claro que o regime dos arts. 23º e 31º do Código do Trabalho se encontra em conformidade com o disposto na Directiva (UE) 2023/970, pelo que a transposição desta Directiva não levantará problemas especiais neste domínio. Já a aplicação destes critérios pela nossa jurisprudência poderá levantar algumas dificuldades.

Bibliografia

CGTP, *Valor do Trabalho e Igualdade de Género. Guia para a avaliação do valor do trabalho sem enviesamento de género*, 2008, disponível em https://cite.gov.pt/documents/14333/141518/guia_revalorizar_pt.pdf

CHICHA, MARIE-THÉRÈSE, *A promoção da igualdade. Avaliação dos postos de trabalho sem enviesamento de género*, Genebra, Organização Internacional do Trabalho, 2010

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, a Comité Económico e Social Europeu e ao*

¹⁸ Cfr. Ac. STJ de 12/4/ 2024 (Mário Belo Morgado), processo 18474/21.4T8LSB.L1.S1.

Comité das Regiões. Uma União da Igualdade: Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025, COM(2020) 152 final

— *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que reforça a aplicação do princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual entre homens e mulheres mediante a transparência salarial e mecanismos de fiscalização do cumprimento, COM(2021) 93 final*

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on ‘equal pay for equal work or work of equal value’, SWD/2020/0050 final*

EUROSTAT, *Development of econometric methods to evaluate the Gender pay gap using Structure of Earnings Survey data*, Luxembourg, European Communities, 2009

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 11^a ed. Coimbra, Almedina, 2023

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Relatório Global sobre os Salários 2018/19. O que está por trás da diferença salarial entre homens e mulheres*, Genebra, Bureau Internacional do Trabalho, 2019

REDING, VIVIANE, “Forward”, em PETRA FOUBERT, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective*, Luxembourg, European Union, 2010





RAÚL VENTURA JUSLABORALISTA

RAÚL VENTURA, LABOUR LAW SCHOLAR

Margarida Seixas*

Sumário: 1. Introdução; 2. O primeiro texto; 3. A tese de doutoramento; 4. As lições e os sumários; 5. Outros textos da primeira leva; 6. Textos da maturidade; 7. Conclusão**

Resumo:

Este texto tem como objecto a obra laboralista de Raúl Ventura (1919-1999), Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pioneiro do ensino e estudo do Direito do Trabalho em Portugal, abrangendo a análise quer da sua tese de doutoramento (1944), quer dos textos destinados ao ensino (*Lições e Sumários*), quer dos vários artigos publicados entre 1943 e 1985 sobre temas muito diversificados, demonstrando que o Autor reunia, simultaneamente, um conhecimento científico aturado da doutrina nacional e estrangeira, um espírito crítico aguçado, uma vasta percepção da realidade laboral e a aptidão para encontrar soluções equilibradas.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Abreviaturas utilizadas: AAFDL - Associação de Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa; BFDUL - Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; *BMJ* - *Boletim do Ministério da Justiça*; CPC - Código de Processo Civil; CPT - Código de Processo de Trabalho; *ESC* - *Estudos Sociais e Corporativos*; ETN - Estatuto Nacional do Trabalho; FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; *DG* - *Diário do Governo*; INTP - Instituto Nacional do Trabalho e Previdência; ISCEF - Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras; LCT - Lei do Contrato de Trabalho; OIT - Organização Internacional do Trabalho; *RFDUL* - *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*; *RIDT* - *Revista Internacional de Direito do Trabalho*; *ROA* - *Revista da Ordem dos Advogados*; STA - Supremo Tribunal Administrativo.

Abstract:

The aim of this text is to study the texts of Raúl Ventura (1919-1999), Professor at the Faculty of Law of the University of Lisbon and pioneer on the teaching and study of Labour Law in Portugal, including the analysis of both his doctoral thesis (1944), and his teaching materials (Lessons and Summaries), and also of the several articles published between 1943 and 1985 on a large range of topics, attesting that the Author, combined, simultaneously, a thorough scientific knowledge of national and foreign doctrine, a sharp critical spirit, a comprehensive view of the employment reality and the ability to find well-adjusted solutions.

Palavras-chave: Direito do Trabalho português, Raúl Ventura.

Keywords: Portuguese Labour Law, Raúl Ventura.

1. Quando consultado o segundo volume dos *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (2003), a secção dedicada ao Direito do Trabalho contém a publicação de um texto inédito do próprio e onze textos de diferentes autores que escolheram homenagear o Mestre numa área a que o mesmo se dedicou logo no início da sua carreira académica e pela qual ficou menos conceituado entre a maioria dos juristas portugueses, que conhece pouco ou nada da obra de Ventura nas temáticas juslaborais¹.

Não é intenção deste texto tratar exaustivamente a obra ou a actividade docente do Autor², mas tão somente analisar os seus

¹ A excepção é a dos laboristas, que referem a obra de Raúl Ventura; eis alguns exemplos, a que se acrescentam os mencionados *infra* a propósito da docência da disciplina: BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, Lisboa, 2004, p. 100, nota 1; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática Geral*, Almedina, Coimbra, 2015 (4ª edição), pp. 152-153; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Uma História de Leis do Trabalho*, Quid Iuris, Lisboa, 2021, p. 147; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Edições Almedina, Coimbra, 2023 (11ª edição), p. 94.

² Ver, para esse efeito, RUY DE ALBUQUERQUE, “Evocação de Raúl Ventura”; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “As fontes do direito romano: o contributo de Raúl Ventura para o seu ensino na Faculdade de Direito de Lisboa”; e GONÇALO SAMPAIO E MELLO, “Referências e literatura pedagógica do Prof. Raúl Ventura”, todos os três textos

textos juslaboralistas, numa tentativa de deixar mais patente a relevância dos mesmos no Direito português novecentista. Para lá das Lições, publicadas naquele volume de 2003, existem vários outros textos, de diferente natureza e dimensão, e são todos os que consegui localizar e consultar o alvo de análise nesta sede, numa óptica que agrega os vários contributos do Autor como pioneiro em Portugal do estudo e do ensino do Direito do Trabalho *ex professo*.

O acervo reunido inclui a sua tese de doutoramento (*Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*), apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 1944, as Lições já mencionadas, mas também umas anteriores, de Direito Corporativo, e vários textos em publicações periódicas e colectivas, bem como os sumários manuscritos das disciplinas leccionadas nos anos de 1946/47 (Direito Corporativo e do Trabalho), 1948/49, 1949/50 e 1951/52 (Direito do Trabalho).

2. O primeiro texto foi publicado em 1943, repartido por três números da *Revista de Justiça*, e o título é inteiramente elucidativo do tema tratado: “Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”³. Resumindo as várias opiniões existentes e enquadrando o problema no âmbito das “legislações corporativistas ou pelo menos de

in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, edição FDUL e Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 11-32, pp. 33-162 e pp. 163-171, respectivamente; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Evocação de Raúl Ventura”, *RFDUL*, vol. 45, n.ºs 1-4, 2004, pp. 509-511; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Raúl Ventura”, in MARTIM DE ALBUQUERQUE (coord.), *A Faculdade de Direito de Lisboa no seu centenário*, FDUL, Lisboa, 2013, vol. II (Os Doutores), pp. 152-153.

³ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, “Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”, *Revista de Justiça*, A. 28, 1943, n.ºs 639, 641 e 642, pp. 225-227, 257-259 e 273-275.

tendências corporativistas como a portuguesa”⁴, optava pela “teoria subjectiva”⁵ ou “contratualista”, opondo-se assim à “teoria objectiva” ou “normativista”, identificando como um dos adeptos desta última Fezas Vital⁶. Considerando difícil optar entre as duas, Raúl Ventura afirmava que “certos factores” faziam “pender *ligeiramente* a balança para uma das teses”⁷ e defendia que nos contratos colectivos se verificava uma “representação legal”: os órgãos corporativos agiam como “representantes dos trabalhadores ou patrões”, numa “representação por substituição de vontades”⁸ que abrangia “todos os indivíduos pertencentes à categoria, independentemente de inscrição no sindicato, Casa do Povo ou Grémio”⁹, porque estes, uma vez fundados, alastravam a toda a categoria.

Assim, Ventura considerava que nos contratos colectivos se pré-determinavam as cláusulas dos contratos individuais, pois as partes outorgantes obrigavam-se a inseri-las naqueles que viessem a celebrar, excepto quando “menos favoráveis ao trabalhador”, salvo se o próprio contrato colectivo estabelecesse “expressa ou tácitamente a

⁴ *Idem*, nº 639, p. 225, nota 1.

⁵ *Idem*, p. 226, adoptando a terminologia de CUNHA GONÇALVES em *Princípios de Direito Corporativo*, Lisboa, ISCEF, 1935, que tratava o tema nas pp. 225-234, ponto “39. Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”.

⁶ *Idem*, p. 226, referindo a obra de FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, lições publicadas por Agostinho de Oliveira, p. 100. Consultei FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, Lisboa, Minerva Comercial Sintrense, 1940, que tratava os “Princípios político-sociais inspiradores do corporativismo português” nas pp. 49-66 - não localizo um tratamento *ex professo* do contrato colectivo, mas antes referências ocasionais (por exemplo, pp. 95-97, 102, 106, 111, 117, 175, 211, 218, 233)

⁷ RAÚL VENTURA, “Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”, *cit.*, p. 227.

⁸ *Idem*, nº 641, pp. 257-258.

⁹ *Idem*, p. 259.

inderrogabilidade de tôdas ou algumas das suas cláusulas”¹⁰, ainda que menos favoráveis para o trabalhador.

Na opinião de Raúl Ventura, a orientação contratualista era reforçada em Portugal pelo artigo 37º da Constituição de 1933 (com a redacção da Lei nº 1885, de 23 de Março de 1935, *DG* nº 67/1935, pp. 409-411)¹¹ e o artigo 2º da primeira LCT (Lei nº 1952 de 10 de Março de 1937, *DG* nº 57/1937, pp. 203-205)¹², pressupondo necessariamente acordos de vontades, “incluíveis numa rubrica lata de contrato”¹³ - sendo pouco relevante ou secundário o nome atribuído.

3. Obra de maior fôlego, publicada no ano seguinte, é a já referida tese de doutoramento, com o título *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, que merece uma análise cuidada (ainda que nesta sede necessariamente sucinta), quer quanto à estrutura adoptada, quer quanto às fontes utilizadas, quer quanto ao próprio conteúdo.

É importante ter em conta o contexto internacional: o isolamento do nosso país e a Segunda Guerra Mundial que se arrastava há anos justificavam certamente a advertência inicial sobre a dificuldade de consultar informação oficial (“as «Séries Legislativas» do Bureau International du Travail”) ou estudos estrangeiros sobre Direito do Trabalho, a cuja importação se opunham “razões óbvias”¹⁴.

¹⁰ *Idem*, nº 642, p. 273.

¹¹ Artigo 37º “Só os organismos corporativos de natureza económica autorizados pelo Estado podem, nos termos da lei, celebrar contratos colectivos de trabalho, os quais serão nulos sem a sua intervenção”.

¹² Artigo 2º “As cláusulas e condições do contrato de trabalho podem constar de contratos individuais ou de acordos ou contratos colectivos”.

¹³ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, “Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”, *cit.*, nº 642, p. 274.

¹⁴ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo*

Assumindo expressamente a natureza volátil do Direito do Trabalho e dos problemas, “extremamente influenciados por factores de ordem histórica e política”¹⁵ e mesmo pela “côr política emprestada a certas ordens jurídicas”¹⁶, Raúl Ventura não tinha dúvidas sobre a prevalência alternada entre “fim social” e “fim individual” consoante as soluções adoptadas, mas sem predomínio exclusivo de um deles.

Analisarei de forma detalhada os Capítulos I e II por conterem aspectos dogmáticos relevantes para a construção do Direito do Trabalho, numa perspectiva de consolidação desta área de intensificação da regulação legislativa e de desenvolvimento doutrinário.

Existe um esforço assinalável em apresentar a relação de trabalho enquadrada por parâmetros jurídicos, analisando no Capítulo I (o mais extenso), sucessivamente, “A estrutura da prestação de trabalho” (secção II), o “Objecto da prestação de trabalho” (secção III) e a “Caracterização da relação de trabalho pelo tipo de relação jurídica” (secção IV).

Na secção III, Raúl Ventura intentava demonstrar a “relevância jurídica de alguns caracteres económico-sociais do trabalho” (subsecção I), especificamente da “penosidade” (“elemento indispensável do trabalho jurídico, porque é elemento definidor do trabalho como realidade social”¹⁷) e da “utilidade social”.

do direito privado, Tese de doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944, p. inicial não numerada.

¹⁵ *Idem*, p. 17.

¹⁶ *Idem*, p. 19.

¹⁷ *Idem*, p. 33.

Outro aspecto relevante é a expressa distinção que, a propósito das espécies de trabalho, era apresentada face ao Direito corporativo:

“A influência destas distinções no objecto das presentes pesquisas é muito restrita, ou mesmo nula [...] Ao direito do trabalho, ao contrário do que acontece com o direito corporativo, mais do que a especialidade técnica do trabalhador interessa a sua posição na relação de trabalho e aquela pouca influência pode ter sobre esta.”¹⁸.

Não serão aqui analisadas as considerações sobre o serviço doméstico, o trabalho familiar e o mandato¹⁹ e, de forma mais abreviada, ainda sobre o depósito, o transporte e a aprendizagem (neste último caso remetendo para outra parte da obra)²⁰, mas sempre se dirá que a esse propósito Raúl Ventura demonstrava sentido crítico e capacidade de pensar soluções que, *de iure condendo*, se adequariam melhor à realidade portuguesa.

Mais relevante é a subsecção III do I capítulo, dedicada à distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado: a partir da figura da *locatio conductio*, aderida, num primeiro momento, à correspondência do trabalho autónomo “à *locatio operis* e o trabalho subordinado à *locatio operarum*”²¹, este último “objecto de regulamentação especial, moldada em novas formas, informada pelo novo

¹⁸ *Idem*, p. 37.

¹⁹ *Idem*, pp. 38-46, 46-48, 48-50.

²⁰ *Idem*, pp. 50, 50-51 e 51.

²¹ *Idem*, p. 58.

espírito em que a protecção dispensada ao trabalhador ocupa um lugar primacial”²².

É este aspecto que importa aqui acentuar: a consciência de uma diferenciação regulatória enformada por “novas formas” e um “novo espírito” estava presente em Portugal desde o início do século XX no círculo universitário²³ e manifestou-se de forma assinalável no Parecer da Câmara Corporativa, bem como nas discussões na Assembleia Nacional, a propósito da Lei n.º 1 952, de 10 de Março de 1937 (primeira Lei do Contrato de Trabalho/LCT)²⁴ - ainda que em contexto corporativo - e não passava despercebida ao jovem jurista e, muito em breve, professor da Faculdade de Direito de Lisboa²⁵.

Quanto às diferentes teorias, Raúl Ventura acompanhava a crítica de Barassi, afirmando que quase todas eram “hipertrofias de uma verdade evidente”²⁶. E depois de as analisar criticamente, chegava à conclusão que a distinção não se afastava da premissa inicial, ou seja, a oposição entre *locatio operis* e *locatio operarum*, reportando-se o trabalho autónomo ao seu resultado e o trabalho subordinado à “própria energia do trabalho” ou à “própria actividade profissional” - contudo, embora “assentes em base comum”, Ventura

²² *Idem*, p. 59.

²³ Como julgo que ficou largamente demonstrado nos m/textos “Cem anos depois: juristas e trabalho - I parte”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano I, 2021, nº 1, pp. 1069-1109, e “Cem anos depois: juristas e trabalho - II parte”, *RIDT*, ano I, 2021, nº 2, pp. 491-558.

²⁴ De novo, penso que também esta conclusão ficou bem assente no m/texto “Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei nº 1 952, de 10 de Março de 1937”, in LAURA BECK VARELA e MARÍA JULIA SOLLA SASTRE (coord.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho I*, Madrid, Editorial Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid, 2018, pp. 481-513.

²⁵ Cf. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, Separata da *RFDUL*, XIII, 1961, pp. 159-160.

²⁶ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, cit., p. 60.

afirmava que “factores diversos” tinham conduzido “a um desenvolvimento e mesmo a uma modificação profunda”²⁷, pelo que na sua opinião o “verdadeiro critério distintivo do trabalho subordinado e do trabalho autónomo” estava “no carácter institucional das relações de trabalho subordinado”²⁸, aproveitando aquilo que julgava pertinente da “teoria da instituição”, mas adoptando “uma definição bastante lata”²⁹ que parece aproximar da de Maurice Hauriou³⁰.

Interessa atentar em especial no que Raúl Ventura escrevia sobre a subordinação jurídica, recorrendo a Ludovico Barassi: ser um trabalhador subordinado, “estar ao serviço de outrem”, traduzia-se numa “adstrição à autoridade institucional”, comportando poderes e deveres, sendo “impossível determinar de maneira universalmente válida a medida dêsses poderes e dêsses deveres, isto é, o conteúdo concreto da subordinação” - contudo, a subordinação não abrange “tôda a pessoa do trabalhador”, pois limita-se “à actuação técnica”³¹.

Afastada uma concepção unilateral e não obrigacional, mesmo “de senhorio”, que identificava como a orientação alemã, o autor optava por configurar a relação de trabalho como “de solidariedade ou de colaboração”, sem descartar a existência do “vínculo obrigacional entre a entidade patronal e o trabalhador”³², mas uma “obrigação de tipo institucional”, pois só assim se explicava a “adesão à instituição”³³.

²⁷ *Idem*, pp. 68-69.

²⁸ *Idem*, p. 70.

²⁹ *Idem*, p. 72.

³⁰ *Idem*, pp. 70-76.

³¹ *Idem*, p. 79.

³² *Idem*, p. 85.

³³ *Idem*, p. 86.

Este percurso teórico desembocava, contudo, numa orientação afinal bem pragmática, para permitir a distinção entre o trabalho subordinado e o trabalho autónomo:

“O mais seguro, porém, é procurar pela interpretação do contrato determinar se se trata de obrigação de desenvolvimento de simples energias ou de resultados de trabalho”³⁴.

Ou seja, nada substituí a análise concreta de cada situação, auxiliada por critérios “práticos” - hoje diríamos indícios - que o autor indicava “apenas como presunções de subordinação ou autonomia”: “o emprego da palavra «serviço»”, a “posição social das partes contratantes”, a “execução do trabalho em local pertencente ao credor ou fora dêle”, “o uso ou não por parte do trabalhador de instrumentos e de matérias-primas próprias”³⁵.

Analisando de seguida a previsão legislativa nacional, Raúl Ventura criticava a sistematização adoptada no Código Civil e resumia³⁶ cada uma das oito modalidades de prestação de serviço nele consagradas³⁷, concluindo que não existia “um único elemento comum a todos os contratos que êsse capítulo encerra”³⁸.

Mais favorável era a sua apreciação da primeira LCT, acima mencionada³⁹, e da definição de contrato de trabalho do respectivo

³⁴ *Idem*, p. 93.

³⁵ *Idem*, pp. 93-94.

³⁶ *Idem*, pp. 98-100.

³⁷ Sobre esta temática, publiquei “A *Locatio conductio operarum* na génese do contrato de serviço salariado no Código de Seabra (1867): Notas para a (pré-) história do Direito do Trabalho”, in *O Sistema Contratual Romano*, FDUL e Coimbra Editora, 2010, pp. 691-720.

³⁸ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, cit., p. 101.

³⁹ Sobre este diploma, v. o m/ Primeira Lei do Contrato de Trabalho em

artigo 1.º, bem como da equiparação, para efeitos de aplicação do mesmo regime, do trabalho por peça ou por tarefa, mesmo que no domicílio ou estabelecimento do prestador (baseada na dependência económica), desenvolvendo a sua análise⁴⁰.

Após este I capítulo, Raúl Ventura dedicava o II ao estudo do Direito do Trabalho, analisando o seu conceito, caracteres e fontes. Começava logo por apresentar a “definição verdadeira” (“conjunto de regras de direito objectivo reguladoras das relações de trabalho”⁴¹), ainda que respondendo de seguida às críticas que lhe eram dirigidas, afastando também outras definições de cariz subjectivo, nomeadamente a concepção de “direito de classe” e distinguindo várias categorias na legislação social, considerando que esta não podia ser identificada com o Direito do Trabalho⁴².

Outro aspecto relevantíssimo é o da autonomia do Direito do Trabalho, classificado por Raúl Ventura indubitavelmente como Direito privado⁴³. Assumia plenamente essa autonomia, ainda que “modesta”, incluindo aquela que designava como “científica”:

“No direito do trabalho, segundo o quási unânime consenso dos autores, existe um conjunto de princípios gerais e sistemáticos bastante importante para aquêlê poder ser considerado cientificamente autónomo”.

Portugal: Lei nº 1 952, de 10 de Março de 1937”, *cit.*, pp. 481-513.

⁴⁰ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, *cit.*, pp. 103-122.

⁴¹ *Idem*, p. 138.

⁴² *Idem*, pp. 138-147.

⁴³ *Idem*, pp. 147-158.

Já quanto às fontes, o Autor analisava os tratados internacionais, a lei, os usos ou costumes, certas normas de direito corporativo, os acordos colectivos de trabalho e os regulamentos de serviço. A propósito dos primeiros, aproveitava para tratar a regulação internacional e, sucintamente, a OIT e as mais relevantes convenções ratificadas por Portugal. Enunciava, de seguida, a principal legislação laboral portuguesa, com destaque para o ETN, considerando escassa a regulamentação laboral anterior a este (circunstância vantajosa porque teria permitido “que o contrato de trabalho se desenvolvesse livre de peias”) e limitado o âmbito da regulamentação posterior (situação também benéfica pois possibilitava “uma «auto-regulamentação de categoria»”⁴⁴, mais facilmente moldada à realidade).

Quanto aos usos ou costumes e às normas corporativas, desvalorizava o seu papel, embora consagrasse às segundas uma análise muito mais extensa⁴⁵.

Bem diferente era a atenção que dedicava aos contratos colectivos⁴⁶, embora afirmasse que o “estudo do contrato colectivo de trabalho” não pertencia ao “direito do trabalho, mas ao direito corporativo”⁴⁷. Tratando o problema da sua natureza, acabava por concluir:

“[...] os contratos colectivos são acordos nos quais intervêm

⁴⁴ *Idem*, pp. 167-168.

⁴⁵ Correspondendo a uma análise das fontes do Direito Corporativo e respectivos aspectos controversos, *idem*, pp. 169-175, com um interesse mais reduzido para o Direito do Trabalho. Os usos e costumes eram brevemente tratados nas pp. 168-169.

⁴⁶ *Idem*, pp. 175-188. Este aspecto foi alvo da análise por LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, volume I, AAFDL, Lisboa, 2022, pp. 705-770, mencionando amiúde as obras de Raúl Ventura.

⁴⁷ RAÚL JORGE RODRIGUES VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, cit., p. 176.

entidades corporativas como representantes legais dos patrões e trabalhadores, os quais, quer estejam quer não inscritos naquelas entidades se obrigam a incluir nos contratos individuais certas cláusulas fixadas pelo mesmo acordo”⁴⁸.

Quanto à questão de saber se o contrato colectivo de trabalho é fonte de Direito, Raúl Ventura respondia em conformidade com a tese contratualista adoptada (já defendida, como visto, no texto do ano anterior), afirmando que a mesma proibia considerar o contrato colectivo fonte de direito “enquanto por esta expressão se entendam os modos de revelação do direito objectivo”⁴⁹. Por maioria de razão, o mesmo se applicava ao acordo colectivo, “geralmente equiparado ao contrato colectivo”⁵⁰ pela legislação portuguesa.

Quanto ao “regulamento de serviço” (regulamento interno de empresa), Raúl Ventura salientava a diminuição da sua importância no tempo em que escrevia, face à abrangência crescente do contrato colectivo. Quanto à sua natureza jurídica, distinguia entre as “disposições sobre contrato de trabalho - «disciplina jurídica do trabalho»” (uma proposta contratual que necessitava da adesão do trabalhador) e “disposições sobre o modo de prestação do trabalho - «disciplina técnica do trabalho»” (de natureza tipicamente institucional, mas que por vezes também assumia natureza contratual); em qualquer caso o regulamento não era “fonte de direito do trabalho”⁵¹.

⁴⁸ *Idem*, p. 186.

⁴⁹ *Idem*, p. 187.

⁵⁰ *Idem*, p. 189.

⁵¹ *Idem*, pp. 193-194.

Outro ponto muito importante, tratado na subsecção designada “Aplicação”, é o “princípio do melhor tratamento do trabalhador”, “cujo âmbito é alargado quer às relações entre as diferentes fontes de direito do trabalho, quer à aplicação dessas fontes aos actos das partes, quer ainda à própria interpretação dêsse mesmo direito” - ficando o trabalhador protegido na legislação “por um especial *favor juris*”, por ser a “parte económica e socialmente mais fraca”⁵².

Porém Raúl Ventura considerava que, no âmbito das economias corporativas e de guerra, o princípio deveria ceder “em proveito da produção”, interesse da Nação, que prevaleceria sobre o interesse individual do trabalhador, como resultava do artigo 1.º do ETN. Assim, não se aplicava, “com carácter absoluto a máxima do melhor tratamento do trabalhador”⁵³, mas enunciava-se o princípio como “tratamento mais favorável dos trabalhadores, sem prejuízo da produção”⁵⁴.

A este propósito, discutia o Autor se, face a regras divergentes, se devia escolher a teoria do cúmulo (aplicavam-se as mais favoráveis de cada regulação) ou a teoria do conglobamento (aplicava-se em bloco a regulação considerada globalmente a mais favorável) - não optando por nenhuma delas pois julgava que o problema se resolveria naturalmente através da “hierarquia das várias fontes de regulamentação do trabalho”⁵⁵, acabando mais à frente por concluir por uma solução próxima do conglobamento, preferindo o contrato colectivo à lei, excepto quanto às cláusulas nulas, isto é, as que resultavam de

⁵² *Idem*, p. 195.

⁵³ *Idem*, p. 196.

⁵⁴ *Idem*, p. 197.

⁵⁵ *Idem*, p. 199.

uma violação do mínimo de protecção legal, ou seja, de regras imperativas⁵⁶.

Esta resposta, contudo, parece comportar alguma contradição, uma vez que Raúl Ventura tinha afirmado não serem os contratos e os acordos colectivos fontes de direito. O autor intentava depois uma construção que mantivesse uma certa coerência, distinguindo entre “normas corporativamente supletivas” e normas “supletivas mesmo em relação à vontade individual” (que poderiam merecer diferente tratamento legislativo), mas admitindo que tendo adoptado a “posição contratualista”, poderia parecer que o contrato colectivo e o contrato individual se equiparavam⁵⁷.

Algumas considerações posteriores demonstram bem as dificuldades na opção pela natureza do contrato colectivo afastando-o como fonte de Direito: Raúl Ventura afirmava que o contrato e o acordo colectivo funcionavam como contrato de adesão, mas sem o serem; também afirmava que existia uma semelhança com as *conditiones juris*, mas sem traduzir “uma rigorosa caracterização técnica” e antes “uma simples comparação do mecanismo existente”; concluía que “no contrato colectivo predeterminam-se as cláusulas dos contratos individuais”⁵⁸.

Ainda quanto ao *favor laboratoris*, mas no âmbito da interpretação do contrato de trabalho, concluía que o mesmo não podia ser aplicado salvo “numa medida muito restricta”, para garantir o

⁵⁶ *Idem*, pp. 203-204. Raúl Ventura voltaria a este tema num artigo de 1962 na revista *O Direito*, com opinião diversa, como será visto *infra*.

⁵⁷ *Idem*, p. 201.

⁵⁸ *Idem*, p. 206.

equilíbrio justo e adoptando “o avisado conselho de Barassi: «Tutellerai il lavoratore sì, ma sense abbandonarci al sentimento»”⁵⁹.

Inseria no final do capítulo algumas considerações sobre a integração de lacunas e a aplicação no espaço⁶⁰.

O III capítulo (“Os sujeitos da relação de trabalho”) integra vários temas relevantes, mas trata principalmente de aspectos de regime, pelo que não será aqui analisado com o detalhe dos anteriores. Estava dividido em duas secções. Na primeira (“I. Das qualificações”), Raúl Ventura analisava vários aspectos: profissão e categoria, conceito de sujeitos e estrutura da qualificação (integrados na subsecção I, “Das qualificações em geral”⁶¹), bem como algumas qualificações de “sujeito activo” e de “sujeito passivo” (na subsecção II, “Das qualificações em especial”⁶²). Na segunda secção (“II. Da pluralidade de sujeitos da relação de trabalho”⁶³), eram tratadas a pluralidade passiva (e a sua inadmissibilidade) e a pluralidade activa, o contrato de esquadra⁶⁴ e a pluralidade de empregos.

No IV e último capítulo (“O facto jurídico na relação de trabalho”), muito mais breve que os anteriores, são estudados apenas os factos constitutivos, numa secção I e única que se divide em duas subsecções: “I. Determinação dos factos constitutivos da relação de trabalho”⁶⁵ (concluindo pela exclusividade do contrato de trabalho) e “II. O contrato de trabalho”⁶⁶ (analisando a sua natureza com o

⁵⁹ *Idem*, p. 208.

⁶⁰ *Idem*, pp. 208-213.

⁶¹ *Idem*, pp. 216-258.

⁶² *Idem*, pp. 258-299.

⁶³ *Idem*, pp. 299-306.

⁶⁴ *Idem*, pp. 301-304. O Autor voltaria à análise deste contrato num breve texto de 1948, como se dirá *infra*.

⁶⁵ *Idem*, pp. 308-317.

⁶⁶ *Idem*, pp. 317-344.

objectivo de saber se era ou não distinto de outros afins, como a sociedade, a locação, a compra e venda, a relação de emprego público e referindo ainda o “contrato de prova ou experiência”⁶⁷).

Quanto à subsecção I, são muito interessantes as observações do Autor sobre as “duas tendências anti-contratualistas da relação de trabalho”. Na primeira, o problema em discussão era a paulatina limitação da liberdade de estipulação, apurando se existe ainda contrato quando “apenas subsista a função constitutiva” e sendo retirada às partes a “função normativa”⁶⁸.

A obra termina com a menção “FIM DO 1.º VOLUME” e segue-se a lista das “Principais obras consultadas”, que Raúl Ventura divide entre monografias (noventa e oito)⁶⁹ e artigos em publicações periódicas e capítulos de livros (trinta e cinco)⁷⁰. Os autores mais presentes são os italianos como [Ludovico] Barassi (seis referências), [Francesco] Canelutti (seis referências) ou [Paolo] Greco, entre muitos outros, somando quarenta e seis autores e sessenta e três títulos⁷¹. Os textos utilizados por Ventura visavam principalmente temas de Direito do Trabalho (trinta títulos) e do Direito Corporativo (treze)⁷².

Seguiam-se, em número ainda expressivo mas muito inferior, os franceses, por exemplo, [François] Géný (duas referências),

⁶⁷ *Idem*, pp. 338-344, tratando o período experimental, tema a que regressaria num artigo de 1961, como se verá *infra*.

⁶⁸ *Idem*, p. 309.

⁶⁹ *Idem*, pp. 345-347.

⁷⁰ *Idem*, p. 347-349.

⁷¹ Constando, para lá dos referidos no corpo do texto muitos outros, de que destaco Arangio Ruiz, [Ugo] Brasiello, [Francesco] Ferrara, Santi Romano ou a única laboralista [Luisa] Riva Sanseverino.

⁷² Esta divisão não é sempre estanque; contabilizei, por exemplo, como obra de Direito Corporativo o título de BARASSI, *Diritto Sindicale e Corporativo*, Milão, 1934, mas também poderia obviamente integrar-se no Direito do Trabalho.

[Maurice] Hauriou (2 referências), Lyon-Caen ou [Paul] Pic, somando vinte e dois autores e vinte e três títulos, treze deles sobre temas laborais⁷³.

Os portugueses listados são catorze, quase todos com apenas uma referência, excepto Cunha Gonçalves (três) e José Tavares (duas); incluindo, para lá destes dois, A[ntónio] L[opes de] Carvalho, Barbosa de Magalhães, Cabral de Moncada, Domingos de Andrade, Marcello Caetano, [Frederico] Martins, [Abade Manuel] Rocha, Salazar, [Fernando Alberto de] Seabra, José Tavares, Ruy Ulrich, Carneiro Pacheco, Fezas Vital. Contabilizam-se nestes quatro títulos de obras de Direito Corporativo (Cunha Gonçalves, Marcello Caetano, Salazar, Seabra), quatro sobre Direito Civil e Obrigações (Barbosa de Magalhães, Cabral de Moncada, Cunha Gonçalves e José Tavares), três de Direito Comercial (Cunha Gonçalves, Martins, José Tavares), dois sobre temas históricos (Carvalho e Rocha), dois sobre interpretação da lei e hierarquia de fontes (Domingos de Andrade e Fezas Vital), um sobre legislação operária (Ulrich), um sobre casamento (Carneiro Pacheco).

Também são referidos treze autores alemães (sendo sete as obras de temática laboral)⁷⁴, seis autores espanhóis ou latino-

⁷³ Dos mais recuados, como o livro de [Émile] Chatelain e um artigo de Géný - não a sua obra prima, que também conta da lista, mas um texto anterior “Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail” (1902), aos mais recentes, como os de [Michel] Charpentier, de [Jean] Brèthe de la Gressaye e [André] Rouast (todos de 1939) - referindo aqui apenas os títulos de temas laborais.

⁷⁴ Raúl Ventura utilizava quer alguns textos em língua alemã, de [Alfred] Hueck, [Erwin] Jacobi, [Erich] Molitor, [Kutz] Ritcher, entre outros), quer outros em tradução italiana (a célebre obra de Windscheid, por exemplo) ou em castelhano (v.g. o livro de Ennecerus ou o de Jors e Kunkel).

americanos⁷⁵, quatro anglo-saxónicos⁷⁶, dois brasileiros⁷⁷, uma autora e um autor soviéticos⁷⁸.

Em conclusão: era amplo o leque de autores consultados por Raúl Ventura e especializado o âmbito dos títulos, vários deles sobre matérias laborais e/ou corporativas, a maioria já da década de 1930 ou de 1940 (pelo menos oitenta e quatro dos datados⁷⁹).

4. Quanto às Lições, temos em primeiro lugar as *Lições de Direito Corporativo*, policopiadas e coligidas por alunos, a partir do curso leccionado em 1945-1946. Merecem referência nesta sede porque uma parte do seu conteúdo poderia estar incluída numas Lições para a disciplina de Direito do Trabalho: assim, na Parte I (“O Sistema Corporativo”), o capítulo I designa-se “Introdução - A questão social”⁸⁰, dividido em números: “1- Esboço da questão social, segundo a Encíclica «Rerum Novarum»”; “2- Organização económica e jurídica em que se desenvolveu a questão social”; “3- O processo de formação da questão social, tal como surgiu na actualidade”, “4, 5

⁷⁵ [Eugenio Pérez] Botija (2 referências), [Rafael] Caldera Rodriguez (da Venezuela, veio mais tarde a ser Presidente da República), Hernainz Marquez, [Alfonso] Madrid, [Ignacio] Serrano y Serrano, [Arturo Suárez] Malfeyto - todos os sete títulos correspondiam a temas laborais.

⁷⁶ Com apenas três títulos, pois num deles (*The Professions*, Oxford, 1933) eram co-autores Carr Saunders e Paul A. Wilson.

⁷⁷ [António] Ferreira Cesarino [Júnior], com a monografia *Natureza jurídica do contrato de trabalho*, Rio de Janeiro, 1938, e Mendes, com o artigo “O Contrato de Trabalho”, na *Revista dos Tribunais*, nº 23.

⁷⁸ Eram eles [Elizaveta Nikolaevna] Danilova, listando Raúl Ventura a sua obra traduzida para italiano *Diritto Sovietico del Lavoro*, Roma, 1930, e [Georges] Gurvitch, sendo referida a obra *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, 1932.

⁷⁹ Alguns dos títulos que não estão datados também pertencem a este período, como os três artigos publicados em 1942 (nºs 34 e 35) na *Revista de Trabajo*.

⁸⁰ RAÚL VENTURA, *Lições de direito corporativo* [Texto policopiado]; coligidas por José Celestino Ribeiro dos Ramos e Ruy Jayme Corrêa de Mello, [FDUL, Lisboa, 1947], pp. 3-62.

e 6- As posições fundamentais perante a questão social”, focando o Liberalismo, o Socialismo e o Corporativismo, respectivamente.

No capítulo II, dedicado ao “Corporativismo e fenómenos de associação”, discutia-se extensamente o conceito e a natureza da “categoria profissional”⁸¹. O capítulo III tratava o “Estado corporativo” e é menos rico para as matérias laborais.

Da parte II, “Estudo discriminativo [sic]⁸² da organização corporativa portuguesa” constava o estudo de vários órgãos e organismos, entre os quais os “Sindicatos Nacionais”⁸³ (em que analisava a distinção entre “trabalho subordinado” e “trabalho autónomo”), os “Grémios do Comércio e Indústria”⁸⁴ e os “Grémios da Lavoura”⁸⁵.

A Parte III, “Direito Corporativo”, tratava, entre muitos outros aspectos, dos “contratos colectivos de trabalho”⁸⁶. No exemplar consultado na BFDUL (cota D08-988), estas páginas estão rasuradas com um traço que as atravessa totalmente na diagonal e na p. 283 consta a seguinte frase manuscrita: “Todo este número está desactualizado, por virtude do dec. 36 173. Hoje admito a corrente normativista”⁸⁷. Presumo que o exemplar (embora nada nele mais conste que o confirme) tenha sido rasurado pelo próprio Raúl Ventura que, face ao novo regime legal, abandonava a sua posição expressa logo no primeiro texto aqui analisado, publicado, como visto, em 1943.

⁸¹ *Idem*, pp. 88-105.

⁸² *Idem*, p. 120. No exemplar consultado, está rasurado à mão para constar “descritivo”.

⁸³ *Idem*, pp. 136-162.

⁸⁴ *Idem*, pp. 185-211.

⁸⁵ *Idem*, pp. 211-222.

⁸⁶ *Idem*, pp. 282-297.

⁸⁷ O Decreto-Lei referido é de 6 de Março de 1947 (DG nº 52, pp. 191-193), ou seja, foi publicado já após a leccionação do curso em 1945-1946.

De seguida, a exposição avançava para os “Acordos colectivos de trabalho”⁸⁸ e na secção seguinte, a propósito da hierarquia das fontes, analisava o princípio do tratamento mais favorável (“princípio do melhor tratamento do trabalhador”)⁸⁹ e ainda as relações entre as diversas fontes (lei, regulamentos corporativos contendo “normas de trabalho”, regulamentos de relações de trabalho resultantes de contratos colectivos)⁹⁰.

Não é pois de admirar que, no ano lectivo de 1946-1947, Raúl Ventura tenha optado por designar informalmente a disciplina como *Curso de direito corporativo e do trabalho no Livro de Sumários*⁹¹, embora esse não fosse obviamente a designação oficial. E nesse *Livro*, em comparação com as *Lições*, revela uma consideravelmente maior incidência das matérias laborais:

“Capítulo I - A relação jurídica de trabalho

Secção I - Generalidades

Secção II - A estrutura da prestação de trabalho

Secção III - Objecto da prestação de trabalho

Secção IV - Distinção entre relação de trabalho e relação de sociedade

Capítulo II - Organização corporativa do trabalho

⁸⁸ RAÚL VENTURA, *Lições de direito corporativo*, cit., pp. 297-299.

⁸⁹ *Idem*, pp. 304-308.

⁹⁰ *Idem*, pp. 308-317.

⁹¹ [RAUL VENTURA], *Direito corporativo e do trabalho: 1946-1947* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-13, na BFDUL. Como foi assinalado por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho - Relatório*, separata de RFDUL - Suplemento, Lisboa, 1999, p. 14.

Secção I - Estudo descritivo da organização corporativa portuguesa

Secção II - Características fundamentais da organização corporativa portuguesa

Capítulo III - Conceito de direito corporativo e de direito do trabalho

Secção I - Conceito de direito corporativo

Secção II - Conceito de direito do trabalho

Capítulo IV - Fontes do direito corporativo e do direito do trabalho

Secção I - Enumeração das fontes

Secção II - Hierarquia das fontes

Capítulo V - Os sujeitos da relação de trabalho

Secção I - Das qualificações dos sujeitos das relações de trabalho

Secção II - Da pluralidade dos sujeitos das relações de trabalho”⁹².

Quanto às *Lições de Direito do Trabalho*, publicadas a partir de um texto dactilografado incompleto, o enquadramento das mesmas reporta-se ao Decreto n.º 34 850, de 21 de Agosto de 1945 (DG n.º 187, pp. 681-684), que instituiu a nova reforma do ensino jurídico, introduzindo alterações na Lei orgânica das Faculdades de Direito. Entre outras regras, o diploma mantinha o curso complementar (o

⁹² [RAUL VENTURA], *Direito corporativo e do trabalho: 1946-1947* [Texto manuscrito], *cit.*, ao longo de todas as páginas (não numeradas).

dito “sexto ano”, com duas opções distintas) que não conferia grau. Introduzia-se uma novidade que aqui interessa no plano do curso complementar:

“Art. 4.º Haverá um curso complementar de ciências jurídicas e outro de ciências político-económicas, ambos constituídos pelas disciplinas que cada Faculdade designar para um ano lectivo no fim do anterior.

§ único. No curso complementar de ciências jurídicas incluir-se-á sempre uma cadeira de filosofia do direito; e no curso complementar de ciências político-económicas um curso de direito administrativo e outro de direito do trabalho”

Assim, quando a disciplina *Direito do Trabalho*⁹³ surgiu oficialmente, manteve-se a tradição de alocar estas matérias às Ciências Económicas, que remonta ao ensino da Economia Social, desde o início do século, e, desde a década de 1930, ao Direito Corporativo.

Apesar de a disciplina integrar apenas o curso complementar, fora outra a proposta da Faculdade de Direito de Lisboa: o Decreto surgira na sequência de um pedido das Faculdades de Direito, mas atendeu mais “à perspectiva do projecto de Coimbra”⁹⁴. No Projecto da Faculdade de Lisboa, cujo relator fora Paulo Cunha⁹⁵, propunha-

⁹³ Pela mesma época, era criada em Espanha a disciplina de Direito Laboral como disciplina de licenciatura, leccionada primeiramente, em 1947, na Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, e depois noutras facultades, cf. MARÍA JOSÉ MARÍA E IZQUIERDO, «Las primeras cátedras de Derecho Laboral en la Universidad española», em *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 10 (2007), pp. 251-252.

⁹⁴ FERNANDO JORGE COUTINHO DE ALMEIDA, “O Ensino de Direito do Trabalho em Portugal”, *II Jornadas hispano-luso-brasileñas del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Servicio de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 415.

⁹⁵ Cf. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, cit., p. 160; também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas*

se a reintrodução do curso (disciplina semestral) de Economia Social no 2º ano, a manutenção do curso de Direito Corporativo no 3º ano e a criação do curso de Direito do Trabalho no 4º ano da licenciatura⁹⁶, mas o Projecto da Faculdade de Coimbra não considerava necessária nem a Economia Social nem o Direito do Trabalho, por entender que as matérias estudadas nessas disciplinas estavam inseridas noutras (em especial no Direito Corporativo e no Direito Civil)⁹⁷, numa visão que considero mais conservadora e alinhada com a orientação do Regime.

Na Faculdade de Lisboa, o curso de Direito do Trabalho foi leccionado no curso complementar, ainda antes desta instituição oficial, logo no ano lectivo de 1944-45 por Armindo Monteiro, que manteve a regência até ao ano de 1947-48⁹⁸.

No ano lectivo de 1948-1949 e nos anos seguintes, a disciplina seria leccionada por Raúl Ventura, existindo sumários manuscritos dos anos lectivos de 1948-1949, 1949-1950 e 1951-1952 e as Lições, dactilografadas, mas incompletas, publicadas apenas em 2003.

Estas Lições de Direito do Trabalho⁹⁹ são, ao que se sabe, as primeiras em Portugal, uma vez que as matérias laborais tinham, desde o final do século XIX e principalmente do início do século XX, sido

metodológicas do Direito do Trabalho - Relatório, Coimbra, Almedina, 2005, p. 77.

⁹⁶ FERNANDO JORGE COUTINHO DE ALMEIDA, “O Ensino de Direito do Trabalho em Portugal”, *cit.*, p. 415.

⁹⁷ *Idem*, pp. 415-416.

⁹⁸ [ARMINDO MONTEIRO], *Direito do trabalho: [1944-1947]* [Texto manuscrito], SD08-12, na BFDUL, que contém os sumários dos anos lectivos de 1944-1945, 1945-1946 e 1946-1947 - no primeiro deles, desenvolvidos em 101 pontos autónomos.

⁹⁹ RAÚL VENTURA, “Lições de Direito do Trabalho” [1948-1949?], in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, vol. II, *cit.*, pp. 551-668.

leccionadas na disciplina de Economia Social e, posteriormente, a partir de 1933, na de Direito Corporativo^{100/101}.

Uma vez que está em falta a primeira parte (os primeiros 78 pontos), apenas conhecemos o conteúdo iniciado no §. 2.º, *Elementos do Contrato de Trabalho*, analisando os elementos extrínsecos (I. pontos 80 e 81) e elementos intrínsecos essenciais (II. pontos 82 a 107) e acidentais (III. Pontos 108 e 109). No §. 3.º, *Valor jurídico do contrato de trabalho*, eram tratados quer o “grau de invalidade”, quer a caracterização do regime “de certos graus de invalidade do contrato de trabalho”¹⁰² (pontos 110 e 111).

Começava depois uma segunda secção (II - *Dos factos notificativos* [sic] *da relação do trabalho*), o que nos leva a pressupor que todos os pontos anteriores pertencem à secção I, cujo início está em falta. Eram alvo da exposição as modificações subjectivas (subsecção I, pontos 112 a 115) e objectivas (II, 116 a 120).

A secção III *Dos factos suspensivos da relação de trabalho* era mais breve (pontos 121 e 122) e a secção IV *Dos factos extintivos da relação de trabalho* (pontos 123 a 145) mais extensa que a II e que a III.

¹⁰⁰ O Decreto-Lei n.º 23 383, de 20 de Dezembro de 1933, no DG n.º 290, p. 2173, determinava, no seu artigo único, que o curso de *Economia Social* do programa de estudos das Faculdades de Direito fosse constituído, a partir do ano lectivo de 1933-34, pelo curso de *Direito Corporativo*, considerando-o como parte do grupo de ciências económicas.

¹⁰¹ Sobre esta temática, v., entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho - Relatório*, cit.; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho: relatório*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa - Ensinar e Investigar*, UCP, Lisboa, 2005; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do direito do trabalho: relatório*, Almedina, Coimbra, 2005.

¹⁰² RAÚL VENTURA, “Lições de Direito do Trabalho” [1948-1949?], cit., p. 603.

Ou seja, mesmo sem contabilizarmos os primeiros 78 pontos, a I secção era sem dúvida a mais extensa, pois no texto disponível ocupa os pontos 79 a 111 e as páginas 551 a 609.

Os temas tratados com maior amplitude estão distribuídos pelas secções I, II e IV e são os seguintes: trabalho de mulheres e de menores¹⁰³, serviços de colocação¹⁰⁴, férias¹⁰⁵, denúncia com justa causa¹⁰⁶ e despedimento nos contratos por tempo indeterminado¹⁰⁷.

Vários destes temas seriam retomados por Raúl Ventura em textos publicados posteriormente.

O estilo utilizado nas *Lições* é bastante claro e directo, socorrendo-se de uma sistematização que me parece fácil de apreender e adequada a um texto didáctico, sem prescindir das referências ao Direito Comparado, tão caras ao autor¹⁰⁸. É importante marcar que não estamos perante meros apontamentos que o Professor poderia

¹⁰³ *Idem*, disperso por vários aspectos: pp. 555-560, pontos 83 a 87, sobre os elementos intrínsecos essenciais do contrato de trabalho (secção I, §. 2.º, II, B) Capacidade - da mulher casada e do menor); pp. 582-585, ponto 101 (secção I, §. 2.º, II, D) Objecto e conformidade, *Trabalho de menores*); pp. 585-592, pontos 102 a 104 (secção I, §. 2.º, II, D) Objecto e conformidade, *Trabalho de mulheres*); pp. 593-595, pontos 105 a 107 (secção I, §. 2.º, II, D) Objecto e conformidade, *Regras especiais quanto ao trabalho de mulheres e menores*).

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 565-576, pontos 92 a 95, a propósito dos elementos intrínsecos essenciais do contrato de trabalho (secção I, §. 2.º, II, B) Capacidade).

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 618-631, pontos 117 a 119, como facto modificativo objectivo (secção II, subsecção II, §. 1).

¹⁰⁶ *Idem*, pp. 644-657, pontos 130 a 135, como facto extintivo comum aos contratos por tempo indeterminado e por tempo determinado (secção IV, subsecção I, §. 4).

¹⁰⁷ *Idem*, pp. 657-668, pontos 136 a 145, como facto extintivo próprio do contrato por tempo indeterminado (secção IV, subsecção II).

¹⁰⁸ Por exemplo, *idem*, p. 553-554, ponto “81. O formalismo do contrato de trabalho em algumas legislações estrangeiras”; pp. 560-561, ponto “88. *Carteira profissional*. Evolução do livrete de trabalho nas legislações francesa e italiana”; pp. 644-647, ponto “130. Observação prévia: esquema geral da denúncia unilateral nos direitos alemão, italiano, russo e francês”, entre muitas outras referências não autonomizadas em títulos.

utilizar para as suas aulas e sim de um texto bem construído, coerente, perfeitamente adequado a umas *Lições* a publicar, sendo realmente de lamentar que não se conheça o conteúdo da parte inicial, de que constariam com toda a probabilidade o enquadramento conceptual e alguns aspectos já tratados na sua tese de doutoramento.

Quando consultados os *Livros de Sumários* disponíveis, aumenta o grau de probabilidade da inclusão dessas temáticas na versão completa das *Lições*. Dos vários *Livros*¹⁰⁹, o mais relevante para este efeito é o do ano lectivo 1948-1949, o primeiro ano em que Raúl Ventura leccionou a disciplina, como ficou dito.

A coincidência dos pontos 79 a 145 dos *Sumários* de 1948-1949 com os mesmos pontos das *Lições* é quase total: os pontos 79 a 94 são coincidentes, com uma ou outra diferença mínima de redacção; o ponto 95 das *Lições* repete em parte o 94 e não consta dos *Sumários*; o ponto 96 das *Lições* é o 95 dos *Sumários* e este desfasamento numérico mantém-se sucessivamente até ao ponto 130 das *Lições* (que corresponde ao 129 dos *Sumários*); existe um lapso de numeração nas *Lições* e o ponto 131 está numerado como 130 - devido a este erro, a coincidência entre a numeração das *Lições* e dos *Sumários* é retomada até ao final, no ponto 145.

Podemos, assim, presumir com bastante segurança que os primeiros 78 pontos dos *Sumários* correspondem aos 78 que desconhecemos das *Lições*, pelo que reproduzo de seguida a estrutura interna,

¹⁰⁹ Localizei os seguintes, estando em falta o ano de 1950-51: [RAUL VENTURA], *Direito do trabalho: 1948-1949* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-14, na BFDUL; [RAUL VENTURA], *Direito do trabalho: 1949-1950* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-15, na BFDUL; [RAUL VENTURA], *Direito do trabalho: 1951-1952* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-16, na BFDUL.

mas sem incluir os títulos individualizados, o que comportaria um aumento muito considerável da extensão deste m/texto:

“Capítulo I -O direito do trabalho

Secção I - Conceito e natureza (pontos 1 a 6)

Secção II - Fontes do direito do trabalho (7 a 10)

Capítulo II - Direito Internacional do trabalho (11)

Secção I - Direito Internacional Privado (12 a 17)

Secção II - Direito Internacional Público (18 a 24)

Capítulo III - A relação jurídica de trabalho

Secção I - Conceito de trabalho (25 a 28)

Secção II - Estrutura da prestação de trabalho (29 a 31)

Secção III - Espécies da prestação de trabalho (32 a 35)

Secção IV - Distinção entre trabalho autónomo e trabalho subordinado (35 a 52)

Capítulo IV - Os sujeitos da relação de trabalho (53)

Secção I - Das qualificações

Sub-secção I - Das qualificações em geral (54 a 56)

Sub-secção II - Das qualificações em especial

§ 1º Qualificações do sujeito activo (57 a 59)

§ 2º Qualificações do sujeito passivo (60 a 65)

Secção II - A pluralidade dos sujeitos da relação de trabalho (66 a 68)

Capítulo V - O facto jurídico na relação de trabalho

Secção I - Dos factos constitutivos da relação de trabalho

Sub-secção I - Determinação dos factos constitutivos da relação de trabalho (69 a 71)

Sub-secção II - O contrato de trabalho

§ 1º Natureza jurídica do contrato de trabalho (72 a 78)

§ 2º Elementos do contrato de trabalho”¹¹⁰ (79 - a partir deste ponto começam as *Lições* e existe coincidência de pontos nos termos descritos *supra*).

No *Livro de Sumários* de 1949-1950, há uma redução e/ou supressão muito significativa de matérias e pontos (apenas 73) e no de 1951-1952 é adoptada uma estrutura diferente, mais simplificada, que se desenvolve em 96 pontos.

Fica assim demonstrada a existência de um Plano completo e bastante rico elaborado por Raúl Ventura para a docência da disciplina.

5. Vejamos então agora alguns textos, na sua maioria de pequena dimensão, que Raúl Ventura publicou no final da década de 1940 (quatro deles em 1949) e em 1950, complementando o trabalho desenvolvido a partir de 1943, sobre temas laborais variados

Em 1948, num texto muito breve¹¹¹, “Nota sobre algumas modalidades de contrato de trabalho”, Raúl Ventura tratava várias figuras próximas (esquadra interna, esquadra externa, subministração de trabalho), para apurar qual a sua natureza. Tendencialmente o

¹¹⁰ [RAUL VENTURA], *Direito do trabalho: 1948-1949* [Texto manuscrito], *cit.*, ao longo de todas as primeiras 19 páginas manuscritas (não numeradas).

¹¹¹ RAÚL VENTURA, “Nota sobre algumas modalidades de contrato de trabalho”, *RFDUL*, ano V, 1948, pp. 253-257.

contrato de esquadra interna comportava vínculos de subordinação jurídica, enquanto a externa corresponderia a uma empreitada colectiva. Já a subministração de trabalho não se traduzia num contrato de trabalho, fosse com subordinação jurídica ou autónomo (o contrato de trabalho era o existente entre os trabalhadores e o seu empregador, que se obrigava a fazê-los trabalhar para o empresário), ainda que distinto da mediação e da empreitada - contudo, Raúl Ventura, de forma a evitar fraudes, equiparava-o a uma “«cessão do contrato» de trabalho”¹¹². Quanto aos contratos de esquadra, analisava vários aspectos que permitiriam aferir, no caso concreto, o acerto da classificação tendencial que lhes tinha atribuído.

Outro texto¹¹³ que interessa analisar foi publicado em 1949, na *RFDUL*, sobre um tema muito sensível para o Regime. O próprio título (“A Greve no Direito Positivo Português”) traduz alguma cautela e identifica o enfoque escolhido para o analisar, justificando-o com a falta de decisões judiciais e o “reduzido número de perturbações de trabalho verificadas em Portugal nas últimas décadas”¹¹⁴.

Quanto ao passado, Raúl Ventura realizava uma breve análise do regime dos Códigos Penais de 1852 e de 1886 e um pouco mais detalhada do regime republicano, formalmente vigente até à publicação do Decreto n.º 13 138, de 15 de Fevereiro de 1927 (*DG* n.º 31, *Suplemento*, pp. 217-218), que revogou o Decreto de 6 de Dezembro de 1910. De seguida, descrevia o regime vigente, mencionando a Constituição de 1933, o ETN e, com mais pormenor, o Decreto-Lei n.º

¹¹² *Idem*, p. 254.

¹¹³ RAÚL VENTURA, “A Greve no Direito Positivo Português”, *RFDUL*, vol. 6, 1949, pp. 241-259.

¹¹⁴ *Idem*, p. 242.

23 870, de 15 de Maio de 1934 (DG nº 115/34, 18 de Maio, pp. 634-637)¹¹⁵, com o exame do preâmbulo e articulado e, nos pontos seguintes, a apreciação do conteúdo¹¹⁶.

Apresentando algumas críticas de natureza técnica (com deficiências parcialmente atribuídas ao contexto em que o diploma fora elaborado), aprovava, no final do texto, a proibição da greve e do lock-out, enumerando também decisões judiciais que consideravam justificado o despedimento dos grevistas e até um despacho que retirava a aprovação a cláusulas de contratos e acordos colectivos favoráveis aos trabalhadores por se ter verificado “uma injustificada falta ao trabalho”¹¹⁷.

Contudo, mostrando uma postura realista, não deixava de afirmar o cumprimento “reduzido” do Decreto-Lei de 1934:

“Não sabemos em que medida pode, em qualquer país, receber inteira execução, sem prejuízo grave das economias nacionais, a lei punitiva da greve, quando essa atinja apreciável extensão, mas o exemplo português é de molde a convencer que a sua inteira observância não é viável”¹¹⁸.

Segundo Raúl Ventura, eram punidos os cabecilhas e reagia-se a actos violentos, mas não se tentava sequer incriminar e punir os demais grevistas.

¹¹⁵ Por lapso, Raúl Ventura atribuía ao Decreto-Lei a data do DG - contudo, como referido *supra*, o diploma estava datado de 15 e não de 18.

¹¹⁶ RAÚL VENTURA, “A Greve no Direito Positivo Português”, *cit.*, pp. 249-256.

¹¹⁷ *Idem*, p. 257; informando Raúl Ventura que o Despacho de 6 de Novembro de 1942, publicado no *Boletim do INTP*, se referia a uma paralisação dos trabalhadores do Porto de Lisboa e aos instrumentos de contratação colectiva referentes à União dos Sindicatos dos Trabalhadores do Porto de Lisboa.

¹¹⁸ *Idem*, p. 256.

O texto demonstra uma postura cautelosa, alinhada com o Regime, mas ainda assim pouco empenhada na condenação da greve e dos grevistas.

No mesmo ano, Ventura publicou o artigo “Agências de colocação” na *ROA* - um tema a que, como foi referido, dedicava algum espaço nas suas *Lições*. Começava por referir a obrigação decorrente do artigo 2.º da Convenção da OIT de 1919 relativa ao desemprego (é a Convenção nº 2) para os Estados aderentes (estabelecimento de “um sistema de repartições públicas de colocação gratuita”, sob fiscalização de autoridade central e direcção de comissões mistas, com representantes de “patrões e trabalhadores”¹¹⁹) e a Recomendação do mesmo ano (é a Recomendação nº 1) para que os Estados proibissem a criação de agências privadas remuneradas - instrumentos reforçados em 1933 pela Convenção sobre as agências de colocação remuneradas (Convenção nº 42) e pela Recomendação de 1933 sobre a mesma matéria (Recomendação nº 42).

Em 1949, ano em que Raúl Ventura publicava o texto e dava nota deste mais recente desenvolvimento¹²⁰, a Conferência aprovava, na sua 32ª sessão, a Convenção nº 96, que revia a mencionada Convenção nº 42 de 1933 e determinava quer a progressiva extinção destas agências (Parte II), quer a regulação das mesmas (Parte III), podendo os Estados livremente indicar, no momento da ratificação, se aderiam à Parte II ou à Parte III.

Após estas referências ao contexto internacional, analisava a legislação portuguesa¹²¹, nomeadamente o art. 46º do ETN e o Decreto-

¹¹⁹ RAÚL VENTURA, “Agências de colocação”, *ROA*, A. 9, nº 1-2 (1949), p. 122.

¹²⁰ *Idem*, p. 124.

¹²¹ *Idem*, pp. 124-126.

Lei n.º 23 712, de 28 de Março de 1934, que especificamente regulava a matéria, sendo as agências de colocação serviços a funcionar no seio dos sindicatos nacionais, cf. artigo 12.º, alínea b) do Decreto-Lei n.º 23 050, de 23 de Setembro de 1933, que os reorganizava.

Ventura também admitia a inscrição nas agências de trabalhadores empregados, mas que desejassem outra colocação¹²². De seguida, discutia o problema de saber se podiam inscrever-se nas listas da agência de cada sindicato desempregados que não fossem sócios do mesmo, optando pela resposta positiva, embora, na minha opinião, forçando um pouco a interpretação do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 23 712. Por outro lado, não admitia a inscrição oficiosa por iniciativa do sindicato, nem a obrigatoriedade de inscrição pelo desempregado, excepto, quanto a esta segunda, se o Regulamento sindical a isso obrigasse¹²³.

Outra questão tratada com maior desenvolvimento era a de saber que entidades patronais tinham de recorrer a estes serviços para recrutar o seu pessoal. Sobre esta obrigatoriedade, Raúl Ventura levantava várias questões, em especial a propósito de aspectos pouco claros no regime legal, optando nas suas respostas por uma orientação menos restrictiva.

Sintetizando a posição assumida neste texto, podemos afirmar que, em regra, as interpretações adoptadas eram mais propensas a uma maior liberdade de empregadores e trabalhadores, com intervenção moderada dos sindicatos.

¹²² *Idem*, p. 127.

¹²³ *Idem*, p. 129.

Ainda em 1949, foram publicados dois outros breves textos no *BMJ*, um sobre o direito a férias e outro sobre os conflitos de trabalho. No primeiro¹²⁴, Raúl Ventura analisava o regime legal e levantava as dúvidas existentes, colocando hipóteses que eram ou poderiam vir a ser tratadas pelo INTP e pelos tribunais¹²⁵, assumindo uma postura crítica quanto a algumas soluções¹²⁶ e recorrendo, como era seu hábito, ao Direito comparado. Também analisava a regulamentação das convenções colectivas, fazendo um resumo, com indicação do número de convenções que consagravam cada uma das soluções, mas sem as identificar¹²⁷.

Por fim, era apresentado um *Projecto de reforma legal*, destinado a esclarecer alguns aspectos, adaptar a lei “à prática dos contratos colectivos e às exigências do direito internacional”¹²⁸.

No segundo texto¹²⁹ publicado no *BMJ*, a propósito da publicação de um livro pelo Professor uruguaio Eduardo J. Couture (*Solución política y solución jurisdiccional de los conflictos del trabajo*, Montevideo, 1948) e da sua análise, Raúl Ventura abordava o tema no

¹²⁴ RAÚL VENTURA, “O Direito a Férias, na Lei e nas Convenções Colectivas”, *BMJ*, nº 11 (Março), 1949, pp. 5-30.

¹²⁵ *Idem*, pp. 11-20.

¹²⁶ *Idem*, por exemplo na pp. 11-12, discordando de um despacho de 1941 do subsecretário das Corporações (já antes criticado nas pp. 6-7) e concordando com outro publicado no mesmo *Boletim do INTP*; pp. 13-15, concordando com um Acórdão do STA de 1947 e criticando o voto de vencido do Conselheiro Vaz Pinto; pp. 19-20, concordando com alguns aspectos e discordando de outros num despacho de 1941.

¹²⁷ *Idem*, pp. 24-28. Transcrevo um exemplo entre vários, para melhor se compreender o tipo de análise: “Muitas convenções estabelecem períodos fixos de férias: 6 dias (10 conv.), 7 dias (1 conv.), 8 dias (21 conv.). 12 dias (2 conv.), 2 semanas (3 conv.), 15 dias (3 conv.), 20 dias (1 conv.), 25 dias (1 conv.)” (p. 24) - de seguida, enuncia com muito maior extensão, mas com o mesmo método, as que estabeleciam períodos variáveis.

¹²⁸ *Idem*, p. 29.

¹²⁹ RAÚL VENTURA, “Solução dos Conflitos de Trabalho”, *BMJ*, nº 11 (Março), 1949, em especial nas pp. 223-230.

sistema português, à luz da Constituição de 1933 e da legislação ordinária, acentuando o papel que neste regime assumiam os despachos e portarias do subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Social¹³⁰.

Em contraste com estes textos mais breves, em 1950 foi publicado um artigo sobre a extinção das relações jurídicas de trabalho¹³¹, em que Raúl Ventura se propunha estudar os problemas suscitados, tanto os “já abordados pela doutrina e jurisprudência portuguesas”¹³², como os surgidos no estrangeiro, mas que pudessem colocar-se no sistema português, demonstrando de novo o seu gosto pelo Direito comparado, traço muito característico de todos ou quase todos os seus textos.

Depois de um pequeno contexto sobre as razões da proibição de contratos perpétuos ou mesmo com prazos muito dilatados e de alguns esclarecimentos terminológicos, analisava cada um dos factos extintivos: acordo dos contraentes (capítulo I, secção I), morte e factos equiparados (secção II), impossibilidade “casual” de cumprimento (secção III), factos - convencional ou legalmente - resolutivos (secção IV), e, com muito maior extensão¹³³, denúncia (secção V, dividida em quatro subsecções, I, *Problemas gerais*, II, *Do acto de denúncia*, III, *Do pré-aviso*, e IV, *Da justa causa*, sendo esta tratada com mais detalhe¹³⁴). No capítulo II, muito mais breve, tratava os efeitos acessórios da extinção, quer de factos extintivos lícitos

¹³⁰ *Idem*, em especial nas pp. 228-229.

¹³¹ RAÚL VENTURA, *Extinção das relações jurídicas de trabalho*, Sep. de: ROA, ano 10, nºs 1 e 2, Lisboa, 1950, que se estende por 150 páginas.

¹³² *Idem*, p. 215.

¹³³ *Idem*, pp. 245-331, 86 das 150 páginas do texto.

¹³⁴ *Idem*, pp. 303-331.

(secção I), quer da denúncia ilícita (secção II), quer dos comuns a factos lícitos e ilícitos (secção III).

O Autor analisava não apenas o regime legal português (em especial, a LCT de 1937 e, em menor medida, alguns artigos do Código Civil) e a jurisprudência nacional, mas também as regras de outras legislações, listando vinte e oito países diferentes¹³⁵, com referência não apenas aos europeus (v.g. Espanha, Itália, França, Albânia, Checoslováquia, os mais referidos entre treze), mas ainda aos da América Latina (Panamá, Brasil, Venezuela, Nicarágua e outros seis), Norte de África e Médio Oriente (Egipto, Síria e Líbano) e mesmo ao Extremo Oriente (China e Japão) - é uma enumeração presente a propósito de praticamente todos os aspectos tratados.

Outra referência interessante nos vários pontos tratados é feita às convenções colectivas, tendo sido consultadas 276, discriminadas logo no início do texto¹³⁶ e que são referidas a propósito da denúncia¹³⁷, da extensão do aviso prévio¹³⁸, da justa causa (extensamente)¹³⁹, da indemnização por ilicitude da denúncia¹⁴⁰, da proibição de trabalho e de inscrição em agência de colocação como efeitos de certos despedimentos¹⁴¹, da obrigatoriedade da entidade patronal passar certificado de serviço¹⁴².

¹³⁵ *Idem*, pp. 216-217, nota de rodapé. No texto acaba por ser referido o Direito alemão (por exemplo, pp. 270-271 ou 305), que não é referido nesta lista inicial.

¹³⁶ *Idem*, pp. 217-220, em extensíssima nota de rodapé.

¹³⁷ *Idem*, pp. 274-275.

¹³⁸ *Idem*, p. 303.

¹³⁹ *Idem*, pp. 326-331.

¹⁴⁰ *Idem*, pp. 348-350.

¹⁴¹ *Idem*, p. 351.

¹⁴² *Idem*, pp. 354-355.

Este texto traduz, na minha opinião, um dos mais interessantes na produção juslaboralista de Raúl Ventura, demonstrando, ainda numa fase inicial da sua investigação, as características que sempre o acompanharam: conhecimento vasto da jurisprudência e da contratação colectiva nacionais, da doutrina e das legislações de outros países, sentido crítico e espírito pragmático, mas sem prescindir da análise dogmática dos problemas mais complexos.

O artigo fechou um primeiro período mais produtivo nos temas laborais, somente interrompido por um texto de diferente natureza e que infelizmente apenas foi possível localizar, mas não consultar: realizou-se entre 8 e 15 de Agosto de 1954, em São Paulo, no Brasil, o I Congresso de Direito Social, em que Raúl Ventura participou¹⁴³. Foram publicados pela Revista dos Tribunais, entre 1955 e 1957, os *Annales du 1er congrès international de droit social: réalisé à São Paulo, Brésil du 8-15 août 1954*, em três volumes, contendo o texto “Contrat individuel de travail - Relation National portugaise” da autoria de Ventura.

6. Após este último texto, as publicações de Raúl Ventura nas matérias laborais sofreram um interregno¹⁴⁴, quebrado por um artigo em 1961, marcando um novo período de produção abundante, uma

¹⁴³ Julho que seria este o evento mencionado por RUY DE ALBUQUERQUE, “Evocação de Raúl Ventura”, *cit.*, pp. 25-26: “Congressos, colóquios, convenções, de atracção para tantos pelo turismo inerente, desprezou-os Raúl Ventura de forma sistemática, alheio, como sempre foi, à possibilidade fácil proporcionada por essas circunstâncias de forjar reputações vistosas. Só me lembro de uma participação sua no Colóquio do Direito do Trabalho - ditada por motivos óbvios -, a despeito de lhe chegarem constantes convites.”.

¹⁴⁴ A produção até 1958 é bastante escassa - entre 1953 e 1958, Raúl Ventura foi Subsecretário de Estado do Ultramar (1953-1955) e Ministro do Ultramar (1955-1958); também exerceu interinamente as funções de Ministro da Marinha (1958).

vez que se seguiram dois textos em 1962, mais dois em 1963 e quatro em 1964 (embora três destes últimos na mesma obra, como se verá), encerrando quase por completo os seus escritos juslaborais.

O texto de 1961¹⁴⁵ trata o período experimental, distinguindo-o de outras figuras próximas (aprendizagem, tirocínio, trabalho adventício) e analisando o regime legal, contido na LCT 1937¹⁴⁶. De seguida, são apresentadas as teorias sobre a sua natureza, avaliadas criticamente e aferida a sua compatibilidade com a lei portuguesa, concluindo Raúl Ventura que perante a mesma não existiria “nem, portanto, contrato de prova distinto do contrato de trabalho, nem duas relações jurídicas autónomas, embora resultantes do mesmo acto, nem condição suspensiva nem resolutiva”¹⁴⁷. Uma vez que o Autor considerava que a “caracterização dessa fase ou período resulta do estudo dos seus aspectos de pormenor”¹⁴⁸, o texto prossegue com a análise de cada um desses elementos: duração (início, termo, redução, contagem), efeitos, critério de apreciação, elisão da presunção legal, despedimento, modificações durante o período de prova do conteúdo normal da relação, aplicação da regulamentação geral do contrato de trabalho¹⁴⁹. Após este excursus, era levantado o problema da derogabilidade ou inderogabilidade dos princípios legais pela contratação colectiva ou pelos contratos individuais e analisados os casos em que a mesma era ou não possível¹⁵⁰, encerrando desta forma o texto.

¹⁴⁵ RAÚL VENTURA, “O período de experiência no contrato de trabalho”, *O Direito*, ano 93º, 1961, n. 4, pp. 247-280.

¹⁴⁶ *Idem*, pp. 248-252.

¹⁴⁷ *Idem*, pp. 254-262.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 262.

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 262-277.

¹⁵⁰ *Idem*, pp. 277-280.

Na última página, constam as referências completas das obras citadas abreviadamente por Raúl Ventura ao longo do texto, o que não sucedera nos anteriores textos do Autor após a tese de 1944, que continham as referências no texto ou em nota de rodapé ao longo do mesmo. Embora a lista neste artigo de 1961 seja breve, saliento, passados quinze anos sobre a elaboração da sua tese de doutoramento, a actualidade das referências, nomeadamente com novas obras ou novas edições dos autores anteriormente mencionados (por exemplo, Barassi, Perez Botija, Cesarino Júnior, Hernainz Marques, Riva Sanseverino): dos dezoito títulos, dezassete tinham sido publicados após 1944 e, entre estes, doze entre 1955 e 1959.

Os textos de 1962 foram igualmente publicados na revista *O Direito*, um sobre o cúmulo e a conglobação e outro sobre a nulidade do contrato de trabalho.

No primeiro¹⁵¹, Raúl Ventura regressava à análise do princípio do melhor tratamento do trabalhador quando os regimes a comparar (legal e contratual ou convencional) mostrassem divergências em sentidos opostos: em alguns aspectos seria mais favorável um dos regimes e nalguns seria mais favorável o outro. Neste caso, como ficou dito *supra*, era necessário determinar se deveria aplicar-se o critério do cúmulo ou o da conglobação. Discutindo os problemas jurídicos que cada opção suscitava e apresentando as posições de autores como Greco, Barassi, Pérez Leñero, Alonso García, Huec-

¹⁵¹ RAÚL VENTURA, “O Cúmulo e a Conglobação na Disciplina das Relações de Trabalho”, *O Direito*, ano 94º, 1962, n. 3, pp. 201-221. Como foi referido *supra*, já nas suas *Lições de Direito Corporativo*, cit., pp. 204-208, de 1947, este tema era tratado, ainda que brevemente.

Nipperdey, entre outros, concluía que o regime legal português afastava a conglobação, prevalecendo o cúmulo¹⁵².

Também era referido o Projecto de Proposta de Lei do contrato de trabalho de 1960¹⁵³, para substituir a LCT de 1937, alvo de Parecer da Câmara Corporativa¹⁵⁴, sendo relator Inocêncio Galvão Telles, que, por sua vez, redigiu um novo Projecto¹⁵⁵. Raúl Ventura analisava a redacção dos artigos 4.º e 7.º deste último Projecto, considerava que o legislador deveria aproveitar a oportunidade para resolver dúvidas e consagrar “a estrita aplicação da teoria do cúmulo”, fazendo votos para que a Assembleia Nacional se apercebesse da “importância teórica e prática do problema”, encontrando “para o preceito uma redacção satisfatória”¹⁵⁶.

No segundo texto¹⁵⁷ de 1962, Raúl Ventura propunha-se estudar a natureza da nulidade do contrato de trabalho, total ou parcial, demonstrando interesse no tema face aos trabalhos preparatórios da nova LCT e, sobretudo, ao texto da Câmara Corporativa. Considerava que o vício que afectava parte do conteúdo de um qualquer contrato

¹⁵² RAÚL VENTURA, “O Cúmulo e a Conglobação na Disciplina das Relações de Trabalho”, *cit.*, pp. 218-220.

¹⁵³ Projecto de proposta de lei nº 517, de 28 de Setembro de 1960, apresentado pelo Ministro das Corporações e Previdência Social, Henrique Veiga de Macedo, publicado nas *Actas da Câmara Corporativa*, nº 109, VII legislatura, 6 de Outubro de 1960, pp. 1163-1174. Sobre o processo descrito, v. o m/ “O Direito do Trabalho e a Primavera Marcelista”, *RIDT*, ano III, 2023, nº 5, pp. 289-329.

¹⁵⁴ Parecer n.º 45/VII da Câmara Corporativa de 15 de Novembro de 1961, publicado nas *Actas da Câmara Corporativa*, nº 142, VII legislatura, sessão 4, 15 de Novembro de 1961, pp. 1517-1528.

¹⁵⁵ Sobre este projecto, apresentando algumas críticas, se pronunciou MÁRIO PINTO, “A colaboração na empresa e a projectada lei sobre o contrato de trabalho”, *Análise Social*, vol. I, 1963 (n.º 1), pp. 100-104.

¹⁵⁶ RAÚL VENTURA, “O Cúmulo e a Conglobação na Disciplina das Relações de Trabalho”, *cit.*, p. 221.

¹⁵⁷ RAÚL VENTURA, “Nulidade Total e Nulidade Parcial do Contrato de Trabalho”, *O Direito*, ano 94º, 1962, n. 4, pp. 245-273.

implicava em regra a nulidade total, apoiando-se no princípio da indivisibilidade¹⁵⁸. Analisava de seguida o caso especial do contrato de trabalho, expondo a possibilidade de uma nulidade parcial, e comentava o artigo 4.º, n.º 3, da proposta da Câmara Corporativa, que transpunha em parte o sistema italiano, criticando o facto de não se ter optado pela transposição integral, que tornaria mais claro o regime português¹⁵⁹, defendendo alternativas em diferentes aspectos¹⁶⁰, expondo várias dúvidas que o texto lhe suscitava¹⁶¹ e apresentando uma sugestão para reunir o n.º 3 do artigo 4.º e o n.º 3 do artigo 7.º numa proposta de redacção com que encerrava o texto¹⁶² - o Autor retomaria esta temática logo no ano seguinte, com muito maior desenvolvimento, no artigo dos *ESC*, como se verá *infra*. Aliás, na última nota de rodapé deste texto de 1962, anunciava essa intenção de “publicar um outro estudo” onde com mais detalhe desenvolveria o tema “perante a *doutrina da relação de trabalho* (contraposta ao *contrato de trabalho*)”¹⁶³.

Ainda antes desse texto, vejamos um outro¹⁶⁴ de 1963, comentando a jurisprudência do STA sobre doenças profissionais, consideravelmente mais extenso que a maioria dos anteriores em temas laborais (com excepção da tese e do artigo de 1950), pois ocupa 177 páginas e mais 4 de índice, contrastando com as 5 a 10, 10 a 25, ou, no máximo, 35, de quase todos os textos anteriores. Dividido em seis

¹⁵⁸ *Idem*, pp. 246-256.

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 258-261.

¹⁶⁰ *Idem*, pp. 263-264 e 271-272.

¹⁶¹ *Idem*, pp. 266-268.

¹⁶² *Idem*, pp. 272-273.

¹⁶³ *Idem*, p. 272, nota 2.

¹⁶⁴ RAÚL VENTURA, “Doenças profissionais: revista comentada da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo”, *RFDUL*, vol.16, 1963, pp. 7-187.

partes¹⁶⁵, abordava com detalhe cada um dos aspectos relevantes do tema, que Ventura considerava de “muito considerável importância prática”, mas também de elevada “dificuldade jurídica”¹⁶⁶, agravada pelo facto de a Lei “mal aflorar directamente os problemas específicos das doenças profissionais” e remeter para o regime dos acidentes de trabalho, criando “nova fonte de problemas”¹⁶⁷.

O texto demonstra profundo conhecimento do tema, incluindo de obras de autores estrangeiros, e assume uma postura crítica, como expressamente afirma, em concordância ou discordância, identificando soluções que desagradavam ao Autor ou incoerência entre decisões, mas reconhecendo também que o STA enfrentava, “com maior ou menor dificuldade, uma tarefa árdua”¹⁶⁸.

Raúl Ventura escrevia em 1963, quase vinte anos depois da sua tese de doutoramento e depois de ocupar cargos governamentais relevantes. A segurança com que criticava várias das decisões do STA, exprimindo o seu desejo que o mesmo “*repensasse* algumas soluções” no sentido de alcançar “direito certo e justo”¹⁶⁹, demonstram uma maior assertividade¹⁷⁰.

¹⁶⁵ *Idem*, “§ 1.º Caracterização da doença como profissional e responsabilidade patronal por ela”; “§ 2.º Determinação da entidade seguradora responsável”; “§ 3.º Participação das doenças profissionais”; “§ 4.º Manifestação da doença profissional”; “§ 5.º Caducidade do direito de exigir as indemnizações ou pensões”; “§ 6.º Valor jurídico dos contratos ou cláusulas de contratos de seguro em que é excluída a transferência da responsabilidade por doenças profissionais”.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 11.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 12.

¹⁶⁸ *Idem*, *ibidem*.

¹⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁷⁰ Alguns exemplos entre os muitos possíveis: *idem*, p. 28, “jurisprudência errada”; p. 43, “o primeiro argumento do Supremo Tribunal Administrativo não procede”; p. 46, “o argumento não colhe”; p. 51, “nem pode o Supremo em nome dele [o interesse do trabalhador] esquecer o que claramente está disposto na lei”; p. 53, “o Supremo anda esquecido da redacção do art.º 9.º”; p. 71, “Nem sempre, porém, o Supremo Tribunal Administrativo tem evitado essa confusão de

Em Abril de 1963, Ventura publicou na *ESC* o texto “Regime das nulidades do contrato de trabalho”¹⁷¹, destinado, segundo indicação no mesmo, “à Colectânea de Estudos em honra de Ludovico Barassi a publicar em Milão”, obra que apenas foi dada à estampa com o título *Studi in memoria di Ludovico Barassi* em 1966 (Milão, Giuffrè).

Este é também um texto extenso, embora de menor dimensão que o anterior, dividido em 3 partes¹⁷². Nele foram retomadas algumas questões que o Autor tinha abordado mais sucintamente no texto de 1962, referido *supra*. O ponto de partida é a interrogação de Nipperdey sobre as consequências dos vícios do contrato de trabalho, nomeadamente se produzem “a retroactiva nulidade da relação de trabalho, de modo que as normas reguladoras da relação jurídica de trabalho não tenham qualquer aplicação e designadamente não subsistam nenhuns direitos ou obrigações contratuais e, quanto ao futuro, desapareça qualquer vinculação”¹⁷³.

conceitos”; p. 84, “o argumento do Supremo é, além do mais, errado”; p. 91, “prisma tecnicamente errado que o Supremo tem usado”; p. 100, “O argumento, apresentado com esta forma genérica, como fazem alguns acórdãos, não é verdadeiro e é contraditório com as decisões dos mesmos e de outros acórdãos”; p. 146, “Raramente tenho visto tão completa contradição de julgamentos, com a agravante de a contradição ocorrer dentro do mesmo tribunal, dividido por duas opiniões irreduzíveis”; p. 155, “É pena que o acórdão não tenha tentado precisar melhor em que consistia essa *irrelevância*, pois se o tivesse tentado, certamente teria descoberto as consequências absurdas da sua tese”; p. 161, “Igualmente ilógicos e inaceitáveis são todos os raciocínios que estes acórdãos fazem”; p. 172: “Nem as premissas nem a conclusão deste raciocínio são certas”; p. 181, “Salvo o devido respeito, e correndo o risco de incorrer em heresia, óbvio e manifesto é o contrário”; p. 182, “Errado é o argumento usado pelo acórdão”.

¹⁷¹ RAÚL VENTURA, *Regime das nulidades do contrato de trabalho*, Sep. de: *ESC*, nº 6, Abril de 1963.

¹⁷² *Idem*, “I - Colocação do problema”; “II - Os efeitos das nulidades dos contratos civis” (dividida, por sua vez, em sete pontos); “III - Tentativas de determinação dos efeitos especiais das nulidades dos contratos de trabalho” (dividida em seis pontos).

¹⁷³ *Idem*, p. 7.

Relembro, como acima referido, o Projecto de LCT apresentado em 1960 e o Parecer e novo Projecto da Câmara Corporativa de 1961. Como deste último constava um artigo (72.º) para regular a matéria, Raúl Ventura sentia-se forçado a “um estudo bastante amplo”¹⁷⁴, em que incluía a análise do regime das nulidades no Direito civil e a tentativa de determinar “os efeitos especiais das nulidades dos contratos de trabalho”¹⁷⁵, com recurso ao Direito comparado, apresentando o “regime preferível”¹⁷⁶ criado *ad-hoc*, um misto de nulidade e anulabilidade, que resumia em oito pontos¹⁷⁷ e se traduzia, na maioria das situações, essencialmente no aproveitamento dos actos e na validade do contrato até que uma das partes invocasse a nulidade ou se prevalecesse da mesma para deixar de o cumprir.

Em 1964, Raúl Ventura publicou, na *RFDUL*, um texto¹⁷⁸ de extensão muito mais reduzida, “A Arbitragem Voluntária nos Conflitos Individuais de Trabalho”, analisando muito sucintamente o regime português anterior ao CPC de 1962 e ao CPT de 1963¹⁷⁹, a regulação de alguma legislação estrangeira (em especial a de Itália, com breves referências à da Colômbia, do Brasil, da Alemanha, de Espanha e da Argentina)¹⁸⁰ e, por fim, o regime português vigente.

Quanto a este último, face à previsão do CPT de 1963, Ventura realçava a “posição nitidamente reprovadora da arbitragem voluntária” do legislador português quanto aos conflitos emergentes das

¹⁷⁴ *Idem*, p. 8.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 21.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 45.

¹⁷⁷ *Idem*, pp. 59-60.

¹⁷⁸ RAÚL VENTURA, “A Arbitragem Voluntária nos Conflitos Individuais de Trabalho”, *RFDUL*, volume XVIII, 1964, pp. 187-197.

¹⁷⁹ *Idem*, pp. 187-188.

¹⁸⁰ *Idem*, pp. 189-195.

relações de trabalho individuais, postura assumida “como providência tutelar do trabalhador”¹⁸¹, presumindo-se que o compromisso ou cláusula compromissória o colocariam numa situação desvantajosa (salvo quando as partes acordassem na intervenção arbitral de câmara corporativa, o que o CPT permitia)¹⁸².

Os outros textos de 1964 são na realidade três capítulos da obra *Curso de Direito Processual do Trabalho*, publicada como suplemento da *RFDUL*. Uma vez que em 1963 fora publicado o novo CPT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45 497, de 30 de Dezembro, resultado do Projecto dos Professores Raúl Ventura e Castro Mendes, com a colaboração de Oliveira Ascensão, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa aproveitou essa circunstância para organizar um curso de extensão universitária sobre o Direito Processual do Trabalho¹⁸³, composto por nove conferências, três delas proferidas por Raúl Ventura. Repartidas as conferências por três dias em Fevereiro, na Faculdade, e por outros três em Março, na Associação Jurídica de Braga, foram publicadas, juntamente com o Projecto acima mencionado, como suplemento da *RFDUL*.

A primeira, da autoria de Raúl Ventura, tratava o conceito e classificações dos conflitos de trabalho tendo em vista o novo Código, aspectos cuja relevância do estudo era salientada pelo Autor, apresentando as várias alternativas construídas por diferentes autores e propondo uma sistematização algo complexa, que adoptava três

¹⁸¹ *Idem*, p. 196.

¹⁸² Num extenso artigo de 1986, RAÚL VENTURA, “Convenção de arbitragem”, *ROA*, ano 46, 1986, pp. 289-413, dedicaria algumas páginas, a propósito do ponto “4.5. Arbitrabilidade do litígio”, aos “Litígios individuais de trabalho e outros, sujeitos à competência dos tribunais de trabalho” (ponto 4.5.7., pp. 337-340).

¹⁸³ Cf. “Prefácio”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento *RFDUL*, 1964, pp. 5-6.

tipos de classificações (I. Conflitos de organização, e de regulamentação, que correspondiam a interesses mediatos, e contratuais, correspondendo a interesses imediatos; II. Conflitos colectivos e individuais; III. Conflitos de garantia e de formação), e sua justificação¹⁸⁴.

Também eram enunciados os meios de resolução dos conflitos de trabalho e as diferentes vias não jurisdicionais para considerar que, no regime português, todos os conflitos de garantia seriam da competência dos tribunais do trabalho e o mesmo quanto aos conflitos individuais de formação, se a lei substantiva os tornasse possíveis - e o “rito processual” deveria ser o adequado a cada tipo¹⁸⁵.

O texto da segunda conferência, dedicada aos princípios gerais do Direito Processual do Trabalho, expunha quinze princípios, enunciados por diferentes autores portugueses e estrangeiros, apurando da sua aplicabilidade no Direito nacional¹⁸⁶ e concluindo com a sua condensação na seguinte máxima: “justiça célere, justiça pacificadora, justiça completa”¹⁸⁷, demonstrando a aplicação de cada um destes parâmetros no CPT.

Na terceira conferência, também proferida por Raúl Ventura, sobre a competência dos tribunais do trabalho segundo o novo CPT, a exposição dividia-se por três partes: “I - Competência em razão da

¹⁸⁴ RAÚL VENTURA, “Conflitos de Trabalho. Conceito e Classificações, tendo em Vista um Novo Código de Processo de Trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., pp. 14-23.

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 28-29.

¹⁸⁶ RAÚL VENTURA, “Princípios Gerais de Direito Processual do Trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., pp. 34-48. O princípio que maior desenvolvimento merecia era o último, “Possibilidade de julgamento «ultra petita»”, *idem*, pp. 40-48, defendendo-o.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 28-29.

matéria”; “II - Competência territorial”; “III - Extensão e modificação da competência”¹⁸⁸.

Na I parte, a mais extensa, retirava da redação do artigo 14.º do novo CPT qual a competência (apenas para as acções declarativas quanto a questões cíveis) para os conflitos de trabalho que agrupava do seguinte modo, desenvolvendo cada um deles, com amplo recurso ao Direito comparado: “*I grupo - Conflitos individuais de trabalho*”¹⁸⁹; “*II Grupo - Questões relativas a acidentes de trabalho e doenças profissionais*”¹⁹⁰; “*III Grupo - Contencioso de previdência social*”¹⁹¹; “*IV Grupo - Contencioso dos organismos corporativos*”¹⁹².

Na II parte¹⁹³, Raúl Ventura começava por referir a regulação portuguesa anterior e a de vários países e continuava resumindo o novo regime português do CPT, comparando o texto aprovado com o Projecto e criticando algumas alterações¹⁹⁴; de seguida referia o anterior regime e o novo, fixando a competência territorial quanto aos acidentes de trabalho e doenças profissionais e processos especiais.

Na III parte, recorria à justificação do Projecto, uma vez que os artigos do novo CPT nessa matéria não diferiam muito do mesmo. Quanto às causas conexas, distinguia entre aquelas em que o factor

¹⁸⁸ RAÚL VENTURA, “Competência dos tribunais do trabalho, segundo o novo Código de Processo do Trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, cit., pp. 51-52.

¹⁸⁹ *Idem*, pp. 52-65.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 66.

¹⁹¹ *Idem*, pp. 66-67.

¹⁹² *Idem*, p. 67. Raúl Ventura, *idem*, pp. 67-68, criticava a eliminação na redacção final de uma alínea presente no Projecto e que atribuía a estes tribunais competência para apreciar e interpretar as convenções colectivas de trabalho ou acordos intercorporativos ou a efectivação das obrigações deles decorrentes nas questões entre as entidades signatárias.

¹⁹³ *Idem*, pp. 68-77.

¹⁹⁴ *Idem*, pp. 71-74.

era meramente subjectivo (sem razões para atribuir competência aos tribunais de trabalho)¹⁹⁵ e aquelas em que os factores eram objectivos (unidade da causa de pedir, dependência de pedidos - acessoriedade e complementaridade -, prejudicialidade, reconvenção; sendo analisados os casos em que era ou não admitida a extensão de competência)¹⁹⁶.

Após esta fase mais produtiva, ao que consegui apurar, Raúl Ventura apenas publicou passados mais de vinte anos, em 1985, com a colaboração de António Monteiro Fernandes, o texto *Trabalho por turnos rotativos: descanso semanal*¹⁹⁷, um Parecer destinado a um litígio concreto sobre o tema, numa acção proposta por trabalhadores da Petrogal contra a sua entidade patronal, estribados no conteúdo de alguns acórdãos do STA¹⁹⁸, que defendiam a obrigatoriedade de um dia de descanso após seis dias de trabalho. O Parecer contrariava vigorosamente essa interpretação do artigo 51º da LCT, nomeadamente recorrendo aos trabalhos preparatórios do diploma¹⁹⁹, para afirmar que o mesmo impunha o descanso semanal e não um dia de descanso após cada seis.

Este eclipse na área laboral não se verificou noutras matérias, pois a produção científica de Raúl Ventura manteve-se abundante, sobretudo no Direito Comercial e, especificamente, no direito Societário, até ao início da década de 1990.

¹⁹⁵ *Idem*, pp. 78-79.

¹⁹⁶ *Idem*, pp. 79-87.

¹⁹⁷ RAÚL VENTURA e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "Trabalho por turnos rotativos: Descanso semanal", *Colectânea de Jurisprudência*, ano X, 1985, Tomo 2, pp. 11-17.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 13.

¹⁹⁹ *Idem*, pp. 15-16.

7. Que pode concluir-se desta análise? Julgo que a obra do Autor fala por si e que aquilo que foi sendo descrito ao longo dos pontos anteriores revela de forma inegável a relevância dos textos de Raúl Ventura para o Direito do Trabalho.

Os temas tratados são dos mais diversos, revelando sempre a actualização do Autor quanto aos regimes jurídicos nacionais e estrangeiros e respectiva doutrina. Recapitulemos, para melhor transmitir uma visão panorâmica: a tese de doutoramento como obra de conjunto, tratando todas ou praticamente todas as matérias discutidas à época; as *Lições* - especialmente as de Direito do Trabalho - fazendo o mesmo numa perspectiva didáctica; treze artigos, de extensão muito variável²⁰⁰, em publicações periódicas desenvolvendo *ex professo* vários desses aspectos com mais detalhe, publicados entre 1943 e 1964; três textos das conferências proferidas no Curso de Direito Processual do Trabalho em 1964; um último texto de 1985 em co-autoria, sobre mais um tema laboral.

Embora esta seja apenas uma parcela da ampla obra de Raúl Ventura, apresenta uma dimensão deveras significativa face à produção juslaboralista portuguesa, muitíssimo escassa quando o Autor começou a escrever nesta área, no início da década de 1940, e ainda modesta, embora em vigoroso crescimento, quando praticamente a abandonou no início da década de 1960.

Serão estas, julgo, razões mais que suficientes para que os investigadores e juristas portugueses e de outras nacionalidades

²⁰⁰ Relembro que dois desses artigos tinham dimensão quase monográfica: o de 1950, *Extinção das relações jurídicas de trabalho* (150 páginas) e o de 1963, *Doenças profissionais: revista comentada da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo* (180 páginas).

regressem à obra laboralista, científica e didáctica, de Raúl Ventura
- possa este singelo texto contribuir para tal.

Bibliografia

Manuscrita

[Armando Monteiro], *Direito do trabalho: [1944-1947]* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-12, na BFDUL.

[Raul Ventura], *Direito corporativo e do trabalho: 1946-1947* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-13, na BFDUL.

[Raul Ventura], *Direito do trabalho: 1948-1949* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-14, na BFDUL.

[Raul Ventura], *Direito do trabalho: 1949-1950* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-15, na BFDUL.

[Raul Ventura], *Direito do trabalho: 1951-1952* [Texto manuscrito] - Reservado SD08-16, na BFDUL.

Impressa

Textos de Raúl Ventura

Ventura, Raúl Jorge Rodrigues, “Natureza jurídica do contrato colectivo de trabalho”, *Revista de Justiça*, A. 28, 1943, nºs 639, 641 e 642, pp. 225-227, 257-259 e 273-274.

Ventura, Raúl Jorge Rodrigues, *Teoria da relação jurídica de trabalho: estudo do direito privado*, Tese doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944.

Ventura, Raúl, *Lições de direito corporativo* [Texto policopiado]; colig. José Celestino Ribeiro dos Ramos, Ruy Jayme Corrêa de Mello, [FDUL, Lisboa, 1947].

Ventura, Raúl Jorge Rodrigues, “Nota sobre algumas modalidades de contrato de trabalho”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano V, 1948, pp. 253-257.

Ventura, Raúl, “A Greve no Direito Positivo Português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 6, 1949, pp. 241-259.

Ventura, Raúl, “Agências de colocação”, *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 9, nº 1-2 (1949), pp. 122-135.

Ventura, Raúl, “O Direito a Férias, na Lei e nas Convenções Colectivas”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 11 (Março), 1949, pp. 5-30.

Ventura, Raúl, “Solução dos Conflitos de Trabalho”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 11 (Março), 1949, pp. 223-230.

Ventura, Raúl, *Extinção das relações jurídicas de trabalho*, Sep. de: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 10, n.ºs 1 e 2, Lisboa, 1950.

Ventura, Raúl, “O período de experiência no contrato de trabalho”, *O Direito*, ano 93º, 1961, n. 4, pp. 247-280.

Ventura, Raúl, “O Cúmulo e a Conglobação na Disciplina das Relações de Trabalho”, *O Direito*, ano 94º, 1962, n. 3, pp. 201-221.

Ventura, Raúl, “Nulidade Total e Nulidade Parcial do Contrato de Trabalho”, *O Direito*, ano 94, n.º 4, 1962, pp. 245-273.

Ventura, Raúl, *Doenças profissionais: revista comentada da Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.16, Lisboa, 1963, pp. 7-187.

Ventura, Raúl, *Regime das nulidades do contrato de trabalho*, Sep. de: *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 6, [Lisboa], Abril de 1963.

Ventura, Raúl, “A Arbitragem Voluntária nos Conflitos Individuais de Trabalho”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XVIII, 1964, pp. 187-197.

Ventura, Raúl, “Conflitos de Trabalho. Conceito e Classificações, tendo em Vista um Novo Código de Processo de Trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, pp. 7-29.

Ventura, Raúl, “Princípios Gerais de Direito Processual do Trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, pp. 31-50.

Ventura, Raúl, “Competência dos tribunais do trabalho, segundo o novo código de processo do trabalho”, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, pp. 51-87.

Ventura, Raúl, e Fernandes, António Monteiro, “Trabalho por turnos rotativos/Descanso semanal” *Colectânea de Jurisprudência*, ano X, 1985, Tomo 2, pp. 11-17.

Ventura, Raúl, “Convenção de arbitragem”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, 1986, pp. 289-413.

Ventura, Raúl, “Lições de Direito do Trabalho” [1948-1949?], in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2003, pp. 551-668.

Imprensa

Outros Títulos

Abrantes, José João, *Direito do Trabalho: relatório*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Albuquerque, Ruy de, “Evocação de Raúl Ventura”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 11-32.

Almeida, Fernando Jorge Coutinho de, “O Ensino de Direito do Trabalho em Portugal”, *II Jornadas hispano-luso-brasileñas del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Servicio de Publicaciones, Madrid, 1985.

Ascensão, José de Oliveira, “Evocação de Raúl Ventura”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 45, n.ºs 1-4, 2004, pp. 509-511.

Caetano, Marcello, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XIII, 1961.

Fernandes, António Monteiro, *Uma História de Leis do Trabalho*, Quid Iuris, Lisboa, 2021.

Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

María e Izquierdo, María José, «Las primeras cátedras de Derecho Laboral en la Universidad española», em *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 10 (2007), pp. 251-252.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho - Relatório*, separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Suplemento*, Lisboa, 1999.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2023.

Mello, Gonçalo Sampaio e, “Referências e literatura pedagógica do Prof. Raúl Ventura”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 163-171.

Pinto, Eduardo Vera-Cruz, “As fontes do direito romano: o contributo de Raúl Ventura para o seu ensino na Faculdade de Direito de Lisboa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2003, vol. I, pp. 33-162.

Pinto, Mário, “A colaboração na empresa e a projectada lei sobre o contrato de trabalho”, *Análise Social*, vol. I, 1963 (n.º 1), pp. 100-104.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho - Relatório*, Almedina, Coimbra, 2005.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática Geral*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

Seixas, Margarida, "A *Locatio conductio operarum* na génese do contrato de serviço salariado no Código de Seabra (1867): Notas para a (pré-) história do Direito do Trabalho", in *O Sistema Contratual Romano*, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2010, pp. 691-720, https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-B0196501994 .

Seixas, Margarida, "Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei nº 1 952, de 10 de Março de 1937", in Laura Beck Varela e María Julia Solla Sastre (coord.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, Madrid, Editorial Dykinson / Universidad Carlos III de Madrid, 2018, pp. 481-513, URI: <http://hdl.handle.net/10016/27751>.

Seixas, Margarida, "Cem anos depois: juristas e trabalho - I parte", *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano I, 2021, nº 1, pp. 1069-1109, <https://idt.fdulisboa.pt/wp-content/uploads/2021/01/26.pdf>.

Seixas, Margarida, "Cem anos depois: juristas e trabalho - II parte", *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano I, 2021, nº 2, pp. 491-558, https://idt.fdulisboa.pt/wp-content/uploads/2021/08/RIDT2_13.pdf.

Seixas, Margarida, "O Direito do Trabalho e a Primavera Marcelista", *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano III, 2023, nº 5, pp. 289-329, disponível em https://idt.fdulisboa.pt/wp-content/uploads/2023/12/RIDT_5-9.-Margarida-Seixas.pdf.

Silva, Luís Gonçalves da, *Da eficácia da convenção colectiva*, volume I, AAFDL, Lisboa, 2022.

Vasconcelos, Pedro Pais de, “Raúl Ventura”, in Albuquerque, Martin de, et. al. (coord.), *A Faculdade de Direito de Lisboa no seu centenário*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, vol. II (Os Doutores), pp. 152-153.

Vital, Fezas, *Curso de Direito Corporativo*, Minerva Comercial Sintrense, Lisboa, 1940.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, Lisboa, 2004.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Procedimentos laborais na empresa - Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2005.



REQUISITOS FORMAIS E SUBSTANCIAIS DA CONTRATAÇÃO A TERMO RESOLUTIVO NO REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DOMÉSTICO¹

*SUBSTANTIVE AND FORMAL REQUIREMENTS OF FIXED-TERM
CONTRACTS IN THE LEGAL FRAMEWORK OF DOMESTIC WORK*

Maria Leonor Ruivo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Modalidades de contratação a termo e respetivos requisitos no regime comum; 2.1. Enquadramento; 2.2. Decreto-Lei n.º 781/76; 2.3. Decreto-Lei n.º 64-A/89; 2.4. Código do Trabalho; 3. Modalidades de contratação a termo e respetivos requisitos no RJSD; 3.1. Enquadramento; 3.2. O elemento material na contratação a termo no RJSD; 3.3. O elemento formal na contratação a termo no RJSD; 3.3.1. A extensão da exigência de forma escrita e o seu sentido; 3.3.2. O conteúdo do contrato escrito; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

¹ O presente texto foi elaborado em homenagem ao Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, que, com a sua sabedoria, excelência e gentileza, largamente contribuiu para o nosso desenvolvimento académico, profissional e pessoal. Pelos ensinamentos que nos transmitiu, com os quais ainda muito temos a aprender, e pela simpatia com que sempre nos honrou, deixamos o nosso agradecimento.

² Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bolseira de Doutoramento do Centro de Investigação de Direito Privado.

Resumo:

O presente estudo pretende contribuir para a análise do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro, procurando caracterizar as modalidades de contrato a termo certo e a termo incerto que vigoram no contexto do serviço doméstico. Para o efeito, e tendo em conta o momento histórico em que surgem as primeiras regulações autónomas do serviço doméstico posteriores ao Código de Seabra, consideramos pertinente uma apreciação prévia da evolução do regime comum do contrato a termo, em especial, dos requisitos materiais e formais para a adoção desta modalidade de contrato de trabalho.

Abstract:

This study aims to contribute to the analysis of article 5 of Decree-Law no. 235/92, of 24 October, in an attempt to characterize the types of fixed-term contracts that exist in the context of domestic work. To this end, and taking into account the timeframe in which the first autonomous domestic work legislation emerged after the Seabra Code, we consider it pertinent to make a preliminary assessment of the evolution of the common fixed-term contract regime, in particular the substantive and formal requirements for the adoption of this type of employment contract.

1. Introdução

O contrato de serviço doméstico surgia referido nos artigos 1370.º e seguintes do Código Civil de Seabra, de 1867³ (regulamentação inserida no *Capítulo IV - Do contracto de prestação de serviços*⁴), que considerava “serviço doméstico o que é prestado

³ Aprovado por Carta de Lei de 4 de julho de 1867 (segunda edição oficial, pela Imprensa Nacional, Lisboa, 1868, disponível em www.fd.unl.pt).

⁴ Não se tratava, contudo, de uma referência ao contrato de prestação de serviços com o sentido em que foi consagrado no artigo 1154.º do Código Civil (MÁRIO FROTA, *Contrato de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, 1978, p. 106; sobre a inserção sistemática do contrato de trabalho no Código de Seabra, ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1909, pp. 139 e ss). Veja-se também que, ainda hoje, a legislação em vigor (Lei n.º 235/92, de 24 de outubro) refere, no artigo 1.º, que “o presente diploma estabelece o regime das relações de trabalho emergentes do contrato de *serviço doméstico*” (itálico nosso), muito embora seja inequívoco o seu enquadramento entre os contratos de trabalho especiais (sobre as alusões ao “serviço” doméstico, cfr. VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 51-52).

temporariamente a qualquer indivíduo por outro, que com ele convive, mediante certa retribuição”^{5/6}. Na legislação posterior, apenas

⁵ Tendo em conta a noção de serviço doméstico presente no Código de Seabra, refere FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLII, 2001, pp. 241-242, que “o contrato de serviço doméstico do Código de Seabra não se identificava com o contrato de serviço doméstico de hoje, tendo um âmbito muito mais amplo e compreendendo situações jurídicas que hoje corresponderiam, umas ao regime comum e outras ao contrato de trabalho rural”.

⁶ O Código de Seabra ter-se-ia continuado a aplicar mesmo depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966, na medida em que os sucessivos diplomas laborais excluía expressamente a sua aplicação geral ao contrato de serviço doméstico: o artigo 15.º da Lei n.º 1:952, de 10 de março de 1937, previa apenas que era aplicável ao contrato de serviço doméstico do disposto no § único do artigo 12.º do diploma, assim afastando a aplicação das demais normas da Lei n.º 1:952 (sobre o Despacho de 24 de março de 1937, que veio clarificar que não era aplicável a Lei n.º 1:952, cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 42); por sua vez, nos termos do n.º 1 do artigo 131.º («contratos excluídos») do Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de maio de 1966, “o regime definido no presente diploma poderá ser tornado extensivo, por decreto regulamentar, no todo ou em parte, e com as adaptações exigidas pela sua natureza, aos contratos de serviço doméstico e de trabalho rural”, norma que foi revogada e substituída pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro de 1969, “o regime do contrato individual de trabalho poderá ser tornado extensivo, por decreto regulamentar, no todo ou em parte, e com as adaptações exigidas pela sua natureza, aos contratos de serviço doméstico e de trabalho rural” (no sentido da aplicação do Código de Seabra atentas estas sucessivas disposições, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 712, n. 1548; NUNO CABRAL BASTO, “Contratos especiais de trabalho - Reflexões em torno do sistema positivo vigente”, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano VIII (julho a setembro), n.º 31, 1969, p. 72; MANUEL LEAL FREIRE, *Os contratos de serviço doméstico e trabalho rural*, ELCLA editora, Porto, 1996, p. 23; FELICIANO TOMÁS DE RESENDE, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 1970, p. 43; FERNANDA AGRIA, “Serviço doméstico: problemas e soluções”, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano VII (abril a junho), n.º 26, 1968, pp. 83 e ss, sustentando ainda que se manteria a aplicação do artigo 12.º, § único, da Lei n.º 1:952, de 10 de março de 1937, nos termos do artigo 15.º do mesmo diploma; expressamente sobre este artigo 15.º da Lei n.º 1:952, ver tb. MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às leis do trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994, p. 17, e LUÍS BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, s. d., p. 100); o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 508/80 referia que o contrato de serviço doméstico, até então, se encontrava “regulado por disposições insertas no Código Civil de 1867 e na Lei 1952, de 10 de Março de 1937”. Considerando que seria aplicável ao contrato de serviço doméstico o Código de Seabra apenas até à aprovação da Constituição da República de 1976 (CRP), momento em que teria

aprovada em 1980, foi abandonado o requisito da convivência entre as partes, passando a considerar-se que contrato de serviço doméstico “é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem com carácter regular, sob a sua direcção e autoridade, actividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar ou equiparado e dos respectivos membros” (cfr. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 508/80, de 21 de

cessado essa aplicação com fundamento no princípio da igualdade, JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, p. 50 (contra, continuando a sufragar a aplicação do Código de Seabra ao trabalho doméstico após a entrada em vigor da CRP, MÁRIO FROTA, *Contrato de Trabalho*, Vol. I, cit., 1978, p. 105). Para uma análise da evolução história da sucessão de diplomas com incidência laboral e a sua articulação com o regime do serviço doméstico, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 424 e ss; CARLOS ALEGRE, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 508/80 de 21 de Outubro*, Livraria Almedina, Coimbra, 1981, pp. 8-9, e, do mesmo Autor, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 235/92 de 24 de Outubro*, Vega, Lisboa, 1994, pp. 13-14; VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, pp. 34 e ss, em especial, pp. 36-37 e n. 95; CLÁUDIA ROSA HENRIQUES, “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, *Questões Laborais*, n.º 50 (2017), pp. 85 e ss.

outubro)⁷, noção que foi mantida no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro (RJSD)⁸.

⁷ Embora seja este o primeiro diploma, posterior ao Código de Seabra, cuja regulamentação incidiu especificamente sobre o trabalho doméstico, o critério da “convivência” não estava presente em outros diplomas que incidentalmente aludiam ao trabalhador doméstico (veja-se a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 440/79, de 6 de novembro, que fixava o salário mínimo nacional, nos termos da qual se considerava trabalhador doméstico o “trabalhador que, por força do contrato de serviço doméstico, exerça com carácter regular funções destinadas à satisfação das necessidades domésticas e familiares de um agregado familiar ou equiparado e dos respectivos membros”), tratando-se a convivência de um elemento cuja importância tinha vindo a ser relativizada e que, refere LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, volume VII, Coimbra Editora, 1934, pp. 542-543, havia deixado de ser característica essencial do serviço doméstico. Sobre a relevância do critério da “convivência” presente no artigo 1370.º do Código de Seabra, JOSÉ BARROS MOURA, *Direito do Trabalho - Notas de estudo*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1979/1970, pp. 67-68; CARLOS ALEGRE, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei nº 508/80 de 21 de Outubro*, cit., 1981, pp. 14-15; MÁRIO FROTA, *Contrato de Trabalho*, Vol I, cit., pp. 108 e ss; FERNANDA AGRIA, “Serviço doméstico: problemas e soluções”, cit., 1968, pp. 52 e ss e, com mais desenvolvimentos, pp. 67 e ss, referindo que “basta a inserção do assalariado no círculo familiar da entidade patronal”; sobre este elemento, na vigência do RJSD, refere FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, p. 267, que “a convivência enquanto característica do trabalho doméstico (...) perdeu o seu significado inicial. (...) poderá ser meramente eventual, não servindo para justificar, nesse sentido, a especialidade do contrato”. Não obstante, a doutrina ainda recorre com frequência à “convivência” para caracterizar a especialidade do trabalho doméstico (não como uma exigência de qualificação do contrato, mas como uma consequência natural da sua execução - cfr. VICTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, p. 30, e VICTOR HUGO VENTURA/CLÁUDIA CAMPOS, “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, *Questões Laborais*, n.º 56 (2020), pp. 36-37).

⁸ Refere o n.º 3 do artigo 2.º do RJSD que “não se considera serviço doméstico a prestação de trabalhos com carácter accidental, a execução de uma tarefa concreta de frequência intermitente ou o desempenho de trabalhos domésticos em regime au pair, de autonomia ou de voluntariado social”. Sobre estas exclusões, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 277 e ss; CLÁUDIA ROSA HENRIQUES, “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, cit., 2017, pp. 100 e ss; CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das convenções da OIT”, *Doc. Labor.*, núm. 116, Año 2019, Vol. I., p. 49; MARIA

Considerando a noção de contrato de serviço doméstico vigente, podemos identificar a presença dos elementos característicos do contrato de trabalho presentes no artigo 11.º do Código do Trabalho (CT), a saber: a prestação de uma atividade, mediante retribuição,

DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª edição, cit., 2023, pp. 325-326, acrescentando a Autora, relativamente às “figuras próximas”, que não se deve assimilar o contrato de serviço doméstico ao serviço doméstico de base empresarial, uma vez que, neste, “embora a actividade realizada possa ser a mesma e o local de trabalho possa ser uma residência particular o empregador deste trabalhador não é beneficiário da respetiva actividade mas é sim a empresa de fornecimento de serviços domésticos; e, por outro lado, não se integra na comunidade doméstica do beneficiário”, assim concluindo que ao vínculo do serviço doméstico empresarial é aplicável o regime laboral comum (p. 327; no mesmo sentido, VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, p. 55, com mais desenvolvimentos sobre as exclusões do n.º 3 do artigo 2.º do RJSD nas pp. 63 e ss; no ordenamento espanhol, ANTÓNIO MARTÍN VALVERDE/JOAQUÍN GARCÍA MURCIA (dir. e coord.), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, volumen III, 2.ª edição, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, p. 81). Concorde-se com a solução, revelando-se a aplicação integral do regime comum, em abstrato, mais protetora da situação jurídica do trabalhador doméstico do que o previsto no RJSD; em todo o caso, surgindo algum ponto em que a proteção conferida ao trabalhador seja inferior à da Convenção n.º 189 da OIT (relativa ao Trabalho Digno para as Trabalhadoras e Trabalhadores do Serviço Doméstico, 2011, disponível em www.ministeriopublico.pt; aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2015, de 27/04, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 31/2015, de 27/04), importa considerar o regime plasmado na Convenção, uma vez que, refere o Relatório da OIT *Tornar o trabalho digno uma realidade para o trabalho doméstico: Progressos e perspetivas dez anos após a adoção da Convenção (N.º 189) sobre o Trabalho Doméstico em 2011, 2021*, a Convenção n.º 189 “abrange aquelas e aqueles (...) que são empregadas/os ou pelo agregado familiar ou através de um prestador de serviços” (p. 5, itálico nosso), mais referindo que, embora em termos estatísticos, “as trabalhadoras e trabalhadores de assistência pessoal que prestam serviços para agregados familiares através de um prestador de serviços serão, provavelmente, contabilizadas/os, em termos estatísticos, como profissionais de cuidados no setor da saúde e da assistência social, enquanto que se prestarem os mesmos serviços estando empregadas/os diretamente pelos agregados familiares, poderão ser contabilizadas/os como trabalhadoras e trabalhadores domésticos. No entanto, em ambos os casos, seriam abrangidas/os pelo âmbito e definição de trabalhadoras e trabalhadores domésticos de acordo com a Convenção (N.º 189)” (p. 6, itálico nosso).

com subordinação jurídica⁹. Todavia, o contrato de serviço doméstico comporta um *plus* que justificou que a legislação laboral comum se abstivesse, ao longo do tempo, de abranger estes trabalhadores: no contrato de serviço doméstico, “para além dos elementos essenciais que caracterizam a relação de trabalho subordinado, concorrem circunstâncias que, adquirindo relevância determinante, postulam valorações próprias, que podem mesmo envolver composição diferenciada dos interesses”¹⁰. As grandes especificidades do contrato de serviço doméstico resultam do facto de o mesmo corresponder à prestação de uma atividade *destinada à satisfação das necessidades*

⁹ Verifica-se, de facto, uma divergência entre o artigo 2.º, n.º 1, do RJSD e o artigo 11.º do CT na expressão utilizada para aludir à subordinação jurídica - enquanto o artigo 2.º do RJSD se refere ao exercício de uma atividade sob a “direcção e autoridade” do empregador, o artigo 11.º do CT refere-se à prestação da atividade “no âmbito de organização e sob a autoridade” do empregador (assim abandonando a terminologia presente no artigo 10.º do Código de Trabalho de 2003 - CT2003 -, que recorria à expressão “sob a autoridade e direcção” e que coincidia com a terminologia presente no artigo 2.º do RJSD). Não obstante, realça-se que desta divergência de redação entre os preceitos não resulta qualquer diferente noção de subordinação jurídica subjacente ao contrato de trabalho “comum” e ao contrato de serviço doméstico. Apesar da noção do artigo 11.º do CT ter passado a mencionar a “organização” do empregador e ter eliminado a referência à sua “direcção”, tem-se entendido que a noção de contrato de trabalho adotada pelo CT2009 “não altera o âmbito de aplicação da norma”, sendo que a ideia de “direcção” “é uma das projecções da «autoridade» do empregador, referida expressamente nesta noção legal” (MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 40 e ss; em sentido crítico da alteração da noção de trabalho, ver tb. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “O Código do Trabalho revisto”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, (janeiro-abril, 2009), n.º 82, pp. 150-151).

¹⁰ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos, 4.ª edição revista e atualizada, Rei dos Livros, 2020, p. 381. MÁRIO PINTO/PEDRO FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às leis do trabalho*, volume I, cit., 1994, p. 17, referem-se mesmo a “um *outro regime de trabalho*, mais do que um mero regime especial”, na medida em que “mais do que adaptar as regras, princípios e conceitos da lei geral do trabalho a esta situação especial, parece inspirado por critérios de valoração específicos e não inteiramente coincidentes com os da lei geral”.

*próprias ou específicas de um agregado familiar*¹¹, o que implica a integração do trabalhador na intimidade familiar desse agregado¹²,

¹¹ Diferentemente do que sucede na Convenção n.º 189 da OIT, nos termos da qual “«trabalhador do serviço doméstico» designa qualquer pessoa do género feminino ou masculino que execute um trabalho doméstico no âmbito de uma relação de trabalho”, sendo que se considera «trabalho doméstico» “o trabalho efetuado num ou para um ou vários agregados familiares” (artigo 1.º, alíneas a) e b)), não havendo qualquer referência ao tipo de *necessidades* em causa. Conforme salienta o Relatório da OIT *Tornar o trabalho digno uma realidade para o trabalho doméstico: Progressos e perspetivas dez anos após a adoção da Convenção (N.º 189) sobre o Trabalho Doméstico em 2011, 2021*, “o «trabalho doméstico» não é definido pelas tarefas desempenhadas. Ainda que normalmente as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos realizem atividades de limpeza, cozinha e de cuidados a crianças, a pessoas idosas e a pessoas com deficiência, serviços de motorista e de segurança a agregados familiares, a verdade é que as tarefas variam de país para país e ao longo do tempo”, motivo pelo qual “a característica que melhor define o trabalho doméstico *foi determinada como sendo o local de trabalho, ou seja, o agregado familiar*” (pp. 4-5, *itálico nosso*; este é o critério eleito pela legislação espanhola, ao regular o trabalho doméstico como “servicio del hogar familiar”, embora a característica do lugar onde é realizada a prestação surja igualmente associada a outros traços que justificam a especialidade do regime: a título de exemplo, cfr. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 27.ª edição, tecnos, Madrid, 2018, p. 198, que aludem também à nota de mútua confiança entre as partes). Na doutrina portuguesa, destacando a importância do “lar familiar (...) não apenas como critério locativo, mas como verdadeiro travejamento” do trabalho doméstico, cfr. VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, p. 29, e VÍCTOR HUGO VENTURA/CLÁUDIA CAMPOS, “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, cit., 2020, p. 36). No ordenamento nacional, criticando a opção legislativa de consagrar, como nota de especialidade, o “género de utilidade apresentado pelo serviço do trabalhador”, desde logo tendo em conta a diferença entre uma necessidade “própria” e uma necessidade “específica”, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 276 e ss.

¹² Sobre o fundamento da especialidade do contrato de serviço doméstico, cfr. JOSÉ BARROS MOURA, *Direito do Trabalho - Notas de estudo*, cit., 1979/1980, pp. 69, referindo que “o aspecto verdadeiramente diferenciador parece-nos residir no facto de o trabalhador visar a satisfação directa de necessidades pessoais, no domicílio do credor”, o que “situa a prestação de trabalho no domínio da privacidade do empregador”; MÁRIO FROTA, *Contrato de Trabalho*, Vol. I, cit., 1978, p. 109, apela à “intimidade comunicante”, que configura “um *mais face à normal relação laboral*” (*itálico no original*); MANUEL LEAL FREIRE, *Os contratos de serviço doméstico e trabalho rural*, cit., 1996, p. 23, refere-se ao

facto de o serviço doméstico “gerar relações profissionais com acentuado carácter pessoal que postulam um permanente clima de confiança”, aludindo ainda à “consideração da especificidade económica” do agregado familiar; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.^a edição, cit., 2023, p. 318, referindo: “o contrato de trabalho doméstico tem natureza especial pela conjugação de dois factores: o tipo de funções desempenhadas pelo trabalhador; e a especificidade da comunidade familiar em que o trabalhador se insere, enquanto organização laboral” (ver tb. pp. 321 e ss); VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, pp. 29 e ss, identificando, como traços característicos do contrato de serviço doméstico: (i) a “natureza íntima do local onde se realiza a prestação”, (ii) não ter “uma finalidade especulativa ou um ânimo produtivo” e (iii) gerar “uma convivência que cria laços de intimidade sem paralelo em qualquer relação laboral”; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 545, referindo-se à “relação acentuadamente mais pessoal, de confiança, que se estabelece entre as partes, em resultado de a prestação de trabalho ser efetuada a agregados familiares, no seu ambiente privado”; CLÁUDIA CAMPOS, *O contrato de serviço doméstico: do período experimental ao tempo de trabalho*, Nova Causa, Braga, 2020, pp. 33 e ss, depois de considerar que a confiança, embora seja “um elemento influente das relações de trabalho doméstico” não determina a sua especialidade, conclui que esta resulta da combinação de dois elementos: “o tipo de tarefas desempenhadas, próprias da vida particular - íntima - e o local de desempenho dessas tarefas - o domicílio do empregador” (p. 35); BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 391, referindo que “esta disciplina é marcada pela natureza particularmente fiduciária da relação e pela convivência entre empregador e trabalhador”; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 267 e ss, depois de identificar como potenciais elementos característicos específicos do serviço doméstico “a) a convivência; b) a «benevolência»; c) a natureza não empresarial, não produtiva ou não lucrativa; d) a natureza familiar; e) o tipo de actividades que integram o objecto; f) o *intuitus personae* e a confiança” (p. 267, itálicos no original), conclui que, muito embora todos estes elementos surjam (em menor ou maior grau) no contrato de serviço doméstico, “nenhum desses caracteres justifica (...) de modo suficiente ou decisivo, o seu carácter especial” (p. 272), sendo que este “reside, de modo exclusivo, no valor que o ordenamento reconhece ao direito do empregador doméstico e dos membros da sua família à intimidade da vida privada, no seu baluarte mais indiscutível que é o domicílio” (pp. 273-274; acompanhando o Autor, cfr. JOANA FILIPA DIAS BRÁS, *O contrato de serviço doméstico e suas especificidades*, cit., 2009, pp. 48-50); CLÁUDIA ROSA HENRIQUES, “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, cit., 2017, pp. 92-93, entendendo que a especialidade do trabalho doméstico assenta no facto de o trabalhador se inserir “no seio da família, no seu domicílio e ambiente privado, tomando conhecimento de aspetos da intimidade da sua vida privada, gerando uma especial relação de confiança entre ambos”; JOÃO ZENHA MARTINS, “O contrato de serviço doméstico e a Agenda do Trabalho Digno”, *XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho*

baseando-se a relação laboral “num acentuado carácter pessoal, com o consequente clima de confiança, por um lado, e em virtude de particularidades das atividades e da própria relação, por outro”¹³.

Dito de outro modo, pode identificar-se como *fundamento* da especialidade do contrato de trabalho doméstico a inserção do trabalhador na esfera de intimidade da vida privada do beneficiário da prestação, a qual *resulta* do objeto do trabalho doméstico e tem como *consequência* a presença de uma especial relação de confiança entre as partes no contrato¹⁴, que extravasa a generalidade das relações laborais abrangidas diretamente pelo Código do Trabalho.

Não se pretende, com isto, concluir que não há quaisquer outras particularidades características do trabalho doméstico que, pontualmente, podem justificar a adoção de soluções no RJSD que se afastam do Código do Trabalho; um exemplo de outra característica relevante do serviço doméstico é a circunstância de os empregadores corresponderem a pessoas individuais que procedem à contratação de trabalhadores domésticos fora de um contexto empresarial¹⁵.

- *In memorium Pedro Romano Martinez*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 216-217, aludindo à presença, “por regra”, de “um relacionamento mais direto e íntimo entre o empregador”; DAVID FALCÃO/SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 174, referindo que “se justificam as especificidades pela forma como tal atividade é prestada” pois “asenta numa relação de proximidade e de confiança de tipo quase familiar e privada”.

¹³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, pp. 712-713.

¹⁴ Esta ligação está igualmente presente no preâmbulo do Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar).

¹⁵ Não nos referimos aqui, propriamente, a um outro elemento que também surge com frequência identificado - a *ausência de lucro* - nem, exatamente, ao identificando pelo nosso Tribunal Constitucional como a *especificidade económica das partes* (que fez do seguinte modo: “a circunstância de o trabalho doméstico ser prestado a agregados familiares e, por isso, gerar relações profissionais com acentuado carácter pessoal que postulam um permanente clima

de confiança exige, *a par da consideração da especificidade económica daquelas*, que o seu regime se continue a configurar como especial em certas matérias, mantendo-se, por isso, o quadro essencial da regulamentação actualmente em vigor, por se ajustar às características peculiares da prestação de serviço doméstico, embora com reforço dos instrumentos de protecção ao trabalhador” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/91, de 6 de novembro, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, itálico nosso; também aludindo à “especificidade económica” dos agregados familiares, cfr. MANUEL LEAL FREIRE, *Os contratos de serviço doméstico e trabalho rural*, cit., 1996, p. 23), mas mais no sentido da “*especificidade da comunidade familiar em que o trabalhador se insere, enquanto organização laboral*” (cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª edição, cit., 2023, p. 318, itálico nosso) ou da *natureza não empresarial* da prestação e do empregador.

Sobre a natureza não empresarial do contrato de serviço doméstico, em geral, cfr. VÍCTOR HUGO VENTURA/CLÁUDIA CAMPOS, “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, cit., 2020, p. 35, afirmando que, enquanto “o Direito do Trabalho tem a sua génese na industrialização e lança as suas bases sociológicas sobre o paradigma da fábrica”, “pelo contrário, o trabalhador doméstico presta trabalho num contexto relacional que se afasta drasticamente do protótipo de situação empresarial de que parte a regulamentação geral do trabalho subordinado”, concluindo os Autores que “o trabalho doméstico é uma exceção ao paradigma de que o empregador é uma empresa, pois só a custo o lar familiar pode ser visto como uma empresa”; CLÁUDIA CAMPOS, *O contrato de serviço doméstico: do período experimental ao tempo de trabalho*, cit., 2020, p. 31, referindo que no trabalho doméstico “não há nem fábrica, nem empresário em sentido tradicional”; MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pp. 113 e ss, enquadrando o contrato de trabalho doméstico entre as “organizações ou situações laborais não empresariais” (p. 125). Ver tb. o preâmbulo do *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar)*, que assinala a especialidade do regime do contrato a termo invocando que “o âmbito em que a atividade é exercida, a morada de família, tão intimamente ligada à intimidade pessoal e familiar” é “completamente alheia e estranha ao denominador comum das relações laborais, que se desenvolvem em ambientes de atividade produtiva regidos pelos princípios da economia de mercado”; e ainda, no ordenamento francês, a *Convention collective nationale des particuliers employeurs et de l’emploi à domicile du 15 mars 2021*, que delimita o seu âmbito aos “empregadores particulares”, abrangendo apenas a “relação contratual de trabalho entre duas pessoas singulares que não têm, no âmbito dessa relação de trabalho, o estatuto de empresa comercial ou civil, de empresário, de comerciante, de artesão ou de profissional liberal”. Todavia, destaque-se que, de acordo com FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, p. 268, “a referência ao carácter não empresarial do serviço prestado que caracteriza, para alguns, o contrato de serviço doméstico, não deveria merecer também relevância especializante”.

Aliás, conforme melhor analisaremos *infra*, uma das explicações que se tem avançado para a especialidade do regime jurídico da contratação a termo no RJSD assenta precisamente nas características do

Sobre a ausência de lucro enquanto característica do trabalho doméstico, refere FERNANDA AGRIA, “Serviço doméstico: problemas e soluções”, cit., 1968, que “o industrial ou o comerciante que utiliza a capacidade de trabalho de outrem concluiu um contrato de serviço doméstico se a destina apenas ao seu serviço pessoal e do seu agregado familiar mas assinou um contrato de trabalho se de qualquer forma a associa à actividade profissional”; sobre este elemento, VICTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, pp. 29-30, referindo que “o trabalho doméstico não tem uma finalidade especulativa ou um ânimo produtivo, ou seja, o trabalhador não coadjuva o empregador em qualquer atividade produtiva”; e, ainda, VICTOR HUGO VENTURA/CLÁUDIA CAMPOS, “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, cit., 2020, p. 35; veja-se também CARLOS ALEGRE, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 235/92 de 24 de Outubro*, cit., 1994, pp. 17-19, referindo que “o trabalhador doméstico distingue-se dos restantes trabalhadores pela ausência de participação directa na actividade profissional da entidade patronal”, mais referindo que os dois elementos característicos do trabalho doméstico são “a ausência de lucro com a actividade do trabalhador e a convivência”. Trata-se, todavia, no entender de FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 268-269, de um elemento que não é considerado definitivo para justificar a especialidade do regime do serviço doméstico, sem prejuízo de o Autor considerar que se pode afirmar que o trabalho doméstico não é lucrativo “em termos de não inserção do trabalho doméstico numa organização lucrativa directamente envolvida num mercado” (entendimento acompanhado por JOANA FILIPA DIAS BRÁS, *O contrato de serviço doméstico e suas especificidades*, dissertação de mestrado, Coimbra, 2009, pp. 39-40); também pondo em causa a natureza não lucrativa do trabalho doméstico como critério de qualificação, cfr. CLÁUDIA ROSA HENRIQUES, “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, cit., 2017, pp. 91-92, referindo que há “um benefício lucrativo, pelo menos indireto”, que se traduz na circunstância de, ao ficar livre das tarefas que confia ao trabalhador, o empregador ficar “disponível para exercer outras atividades que lhe permitem obter rendimento superior ao que paga ao trabalhador”. Nos ordenamentos estrangeiros, cfr. o artigo L. 7221-1 do *Code du Travail* francês, que expressamente se refere à não prossecução de um objetivo lucrativo, ideia igualmente reiterada na *Convention collective nationale des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile du 15 mars 2021*, disponível em www.legifrance.gouv.fr, a qual identifica, como requisito, a circunstância de o objetivo da relação de trabalho não ser, para o empregador individual, a obtenção de lucro na sequência da prestação de trabalho (artigo 1).

empregador. Todavia, se há outros fatores que podem, pontualmente, justificar as soluções constantes do RJSD, parece-nos que o elemento aglutinador justificativo do enquadramento do contrato de serviço doméstico entre os contratos especiais (em particular, entre os contratos especiais “a nível de especialização ou tipicidade normativa”¹⁶), e “cuja particularidade (essencial) não se comporta no modelo sintético directamente atendido pela generalidade da disciplina estatuída na lei”¹⁷, é a sua relação com o contexto privado e familiar em que é prestado o trabalho.

No âmbito do presente estudo, pretendemos analisar alguns aspetos do regime da contratação a termo prevista no RJSD. Em concreto, e tendo em conta que as dificuldades suscitadas pelo contrato a termo no contexto do trabalho doméstico se colocam em diversos planos, centraremos a nossa atenção nas suas modalidades (contratação a termo certo e incerto) e respetivos requisitos de admissibilidade formal e substancial. Para melhor compreender as normas presentes no artigo 5.º do RJSD, consideramos pertinente que, primeiramente, se proceda a uma análise dos sucessivos diplomas que regularam a contratação a termo. Esta análise parece-nos relevante, por um lado, para compreender o contexto jurídico em que se deve enquadrar o pensamento legislativo aquando da aprovação do RJSD

¹⁶ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 234-235, distinguindo entre três potenciais níveis de desvio dos contratos especiais ao regime comum, a saber: nível temporal, nível funcional e nível de especialização ou tipicidade normativa (entre os quais, além do trabalho doméstico, refere, a título de exemplo, o trabalho a bordo, portuário e desportivo). Realça o Autor, todavia, que esta distinção tem “a desvantagem de deixar na penumbra a razão de ser dos diferentes níveis e a de utilizar critérios não unívocos na politomia que estabelece”.

¹⁷ NUNO CABRAL BASTO, “Contratos especiais de trabalho - Reflexões em torno do sistema positivo vigente”, cit., 1969, p. 72.

em 1992 e, por outro, para analisar de que modo é que, atualmente, o regime do RJSD se distancia do previsto nos artigos 139.º e seguintes do CT, aspeto relevante para efeitos de preencher o crivo da aplicação subsidiária do regime comum ao trabalho doméstico (artigo 9.º CT e, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, artigo 37.º-A do RJSD).

2. Modalidades de contratação a termo e respetivos requisitos no regime comum

2.1. Enquadramento

A legislação laboral manifestou, já na Lei n.º 1:952, de 10 de março de 1937¹⁸, uma preferência pela contratação por tempo indeterminado, em detrimento da contratação a termo. Esse entendimento era extraído do artigo 10.º do diploma, ao estabelecer que “não se achando acordado o prazo do contrato entre a entidade patronal e o empregado, qualquer dos contraentes pode dá-lo por acabado (...)”, daí resultando que, no silêncio das partes, a contratação

¹⁸ *Diário do Governo* n.º 57/1937, Série I de 1937-03-10, pp. 203 e ss. Sobre a contratação por tempo determinado na vigência do Código de Seabra, cfr. ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho*, cit., 1909, pp. 197 e ss, referindo que, “quanto ao contrato por tempo determinado (...) pode ser rescindido: 1.º - Pela terminação do prazo (...). Se terminado o prazo continuar o operário a prestar o mesmo serviço, o contrato continua e adquire a natureza de sêr por tempo indeterminado”; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, volume VII, cit., 1934, pp. 546 e ss e, ainda, pp. 554 e 559 e ss; ver tb. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 40 e ss; e LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, “Alteração ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo introduzida pela Lei n.º 18/2001, de 3 de julho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-março 2002, ano XLIII, pp. 95-96.

seria por tempo indeterminado. Não obstante tal preferência, ao abrigo desta norma “a contratação a termo era genericamente admitida”¹⁹.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de maio de 1966, no seu artigo 10.º, estabelecia que o contrato de trabalho se considerava celebrado sem prazo, salvo havendo estipulação escrita ou se o contrário resultasse da natureza do trabalho ou dos usos (n.º 1)²⁰, aludindo a doutrina à presença de um “princípio geral da *perdurabilidade* ou *continuidade* do contrato de trabalho”^{21/22}. O n.º 1 do

¹⁹ SUSANA SOUSA MACHADO, Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades, Coimbra Editora, 2009, pp. 123-124; ANDRÉ STRECHT RIBEIRO, Contratos a termo, Vida Económica, Porto, 2012, p. 17, referindo que “a celebração de contratos a prazo era admitida praticamente sem restrição”. Referia JOSÉ JOÃO ABRANTES, Do contrato de trabalho a prazo, cit., 1982, p. 47, que, não obstante, se identificava já jurisprudência que se refere ao “princípio da indeterminação do tempo do contrato de trabalho” e que admite “a conversão em contrato por tempo indeterminado” o que “equivaleria a uma retomada da vocação de perdurabilidade que caracteriza a relação laboral”.

²⁰ Sendo que o artigo 10.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de maio de 1966, estabelecia ainda que, quando o trabalhador continuasse ao serviço da entidade patronal para além do prazo, certo ou incerto, a que o mesmo contrato estivesse sujeito, este passaria a considerar-se sem prazo, salvo se as partes outra coisa tivessem disposto por escrito.

²¹ J. F. ALMEIDA POLICARPO/A. MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho - Anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1970, p. 47, embora a propósito do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969, que veio reproduzir o disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de maio de 1966; também assim, MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992, p. 413; sobre a preferência pelo contrato por tempo indeterminado, tendo em conta a evolução da regulamentação do contrato a termo, veja-se também ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 22, e, ainda, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, pp. 46 e ss e, na vigência dos Decretos-Leis n.ºs 47 032 e 49 408, pp. 48 e ss.

²² Ambos os diplomas previam, ainda, no artigo 11.º, a categoria dos trabalhadores sazonais e eventuais, por contraposição com os permanentes. Referia FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 217 e ss, que estes contratos não se reconduziam, “de um modo estrito, à contratação a termo”, muito embora houvesse “zonas de coincidência” (tb. assim, SUSANA SOUSA

artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969, veio manter essa regra, bem como a que previa que a estipulação do prazo seria nula se tivesse por fim iludir as disposições que regulam os contratos sem prazo; todavia, desta norma não resultava qualquer “exigência legal de motivação objetiva do termo do contrato”²³.

Muito embora a doutrina já considerasse a regra da contratação por tempo indeterminado como uma decorrência da proteção da estabilidade do emprego²⁴, com a aprovação e entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), passou o artigo 52.º da CRP a prever que incumbia ao Estado, “através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho, assegurando: b) a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou

MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, p. 124, n. 301). Sobre os trabalhadores sazonais e eventuais, ver tb. J. F. ALMEIDA POLICARPO/A. MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho - Anotada*, cit., 1970, pp. 48 e ss (no contexto do Decreto-Lei n.º 49 408, realçando que, embora o trabalho sazonal e o eventual se opusessem ao trabalho permanente, a sua natureza não permanente não implicava que tal trabalho “deixe de comportar uma particular vocação de *perdurabilidade* ou de *duração*” (p. 49)); BERNARDO LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho - Anotado*, 2.ª edição, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, pp. 52 e ss.

²³ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 217; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 624. Contra, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, p. 50, entendendo que do artigo 10.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 49 408 resultava já que a contratação a termo “pressupunha, pois, a existência de razões objectivas”.

²⁴ BERNARDO LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho - Anotado*, cit., 1972, p. 51. Refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 615-617, que, muito embora inicialmente o legislador se tenha preocupado em regular o *conteúdo* das relações laborais e com a fixação de condições mínimas de trabalho, a partir da década de 60 “a *estabilidade do emprego* afirmou-se como referência fundamental para a legislação do trabalho. Além do conteúdo das relações de trabalho, passou a enfatizar-se a sua *continuidade*” (itálicos no original).

ideológicos”²⁵. Apesar de este artigo apenas se referir expressamente aos *despedimentos*, entender que a contratação a termo não

²⁵ Sobre a natureza excecional da contratação a termo à luz do princípio constitucional da segurança no emprego (atual artigo 53.º da CRP), RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), 2.ª edição, Universidade Católica Portuguesa, 2017, pp. 768 e ss; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2007, pp. 711-712; JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, cit., 1980, p. 68; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, pp. 672 e ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, “Parecer sobre a conformidade da Proposta de Lei 29/IX (Código do Trabalho) com a Constituição da República Portuguesa”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, pp. 347 e ss; JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, *Questões Laborais*, ano XIII - 2006, n.º 27, p. 6; JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, pp. 56 e ss, e, do mesmo Autor, “Contrato de trabalho a termo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume III, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pp. 158-159; JORGE BACELAR GOUVEIA, “O Anteprojecto de Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa”, cit., 2004, pp. 141-143; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, 2022, pp. 84 e ss; CLÁUDIA MADALENO, “Compensação pela cessação do contrato a termo”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-4 (janeiro-dezembro, 2014), pp. 275 e ss; GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 530-531; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 107-108 e 153 e ss; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, cit., 2023, p. 187, e, em geral sobre o princípio da estabilidade no emprego, pp. 615 e ss; ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, pp. 235 e ss, em especial, pp. 240 e ss; JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, Coimbra Editora, 2008, p. 154; ANDRÉ STRECHT RIBEIRO, *Contratos a termo*, cit., 2012, pp. 22 e ss; DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho - Comentado*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 437. A este propósito, refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 1991, p. 617, que o esquema da contratação por tempo limitado “vigorou sem problemas nas diversas ordens jurídicas, durante longo tempo. O desenvolvimento da protecção dos trabalhadores nos despedimentos veio, porém, tudo pôr em causa”, com reflexões de direito comparado nas pp. seguintes. Por sua vez, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, vejam-se, entre outros, os seguintes Acórdãos (disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>): n.º 659/97, nos termos do qual: “a consagração constitucional da segurança no emprego (...) leva, em princípio, ao reconhecimento de que deve existir estabilidade no emprego. Assim, a garantia da estabilidade da posição do trabalhador na relação de trabalho e a sua não funcionalização aos interesses da entidade patronal (...) impõe-se ao legislador ordinário de tal forma que este tem a obrigação de erigir todo um conjunto de instrumentos legislativos que visem, a realização,

estaria incluída no seu âmbito de proteção seria “uma leitura redutora da norma”²⁶, motivo pelo qual se tem entendido que esta norma “implica a necessária evitação (...) de *situações injustificadas de precariedade laboral*”²⁷.

Refere PEDRO ROMANO MARTINEZ que, se antes da entrada em vigor da CRP, “o contrato de trabalho a termo era inicialmente encarado sem

em concreto, daquela garantia constitucional. O condicionamento da possibilidade legal da celebração do contrato de trabalho a prazo é, ao lado da excepcionalidade dos regimes de suspensão e da caducidade do contrato de trabalho, um desses instrumentos” (itálicos nossos); n.º 421/2014, onde se afirma que “no que respeita aos contratos a termo, a garantia constitucional da segurança no emprego manifesta-se na ideia de excepcionalidade daquele tipo de vínculo laboral, sem prejuízo de tal opção poder ser constitucionalmente justificada, deferindo-se ao legislador a prerrogativa de poder estabelecer o regime desse tipo de contratação”.

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/91, de 6 de novembro, cit., referindo que “a necessidade de ter em conta a norma do artigo 53.º sempre que uma dada medida legislativa se relacione - de algum modo - com a estabilidade no emprego, não só ao nível da semântica textual mas também ao da sua teleologia”. Cfr. tb. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, nos termos do qual: “A formulação literal do preceito inclui a expressão *segurança no emprego*, que é aquela que é *garantida*. Se a garantia se exaurisse na imposição constitucional - endereçada desde logo ao legislador ordinário - de proibição dos despedimentos acima mencionados, ter-se-ia que concluir que o constituinte se tinha expresso, aqui, de forma ostensivamente redundante. Assim sendo, no âmbito de proteção da norma contida no artigo 53.º está ainda incluída - e não pode deixar de estar - uma outra «estrutura subjetiva», que pode ser genericamente tida como um *direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve*. Tal implica a necessária evitação, por parte do Estado em geral e do legislador em particular, de *situações injustificadas de precariedade de emprego*”; este entendimento encontra-se igualmente subscrito, mais recentemente, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, de 1 de julho.

²⁷ JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO *et al.*, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, 2.ª edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2023, p. 545, mais afirmando a Autora que “a segurança no emprego *implica, pois, a construção legislativa de um conjunto de meios orientados à sua realização*, desde logo, uma regulação restritiva do recurso ao contrato a termo” (itálicos no original). Sobre a amplitude do conceito de “trabalho precário”, cfr. MARIA REGINA GOMES REDINHA, “A precariedade do emprego - uma interpelação ao Direito do Trabalho”, *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, pp. 327 e ss, em especial, pp. 329 e ss e n. 7.

qualquer particularidade”, “com as limitações impostas à cessação do contrato de trabalho por parte do empregador, assentes no princípio da proteção do emprego (art. 53.º da CRP), generalizou-se o recurso à contratação a prazo”, com o intuito de obviar à aplicação das regras que condicionavam a cessação do contrato por tempo indeterminado²⁸, que haviam sido introduzidas pela Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho, e reforçadas pela Constituição da República Portuguesa²⁹. Atenta tal generalização na utilização da contratação a termo, “impunha-se uma intervenção legislativa”, conseguida através do Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, no qual se estabeleceu “um regime relativamente limitativo, apesar de, neste diploma, o princípio da proteção do trabalhador não ter sido levado ao extremo”³⁰, podendo mesmo afirmar-se que “a proteção nele estabelecida ficou bastante aquém da generalidade dos outros países europeus”³¹.

2.2. Decreto-Lei n.º 781/76

Quanto ao *elemento material* da contratação a termo, estabelecia o Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, que “é permitida a

²⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, p. 673.

²⁹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, p. 51, refere-se mesmo ao Decreto-Lei n.º 372-A/75 como “o antecedente histórico da proibição constitucional dos despedimentos sem justa causa”.

³⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, p. 673. Referia JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: Direito português e comunitário”, cit., 2006, p. 4, que os contratos precários “não são uma decorrência da crise do início da década de setenta, mas, anteriormente, o seu significado social era muito reduzido”.

³¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, Almedina, Coimbra, 2019, p. 621 (do mesmo Autor, “Inovações e aspectos constitucionais sobre o Anteprojecto de Código do Trabalho”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, pp. 54-55).

celebração de contratos de trabalho a prazo, desde que este seja certo” (n.º 1 do artigo 1.º)³², mais se prevendo a possibilidade de celebrar contratos por prazo inferior a seis meses, “quando se verifique a natureza transitória do trabalho a prestar” (n.º 2 do artigo 1.º). Daqui parecia resultar que a contratação a termo apenas

³² Donde resultava a proibição de celebrar contratos de trabalho a termo incerto, diversamente do que admitia o regime anterior (assim, FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 220; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, p. 128; sobre a contratação a termo incerto no Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969, FERNANDA NUNES AGRIA/M. LUIZA CARDOSO PINTO, *Manual Prático de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1972, pp. 55-56); criticando esta solução (cuja *ratio* terá sido acabar com a “incerteza que a relação de trabalho sofria na pendência da verificação do termo incerto” - cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, pp. 54-55), considerando que a proibição total da contratação a termo incerto não era “uma forma adequada de defender a estabilidade do emprego”, JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, cit., 1980, p. 69 (também em sentido crítico, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *op. cit.*, pp. 55-56). O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 64-A/89, que veio revogar o Decreto-Lei n.º 781/76 e que restabeleceu a possibilidade de contratação a termo incerto, justificava tal opção legislativa afirmando que “a fixação de um prazo ao contrato, naqueles casos em que a duração das tarefas é, por definição ou natureza, incerta, revela-se prejudicial e distorçora, por introduzir na relação laboral um elemento de rigidez que agrava o carácter de precariedade subjacente ao contrato de trabalho celebrado a termo”. Também apontando as dificuldades da solução de proibição da contratação a termo incerto, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 2.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, s. d., pp. 197-198, avança uma justificação para a mesma, assente na “circunstância de apenas o empregador ter, normalmente, conhecimento global da finalidade visada ou da extensão das tarefas em causa”, o que teria como consequência que “a definição do seu término dependa, em regra, de *declaração* daquele (...) e daí a abertura de uma larga margem de arbítrio quanto ao estabelecimento da duração efectiva do contrato, com riscos sérios para a estabilidade do emprego”. Aliás, ainda atualmente, embora o artigo 140.º do CT admita a contratação a termo certo e a termo incerto, podemos verificar que o tratamento desta duas modalidades de contratação a termo não é igual, sendo que enquanto a contratação a termo certo é admissível sempre que esteja preenchida a cláusula geral do n.º 1 do artigo 140.º do CT (independentemente do preenchimento de qualquer das alíneas do artigo 140.º, n.º 2) e, ainda, nos casos previstos no n.º 4 do artigo 140.º do CT, a contratação a termo incerto apenas é admissível nos casos previstos no artigo 140.º, n.º 3, do CT, de modo taxativo.

carecia de um fundamento material assente na transitoriedade do trabalho nos casos de contrato a termo com duração inferior a seis meses, sendo que nos restantes casos não era identificada qualquer exigência dessa ordem³³.

³³ Assim, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, pp. 222-223, referindo que “bem ou mal, a lei não estabelecia qualquer limitação causal à celebração de contratos a termo igual ou superior a seis meses”; JOSÉ AYRES DE SÁ, “O contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 278; MOTTA VEIGA, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., 1992, p. 413, referindo que “a regulamentação deste diploma assentava essencialmente em quatro princípios: (...) exigência de razão objectiva para a estipulação de prazo inferior a *seis meses*” (itálico no original); MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, cit., 2023, p. 61, referindo que, no contrato a termo de duração superior a seis meses, o contrato “não carecia de motivação especial” (ver tb., *op. cit.*, p. 63); ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, pp. 23-25; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 1991, pp. 624 e ss, referindo que o diploma de 1976, tirando o artigo 3.º, n.º 2, “apenas fixava, praticamente, *limitações de tipo formal*” (p. 625), muito embora sinalizasse que “através do aludido preceito do artigo 3.º/2, seria possível caminhar para uma situação em que os contratos a prazo só serviriam situações materiais que o requeressem”; JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, p. 5, referindo que “aparentemente, a lei permitia o recurso a contratos a prazo mesmo para satisfação de necessidades permanentes”, solução que considerava “em manifesta rota de colisão com a norma constitucional que consagrava o princípio da estabilidade e com a norma de reserva de competência da Assembleia da República” (p. 6); JOSÉ DE CASTRO SANTOS/MARIA TERESA RAPOULA, *Da cessação do contrato de trabalho e contratos a termo; do trabalho temporário*, Rei dos Livros, Lisboa, 1990, p. 184, referindo que “só para contratos por prazo inferior a seis meses exigia a respectiva fundamentação”. Também assim se parecia pronunciar ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 2.ª edição, cit., s. d., pp. 198-199, referindo-se à exigência de uma razão objetiva apenas para a celebração de contratos a curto prazo (inferior a seis meses); todavia, em edição posterior da obra (*Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 1983), referia o Autor que, mesmo nos casos em que não fosse exigida a referência explícita ao motivo justificativo da contratação a termo, não poderia retirar-se a irrelevância do motivo, entendendo que os casos em que não exista “fundamento sério e objectivo para a limitação temporal do vínculo” são subsumíveis ao n.º 2 do artigo 3.º, cabendo ao trabalhador “invocar a natureza *não transitória* do trabalho a prestar” (p. 227, itálico no original); a invocação desta norma (“a estipulação do prazo será nula se tiver por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem prazo”) presta-se, todavia, a dúvidas, referindo FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, *op. cit.*, p. 231, que a mesma “respondia ao abuso de vinculações sucessivas com prejuízo da antiguidade e da protecção na cessação do vínculo”.

O ponto não era incontroverso³⁴. Todavia, julgamos que a admissibilidade da contratação a termo em casos em que não existisse uma necessidade temporária se podia igualmente confirmar tendo em conta o preâmbulo do diploma, que alude, por um lado, ao contrato a termo como meio de satisfação de necessidades temporárias da entidade empregadora³⁵, e, por outro, à verificação de que “a contratação a prazo, desde que rodeada das necessárias cautelas, pode

³⁴ Assim, JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, cit., 1980, pp. 68-69, entendia, face ao artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 781/76, que “o contrato a prazo só poderá ser validamente celebrado se visar satisfazer as caracterizadas necessidades meramente temporárias de trabalho”, sendo que “o que diferencia os regimes do n.º 1 e do n.º 2 do art. 1.º não é, portanto a natureza temporária ou transitória do trabalho, que sempre terá de verificar-se, mas a duração maior ou menor da necessidade temporária de trabalho”, entendimento que sustentava no então artigo 52.º, alínea b), na CRP, na sua redação originária; também assim, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, pp. 56 e ss, invocando igualmente o princípio constitucional da segurança no emprego e o artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 781/76, concluindo que “o carácter temporário da necessidade de trabalho é requisito que sempre terá de estar presente para a válida celebração de um contrato a prazo, *independentemente da duração deste*” (pp. 58-59, *italico no original*; do mesmo Autor, “Contrato de trabalho a termo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, cit., 2002, pp. 158-159, e, ainda, “Contrato de trabalho a termo”, *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, p. 59); JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., 2008, pp. 152-153, referindo que “embora essa conclusão não resultasse expressamente do diploma de 76, ela impunha-se por força do princípio constitucional da segurança no emprego que determinaria o direito à indeterminação temporal do contrato de trabalho”; veja-se, ainda, SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 129 e ss, que considerava ser melhor doutrina a que sustentava a exigência de um fundamento objetivo para a contratação a termo (p. 130), com indicações doutrinárias e jurisprudenciais; também sustentando a necessidade de um motivo justificativo para a contratação a termo, independentemente da duração do contrato, ANDRÉ STRECHT RIBEIRO, *Contratos a termo*, cit., 2012, p. 27.

³⁵ Mais concretamente, refere o preâmbulo que a regulação presente no Decreto-Lei n.º 781/76 tem em consideração “que a desejada tutela legal implica a superação da ambiguidade existente no que se refere ao trabalho eventual e sazonal, sem embargo do possível recurso à contratação a curto prazo para satisfação das correspondentes necessidades extraordinárias de trabalho”.

propiciar, a breve trecho, um significativo aumento da oferta de emprego, susceptível de posterior estabilização”, assim perspetivando a contratação a termo como uma forma de fomento da empregabilidade. Isso mesmo era corroborado pelo n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 781/76 que, sujeitando a forma escrita o contrato a termo, apenas referia a obrigatoriedade de o mesmo incluir “as seguintes indicações: identificação dos contraentes, categoria profissional e remuneração do trabalhador, local da prestação do trabalho, data do início e prazo do contrato” (não aludindo, portanto, à indicação de um fundamento justificativo do recurso à contratação a termo, o que se compreenderá caso se considere que tal fundamento pode não estar presente no contrato); apenas no n.º 2 do artigo 6.º se referia que, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1.³⁶, “deverá constar igualmente a indicação, tão precisa quanto possível, do serviço ou da obra a que a prestação de trabalho se destina”. Tendo em conta que este elemento material (i.e., necessidade transitória) apenas era necessário quando estivesse em causa a celebração de contratos a termo por prazo inferior a seis meses, compreende-se que o artigo 8.º, n.º 2, estabelecesse que a sua falta ou insuficiência tinha como consequência, somente, considerar-se o mesmo celebrado pelo prazo de seis meses.

³⁶ Na verdade, o n.º 2 do artigo 6.º refere-se aos “casos previstos no artigo 2.º” (que incide sobre a necessidade, para a produção da caducidade do contrato, de comunicação da entidade patronal aos trabalhadores, até oito dias antes de o prazo expirar, por forma estrita, da vontade de o não renovar), sendo evidente a inadequação da remissão do n.º 2 do artigo 6.º para o artigo 2.º, antes devendo entender-se a remissão como sendo efetuada para o n.º 2 do artigo 1.º, que expressamente se refere à contratação a termo para “serviço determinado ou (...) uma obra concretamente definida” - afirmando que a remissão para o artigo 2.º “não fazia qualquer sentido”, JOSÉ BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, cit., 1980, p. 75.

Por sua vez, quanto ao *elemento formal*, relevava o disposto no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 781/76, nos termos do qual se considerava fundamento para a “transformação” do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado a “inobservância da forma escrita e a falta de indicação de prazo certo” (n.º 1). Este segmento do n.º 1 do artigo 8.º deveria ser articulado com o já mencionado artigo 6.º, n.º 1; de tal articulação resultaria que, dos elementos elencados no n.º 1 do artigo 6.º, apenas a inobservância da exigência de sujeição a forma escrita e da menção do prazo do contrato determinavam a nulidade da cláusula que previa o termo³⁷, sendo que, quanto aos demais (i.e., identificação dos contraentes, categoria profissional e remuneração do trabalhador, local da prestação do trabalho e data do início do contrato), a consequência da sua omissão não seria a nulidade do termo, não correspondendo, portanto, a formalidades *ad substantiam*³⁸.

Por sua vez, nos casos em que o fundamento de celebração do contrato a prazo fosse o disposto no n.º 2 do artigo 1.º, previa ainda o n.º 2 do artigo 8.º que a “falta ou insuficiência da justificação”, muito embora não gerasse a invalidade da cláusula de aposição do

³⁷ A exigência de forma escrita passou, pois, a ser um “requisito absoluto”, deixando de admitir-se que o termo resultasse dos usos ou da natureza da atividade - ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 2.ª edição, cit., s. d., p. 202 (tb. assim, FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 221; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, p. 129).

³⁸ Contra, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Do contrato de trabalho a prazo*, cit., 1982, pp. 60-61, entendia que “a falta de indicação de qualquer dos elementos que obrigatoriamente deverão constar do contrato oper[a] a conversão do contrato em contrato sem prazo”, por considerar que o artigo 8.º, ao referir-se à “falta de indicação de prazo certo”, se referia “ao não-cumprimento do preceituado no art. 1.º/1 e não do art. 6.º/1, *in fine*” (itálicos no original).

termo, tinha consequências na duração do contrato, o qual se consideraria celebrado pelo prazo de seis meses. Este artigo deveria ainda ser articulado com o n.º 1 do artigo 8.º, pelo que, também nos casos em que o contrato a termo tivesse subjacente a natureza transitória do trabalho a prestar, a não observância de forma escrita ou a falta de indicação de prazo certo sempre determinariam a nulidade da cláusula que apunha o termo ao contrato. Em suma: enquanto a falta de forma e da formalidade *ad substantiam* previstas no artigo 6.º, n.º 1, tinham como consequência considerar-se o contrato celebrado por tempo indeterminado, a “falta ou insuficiência da justificação” não interferia com a respetiva validade.

Esta regra parecia aplicar-se tanto nos casos em que a falta de justificação correspondesse à não verificação do *elemento material* do contrato (i.e., o contrato não assentasse numa necessidade temporária) e ainda nos casos em que correspondesse à não verificação do *elemento formal* (i.e., embora assentasse numa necessidade temporária, a sua indicação não constava do contrato escrito), o que se compreendia tendo em conta que, por regra, a validade da contratação a termo não estava condicionada à existência de um fundamento material.

2.3. Decreto-Lei n.º 64-A/89

O Decreto-Lei n.º 781/76 foi revogado pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro, que aprovou o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, incluindo as

condições de celebração e caducidade do contrato de trabalho a termo (previstas no Capítulo VII do diploma, artigos 41.º e seguintes).

Os *requisitos materiais* do contrato a termo *certo* constavam do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89³⁹, que estabelecia nas alíneas do seu n.º 1 - de modo taxativo (“a celebração de contrato de trabalho a termo só é admitida nos casos seguintes”)⁴⁰ - as situações em que era possível a contratação a termo, entre as quais se identificavam hipóteses em que a aposição do termo resultava de uma necessidade temporária do empregador e outras fundadas numa política legislativa que visava “criar condições para absorção de maior volume de emprego, favorecendo os grupos socialmente mais vulneráveis”⁴¹. Diferia, assim, do regime previsto no Decreto-Lei n.º

³⁹ Embora o artigo 41.º se integrasse nas “regras gerais” do contrato a termo, o confronto com o artigo 48.º evidencia que os fundamentos de admissibilidade de contratação a termo previstos no artigo 41.º apenas se aplicam, diretamente, ao contrato a termo certo.

⁴⁰ Referindo-se à possibilidade de interpretação extensiva de cada uma das alíneas do artigo 41.º, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 621; sobre as diferentes alíneas do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, pp. 9 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 1991, pp. 628 e ss, e, do mesmo Autor, *Direito do Trabalho*, II, cit., 2019, pp. 623 e ss; JÚLIO GOMES, “O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope?”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 52 e ss; ABÍLIO NETO, *Despedimentos e contratação a termo: notas e comentários*, Petrony, Lisboa, 1989, pp. 186 e ss e 206-207 e, do mesmo Autor, *Contrato de Trabalho - notas práticas*, 16.ª edição, Coimbra Editora, 2000, pp. 1073 e ss; JOSÉ DE CASTRO SANTOS/MARIA TERESA RAPOULA, *Da cessação do contrato de trabalho e contratos a termo; do trabalho temporário*, cit., 1990, pp. 178 e ss; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 134-135, n. 334.

⁴¹ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 781/76. Acompanhamos as críticas avançadas por JORGE LEITE, “Contrato a termo por lançamento de nova actividade”, *Questões Laborais*, ano II, n.º 5, 1995, pp. 76 e ss, relativas à opção legislativa de reunir “no mesmo número do mesmo artigo situações de distinta natureza (...) misturando, deste modo, situações de necessidade transitória com situações de necessidade permanente” (aludindo igualmente à ausência de

781/76⁴² na medida em que: (i) exigia sempre a existência de um motivo justificativo subjacente à celebração do contrato⁴³ (que, antes, apenas estava prevista nos contratos a termo com duração inferior a seis meses) e, por outro lado, (ii) listava de modo taxativo os motivos justificativos que considerava admissíveis para a contratação a termo.

Quando estivesse em causa a contratação a termo *incerto*, os fundamentos objetivos que a justificavam estavam previstos no artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, que remetia para as alíneas a), c), f) e g) do n.º 1 do artigo 41.º, sendo taxativos⁴⁴.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, na sua redação original, consagrava que a consequência da celebração de contratos a termo fora dos casos previstos no n.º 1 do artigo 41.º era a nulidade da estipulação do termo. Com a alteração legislativa operada ao artigo 41.º pela Lei n.º 18/2001, de 3 de julho, clarificou-se⁴⁵ que, sendo nula a cláusula que previa o termo, adquiria “o trabalhador o direito à qualidade de trabalhador permanente da

“qualquer preocupação de ordem sistemática, do mesmo Autor, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, p. 7).

⁴² Diferença a que não seria alheio o grande aumento do recurso à contratação a termo que precedeu o Decreto-Lei n.º 64-A/89 - assinala JOSÉ AYRES DE SÁ, “O contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 279, que “o número de trabalhadores a prazo foi sempre aumentando desde, por exemplo em 1985, 13,65% até ao ano de 1988 em que se atingiu a percentagem máxima de 19,20%”; sobre o ponto, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 2020, pp. 710-711 e 735-736.

⁴³ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 223.

⁴⁴ FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 225.

⁴⁵ Como referia PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 1.ª edição, cit., 2002, p. 623, n. 5, “a solução parecia óbvia” sem que houvesse necessidade para tal esclarecimento do legislador; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 230, afirmando não ter ocorrido “real alteração”.

empresa”. A Lei n.º 18/2001 introduziu ainda dois novos n.ºs ao artigo 41.º, dos quais resultava que seria igualmente nula a estipulação do termo “sempre que tiver por fim iludir as disposições que regulam os contratos sem termo” (n.º 3) e, ainda, que cabia ao empregador “o ónus da prova dos factos e circunstâncias que fundamentam a celebração de um contrato a termo” (n.º 4).

Quanto ao elemento *formal*, manteve o artigo 42.º a exigência de forma escrita, devendo o contrato⁴⁶ “ser assinado por ambas as partes e conter as seguintes indicações: a) nome ou denominação e residência ou sede dos contraentes; b) categoria profissional ou funções ajustadas e retribuição do trabalhador; c) local e horário de trabalho; d) data de início do trabalho; e) prazo estipulado com indicação do motivo justificativo ou, no caso de contratos a termo incerto, da actividade, tarefa ou obra cuja execução justifique a respectiva celebração ou o nome do trabalhador substituído; f) data da celebração”. Este elenco foi alargado pela Lei n.º 18/2001, que passou a exigir também que se indicasse no contrato escrito a necessidade do cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89⁴⁷. As consequências para a inobservância do disposto

⁴⁶ Os requisitos formais da celebração do contrato a termo eram igualmente aplicáveis em caso de “prorrogação do contrato a termo por período diferente do estipulado inicialmente”, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 38/96, de 31 de agosto. Sobre o fundamento para esta alteração, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, pp. 296-297.

⁴⁷ Nos termos do qual “a celebração, prorrogação e cessação do contrato a termo implica a comunicação do seu teor pela entidade empregadora, no prazo máximo de cinco dias úteis, à comissão de trabalhadores e às estruturas sindicais existentes na empresa”. Sobre esta alteração, que considera uma exigência “no mínimo, bizarra”, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 1.ª edição, cit., 2002, p. 625, e FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 236, que a apelida de “absurda”.

no artigo 42.º estavam previstas no seu n.º 3, que mantinha a diferenciação das consequências jurídicas consoante o tipo de formalidade em causa⁴⁸.

Ora, sucedendo frequentemente que, para efeitos da alínea e) do n.º 1 do artigo 42.º, o empregador se limitasse a indicar a alínea do n.º 1 do artigo 41.º que considerava verificada, veio a Lei n.º 38/96, de 31 de agosto, prever, no seu artigo 3.º, que “a indicação do motivo justificativo da celebração de contrato de trabalho a termo (...) só é atendível se mencionar concretamente os factos e circunstâncias que integram esse motivo”⁴⁹, artigo que foi posteriormente alvo de nova alteração pela Lei n.º 18/2001.

2.4. O Código do Trabalho

A entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003 (CT2003) veio revogar o Decreto-Lei n.º 64-A/89 (alínea m) do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprova o Código do

⁴⁸ Apreciando a compatibilidade constitucional do regime previsto no n.º 3 do artigo 42.º, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 659/97.

⁴⁹ Sobre o circunstancialismo que justificou a introdução do artigo 3.º da Lei n.º 38/96, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição, cit., 1998, pp. 293-294, sendo necessário “que a indicação requerida permita duas coisas: a verificação externa da conformidade da *situação concreta* com a tipologia do art. 41.º/1; e a *realidade* da própria justificação invocada face à duração estipulada para o contrato”; JÚLIO GOMES, “O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope?”, cit., 2003, pp. 65 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 1.ª edição, cit., 2002, pp. 623-624; LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, “Alteração ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo introduzida pela Lei n.º 18/2001, de 3 de julho”, cit., 2002, pp. 121 e ss; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, pp. 240 e ss; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 142-143.

Trabalho), estando a contratação a termo resolutivo contemplada nos artigos 128.º e seguintes.

Quanto ao *elemento material* do contrato a termo, verificamos um afastamento da taxatividade dos motivos justificativos da contratação a termo, uma vez que, muito embora o n.º 1 do artigo 129.º do CT2003 refira que o contrato de trabalho a termo “só pode ser celebrado para a satisfação de necessidades temporárias da empresa e pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”, não contém um elenco taxativo das circunstâncias que legitimam a aposição de um termo, tendo as alíneas do n.º 2 do artigo 129.º do CT2003 carácter meramente enumerativo (“consideram-se, *nomeadamente*, necessidades temporárias (...)”) quando esteja em causa um contrato a termo *certo*; diferentemente, no caso de contrato a termo *incerto*, a taxatividade dos motivos justificativos resulta do artigo 143.º do CT2003, que, depois de reforçar a necessidade de, também na contratação a termo incerto, se verificar o preenchimento da cláusula geral do n.º 1 do artigo 129.º, estabelece que “só é admitida a celebração de contrato de trabalho a termo incerto” nas situações que constam das alíneas do artigo 143.º do CT2003. O n.º 3 do artigo 129.º manteve a possibilidade de contratação a termo com fundamentos de ordem económica e social (possibilidade esta que continuou reservada ao contrato a termo certo - cfr. artigo 143.º, à contrário)⁵⁰.

⁵⁰ Em geral, sobre os fundamentos da admissibilidade da contratação a termo no CT2003, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 663 e ss; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 591 e ss; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, pp. 252 e ss; JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, pp. 12-13; PAULA PONCES CAMANHO, “O contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código*

O Código de Trabalho de 2009 (CT) não veio modificar substancialmente este regime, continuando a prever uma cláusula geral de admissibilidade da contratação a termo (para satisfação “de necessidade temporária da empresa e pelo período estritamente necessário à satisfação dessa necessidade”, passando a norma, com a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, a exigir que tais necessidades temporárias fossem “objetivamente definidas pela entidade empregadora” e clarificando que o contrato “apenas” poderia ser celebrado pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades - artigo 140.º, n.º 1), e um elenco de situações que podem configurar uma necessidade temporária da empresa, tal como constava do n.º 2 do artigo 129.º do CT2003 (cfr. artigo 140.º, n.º 2, com carácter enumerativo para a contratação a termo *certo*, estando a admissibilidade da contratação a termo *incerto* limitada às hipóteses das alíneas referidas no n.º 3 do artigo 140.º do CT, que correspondiam às hipóteses contempladas no artigo 143.º). Por sua vez, a admissibilidade de contratação a termo por motivos de dinamização do

do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 295 e ss; LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 314 e ss e 343 e ss; JOSÉ AYRES DE SÁ, “O contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, pp. 285 e ss; ANDRÉ STRECHT RIBEIRO, *Contratos a termo*, cit., 2012, pp. 54 e ss; MARIA IRENE GOMES, “Considerações sobre o regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, ano XI, n.º 24, 2004, pp. 145 e ss.

investimento empresarial e fomento de emprego⁵¹ manteve-se no artigo 140.º, n.º 4, continuando limitada à contratação a termo certo^{52/53}.

⁵¹ Utilizando esta terminologia, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, cit., 2022, p. 88.

⁵² Muito embora com algumas alterações, continuando a manter-se a admissibilidade da contratação a termo nos casos de lançamento de nova atividade de duração incerta, mas passando a exigir-se, nos casos de início de laboração de uma empresa ou estabelecimento, que o estabelecimento pertencesse a empresa com menos de 750 trabalhadores (alínea *a*) do n.º 4 do artigo 140.º do CT), norma que foi novamente objeto de alteração pela Lei n.º 93/2019, que reduziu o número de trabalhadores da empresa a que pertence o estabelecimento para 250, mais passando a delimitar a admissibilidade da contratação a termo ao período de dois anos posteriores a qualquer um dos factos previstos na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 140.º do CT. Por sua vez, quanto à alínea *b*) do n.º 3 do artigo 129.º do CT2003 (que admitia a contratação a termo certo de: *(i)* trabalhadores à procura de primeiro emprego, *(ii)* de desempregados de longa duração ou *(iii)* noutras situações previstas em legislação especial de política de emprego), a mesma foi reproduzida na alínea *b*) do n.º 4 do artigo 140.º do CT. Foi, todavia, igualmente objeto de alteração pela Lei n.º 93/2019, que passou apenas a admitir a contratação a termo certo nos casos de contratação de trabalhadores em situação de desemprego de muito longa duração (quanto aos trabalhadores em situação de desemprego de longa duração e à procura de primeiro emprego, passaram a estar a coberto de um regime especial de duração do período experimental - cfr. subalínea *iii*) do n.º 1 do artigo 112.º do CT, entretanto objeto de decisão de inconstitucionalidade - cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021 - que levou à introdução de novas alterações quanto ao tratamento a conferir a estes trabalhadores pela Lei n.º 13/2023 - cfr. artigo 112.º, n.º 5). Sobre estas alterações, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, pp. 676 e 471 e ss; JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO *et al.*, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., 2023, pp. 585 e ss.

⁵³ Em geral, sobre a admissibilidade da contratação a termo no CT2009, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, pp. 674 e ss e 684 e ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., 2023, pp. 509 e ss; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, cit., 2023, pp. 183 e ss, em especial, pp. 189 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., 2019, pp. 631 e ss; LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 360 e ss; ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, pp. 61 e ss; GUILHERME DRAY, *Lições de Direito do Trabalho*, cit., 2024, pp. 534 e ss; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, cit., 2022, pp. 86 e ss; JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO *et al.*, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., 2023, pp. 549 e ss, 582 e ss e 606-607; BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 2020, pp. 739 e ss; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 155 e ss; DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho - Comentado*, cit., 2023, pp. 435 e ss.

Quando a estipulação do termo tivesse por fim iludir as disposições que regulavam o contrato sem termo ou quando o contrato a termo fosse celebrado fora dos casos em que estava prevista a sua admissibilidade, estabelecia o n.º 2 do artigo 130.º do CT2003 que o mesmo se considerava celebrado por tempo indeterminado. Esta solução mantém-se, agora nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 147.º do CT⁵⁴.

Quanto ao *elemento formal*, o n.º 1 do artigo 131.º do CT2003 manteve, com ligeiras alterações⁵⁵, os requisitos presentes nas alíneas *a)* a *d)* do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89 (e que se mantêm, atualmente, também com ligeiras diferenças de redação, nas alíneas *a)* a *d)* do artigo 141.º do CT). Continuou também a exigir a observância de forma escrita e a assinatura das partes (apesar de tal referência não constar do n.º 1 do artigo 131.º do CT2003), conforme se pode comprovar pelo n.º 4 do artigo 131.º do CT2003 (que considerava sem termo o contrato “em que falte a redução a escrito, a

⁵⁴ A relação entre a previsão normativa da alínea *a)* e *b)* do artigo 147.º do CT não é evidente, sendo uma questão que se coloca desde a alteração da Lei n.º 18/2001 ao artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, a partir da qual se acrescentou, ao artigo que previa que a celebração de contratos a termo fora dos casos em que era admitida (verificação de um dos motivos elencados no artigo 41.º, n.º 1) importava a nulidade da estipulação do termo, que a estipulação do termo seria igualmente nula sempre que tivesse por fim iludir as disposições que regulam os contratos sem termo. Sobre a diferença entre estas duas situações, entendia FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 232, que estaríamos perante uma situação enquadrável neste último caso “quando não só o resultado da contratação a termo seja contrário à lei, mas também a vontade de uma das partes seja nesse sentido (um elemento objectivo mais um elemento subjectivo)” e que, por isso mesmo, “deverá vir a funcionar como cláusula de garantia, até com carácter subsidiário das restantes”.

⁵⁵ Destaque-se, por exemplo, a alteração da necessidade de indicação do horário de trabalho (alínea *c)* do n.º 1 do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89 - exigência em si problemática, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, pp. 226 e 260-261), pela indicação do período normal de trabalho - cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, p. 679.

assinatura das partes (...)), exigências que constam, atualmente, do n.º 1 e da alínea a) do artigo 141.º do CT.

Por sua vez, quanto ao requisito da indicação do motivo justificativo, a alínea e) do artigo 131.º do CT2003 passou apenas a aludir à “indicação do termo estipulado e do respectivo motivo justificativo”, a qual, nos termos do n.º 3 do artigo 131.º do CT2003, devia ser feita pela menção expressa dos factos que o integram, devendo estabelecer-se a relação entre a justificação invocada e o termo estipulado. Estas disposições foram mantidas em 2009, na alínea e) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 141.º do CT. Com a Lei n.º 13/2023, a alínea e) do n.º 1 do artigo 141.º do CT passou a exigir que, tratando-se de contrato a termo incerto, este passasse a indicar “a duração previsível do contrato”.

Já quanto ao requisito da alínea f) do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, na sua redação originária (data de celebração do contrato)⁵⁶, o CT2003 acrescentou na alínea f) do n.º 1 do artigo 131.º a obrigatoriedade de indicação, no caso de contrato a termo certo, da data da respetiva cessação (exigência mantida na alínea f) do n.º 1 do artigo 141.º do CT).

A preterição destes elementos constava, no CT2003, do n.º 4 do artigo 131.º, que considerava sem termo o contrato que não fosse celebrado por escrito ou assinado pelas partes ou, ainda, aquele no qual não surdissem indicados o nome ou denominação, ou, simultaneamente, as

⁵⁶ Note-se que a Lei n.º 18/2001 havia alargado o elenco previsto no artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, alterando a redação da alínea f), a qual passara a exigir que se indicasse no contrato escrito a necessidade do cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89. Esta exigência não foi acolhida pelo CT2003 nem, posteriormente, pelo CT2009 (louvando essa opção legislativa, LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 6.ª edição, cit., 2008, p. 324-325; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “30 anos de contrato de trabalho a termo”, cit., 2004, p. 261).

datas da celebração do contrato e de início do trabalho, bem como aquele em que se omitissem ou fossem insuficientes as referências exigidas na alínea e) do n.º 1 do artigo 131.º. A matéria surge atualmente na alínea c) do n.º 1 do artigo 147.º do CT, abrangendo “a redução a escrito, a identificação ou a assinatura das partes, ou, simultaneamente, as datas de celebração do contrato e de início do trabalho, bem como aquele em que se omitam ou sejam insuficientes as referências ao termo e ao motivo justificativo”, pelo que os demais elementos das alíneas do n.º 1 do artigo 141.º não podem constituir formalidades *ad substantiam*, mas antes *ad probationem*, tendo a “finalidade de obter prova segura sobre o teor da declaração”⁵⁷, solução que se compreende tendo em conta que “a definição dos mesmos não decorre nem afecta o facto de o contrato ser celebrado a termo”⁵⁸.

3. Modalidades de contratação a termo e respetivos requisitos no RJSD

3.1. Enquadramento

De acordo com o artigo 1371.º do Código Civil de Seabra, de 1867, considerava-se nulo o contrato estipulado “por toda a vida dos

⁵⁷ LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 13.ª edição, cit., 2020, p. 370. Sobre as diferentes consequências da preterição dos diversos elementos constantes do artigo 141.º do CT, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, cit., 2023, pp. 678 e ss; ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, pp. 50 e ss; JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO *et al.*, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., 2023, pp. 560 e ss; SUSANA SOUSA MACHADO, *Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades*, cit., 2009, pp. 196 e ss.

⁵⁸ ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, p. 54.

contrahentes, ou de algum delles”, mais estabelecendo o artigo 1373.º do mesmo diploma que, “na falta de convenção expressa sobre o tempo de serviço, entender-se-ha que o contracto é feito por anno, no serviço rustico, e por mez, em qualquer outro serviço, salvo se houver costume da terra em contrário”⁵⁹.

A primeira regulação do contrato de serviço doméstico desde o Código de Seabra apenas surgiu com o Decreto-Lei n.º 508/80, de 21 de outubro, estando a contratação a termo prevista no artigo 5.º deste diploma. De acordo com o n.º 1 deste preceito o contrato de serviço doméstico “considera-se celebrado sem prazo, se o contrário não resultar da natureza do trabalho, dos usos ou de acordo entre as partes”. Esta norma aproximava-se mais do regime presente no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 1969, que, entretanto, já havia sido revogado pelo artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, do que do regime de contratação a termo então em vigor.

Não obstante, verificava-se uma importante diferença entre o n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 508/80 e o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 1969, nos termos do qual, recordamos, “o contrato de trabalho considera-se celebrado sem prazo, *na falta de estipulação escrita* e se o contrário não resultar da natureza do trabalho ou dos usos”. Em vez de se referir a “estipulação escrita”, o Decreto-Lei n.º 508/80 referia-se ao “acordo entre as partes”, donde parecia que este acordo não tinha de observar a forma escrita. Esta

⁵⁹ Sobre esta norma, referindo que “o serviço doméstico considera-se sucessivamente prorrogado *por períodos iguais*, tacitamente, enquanto qualquer das partes não queira dá-lo por findo” e, ainda, aludindo a exceções à regra ínsita no artigo 1371.º, cfr. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, volume VII, cit., 1934, pp. 548-549 (itálico no original).

interpretação era ainda corroborada pelo artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 508/80 que, embora estabelecesse que era “aplicável aos contratos de serviço doméstico a regulamentação geral sobre o contrato individual de trabalho a prazo”, referia que essa aplicação era efetuada “sem prejuízo do disposto nos artigos 3.º e 7.º e no número anterior”; ora, do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 508/80, resultava que “o contrato de serviço doméstico não está sujeito a forma especial”, donde não seria aplicável a exigência de forma presente no n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 781/76⁶⁰.

Não sendo estabelecida uma exigência formal para a contratação a termo, ainda assim se impunha verificar se do Decreto-Lei n.º 508/80 resultava qualquer exigência material que limitasse o recurso a esta modalidade de contratação, sendo que o regime geral do contrato a termo então vigente no Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de outubro, apenas exigia (pelo menos expressamente⁶¹) a presença de um motivo justificativo assente na transitoriedade nos casos de contrato a termo com duração inferior a seis meses, sendo que nos restantes casos não era identificada qualquer exigência dessa ordem. Atendendo no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 508/80, não se vislumbrava qualquer referência a uma necessidade transitória que constituísse

⁶⁰ Assim, CARLOS ALEGRE, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 508/80 de 21 de Outubro*, cit., 1981, pp. 18 e 20 e ss, dando nota da diferença relativamente ao projeto do Decreto-Lei n.º 508/80, nos termos do qual se estabelecia que “o contrato de serviço doméstico considera-se celebrado sem prazo, na falta de estipulação escrita e se o contrário não resultar da natureza do trabalho ou dos usos”; entendia, todavia, o Autor que, para efeitos da *caducidade* do contrato, já “a forma válida de fazer caducar o contrato de trabalho doméstico a prazo só pode ser a comunicação até oito dias antes do prazo expirar, da vontade de o não renovar, por forma escrita” (p. 21).

⁶¹ Sobre a questão, v. nota *supra*.

pressuposto da contratação a termo, pelo que também esta exigência parecia não ter aplicação no contexto do trabalho doméstico.

Aliás, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 508/80 pouco dizia em relação ao *regime* do contrato a termo, limitando-se a remeter para o regime geral do contrato a prazo (n.º 3) e a prever um princípio de equiparação entre trabalhadores contratados a termo e por tempo indeterminado (n.º 4)⁶². Na verdade, a outra norma relativa ao contrato a termo constava do n.º 2 do artigo 5.º do diploma em apreço e tinha uma redação muito pouco esclarecedora⁶³, referindo que “é lícita a celebração de contratos de serviço doméstico a prazo, certo ou incerto, desde que, neste caso, seja a termo certo”.

Este artigo foi objeto de proposta de alteração pelo decreto aprovado pelo Conselho de Ministros, registado sob o n.º 412/91 na Presidência do Conselho de Ministros, nos termos do qual passaria a ter a seguinte redação:

“Artigo 5.º - Admissibilidade do contrato a termo:

1 - O contrato de serviço doméstico pode ser celebrado a termo nos seguintes casos:

- a) Natureza transitória do trabalho;
- b) Carácter temporário da prestação do trabalho;
- c) Situações relativas aos contratantes que enquadrem de forma transitória ou temporária motivo que o justifique.

⁶² De acordo com o n.º 4 do artigo 5.º, “os trabalhadores contratados a prazo têm os mesmos direitos dos contratados sem prazo, consagrados no presente diploma, salvo disposição expressa em contrário neste mesmo diploma”.

⁶³ Em sentido crítico desta redação, VICTOR HUGO VENTURA, O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno), cit., 2023, p. 90, n. 252.

2 - Nas situações previstas nas alíneas *a)* e *b)* do número anterior, na falta de estipulação escrita do prazo, considera-se que o trabalho é celebrado a termo incerto.

3 - Na situação prevista na alínea *c)* do n.º 1 o contrato de trabalho está sujeito à forma escrita, devendo ser assinado por ambas as partes e mencionar a identidade dos contratantes, a retribuição do trabalhador, o local da prestação do trabalho e a data do início e termo do contrato e, bem assim, o motivo.

4 - A falta dos requisitos de justificação a que se referem as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 deste artigo, bem como a falta de redução a escrito no caso da alínea *c)* do mesmo número, tornam nula a estipulação do termo”⁶⁴.

De acordo com a interpretação do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade (estava em causa a (in)constitucionalidade *orgânica*⁶⁵), deste artigo resultavam várias alterações ao regime então presente no Decreto-Lei n.º 508/80, a saber: *(i)* a *exigência de fundamento material* para a

⁶⁴ Note-se que o decreto n.º 412/91 previa ainda a regulação da renovação do contrato a termo no seu artigo 6.º, estabelecendo que: *(i)* este podia ser objeto de duas renovações, considerando-se o contrato renovado se o trabalhador continuar ao serviço para além do prazo estabelecido; *(ii)* se o trabalhador continuasse ao serviço da entidade empregadora após o decurso de 15 dias sobre a data do termo da última renovação do contrato ou da verificação do evento que, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 5.º, houvesse justificado a sua celebração a termo incerto, o contrato converter-se-ia em contrato sem termo; *(iii)* ao trabalhador alojado cujo contrato caducasse devia ser concedido um prazo mínimo de três dias para abandono do alojamento.

⁶⁵ Em particular, invocava-se que o projeto apresentado pelo Governo versava sobre matéria de reserva relativa de competência da Assembleia da República, tendo o Tribunal Constitucional se pronunciado pela inconstitucionalidade das normas dos artigos 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 13.º, 15.º, 16.º e 25.º do decreto “por violação do disposto na norma do artigo 168.º, n.º 1, alínea *b)*, da CR [atual artigo 165.º, n.º 1, alínea *b)*, da CRP], em conjugação com os artigos 53.º, 17.º e 59.º, n.º 1, alíneas *a)* e *d)*, deste diploma”.

contratação a termo: “molda-se a contratação a termo de acordo com uma tipologia ditada por factores objectivos - natureza transitória do trabalho e carácter temporário da prestação do trabalho - ou subjectivos - «situações relativas aos contratantes que enquadrem de forma transitória ou temporária motivo que o justifique»”; (ii) previa-se “para as situações objectivas o termo incerto, inexistindo cláusula escrita sobre prazo”; (iii) sujeitava-se “à forma escrita e à observância de certos requisitos o contrato correspondente a uma das situações subjectivas previstas”; (iv) tornava-se “nula a estipulação do termo nos casos da falta de requisitos de justificação a que se referem as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 5.º, o mesmo acontecendo com a falta de redução a escrito da alínea c) do mesmo número”⁶⁶.

Apesar de o decreto n.º 412/91 não ter avançado em virtude da pronúncia do Tribunal Constitucional no sentido da sua inconstitucionalidade orgânica, o decreto não deixa de ter interesse para verificar qual o “estado de coisas” aquando da aprovação do Decreto-Lei n.º 235/92, o que viria a acontecer ao abrigo da Lei n.º 12/92, de 16 de julho, que autorizava o Governo a rever o regime legal do contrato de serviço doméstico⁶⁷. De acordo com o seu artigo 2.º:

“A legislação a publicar pelo Governo nos termos do artigo anterior deverá ter em conta a natureza especial do contrato de serviço doméstico, gerador de relações com acentuado carácter familiar, bem como a necessidade de melhoria do estatuto social destes

⁶⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/91, de 6 de novembro.

⁶⁷ Objeto da Retificação n.º 10/92, de 12 de setembro, que apenas incidiu sobre a alínea e) do artigo 2.º (retribuição), não interferindo com as disposições alusivas à contratação a termo.

trabalhadores de forma compatível com a especificidade económica dos empregadores, e assentará nas seguintes regras: (...) *d*) Determinação das condições de admissibilidade do contrato a termo, certo ou incerto, restringindo-a aos casos de natureza transitória ou temporária do trabalho a prestar e de estipulação pelas partes de duração, incluindo as renovações, não superior a um ano; sujeição do contrato a termo, neste último caso, à forma escrita; fixação das consequências da falta de redução a escrito; possibilidade de o contrato a termo certo ser objecto de duas renovações e previsão da sua conversão em contrato sem termo após o decurso de 15 dias sobre a data do termo da última renovação ou da verificação do evento que justificou a sua celebração”.

Tendo analisado o percurso da contratação a termo até à entrada em vigor do artigo 5.º do RJSD, importa agora atentar no regime atualmente em vigor.

3.2. O elemento material na contratação a termo no RJSD

Quanto ao *elemento material*, de acordo com o artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do RJSD, nos termos da Lei de autorização legislativa, o contrato de serviço doméstico pode ser celebrado: *(i)* quando se verifique a natureza transitória ou temporária do trabalho a prestar - caso em que pode ser celebrado um contrato a termo *certo* ou *incerto*; *(ii)* independentemente de qualquer justificação material, quando as partes assim o convencionarem⁶⁸ - neste caso, apenas pode ser celebrado a termo *certo* e

⁶⁸ Sobre a *ratio* desta admissibilidade, refere BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 2020, p. 391, que “as circunstâncias que rodeiam a celebração dos contratos de serviço doméstico impõem uma maior

a sua duração, incluindo as renovações, não pode ser superior a um ano
- solução cuja conformidade com a CRP⁶⁹ e com o Direito da União

flexibilidade (...) relativamente à possibilidade de recurso à contratação a termo”. Por sua vez, MARIANA CUNHA E SILVA DE SOUSA CARDOSO, *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, 2019, disponível em repositorium.sdum.uminho.pt, pp. 50-51, traçando o paralelo com o regime previsto no *Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto* (que admitia, como regra supletiva, a contratação a termo por período de um ano, sem fundamento justificativo - cfr. artigo 4.º, n.º 2) e a sua revogação (operada pelo *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, que excluiu essa possibilidade - cfr. artigo 5.º, n.º 1, que remete para o regime geral do *Estatuto de los Trabajadores*), sugere que a justificação da inadmissibilidade de contratação a termo sem que se verifique uma necessidade temporária operada pelo *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, tem subjacente a circunstância de “entre nós a figura da denúncia do empregador doméstico, uma vez decorrido o período experimental, não est[ar] consagrada, tornando (porventura) mais compreensível a manutenção da contratação temporal não causal pelo período máximo de um ano”.

⁶⁹ Conforme mencionado *supra*, embora o artigo 53.º da CRP tenha implicações que se estendem à contratação a termo, tais limitações não excluem que se admita “no limite, a sua compatibilidade com contratos precários para necessidades permanentes” (JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, pp. 10-11, acrescentando o Autor, particularmente sobre o regime geral da contratação a termo, que “neste caso, apenas enquanto medida *conjunturalmente* de fomento do emprego (...) dúvidas mais consistentes suscita, porém, (...) a norma que admite a livre contratação a termo de determinadas categorias de trabalhadores”). Também sobre a necessidade de compatibilizar o artigo 53.º da CRP com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, refere RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), cit., 2017, p. 762, que “na concreta conformação do serviço doméstico, não pode ser ignorado o direito à intimidade da esfera familiar” e que, nessa medida, “o legislador (...) pode legitimamente ensaiar soluções diferenciadas”. No ordenamento jurídico espanhol, até à entrada em vigor do *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, estabelecia o *Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto*, no seu artigo 4, n.º 2, que, na falta de acordo escrito, se presumia que o contrato de trabalho era celebrado pelo prazo de um ano, tacitamente prorrogável por períodos igualmente anuais, na falta de denúncia prévia, a qual deveria ser comunicada ao trabalhador com a antecedência mínima de sete dias - esta solução, referia JESÚS R. MERCADER UGUINA, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 153, encontrava a sua fundamentação na especialidade do serviço doméstico, que o Autor atribuía à singularidade do empregador e do lugar da prestação, bem como à “diária convivência do trabalhador e empregador, [que] fazem da boa fé e do *intuitu personae* características essenciais do contrato” (itálico no original).

Europeia⁷⁰ não tem sido largamente posta em causa. Verifica-se, desta forma, um importante desvio ao regime regra atualmente em vigor no

⁷⁰ A este propósito, importa referir que parte da doutrina sustenta que a Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 (respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo) é aplicável aos trabalhadores domésticos (o que, sublinhe-se, não tem qualquer implicação para efeitos de aplicabilidade do CT aos contratos especiais, uma vez que a aplicabilidade do CT deve aferir-se nos termos do artigo 9.º do CT e da legislação especial aplicável, enquanto a tutela prevista na Diretiva, com regulamentação significativamente mais reduzida, deve apurar-se com base no âmbito subjetivo da própria Diretiva - sobre a distinção, JORGE LEITE, “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, cit., 2006, p. 21, e MARIANA CUNHA E SILVA DE SOUSA CARDOSO, *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, cit., 2019, p. 296): neste sentido, considerando que a exclusão operada pelo artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva não abrange o trabalhador doméstico, VERA PAVLOU, “Domestic work in EU law: the relevance of EU employment law in challenging domestic workers' vulnerability”, *European Law Review*, 2016; referindo apenas que “algumas das Diretivas em matéria social, como a relativa à organização do tempo de trabalho, devem considerar-se como aplicáveis ao trabalho doméstico”, VICTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, pp. 39-40; afirmando que, para a aplicação do acordo-quadro, “pouco import[a] que se trate de trabalhador com contrato sujeito ao regime geral ou com contrato sujeito a regime especial”, JORGE LEITE, *op. cit.*, pp. 20-21; em geral, sobre o âmbito de aplicação da Diretiva 1999/70/CE, SUSANA SOUSA MACHADO, *op. cit.*, pp. 60-61. Por sua vez e em sentido distinto, ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Contrato de trabalho a termo*, cit., 2013, p. 44, considerando que “todos os regimes de contratos especiais previstos em legislação extravagante correspondem a normas especiais, que afastam a aplicação das normas gerais. (...) podem colocar-se dúvidas se os trabalhadores sujeitos a contratos especiais também poderão beneficiar da protecção decorrente da transposição da Diretiva”.

O ponto poderá ser pertinente relativamente aos casos em que a contratação a termo certo assenta no mero acordo das partes, havendo quem ponha em causa a compatibilidade do n.º 2 do artigo 5.º do RJSD com a Diretiva 1999/70/CE (assim, refere SUSANA SOUSA MACHADO, *op. cit.*, pp. 301-302: “temos dúvidas que a solução legal nacional se compatibilize com o direito comunitário. Cremos que, as especialidades da actividade em causa e as respectivas condições de exercício não justificam a celebração de contratos a termo sem motivo objetivo. Tal situação poderá gerar um risco real de recurso abusivo a esse tipo de contratos”, com desenvolvimentos sobre o que considera “motivo objetivo” para efeitos da Diretiva nas pp. 74 e ss); esta questão está, todavia, indelevelmente relacionada com a interpretação adotada quanto à alusão, pela diretiva, à existência de um motivo objetivo para a contratação a termo, sendo que o seu artigo 3.º, n.º 1, apenas refere que se considera trabalhador “o trabalhador titular de um contrato de trabalho ou de uma relação laboral

concluído directamente entre um empregador e um trabalhador *cuja finalidade seja determinada por condições objectivas, tais como a definição de uma data concreta*, de uma tarefa específica ou de um certo acontecimento” (itálico nosso). À primeira vista dir-se-ia que esta norma se basta, a título de verificação de “condições objectivas”, com a delimitação temporal do contrato a termo, o que é assegurado no caso da contratação a termo assente no mero acordo prevista no RJSD, que tem de ser necessariamente a termo certo e que não pode exceder o prazo de um ano. Todavia, é questionável qual o próprio sentido desta norma e a alusão às “condições objectivas”, podendo equacionar-se se “a referência à estipulação de uma data ou à execução de um dado serviço reportar-se-ia não propriamente aos motivos que permitem a celebração de um contrato a termo, mas às modalidades que pode revestir o termo” (cfr. JOANA NUNES VICENTE, *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*, cit., 2008, pp. 162 e ss, em especial, p. 163; este entendimento parece igualmente implícito no par. 60 do Acórdão do TJUE C-677/16, nos termos do qual “decorre da definição do conceito de «contrato a termo» que figura no artigo 3.º, n.º 1, do acordo-quadro que um contrato desta natureza deixa de produzir efeitos para o futuro verificado o termo nele previsto, podendo esse termo ser constituído pela realização de uma tarefa determinada, pela chegada de uma data precisa ou, como no caso vertente, pela ocorrência de um determinado acontecimento”, parecendo associar à definição prevista no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 1999/70/CE uma referência às modalidades do termo e não à motivação do contrato a termo). Com efeito, veja-se também que enquanto a versão portuguesa da Diretiva se refere à *finalidade* do contrato/relação laboral, a versão inglesa já sugere que o que está em causa é o *final* do contrato e não a sua *finalidade* (mais concretamente, define-se contrato a termo como aquele “where the end of the employment contract or relationship is determined by objective conditions such as reaching a specific date”).

A admissibilidade do modelo de contratação a termo previsto no RJSD também não parece posta em causa mesmo que se acompanhe a doutrine que sustenta que a contratação a termo inicial está sujeita à verificação de “razões objectivas” (cfr. JOANA NUNES VICENTE, *op. cit.*, pp. 161 e ss) - e muito embora o artigo 5.º da Diretiva “vers[e] unicamente (...) sobre a adopção, pelos Estados-Membros, de medidas destinadas a prevenir a utilização abusiva de contratos ou relações de trabalho a termo sucessivos” (cfr. Acórdão do TJUE C-378/07 a C-380/07, par. 118) -, na medida em que a exigência de “razões objectivas” para a contratação a termo poderia igualmente retirar-se da articulação com as próprias disposições preliminares da Diretiva. Ora, sobre o que se considerem “razões objectivas” nos termos desta norma, cfr. par. 69 e 70 do Acórdão do TJUE C-212/04, que refere que “o conceito de «razões objectivas», na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro, deve ser interpretado no sentido de que visa circunstâncias precisas e concretas que caracterizam uma actividade determinada e, portanto, susceptíveis de justificar, nesse contexto específico, a utilização de sucessivos contratos a termo” e que essas “circunstâncias podem resultar, nomeadamente, da natureza particular das tarefas para a realização das quais esses contratos foram celebrados e das características inerentes a essas tarefas ou, eventualmente, da prossecução de um objectivo legítimo de política social de um Estado-Membro”; ver tb. as Conclusões da

artigo 140.º do CT (e, também ao regime que já então estava em vigor nos artigos 41.º e 48.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89), na medida em que pode ser celebrado um contrato a termo mesmo na ausência de uma necessidade temporária do agregado familiar ou da verificação de outras circunstâncias descritas na lei com precisão. Trata-se, todavia, de um regime que não era totalmente estranho no nosso ordenamento, sendo que, nos termos *supra* expostos, se aproximava do regime regra previsto no Decreto-Lei n.º 781/76, no sentido de dispensar a verificação de um elemento material na contratação a termo.

A questão que se coloca neste ponto prende-se com a consequência da ausência de motivo justificativo, na medida em que o artigo 5.º, n.º 4, refere que “a *não verificação* dos requisitos de

Advogada Geral JULIANE KOKOTT, apresentadas em 27 de Outubro de 2005, no âmbito do mesmo processo, par. 57, que refere “o acordo-quadro e a directiva *não se opõem a regulamentações nacionais que permitem a celebração de contratos de trabalho a termo relativamente a sectores, ocupações ou actividades específicos* (...). Nesses casos, a razão objectiva para a celebração do contrato de trabalho a termo reside justamente nas especificidades que são consideradas características do emprego no sector, ocupação ou actividade em questão” (itálico nosso). Também com interesse, cfr. a Recomendação n.º 166 da OIT, que, para evitar que a contratação a termo seja utilizada como forma de subverter as garantias dos trabalhadores aquando da cessação do contrato, estabelece que os Estados podem adotar uma ou mais das seguintes medidas: “(a) Limitar o recurso ao contrato por tempo determinado aos casos em que, quer pela *natureza do trabalho a efetuar, quer pelas circunstâncias em que deve ser efectuado, quer ainda pelo interesse do trabalhador*, a relação de trabalho não possa ser de duração indeterminada; (b) Considerar os contratos por tempo determinado, com exceção dos casos referidos na alínea a) do presente parágrafo, como contratos de trabalho por tempo indeterminado; (c) Considerar como contratos de trabalho por tempo indeterminado os contratos de trabalho por tempo determinado, renovados por uma ou mais vezes, com exceção dos casos referidos na alínea a) do presente parágrafo” (itálico nosso).

De todos estes elementos parece resultar admissível a valoração da especialidade do trabalho doméstico para fundamentar o recurso à contratação a termo por acordo, sendo que a imposição de restrições adicionais quanto à duração deste contrato (face às que se estabelecem para os casos em que o contrato a termo assenta numa necessidade temporária do empregador) parece adequada para prevenir situações de excessivo prolongamento de uma situação de precariedade dos trabalhadores.

justificação, quando exigidos, (...) tornam nula a estipulação do termo”, deixando na penumbra o que se entende, por um lado, por “não verificação” (que difere da expressão “falta ou insuficiência da justificação”, utilizada pelo Decreto-Lei n.º 781/76 - cfr. artigo 8.º, n.º 2 - e da falta de “indicação do motivo justificativo”, a que se referia o Decreto-Lei n.º 64-A/89 - cfr. artigo 42.º, n.º 1) e, por outro, por “requisitos de justificação” (em particular, podemos interrogar que requisitos serão esses: se são requisitos formais - inclusão do motivo justificativo no contrato escrito - ou meramente substanciais - ausência material de um motivo justificativo quando o contrato tenha assentado na sua existência). Da nossa parte, consideramos que esta referência à “não verificação dos requisitos de justificação” se refere tão só à ausência de motivo transitório ou temporário da prestação de trabalho, na esteira daquilo que previa o decreto n.º 412/91, sendo que à luz desta proposta o alcance da expressão (que era, concretamente, “falta dos requisitos de justificação a que se referem as alíneas a) e b) do n.º 1 deste artigo”) era mais clara, uma vez que o n.º 1 do artigo 5.º do decreto n.º 412/91 se prendia com as situações em que era admissível o recurso à contratação a termo (“o contrato de serviço doméstico *pode ser celebrado a termo nos seguintes casos*”), sendo que o uso do plural (“requisitos”) também se explicava tendo em conta a presença de duas alíneas que regulavam a existência de um motivo objetivo para a contratação.

Não obstante o atual artigo 5.º, n.º 4, não remeter expressamente para a não verificação dos requisitos de justificação consagrados no n.º 1 da mesma norma e, por outro lado, não surgirem

verdadeiramente autonomizadas as duas situações que constavam das alíneas *a)* e *b)* do artigo 5.º da proposta ínsita no decreto n.º 412/91, parece-nos que, tendo em conta a origem da norma e a sua letra, o sentido interpretativo a acolher deve ser o mesmo. Deste modo, a primeira parte do n.º 4 do artigo 5.º do RJSD reporta-se - apenas - à falta de um motivo justificativo transitório ou temporário, nos casos em que a sua existência seja requerida, e não à falta de inclusão, no contrato escrito, do motivo justificativo subjacente à contratação. Tal não significa que a omissão da referência ao motivo justificativo, quando exista, seja inconsequente, conforme melhor analisaremos *infra*, mas tão só que não implica, automaticamente, que se considere o contrato como um contrato por tempo indeterminado.

Adicionalmente, importa clarificar que o facto de sustentarmos que a primeira parte do artigo 5.º, n.º 4, do RJSD se reporta tão-só ao elemento material da contratação a termo não obsta, em abstrato, que se conclua que da segunda parte da norma resulta que a inobservância de forma escrita tem como consequência - mesmo nos casos em que a contratação a termo assente no n.º 1 do artigo 5.º do RJSD - a nulidade da estipulação que prevê o termo.

É esse o aspeto que nos propomos analisar de seguida.

3.3. O elemento formal na contratação a termo no RJSD

Quanto ao *elemento formal*, estabelece o RJSD que: *(i)* nas situações em que a contratação assente em necessidade temporária do agregado familiar, “na falta de estipulação *escrita* do *prazo*

considera-se que o contrato é celebrado pelo período em que persistir o motivo determinante” (artigo 5.º, n.º 3); e, ainda, (ii) que a “*a falta de redução a escrito, no caso do n.º 2, torn[a] nula a estipulação do termo*” (artigo 5.º, n.º 4, do RJSD, *itálicos nossos*).

A interpretação desta norma presta-se a várias dificuldades, entre as quais destacamos duas: em primeiro lugar, a identificação da concreta *extensão* da exigência de forma escrita (i.e., se versa apenas sobre os contratos a termo com fundamento em acordo das partes ou também sobre os contratos a termo assentes em necessidade temporária do empregador) e, em segundo lugar, quanto ao conteúdo do contrato escrito (nomeadamente, sobre a aplicabilidade do disposto no atual artigo 141.º do CT aos contratos a termo celebrados ao abrigo do RJSD).

Analisemos, pois, estes dois aspetos.

3.3.1. A extensão da exigência de forma escrita e o seu sentido

Quanto à extensão da exigência de forma escrita (i.e., às modalidades de contrato a termo que abrange) e ao seu sentido (i.e., sobre a natureza *ad substantiam* ou *ad probationem* da mesma), parece-nos que, *ab initio*, é possível extrair diversos sentidos interpretativos dos artigos 3.º e 5.º do RJSD:

1. De acordo com o primeiro dos sentidos interpretativos, resultaria destas normas que, quando a contratação a termo assente em necessidade temporária, resulta do artigo 3.º que o contrato deve observar a forma escrita mas apenas como exigência *ad probationem*, uma vez que o n.º 4 do artigo 5.º

apenas prevê a nulidade da estipulação do termo por “falta de redução a escrito” nos casos em que a contratação a termo assente no mero acordo das partes.

2. O segundo dos sentidos interpretativos apenas difere do primeiro na medida em que, nos casos não previstos no n.º 4 do artigo 5.º, não haveria qualquer exigência de forma - *ad probationem* ou *ad substantiam* - na medida em que o artigo 3.º não consagraria, *per si*, uma exigência de forma, mas tão só ressalvava que, no contexto do contrato a termo, a regra não será a liberdade de forma (mas os casos em que seria exigida a forma escrita deveriam ser apurados de acordo com as regras que versam sobre o contrato a termo, nos artigos 5.º e 6.º do RJSD).
3. Finalmente, acordo com outra interpretação, resultaria que o n.º 3 e a primeira parte do n.º 4 do artigo 5.º seriam *específicos* da contratação a termo assente em necessidade temporária, mas continuaria a ser-lhe aplicável a obrigatoriedade de redução a escrito, que constituiria norma geral aplicável a todos os contratos a termo, enquanto formalidade *ad substantiam*, por força também do artigo 3.º do RJSD (“o contrato de serviço doméstico não está sujeito a forma especial, salvo no caso de contrato a termo”).

Começamos por analisar a (im)procedência da segunda interpretação identificada: qual o verdadeiro sentido do artigo 3.º do RJSD? Podemos entender que, na verdade, o artigo 3.º do RJSD não estabelece uma exigência de forma, mas apenas salvaguarda que, no contexto da contratação a termo, a *regra* não será a liberdade de forma

(o que não prejudica que, excecionalmente, a contratação a termo não esteja sujeita a forma escrita)?

Na verdade, note-se que apenas a primeira parte da norma aparenta ter conteúdo positivo, no sentido de prescrever que o contrato de serviço doméstico não está sujeito a forma especial; a segunda parte da norma pode ser interpretada no sentido de não prescrever positivamente a obrigatoriedade de observar a forma escrita sempre que se celebre um contrato a termo, mas apenas com conteúdo remissivo para as normas que concretamente regulam a contratação a termo e os seus requisitos; ou seja, o artigo 3.º nem consagraria, em si mesmo, uma exigência de forma (*ad probationem* ou *ad substantiam*), uma vez que se limitaria a salvaguardar - sem que os regulasse - os casos em que o RJSD preveja a obrigação de se observar a forma escrita. Este entendimento poderia sustentar-se em dois elementos: (i) nos termos da Lei n.º 12/92, de 16 de julho, que autoriza o Governo a rever o regime legal do contrato de serviço doméstico, a contratação a termo deveria ser restringida aos casos de natureza transitória ou temporária do trabalho a prestar e de estipulação pelas partes”, apenas se prevendo a “sujeição do contrato a termo, *neste último caso*, à forma escrita” - e, portanto, não constaria da Lei de Autorização a extensão da sujeição à forma escrita a *todos os contratos a termo*, mas apenas àqueles com fundamento na estipulação pelas partes; (ii) tirando o disposto no artigo 3.º, *in fine*, o RJSD

revela uma preferência pelo afastamento de exigências de forma previstas no CT^{71/72}.

⁷¹ Embora no contexto do Decreto-Lei n.º 508/80 (e dando, inclusive, o exemplo do contrato a termo, para o qual não era então exigida forma escrita), parecem pertinentes as observações de CARLOS ALEGRE, *Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 508/80 de 21 de Outubro*, cit., 1981, p. 18, quando refere que “o princípio da liberdade contratual está, na presente regulamentação de serviço doméstico [Decreto-Lei n.º 508/80], consagrado de forma mais ampla do que na generalidade dos contratos de trabalho”. A este propósito, refere VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, p. 32, que, atenta a relação de intimidade subjacente ao contrato de serviço doméstico, “também não é de estranhar que as relações de trabalho doméstico se processem *num quadro de informalidade*” (itálico nosso), com desenvolvimentos nas pp. 85 e ss. Ora, no entendimento de MARIANA CUNHA E SILVA DE SOUSA CARDOSO, *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, cit., 2019, p. 49, este elemento (consequência da natureza não empresarial do contrato de serviço doméstico) justificaria que a forma escrita assumisse natureza meramente *ad probationem* no caso de contrato a termo fundado em necessidade temporária. Em todo o caso, note-se que a Convenção n.º 189 da OIT - embora não imponha a forma escrita - revela uma preferência pela formalização do contrato de serviço doméstico, estabelecendo o seu artigo 7.º que “Todo o Membro deve tomar medidas para assegurar que os trabalhadores do serviço doméstico sejam informados das suas condições de trabalho de forma adequada, verificável e facilmente compreensível, *de preferência, se possível, mediante um contrato escrito de acordo com a legislação nacional ou com as convenções coletivas*, em especial no que respeita a: (...) c) data do início do contrato e *se o contrato for a termo, a sua duração*” (itálico nosso; também sobre o formalismo no serviço doméstico, cfr. § 6 (2) da Recomendação n.º 201 da OIT (2011), disponível em <https://normlex.ilo.org/>); invocando também este artigo, refere CLÁUDIA ROSA HENRIQUES, “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, cit., 2017, p. 96, nota 38, que “deveria o legislador ter exigido a forma escrita”, mesmo fora dos casos excecionados pela parte final do artigo 3.º do RJSD.

⁷² A este propósito, também a Diretiva 1999/70/CE do Conselho de 28 de Junho de 1999 (respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo) não se revela um auxílio interpretativo, uma vez que, ainda que se aplique aos trabalhadores domésticos (neste sentido, VERA PAVLOU, “Domestic work in EU law: the relevance of EU employment law in challenging domestic workers' vulnerability”, cit., 2016, diferentemente do que sucederia com a Diretiva 97/81/CE do Conselho de 15 de Dezembro de 1997 (respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES), que permite “por razões objectivas, excluir total ou parcialmente do âmbito de aplicação do presente acordo os trabalhadores a tempo parcial com actividade ocasional” - Cláusula 2.ª, n.º 2), a Diretiva 1999/70/CE não prevê exigências de forma para a celebração válida do

Parece-nos, todavia, que tal construção não é de acompanhar. A diferente redação entre o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 508/80 e o artigo 3.º do RJSD deve ser valorada, importando uma alteração de paradigma quando à forma do contrato a termo no contexto do trabalho doméstico. Esta alteração está em linha com as exigências de forma previstas nos sucessivos diplomas que regulam o regime comum do contrato de trabalho. Por outro lado, conforme referido *supra*, o n.º 3 do artigo 5.º, sanciona com a conversão *ope legis* em contrato a termo incerto o contrato a termo certo que, sem “estipulação escrita do prazo”, vise satisfazer uma necessidade temporária; esta norma parecer pressupor que este contrato é/deve ser celebrado por escrito e que desse contrato deve constar, igualmente por escrito, a estipulação do prazo, sob pena de se considerar que está em causa um contrato a termo incerto.

Deste modo, parece-nos que a dúvida não reside na exigência de forma, mas na caracterização desta exigência de forma como tendo natureza *ad substantiam* (3.ª interpretação *supra* identificada) ou *ad probationem* (1.ª interpretação *supra* identificada).

Em primeiro lugar, importa referir que, muito embora a regra seja que, quando a norma legal exige a forma escrita, tal exigência é *ad substantiam*⁷³, estabelece o n.º 2 do artigo 364.º do CC que, se

contrato a termo.

⁷³ Como refere JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil - Teoria Geral*, Volume III, de harmonia com as lições dadas ao ano jurídico de 1978-1979, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 131, “quando a lei exige uma certa forma, exige-a em regra *ad substantiam*”; no mesmo sentido, entre outros, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, Volume II (Acções e Factos Jurídicos), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 57-58; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 433 e ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE

resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração, este pode ser substituído por confissão expressa, judicial ou extrajudicial (neste caso, desde que a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório). Conforme realça a doutrina, a aplicação deste critério não é isenta de dúvidas: “quando é que se poderá concluir «resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração?»”⁷⁴, sendo que, para que se conclua pela natureza *ad probationem* da exigência de forma importa, por regra, “que seja sindicada, através da interpretação, a finalidade da exigência legal de forma e que se conclua que a lei a exige apenas para prova”⁷⁵. No nosso caso em concreto - e à imagem do que sucedia no artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89 -, a conclusão pela exclusão da imposição da observância de forma, a título de forma *ad substantiam*, como regime geral decorrente do artigo 3.º (assim rejeitando aquele que seria o terceiro sentido interpretativo identificado *supra*) não resulta de uma análise profunda da teleologia da exigência de forma subjacente ao regime geral do contrato a termo (análise esta que, em todo o caso e de acordo com um setor da doutrina, se revela infrutífera⁷⁶), mas da articulação entre os artigos 3.º e 5.º do RJSD.

VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 703-704.

⁷⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 2012, p. 434.

⁷⁵ Pedro Pais de Vasconcelos/Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 2022, p. 704.

⁷⁶ Assim, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 188-189, referindo que “não é possível atribuir, às regras formais, objetivos concretos e precisamente relevantes, que tenham uma consistência mínima (...) a reconstrução dos valores ligados à forma, embora consistente, não permite fixar fronteiras firmes”, mais indicando o Autor, nas pp. 174-175, *dezoito* escopos justificativos da forma que, em todo o caso,

Ora, muito embora resulte do artigo 3.º do RJSD a exigência de forma escrita, é frequente que a norma que exige a forma escrita e a norma que identifica a consequência jurídica da sua inobservância surjam dissociadas, sendo que, desde que foi objeto de exigências de forma, o regime do contrato a termo *sempre* estabeleceu, em artigos autónomos ou em números diferentes do mesmo artigo, as exigências de forma e as consequências para a sua inobservância, através da aplicação - de modo *precisamente delimitado* - da sanção da nulidade da cláusula que apõe o termo apenas quanto a determinadas formalidades devidamente identificadas. Assim, enquanto o artigo 3.º do RJSD *prevê*, em primeira linha, a exigência de forma, já o artigo 5.º do RJSD centra-se nas *consequências* da sua inobservância. De acordo com esta interpretação, chegar-se-á à conclusão que o artigo 3.º consagra uma forma *ad probationem* pois a exigência de forma *ad substantiam* apenas vale para os casos que a lei expressamente comina com a consequência da nulidade da cláusula que prevê o termo (artigo 5.º, n.º 4, do RJSD).

Este entendimento também parece em articulação com a inspiração que o artigo 5.º colheu na proposta n.º 412/91, o que ajuda a compreender a lógica que lhe esteve subjacente *na origem*. O decreto n.º 412/91 tratava de forma diferente dois conjuntos de casos: (i) aqueles em que, na terminologia do Tribunal Constitucional,

“não são exaustivos. Todavia, eles deixam entender que as razões de forma são bem mais amplas do que tradicionalmente considerado”. Concretamente sobre as exigências formais na contratação a termo, que considera pretenderem assegurar “o esclarecimento dos trabalhadores e a segurança jurídica”, refere o Autor, em *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 1991, pp. 631-632, que as normas relativas à forma e conteúdo essencial do contrato a termo “devem, em princípio, ser interpretadas em *moldes estritos*: elas não admitem reduções teleológicas nem alargamentos por interpretação extensiva ou por aplicação analógica”.

estivesse subjacente um motivo objetivo (i.e., natureza transitória do trabalho e carácter temporário da prestação do trabalho), em relação aos quais “na falta de estipulação escrita do prazo, considera-se que o trabalho é celebrado a termo incerto” (que coincide com o artigo 5.º, n.º 3 do RJSD, com a diferença que, no RJSD, não se refere que o contrato é celebrado a termo incerto, mas antes que é celebrado “pelo período em que persistir o motivo determinante”, o que não é coisa diferente); e, ainda, (ii) aqueles que assentassem num motivo subjetivo (i.e., situações relativas aos contratantes que enquadrem de forma transitória ou temporária motivo que o justifique), caso em que o decreto n.º 412/91 estabelecia que o contrato de trabalho estava “*sujeito à forma escrita*, devendo ser assinado por ambas as partes e mencionar a identidade dos contratantes, (...)”. Esta diferença justificava que o n.º 4 do artigo 5.º da proposta n.º 412/91 referisse, de forma diferenciada, “a falta dos requisitos de justificação” (no caso de fundamento objetivo do contrato a termo) e “a falta de redução a escrito” (no caso de fundamento subjetivo do contrato a termo). Ora, o artigo 5.º do RJSD manteve a coexistência de duas situações de admissibilidade de contratação a termo (embora tenha substituído pela simples existência de acordo o fundamento “situações relativas aos contratantes que enquadrem de forma transitória ou temporária motivo que o justifique”) e o tratamento diferenciado de ambas (inclusive, em termos próximos aos previstos no decreto n.º 412/91).

Solução diferente não se extrai do n.º 3 do artigo 5.º do RJSD, o qual não pretende limitar o âmbito da exigência de forma escrita - que se deverá apurar nos termos do artigo 3.º do RJSD, mas apenas

vem prever uma consequência *específica* da contratação a termo sem indicação explícita e *escrita* da duração do contrato quando o contrato assente em necessidade temporária.

Assim, tendo em conta a norma que inspirou o atual artigo 5.º do RJSD (que agravava as exigências de forma e formalidades *apenas* quando a contratação a termo não assentasse numa necessidade temporária objetiva), o alcance da exigência de forma escrita na Lei de Autorização (limitada à contratação a termo com fundamento em acordo das partes), o elemento literal do n.º 4 do artigo 5.º do RJSD (que apenas se reporta à nulidade do termo por “falta de redução a escrito, no caso do n.º 2 [contrato a termo com fundamento no acordo]” e, ainda, a necessidade de articular todos estes elementos com o artigo 3.º do RJSD, dir-se-á que a exigência de forma escrita para a contratação a termo - com exceção dos casos em que o acordo seja o fundamento do contrato - se trata de uma forma *ad probationem*, solução para a qual é igualmente possível discernir um fundamento teleológico⁷⁷, desde logo tendo em conta que ao empregador

⁷⁷ Assim, MARIANA CUNHA E SILVA DE SOUSA CARDOSO, *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, cit., 2019, p. 49, entende que “«forçar» uma consequência de intemporalidade do contrato quando a necessidade do empregador é, de facto, temporária, neste caso particular, é desrazoável pois estamos perante uma relação de trabalho a realizar no domicílio do empregador com a consequente reserva de vida privada e opções tomadas a esse propósito”. Considerando que, no caso de contrato de serviço doméstico a termo fundado numa necessidade transitória, sem observância de forma escrita, “a falta de redução a escrito não determina a nulidade do termo” (p. 330), aplicando-se o n.º 4 do artigo 5.º do RJSD, nestes casos, ao “vício de fundamentação do contrato, quando esta seja exigida (ou seja, apenas no caso do contrato a termo incerto) ou quando as partes entendam indicá-la (no caso do contrato a termo certo)” (p. 329), MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.^a ed., cit., 2023, p. 330, justifica esta solução invocando que “não faz sentido impor a um empregador sem estrutura empresarial as restrições gerais à contratação a termo que têm um fundamento empresarial, nem as consequências drásticas dos vícios de forma do contrato (...)”.

no contrato de serviço doméstico não se justificaria exigir “parâmetros de cuidado e de rigor técnico na contratação que são excessivos fora de um contexto empresarial”⁷⁸. Esta interpretação parece-nos a mais adequada ainda que se revele menos favorável ao trabalhador do que a presente no Código do Trabalho: como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, “nem sempre as normas jurídicas (...) prescrevem soluções favoráveis a uma das partes, dita desfavorecida. (...) na promoção da justiça social e do equilíbrio na relação jurídica tem de se atender a todos os intervenientes, porquanto a solução justa para um pode ter implicações iníquas para a contraparte”⁷⁹.

Deste modo, qualquer contrato de serviço doméstico a termo deve observar a forma escrita (por imposição do artigo 3.º do RJSD), muito embora a sua falta apenas determine a nulidade da aposição do termo nos casos em que o fundamento da contratação a termo seja o acordo das partes (i.e., apenas nestas hipóteses, consagradas no n.º 2 do artigo 5.º do RJSD, terá carácter *ad substantiam*). Quando o fundamento da contratação a termo seja uma necessidade temporária, a sua não indicação escrita não determina a aplicação do n.º 4 do artigo 5.º do RJSD⁸⁰, ao qual apenas serão subsumíveis as

⁷⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª ed., cit., 2023, p. 330. Sobre a natureza empresarial do contrato de serviço doméstico, em geral, cfr. nota *supra*.

⁷⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Segurança jurídica *versus* aplicação alternativa do direito, em especial, *favor laboratoris* e activismo judicial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXI, n.º 1-4 (Janeiro-Dezembro 2020), pp. 80-81 (do mesmo Autor, “Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, ano LXI, número 2, p. 599).

⁸⁰ Assim, refere MARIANA CUNHA E SILVA DE SOUSA CARDOSO, *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, cit., 2019, p. 49, que “a forma reveste um carácter meramente probatório da necessidade transitória que se visa suprir”. No sentido de considerar válido o contrato a termo celebrado sem observância de forma escrita, nos casos em

hipóteses de “não verificação dos requisitos de justificação” (i.e., no caso de não preenchimento do elemento *material* do contrato)⁸¹. Refere MARIA IRENE GOMES, a este propósito, que a solução de não aplicar a sanção da nulidade da cláusula que prevê termo, nestes casos, “parece-nos equilibrada, pois a estabilidade do trabalhador doméstico é, nestes casos, sopesada com a reserva da vida privada do empregador doméstico e as suas legítimas opções gestionárias, e não com qualquer iniciativa económica”⁸². Importa, não obstante, assinalar que, caso se *invoque* a nulidade do contrato a termo por falta de forma escrita, das duas uma: (i) ou é feita prova de que a contratação assentou numa necessidade temporária, caso em que o contrato se manterá válido e considera-se celebrado pelo período em que persistir o motivo determinante (pois se não foi observada forma escrita, terá aplicação o n.º 3 do artigo 5.º do RJSD); (ii) ou não é feita prova de que a contratação assentou numa necessidade temporária, caso em que, mesmo que se entenda ter havido acordo nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do RJSD, o contrato a termo padeceria de nulidade pelo n.º 4, artigo 5.º, *in fine*.

que tenha aplicação o n.º 3 do artigo 5.º do RJSD, FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, p. 277.

⁸¹ Contra, MANUEL LEAL FREIRE, *Os contratos de serviço doméstico e trabalho rural*, cit., 1996, p. 29, entendendo que o contrato a termo “torna-se automaticamente contrato definitivo quer quando não conste de documento escrito, quer quando, este exigível, não seja feita seja feita justificação dos requisitos que o possibilitam”. Também contra, se bem o interpretamos, VICTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, p. 92, entendendo que, perante a *falta de indicação do motivo justificativo* (o que parece distinto da “não verificação dos requisitos de justificação” - cfr. n.º 4 do artigo 5.º do RJSD), o RJSD comina com nulidade a estipulação do termo.

⁸² MARIA IRENE GOMES, “Contrato de trabalho doméstico: problemas de articulação com o regime geral do contrato de trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2021-II, p. 240.

3.3.2. O conteúdo do contrato escrito

Finalmente, importa analisar qual o conteúdo do contrato a termo, uma vez que, diferentemente do que sucedia nos diplomas que versavam sobre o regime comum da contratação a termo (quer anteriores, quer contemporâneos da entrada em vigor do RJSD), o artigo 3.º e 5.º do RJSD não contêm um elenco dos elementos que devem constar do conteúdo do contrato a termo. Atentando nas “pistas” conferidas pelo artigo 5.º, podemos inferir que este acordo deve conter a “estipulação escrita do prazo” quando assente numa necessidade temporária do empregador, que consiste num dos elementos previstos no Decreto-Lei n.º 781/76 (artigo 6.º, n.º 1) e no Decreto-Lei n.º 64-A/89 (artigo 42.º, n.º 1), mas nada refere quanto aos demais elementos elencados nestas normas.

Se consideramos que do artigo 3.º do RJSD, parte final, resulta a exigência de forma escrita para todos os contratos a termo (embora a natureza de tal exigência possa variar), continua a manter-se a interrogação relativamente ao conteúdo desse contrato, na medida em que nenhuma das normas do RJSD elenca quais os elementos que devem constar do mesmo. A proposta contida no decreto n.º 412/91 referia que, nos casos de motivo subjetivo, “o contrato de trabalho está sujeito à forma escrita, devendo ser assinado por ambas as partes e mencionar a identidade dos contratantes, a retribuição do trabalhador, o local da prestação do trabalho e a data do início e termo do contrato e, bem assim, o motivo”, não prevendo igual exigência para os casos em que a contratação a termo assentasse num motivo objetivo; o RJSD atualmente em vigor não alude, em relação a

qualquer das modalidades de contratação a termo, aos elementos que devem constar do contrato a termo e, como vimos, o Decreto-Lei n.º 508/80 expressamente excluía a aplicação das normas sobre contrato a termo, previstas no Decreto-Lei n.º 781/76, que incidiam sobre a forma. Todavia, havia uma diferença importante entre o Decreto-Lei n.º 508/80 (sobre o qual incidiria a proposta n.º 412/91) e o atual RJSD: enquanto o primeiro previa, como regra, a liberdade de forma (“o contrato de serviço doméstico não está sujeito a forma especial” - artigo 3.º), o RJSD aditou um segmento à parte final do seu artigo 3.º, nos termos do qual a regra da liberdade de forma é expressamente afastada no caso de contrato a termo (“salvo no caso de contrato a termo”), o que está em linha com as exigências formais do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89. Por esse motivo, parece-nos que, com a exigência de forma escrita como regra geral para a contratação a termo prevista no artigo 3.º do RJSD e perante a ausência de regulação do conteúdo do acordo escrito, se deve sustentar, no seguimento de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, a aplicabilidade, na parte em que não contunde com o artigo 5.º do RJSD, do disposto no artigo 141.º do CT⁸³.

Deste modo, embora não seja aplicável o regime do artigo 147.º, n.º 1, alínea c), do CT (quanto às consequências da falta de observância das exigências formais), aplicação essa que seria contrária aos n.ºs 3 e 4 do artigo 5.º do RJSD, já nos parece que os elementos

⁸³ Referindo que, ao contrato de serviço doméstico a termo, tem aplicação o disposto no artigo 141.º do CT, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª ed., cit., 2023, p. 329, apenas se verificando a inaplicabilidade da consequência da nulidade da aposição no termo no caso de preterição de formalidades qualificadas presentes no artigo 141.º (p. 330, n. 361).

identificados no artigo 141.º do CT devem constar do contrato de trabalho doméstico a termo a título de formalidades *ad probationem*. Esta conclusão não é obstaculizada pelo disposto no artigo 9.º do CT⁸⁴ e no artigo 37.º-A do RJSD, introduzido pela Lei n.º 13/2023,

⁸⁴ Nos termos deste artigo, “ao contrato de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código *que sejam compatíveis com a sua especificidade*”; afastava-se, na sua literalidade, da redação adotada no artigo 11.º do Código de Trabalho de 2003, nos termos do qual “aos contratos de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código *que não sejam incompatíveis com a especificidade desses contratos*” (itálicos nossos). Estes artigos - primeiro, o 11.º do CT2003 e, posteriormente, o 9.º do CT2009 - não tinham paralelo na legislação anterior e, muito embora a codificação laboral não tenha incluído a matéria dos regimes especiais de trabalho (levando a que se fale de uma “codificação parcial” - cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, “O Anteprojecto de Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, p. 122), facto é que se pronunciou expressamente sobre a regra a observar na articulação entre os regimes especiais e o regime comum. Tal não obsta a que, mesmo antes da introdução de tal disposição, se fosse “instalando a ideia que, não obstante a existência de um bloco normativo próprio, o recurso ao regime geral do contrato de trabalho era possível, sempre que necessário e desde que não contrariasse as especificidades de regime previstas” (MARIA IRENE GOMES, “Contrato de trabalho doméstico: problemas de articulação com o regime geral do contrato de trabalho”, cit., 2021, p. 222). Sobre o concreto alcance da alteração da formulação da norma, identifica-se doutrina que se pronuncia no sentido de considerar que o artigo 9.º veio reproduzir o artigo 11.º do CT2003, “com ligeiras alterações de redação” (PEDRO ROMANO MARTINEZ, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Lisboa, 2020, p. 73) e doutrina que, diferentemente, entende que o novo artigo 9.º do CT “traduz uma mudança substancial da perspetiva do legislador” na aplicação do regime comum aos contratos de trabalho especiais (assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.ª edição, cit., 2023, p. 44, entendendo que a versão do CT2003 “obrigava à justificação da (des)aplicação de tais normas caso a caso”, enquanto o CT2009 deixa claro que a aplicação do regime comum “depende da verificação, em cada caso, da compatibilidade daquela norma geral com a especificidade do regime em questão”). Sobre os contratos de trabalho especiais, em geral, ver tb. MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, cit., 1996, pp. 113 e ss; no contexto do contrato de trabalho da administração pública e a sua articulação com o artigo 9.º do CT, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de trabalho da Administração Pública e sistema de fontes*, AAFDL/Lisbon Law Editions, 2019, pp. 483 e ss. Em particular sobre a necessidade de tecer um juízo de compatibilidade entre a norma do regime comum do Código do Trabalho que se pretende aplicar e o contrato especial em concreto, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho desportivo: Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - anotada*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 46, articulando o n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 54/2017 com o artigo 9.º do CT, refere-se à necessidade de superação

de 3 de abril, ambos exigindo que a aplicação de normas do Código do Trabalho seja submetida a um teste de *adequação teleológica*⁸⁵.

de um “teste de compatibilidade”, mais destacando que da ausência de norma específica no regime jurídico especial “não deve levar, inapelavelmente, à aplicação da norma geral”, sendo necessária uma remissão para o regime geral “de modo condicionado e inteligente”; ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume I, Direito & Justiça, 2015, p. 336, referindo que “este controlo de compatibilidade tem por objeto as normas do Código de cuja aplicação se trate e implica a ponderação da sua congruência com os elementos que no regime «especial» em apreço adquirem carácter tipificador e reclamam uma especial ordenação dos interesses em jogo”; VÍCTOR HUGO VENTURA/CLÁUDIA CAMPOS, “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, cit., 2020, pp. 37 e ss; DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho - Comentado*, cit., 2023, p. 111

⁸⁵ Neste sentido, depois de referir que o artigo 37.º-A do RJSD veio dizer mais do que pretendia, afirma VÍCTOR HUGO VENTURA, *O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)*, cit., 2023, pp. 48-49: “a norma agora aditada deve ser articulada com esta exigência [de um teste de compatibilidade], (...) se há contexto laboral que demanda esse teste de compatibilidade é justamente o trabalho doméstico dada a disparidade dos contextos em que se desenvolve a atividade laboral sujeita ao Código do Trabalho (tipicamente empresarial) e a atividade sujeita ao RCSD (lar doméstico)”. Ver tb. JOÃO ZENHA MARTINS, “O contrato de serviço doméstico e a Agenda do Trabalho Digno”, cit., 2024, pp. 217 e ss, que, alertando para o perigo de se desvirtuar “a essência da especialidade laboral por via de uma aplicação indiscriminada das normas gerais”, entende que a aplicação do regime previsto no Código do Trabalho ao trabalhador doméstico deve observar dois requisitos: (i) a impossibilidade de extrair uma solução do RJSD e (ii) a existência de “uma afinidade valorativa que justifique uma compatibilidade de regulação” (p. 221), o que será possível identificar caso se conclua que o Código do Trabalho “aplica a conflitos substancialmente semelhantes um critério que (...) não difira do critério que é fornecido pelos princípios que animam o RCSD [RJSD]” (p. 220). Em escrito anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, referia MARIA IRENE GOMES, “Contrato de trabalho doméstico: problemas de articulação com o regime geral do contrato de trabalho”, cit., 2021, p. 225, que “sempre que o intérprete aplicador seja chamado a resolver a questão da aplicação, ou não, do regime laboral comum ao contrato de trabalho doméstico (...) a resposta não pode ser nem imediatista, nem automática, apelando a um necessário juízo de valoração” (da mesma Autora, cfr. “Cessação do contrato de trabalho doméstico”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 73 (janeiro-março, 2021), p. 28, nota 5) e, em escrito posterior às alterações - “Contrato de trabalho doméstico e suas alterações à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)”, *Estudos APODIT*, n.º 11, 2023, p. 154 - realça a Autora que “contrariamente ao que uma primeira leitura poderia sugerir”, a aplicação das normas do CT

Ora, sendo evidente que a exigência de forma escrita tem de surgir acompanhada da identificação dos elementos caracterizadores do contrato que está a ser celebrado, apenas as alíneas do artigo 141.º do CT vêm identificar os elementos pertinentes para contextualizar a vontade das partes na celebração do contrato a termo, justificando-se a sua aplicação mesmo no âmbito deste contrato especial. O que se revelaria aqui contrário à teleologia do trabalho doméstico (e às normas expressas constantes do RJSD) seria considerar que a inobservância das formalidades previstas nas alíneas do artigo 141.º do CT teriam, no âmbito do trabalho doméstico, as consequências previstas no artigo 147.º do CT.

4. Conclusão

Em grande parte, a contratação a termo no contexto do serviço doméstico trilhou o seu caminho sem olhar à evolução que ia acontecendo, em paralelo, nos sucessivos diplomas que regulavam esta modalidade contratual no regime comum do contrato de trabalho.

Com efeito, à medida que foi evoluindo a regulação do recurso à contratação a termo e as formas de tutela reconhecidas aos trabalhadores, o regime do trabalho doméstico manteve-se estagnado.

“continua a exigir a sua compatibilidade com a especificidade deste regime, à luz do critério do artigo 9.º do Código do Trabalho”; também em escrito anterior, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, cit., 2001, pp. 265-266, afirmando que “seria fundamental empreender um esforço de captação desses critérios [de valoração específicos], que permitiria depois, à luz de um correcto entendimento do princípio da igualdade (...) justificar (ou não) a validade constitucional das soluções especiais que o legislador ordinário consagrou para os trabalhadores domésticos (...) e obter argumentos para promover ou afastar a aplicação subsidiária, no âmbito do trabalho doméstico, de soluções típicas do contrato de trabalho comum”.

Mesmo as recentes alterações ao RJSD, introduzidas pela Lei n.º 13/2023, embora possam ter implicações no domínio da caducidade do contrato a termo celebrado ao abrigo do artigo 5.º do RJSD e da respetiva compensação, não incidiram diretamente sobre a admissibilidade do recurso à contratação a termo nem sobre as exigências de forma que devem ser observadas na sua celebração.

Se é possível compreender que, em virtude da especialidade do contrato de trabalho doméstico, as soluções do regime comum não sejam, sem mais, transpostas para o RJSD, havendo motivos objetivos que legitimam, em certos pontos, um tratamento diferenciado, já nos parece que o artigo 5.º do RJSD beneficiaria de uma maior clareza quanto ao regime que dele resulta.

Conforme procurámos expor, nos termos em que se encontram redigidas, as normas do artigo 5.º do RJSD, em articulação com o artigo 3.º do mesmo diploma, podem dar azo a diversas interpretações, o que prejudica a possibilidade de os destinatários das normas poderem, com segurança, pautar a sua conduta com base nas mesmas. Se se invoca a própria natureza do empregador no contrato de trabalho doméstico para justificar a introdução de alguns aligeiramentos quanto às exigências de forma e de outros elementos de flexibilização transversais ao RJSD, parece especialmente desadequado que o conteúdo das normas legais seja de difícil apreensão pelo empregador, aspeto que deveria, salvo melhor opinião, ser corrigido.

5. Bibliografia

ABRANTES, José João - “Contrato de trabalho a termo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume III, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pp. 155-178.

_____ “Contrato de trabalho a termo”, *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 59-61.

_____ *Do contrato de trabalho a prazo*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982.

AGRIA, Fernanda - “Serviço doméstico: problemas e soluções”, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano VII (abril a junho), n.º 26, 1968, pp. 52-101.

AGRIA, Fernanda Nunes; PINTO, M. Luiza Cardoso - *Manual Prático de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1972.

ALEGRE, Carlos - Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 235/92 de 24 de Outubro, Vega, Lisboa, 1994.

_____ Contrato de serviço doméstico anotado: Decreto-Lei n.º 508/80 de 21 de Outubro, Livraria Almedina, Coimbra, 1981.

AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 4.ª edição, 2022.

_____ Contrato de trabalho desportivo: Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - anotada, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

AMADO, João Leal *et al.* - *Direito do Trabalho - Relação Individual*, 2.ª edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2023.

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil - Teoria Geral*, Volume II (Acções e Factos Jurídicos), Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

BASTO, Nuno Cabral - “Contratos especiais de trabalho - Reflexões em torno do sistema positivo vigente”, *Estudos Sociais e Corporativos*, ano VIII (julho a setembro), n.º 31, 1969, pp. 69-94.

BRÁS, Joana Filipa Dias - *O contrato de serviço doméstico e suas especificidades*, dissertação de mestrado, Coimbra, 2009.

CAMANHO, Paula Ponces - “O contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 293-306.

CAMPOS, Alice Pereira de - *Contrato de trabalho a termo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

CAMPOS, Cláudia - *O contrato de serviço doméstico: do período experimental ao tempo de trabalho*, Nova Causa, Braga, 2020.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa - Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2007.

CARDOSO, Mariana Cunha e Silva de Sousa - *Contributo para o estudo do contrato de trabalho doméstico a propósito das suas modalidades*, 2019, disponível em repositorium.sdum.uminho.pt.

CARVALHO, António Nunes de - “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Volume I, Direito & Justiça, 2015, pp. 327-376.

CARVALHO, Catarina de Oliveira - “Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das convenções da OIT”, *Doc. Labor.*, núm. 116, Año 2019, Vol. I., pp. 41-56.

CORDEIRO, António Menezes - *Direito do Trabalho*, II, Almedina, Coimbra, 2019.

_____ *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

_____ *Tratado de Direito Civil*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2021.

_____ “Inovações e aspectos constitucionais sobre o Anteprojecto de Código do Trabalho”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, pp. 7-96.

CORREIA, Luís Brito - *Direito do Trabalho*, Vol. I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, s. d..

DRAY, Guilherme - *Lições de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2024.

FALCÃO, David; TOMÁS, Sérgio Tenreiro - *Lições de Direito do Trabalho*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*, 10.^a edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

_____ *Direito do Trabalho*, 22.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

_____ *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 2.^a edição, Livraria Almedina, Coimbra, s.d..

_____ *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, 1, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 1983.

FREIRE, Manuel Leal - *Os contratos de serviço doméstico e trabalho rural*, ELCLA editora, Porto, 1996.

FROTA, Mário - *Contrato de Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, 1978.

GOMES, Júlio - “O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope?”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 35-99.

_____ *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Maria Irene - “Contrato de trabalho doméstico: problemas de articulação com o regime geral do contrato de trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2021-II, pp. 221-246.

_____ “Cessação do contrato de trabalho doméstico”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 73 (janeiro-março, 2021), pp. 13-33.

_____ “Contrato de trabalho doméstico e suas alterações à luz da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno)”, *Estudos APODIT*, n.º 11, 2023, pp. 139-154.

_____ “Considerações sobre o regime jurídico do contrato de trabalho a termo certo no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, ano XI, n.º 24, 2004, pp. 137-169.

GONÇALVES, Luiz da Cunha - Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, volume VII, Coimbra Editora, 1934.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - “O Anteprojecto de Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, pp. 97-225.

HENRIQUES, Cláudia Rosa - “Contrato de Serviço Doméstico - âmbito de aplicação e formas de cessação”, *Questões Laborais*, n.º 50 (2017), pp. 83-120.

LEITÃO, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

_____ “Parecer sobre a conformidade da Proposta de Lei 29/IX (Código do Trabalho) com a Constituição da República Portuguesa”, *Código do Trabalho - Pareceres*, Volume III, Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2004, pp. 367-398.

LEITE, Jorge - “Contrato a termo por lançamento de nova actividade”, *Questões Laborais*, ano II, n.º 5, 1995, pp. 76-87.

_____ “Contrato de trabalho a prazo: direito português e direito comunitário”, *Questões Laborais*, ano XIII - 2006, n.º 27, pp. 1-31.

LIMA, Adolpho - *O contrato do trabalho*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1909.

MACHADO, Susana Sousa - Contrato de trabalho a termo: transposição da Directiva 1999/70/CE para o Ordenamento Jurídico Português: (In)compatibilidades, Coimbra Editora, 2009.

MADALENO, Cláudia - “Compensação pela cessação do contrato a termo”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-4 (janeiro-dezembro, 2014), pp. 275-307.

MARECOS, Diogo Vaz - *Código do Trabalho - Comentado*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

MARTÍN VALVERDE, António; GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir. e coord.) - *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, volumen III, 2.^a edição, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012.

MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ; GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 27.^a edição, tecnos, Madrid, 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*, 1.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002.

_____ *Direito do Trabalho*, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

_____ *Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006.

_____ “Segurança jurídica *versus* aplicação alternativa do direito, em especial, *favor laboratoris* e activismo judicial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXI, n.º 1-4 (Janeiro-Dezembro 2020), pp. 63-98.

_____ “Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, ano LXI, número 2, pp. 583-607.

_____ “O Código do Trabalho revisto”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 82, (janeiro-abril, 2009), pp. 137-158.

MARTINEZ, Pedro Romano *et al.* - *Código do Trabalho - Anotado*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020.

_____ *Código do Trabalho - Anotado*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2008.

MARTINS, João Zenha - “O contrato de serviço doméstico e a Agenda do Trabalho Digno”, *XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - In memoriam Pedro Romano Martinez*, Almedina, Coimbra, 2024.

MENDES, João de Castro - *Direito Civil - Teoria Geral*, Volume III, de harmonia com as lições dadas ao ano jurídico de 1978-1979, com a colaboração de Armindo Ribeiro Mendes, AAFDL, Lisboa, 1979.

MERCADER UGUINA, Jesús R. - *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4.^a ed., tirant lo blanch, Valencia, 2011.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), 2.^a edição, Universidade Católica Portuguesa, 2017.

MONTEIRO, Luís Miguel; BRITO, Pedro Madeira de, “Alteração ao regime jurídico do contrato de trabalho a termo introduzida pela Lei n.º 18/2001, de 3 de julho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-março 2002, ano XLIII, pp. 93-132.

MOURA, José Barros - *Compilação de Direito do Trabalho - Sistematizada e anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.

_____ *Direito do Trabalho - Notas de estudo*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1979/1970.

NETO, Abílio - Despedimentos e contratação a termo: notas e comentários, Petrony, Lisboa, 1989.

_____ *Contrato de Trabalho - notas práticas*, 16.^a edição, Coimbra Editora, 2000.

PAVLOU, Vera - “Domestic work in EU law: the relevance of EU employment law in challenging domestic workers' vulnerability”, *European Law Review*, 2016, pp. 1-22.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

PINTO, Mário - *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

PINTO, Mário; MARTINS, Pedro Furtado; CARVALHO, António Nunes de - *Comentário às leis do trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994.

POLICARPO, J. F. Almeida; FERNANDES, A. Monteiro - *Lei do Contrato de Trabalho - Anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1970.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV - Contratos e regimes especiais, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

_____ *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

REDINHA, Maria Regina Gomes - “A precariedade do emprego - uma interpelação ao Direito do Trabalho”, *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, pp. 325-344.

RESENDE, Feliciano Tomás de - *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, 1970.

RIBEIRO, André Strecht - *Contratos a termo*, Vida Económica, Porto, 2012.

SÁ, José Ayres de - “O contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 277-292.

SANTOS, José de Castro; RAPOULA, Maria Teresa - *Da cessação do contrato de trabalho e contratos a termo; do trabalho temporário*, Rei dos Livros, Lisboa, 1990.

SILVA, Filipe Fraústo da - “30 anos de contrato de trabalho a termo”, *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 215-275.

_____ “Serviço doméstico, intimidade e despedimento”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLII, 2001, pp. 227-311.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de - *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022

VEIGA, Motta - *Lições de Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Universidade Lusíada, Lisboa, 1992.

VENTURA, Victor Hugo - O Regime do Contrato de Serviço Doméstico - com as alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (Agenda do Trabalho Digno), Almedina, Coimbra, 2023.

VENTURA, Victor Hugo; CAMPOS, Cláudia - “A insustentável leveza do contrato de trabalho doméstico ou o caso da (in)exigibilidade de parecer da CITE para o despedimento de trabalhadora doméstica grávida, puérpera ou lactante”, *Questões Laborais*, n.º 56 (2020), pp. 33-52.

VICENTE, Joana Nunes - A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei, Coimbra Editora, 2008.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *Manual de Direito do Trabalho*, com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos, 4.^a edição revista e atualizada, Rei dos Livros, 2020.

_____ *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho - Anotado*, 2.^a edição, Atlântida Editora, Coimbra, 1972.



O CORPORATIVISMO COMO ALVO MÓVEL: O CASO DA SOLUÇÃO CORPORATIVA AUTORITÁRIA EM PORTUGAL

*CORPORATISM AS MOVING TARGET:
THE CASE OF THE AUTHORITARIAN CORPORATIST SOLUTION
IN PORTUGAL*

Paula Borges Santos¹

Sumário: 1. Introdução. - 2. O corporativismo como alvo móvel. - 3. Processo constitucional e propostas de organização corporativa. - 4. A fase legislativa experimental do corporativismo autoritário. - 5. Considerações finais.

Resumo:

As soluções corporativas contemporâneas diferem consoante as realidades nacionais onde se inscrevem e, dentro desses contextos, mudam de maneiras diferentes e com frequência de princípios e de formas institucionais. Os projetos corporativos apresentam-se instáveis, mas a literatura não tem prestado atenção ao problema do corporativismo como alvo móvel. O caso português revela que mudanças significativas nesses projetos, fracassadas ou positivadas, estiveram associadas a processos de mudança constitucional e a processos legislativos ordinários, o que gerou dificuldades na formação de entendimentos e no atingir de

¹ Investigadora principal do Instituto Português de Relações Internacionais da Universidade Nova de Lisboa, onde é também professora auxiliar convidada. Foi professora convidada visitante da Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul (2015 e 2020) e na Universidad Autónoma de Mexico (2024), entre 2019 e 2024 foi professora convidada da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Os seus principais interesses são os fenómenos do autoritarismo e da emergência das democracias, sobre os quais tem publicado extensamente e abordando os tópicos: história constitucional, corporativismo, regulação do trabalho, política e religião.

compromissos e objetivos. Este artigo pretende estimular o debate sobre estas questões em torno da solução corporativa autoritária portuguesa, argumentando que o problema do alvo móvel ajuda a explicar a volatilidade desse projeto.

Abstract:

Contemporary corporatist solutions differ depending on the national realities in which they occur and, within these contexts, principles and institutional forms change in different ways and frequently. Corporatist projects appear unstable, but the literature has not paid attention to the problem of corporatism as a moving target. The Portuguese case reveals that significant changes in these projects, whether failed or positive, were associated with processes of constitutional change and ordinary legislative processes, which generated difficulties in forming understandings and achieving commitments and objectives. This article aims to stimulate debate on these issues surrounding the Portuguese authoritarian corporatist solution, arguing that the moving target problem helps explain the volatility of this project.

Palavras-chave: Corporativismo, Constituição, processo constitucional, legislação laboral, autoritarismo, Portugal.

1. Introdução

Reconhece-se geralmente o corporativismo como a característica institucional chave do regime autoritário português. Uma centralidade que decorre do lugar que lhe foi atribuído pelos legisladores da Constituição Política de 1933, onde *ex novo* surge associado à definição da natureza do Estado e aspetos do sistema político, e, em menor grau, à configuração da economia. Cinco diplomas considerados para-constitucionais, conhecidos como a legislação corporativa de 23 de setembro de 1933, que contemplaram o regime do trabalho, no intitulado “Estatuto do Trabalho Nacional”, e os regimes das associações de trabalhadores, de associações patronais, da previdência social e das casas económicas, concretizaram as dimensões do que a Constituição apontou como “economia nacional corporativa” (art.

34.º). Muitos estudiosos, de diferentes áreas científicas, têm abordado o processo de elaboração teórica e de construção legal (ou normativa, se se preferir) do corporativismo autoritário português, isto é, das instituições corporativas criadas pelo regime político português não democrático entre 1933 e 1974, como linear, estabelecido passo a passo, sem nunca ter alcançado a fase do seu pleno desenvolvimento. Por exemplo, é comum apontar-se o que foi promulgado no texto constitucional e na legislação de 1933 já referidos, seguindo-se as referências aos diplomas que nas décadas seguintes regularam aspetos da organização laboral - os acidentes de trabalho (1935 e 1965), o contrato individual de trabalho (1937, 1966 e 1969), as relações coletivas de trabalho, o descanso semanal, a previdência social, a habitação económica em meio urbano - e que criaram algumas corporações (1956). Alguns relacionam a normatividade laboral deste período com as transformações legislativas inspiradas e deduzidas da participação de Portugal na Organização Internacional do Trabalho (OIT), enfatizando também a linearidade de uma evolução, que é associada à internacionalização e à modernização do Direito do Trabalho português. Habitualmente, salienta-se ainda a estratificação vertical da estrutura corporativa, destacando-se a coexistência do órgão de orientação da organização corporativa, o Conselho Corporativo (criado em 1934), com organismos corporativos primários (sindicatos, casas do povo, grémios, casas dos pescadores), intermédios (federações e uniões), superiores (corporações e câmara corporativa), e organismos de coordenação económica (juntas, institutos, comissões reguladoras). Explora-se a extensão das funções daqueles diferentes institutos e as limitações criadas à atuação dos

mesmos, ou ainda os protestos de alguns doutrinadores pela morosidade no desenvolvimento da estrutura corporativa e descontentamentos associados aos escassos resultados obtidos com tal projeto nos planos económico e social. Nestas abordagens é comum direcionar-se a atenção para o contexto e processos de substituição normativa, entendida de forma sequencial.

Para este tratamento do problema da elaboração e do design institucional do corporativismo autoritário português concorreram, entre 1933 e 1974, os próprios teóricos da doutrina corporativa, na sua esmagadora maioria notáveis juristas das Faculdades de Direito das Universidade de Coimbra e de Lisboa, com raras exceções formadas por alguns economistas. Ao elencarem as origens e desenvolvimento das ideias corporativas no País foram consensuais, quanto às concorrentes de pensamento que as enformaram, à diacronia do seu aparecimento, mas também quanto à consideração de que o projeto corporativo português fora uma construção autónoma e não eclética. Não se ocupando de procurar antecedentes para a solução corporativa autoritária, concederam, e nisso também fizeram escola, que a solução corporativa autoritária se distinguiu da experiência corporativa anterior ao período liberal, de organização ténue, mantida entre o século XII e 1834, quando por decreto de 7 de maio foram abolidas as corporações. Estudos posteriores sobre aqueles teóricos e as fontes da solução corporativa autoritária em Portugal conservaram esta visão, repetindo que fora essencialmente uma resposta à chamada “questão social”, concorrente das soluções oferecidas pelo capitalismo e pelo socialismo, altamente modelada pelas propostas do Integralismo Lusitano, da doutrina social da Igreja Católica e do

fascismo italiano. O peso atribuído a estas três últimas tem variado de autor para autor, preponderando os que tendem a assinalar a importância das duas últimas (pela ordem indicada) no pensamento dos redatores das normas jurídicas que enquadraram aquele projeto corporativo. Estas mesmas conclusões continuam a ser evidenciadas em abordagens transnacionais que se ocupam de observar a circulação de ideias políticas, filosóficas e jurídicas entre a Europa (e no seu interior) e a América Latina, sobretudo entre as duas Guerras Mundiais (1914-1945).

No entanto, no processo de elaboração e consolidação da solução corporativa autoritária em Portugal encontram-se procedimentos circulares, retrocessos, reformas simultâneas e opções por políticas sectoriais que afetam a organização corporativa de maneiras relevantes. Identificam-se políticos e juristas que tentaram promover agendas paralelas com propostas corporativas alternativas, legisladores que promoveram diplomas legislativos baseados em novas conceções, juízes e juristas que interpretaram outros significados nas disposições constitucionais e na legislação ordinária. À medida que os estudos sobre o corporativismo português autoritário foram aprofundando o que sucedeu naquela experiência histórica, e embora as análises continuem a privilegiar o período de 1933 a 1945 (havendo um elevado déficit de conhecimento sobre a evolução do projeto corporativo depois do final da II Guerra Mundial) surgem cada vez mais elementos que fortalecem uma nova visão: a de que aquela construção não foi linear, sofreu concorrência de reformas relevantes em várias áreas da designada “economia corporativa”, e ainda que a consagração da ideia corporativa no texto constitucional é bastante

mais complexa e dependente de processos fracassados de elaboração de constituições ocorridas em anos anteriores e de negociações entre a elite dirigente da Ditadura Militar sobre o modelo corporativo a implementar, do que tem sido reconhecido até agora.

A discussão desta nova visão pode encontrar alguns obstáculos colocados pelas agendas de investigação estabelecidas, que continuam a promover a leitura do corporativismo autoritário como uma solução intermédia entre o capitalismo e o socialismo, como “instrumento decalcado/ adaptado do fascismo”, como manifestação de um “fascismo sem movimento fascista”, ou ainda como “movimento”, “regime” ou “sistema”. Nestas propostas, surgidas em Portugal desde o final dos anos de 1970, não se faz mais do que re-meter a dinâmica do corporativismo à dinâmica ora do capitalismo e do socialismo, ora do fascismo, utilizados como conceitos genéricos e investidos de uma forma abstrata. Nessa convocação do capitalismo e do socialismo escamoteia-se ainda o problema teórico (com consequências metodológicas) sinalizado logo em 1922 pelo célebre economista e filósofo Karl Polanyi, da existência de tendências dentro de cada um daqueles sistemas, que obrigaria, pelo menos, a ter em conta que, desde a primeira década do século XX, a oposição entre capitalismo e socialismo já não se reduzia ao estereótipo da economia com mercados frente à economia sem mercados². Quanto ao fascismo, algo de semelhante se passa na medida em que é usado como chapéu agregador de movimentos e partidos diversos como os

² KARL POLANYI, “Sozialistische rechnungslegung”, *Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Separat-Abdruck, vol. 49, n.º 2, 1992, pp. 378-379, republicado em versão traduzida para espanhol em: *Archivo Polanyi (I). Crisis, socialismo, fascismo*, Barcelona, Virus Editorial, 2023, pp. 238-239.

integralismos, as direitas tradicionalistas e as radicais, as extremas-direitas, ativos no quadro das democracias do século XX³. Com tal opção torna-se difícil reconhecer as diferentes características públicas do poder não democrático, sobretudo em termos das experiências nacionais, promovendo um alheamento das motivações dos governantes autocráticos e do comportamento das instituições que os sustentaram, dos recursos que geriram e as restrições (ameaças) que enfrentaram, e, por fim, as normas (formais e informais) que fixaram a contratualização tecida com as respetivas sociedades⁴. A ambiguidade de tais termos, onde se percebe mais do que uma ideia predominantemente político-organizativa e menos, por exemplo, uma base teórico-económica, exige, portanto, um procedimento analítico evitado de maior precaução.

A experiência corporativa autoritária portuguesa sugere que se tratou de um projeto que sofreu mudanças, como está amplamente demonstrado pela própria evolução da legislação laboral e, não é demais sublinhá-lo, pelas transformações registadas nos campos do Direito Corporativo e do próprio Direito do Trabalho (inclusive na sua vertente processual), ao longo do regime não democrático. Os níveis dessa mudança foram diferenciados: uma, a mudança constitucional, outra, a mudança legislativa comum. Ambos desenvolveram a normatividade e envolveram política constitucional e políticas ordinárias sectoriais. Tal gerou normas sobrepostas, contraditórias e que se

³ JENS RYDGREN, “The sociology of the radical right”, *Annual Review of Sociology*, 33, 2007.

⁴ Sobre esta minha posição, uma crítica mais extensa está disponível em: PAULA BORGES SANTOS, “O Fascismo não é uma Sinédoque”, in *Seis Passeios nos Bosques de Umberto Eco*, org. de Nuno José Lopes, [Porto], Fundação Eng. António de Almeida, 2023, pp. 79-94.

afetaram mutuamente ao longo do tempo. Esse tempo foi longo, começou muito antes de 1933, prolongando-se até 1974 (e até depois, se se pensar nas opções tomadas ao longo da dinâmica constitucional da transição para a democracia). Com efeito, mais pesquisas precisam ser feitas para se conhecerem com detalhe e em profundidade os problemas e as mudanças que se colocaram à solução corporativa autoritária. Este artigo é uma tentativa em progresso de problematizar estas questões, observando em particular o período compreendido entre o golpe militar de 28 de maio de 1926 e a promulgação da Constituição de 1933. Apesar de se tratar de uma conjuntura específica do autoritarismo português, a análise dialoga com a questão da longa duração. Pensa-se a noção de corporativismo como fenómeno que no tempo histórico, quer como ideia, quer na forma institucionalizada, apresentou conteúdos muito diferenciados e instáveis, que foram objeto de substituições parciais ou totais. Trata-se de considerar o corporativismo como um alvo móvel, cujas implicações a literatura ainda não teorizou⁵.

A imbricada relação entre corporativismo e a regulamentação do trabalho em Portugal justifica a escolha deste tema nesta publicação, que homenageia, muito justamente, a memória e o legado científico do Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Na sua obra, o sentido do tempo histórico, as especificidades das diferentes conjunturas e dos diferentes regimes políticos foram destacados e problematizados, tendo enunciado alguns desafios teóricos e metodológicos que

⁵ A este propósito pode ser inspirador o debate recentemente aberto sobre constituições de alvo móvel, que se pode acompanhar aqui: SERGIO VERDUGO, “Constitutions as moving targets”, *Global Constitutionalism*, vol. 13: 1, 2024, pp. 250-252.

continuam a ser ainda hoje sugestivos e motivadores para novas pesquisas no âmbito disciplinar, não só do Direito, mas também da História. A sua enunciação de diferentes fases para o corporativismo em Portugal é um desses desafios, que merece ser explorado.

2. O corporativismo como alvo móvel

Sabe-se que durante a elaboração da Constituição de 1933 chegaram aos legisladores contributos de vários políticos sobre aspetos da organização política e dos preceitos económicos, alguns de integralistas, que não chegaram a ser inscritos no texto constitucional⁶. Conhecem-se as sucessivas modificações quanto ao carácter a definir para a república portuguesa e a escolha de última hora, na última versão daquele texto antes da sua aprovação final em Conselho de Ministros, por uma “República unitária e corporativa” (art. 5.º)⁷. Existem breves apontamentos sobre versões preparatórias do Estatuto do Trabalho Nacional e conhecem-se as hesitações de Oliveira Salazar, chefe do Governo, em aprofundar o projeto corporativo, contrariando expectativas de outros governantes, encarregados da consolidação da organização corporativa⁸. Recuando um pouco mais, são conhecidas as tentativas de reforma da Constituição de 1911, em

⁶ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A lei de Salazar: estudos sobre a Constituição Política de 1933*, Coimbra, Tenacitas, 2007, pp. 62-65.

⁷ PAULA BORGES SANTOS, “Na génese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura económico-social do autoritarismo português”, *Estudos Históricos*, vol. 31: 64, 2018, pp. 177-196.

⁸ JOSÉ BARRETO, “Estatuto do Trabalho Nacional” in *Dicionário de História de Portugal*, coord. de António Barreto e Maria Filomena Mónica, Porto, Livraria Figueirinhas, vol. VII, 1999, pp. 681-682; FERNANDO MARTINS, *Pedro Theotónio Pereira. O outro delfim de Salazar*, Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2020, pp. 289-330.

que amiúde foi proposto introduzir a representação orgânica para a câmara alta do Congresso⁹. Estes são aspetos, diferentes entre si, que revelam que: não houve acordos sobre o que a nova Constituição deveria integrar, que a redação do texto constitucional mudou e que as expectativas quanto à solução corporativa, nomeadamente no plano da representação política, foram objeto de divergências entre atores políticos. Em suma, a questão parece residir na natureza volátil do corporativismo, passível de diversas resignificações, associadas à modelagem de conteúdos por diferentes correntes ideológicas, doutrinas jurídicas e práticas políticas e judiciais.

Historicamente, constata-se que a plasticidade do corporativismo permitiu a permanência de soluções corporativas em diferentes épocas, com transformações relevantes do seu conteúdo. Ao contrário do que se poderia pensar, esta não é uma questão exclusiva da contemporaneidade¹⁰. O corporativismo pré-liberal foi apropriado por propostas ideológicas críticas do liberalismo, de uma forma que ofuscou a natureza e o lugar das corporações históricas. Convém ter destas corporações um conceito jurídico, aliás ancorado no direito romano, para evitar a captura ideológica da análise das mesmas. No estudo do ordenamento jurídico português, do prisma da regulação das atividades económicas em perspetiva histórica, foi recentemente

⁹ ERNESTO CASTRO LEAL, “República e Constituição: debates parlamentares sobre revisão constitucional em Portugal (1915-1921)”, *Historia Constitucional*, n.º 24, 2023, pp. 665-707.

¹⁰ Essa visão encontra-se na obra de alguns professores de Direito portugueses, entre os quais o professor Pedro Romano Martinez, que ao descrever a evolução histórica do direito do trabalho, fixou três grandes fases para a estrutura corporativa em Portugal, designadamente: a fase anterior ao período liberal, que assinalou como remontando ao século XII; a fase do liberalismo; e, por fim, o que chamou de “corporativismo do Estado Novo”. Cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2019, pp. 82-90.

ênfatisada a noção latina da corporação como uma das formas de associação (juntamente com os *sodalicia* e os *collegia*), que recebia do soberano funções públicas, ou de direito público, distinguindo-se das outras, que permaneciam numa esfera privada¹¹. Assim, corporações seriam tanto as “corporações de ofícios”, irmandades profissionais às quais eram conferidos privilégios locais, como as misericórdias (constituídas sob o modelo de irmandade), organizações do clero regular (nomeadamente as integradas no padroado régio) ou a Universidade. Estas corporações em paralelo com as sociedades (de capitalistas ou negociantes) obtinham da coroa privilégios, exclusivos ou monopólios. Para o argumento deste artigo, este é um exemplo importante porque chama atenção para a longevidade destas soluções institucionais e jurídicas, que recuam ao direito e período romanos¹².

Outro aspeto relevante que se pode imputar ao corporativismo como alvo móvel, prende-se com o facto das suas transformações se interligarem com tentativas de substituição de conteúdos parciais ou totais, com elevados custos de transação para a chegada a um consenso e para a sua manutenção, mesmo no caso de uma solução autoritária. Por exemplo, alguns estudos já assinalaram as críticas de atores políticos e de juristas à organização corporativa desenhada

¹¹ Estas associações mereceram atenção do prestigiado administrativista Marcelo Caetano, que nelas reconhecia antecedentes das chamadas corporações administrativas, assim designadas pelo Código de 1896 (art. 253.º), considerando-as formas anteriores de pessoas coletivas de utilidade pública administrativa. Cf. MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. 1, 10ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 1997, pp. 397-399.

¹² LUÍS AGUIAR SANTOS, *Normatividade e Economia em Portugal: A Regulação da Iniciativa Privada antes do Liberalismo (1603-1834)*, Porto, Media XXI Editora, 2024, pp. 70 e ss, 219 e ss., 326 e ss.

em 1933, e as suas expectativas de reorientação do projeto¹³. Menos exploradas estão as modificações ao projeto corporativo feitas pela governação em função das críticas recebidas ou as alterações introduzidas pelo poder político *per se* com a intenção de reorientar o conteúdo corporativo. Dito isto, é importante distinguir, todavia, que nem todas as modificações provocam uma resignificação, que apenas pode ser identificada como tal quando está em causa a realização de um novo horizonte, a reconstrução da relação entre o Estado e a sociedade. Considero que se pode considerar o problema do alvo móvel, para uma época constitucional, quando coexistem três dimensões: a da crítica ou protesto à solução existente, a da instabilidade das normas formais e a intencionalidade de fixação de uma mudança de fundamentos, nomeadamente na estrutura constitucional. Esta última pode ser tentada por duas vias, através de alterações à constituição ou pela substituição desta, podendo, porém, suceder que não se alcance a sua efetivação.

Esta perspetiva parece-me enriquecer a compreensão das soluções corporativas em Portugal ao longo dos séculos XIX e XX, quer na sua forma tentada, quer na sua institucionalização. Não sendo aqui o lugar para realizar essa análise em profundidade, bastará sublinhar sumariamente que cada regime político da contemporaneidade problematizou a representação política dos interesses, procurou arranjos com associações profissionais e enquadrrou administrativamente as entidades privadas cujos fins coincidiam com atribuições públicas e que concorriam com a Administração. Os fundamentos variaram

¹³ MANUEL DE LUCENA, *Os lugar-tenentes de Salazar. Biografias*, Lisboa, Alêtheia Editores, 2015, pp. 54-55, 87-93, 248-249.

amplamente, a regulamentação e a organização institucional também, por vezes, no caso destas duas últimas, com avanços e recuos num curto espaço de tempo. Cada regime enfrentou críticas ao sistema vigente e assistiu ao surgimento de agendas de substituição, algumas passaram por propostas de alterações da constituição, outras por projetos de lei, propostas de lei e outras ainda não ultrapassaram os limites da discussão política ou doutrinal.

Recorde-se, por exemplo, como o acolhimento do paradigma organicista, desde meados de Oitocentos, nos meios políticos e intelectuais, teve impacto nos modelos de organização política sugeridos no final do século, na conceção dos direitos individuais ou na organização de interesses económicos. As críticas dirigiram-se contra o sistema de partidos e o sufrágio individual, tendo surgido propostas de representação política de base corporativa, que influenciaram gerações posteriores. Entre 1895-1897, experimentou-se a representação por classes na eleição da Câmara dos Deputados. Através do decreto de 28 de março de 1895, reduziu-se a capacidade eleitoral ativa dos eleitores e estabeleceu-se quotas máximas para o número de funcionários públicos e profissionais liberais (advogados e médicos), a eleger para o parlamento. Metade dos lugares nessa câmara (60 em 120 deputados) reservaram-se a representantes dos interesses agrícolas, industriais e comerciais (excluindo, todavia, quaisquer elementos das associações comercial, industrial e de logistas de Lisboa, que se encontravam dissolvidas, como em seguida se verá). A impreparação dos parlamentares para o trabalho legislativo, associada à dificuldade de encontrar uma fórmula para avaliar a importância, extensão e valor de cada classe, fragilizaram esta primeira experiência de

representação orgânica. Impopular, também pela extinção dos círculos uninominais e por dificultar a representação das minorias, este mecanismo eleitoral foi rapidamente abandonado¹⁴. No plano económico, aprofundou-se a ideia de fiscalização e de tutela do Estado sobre todo o tipo de entidades. Em 1894, a incompatibilização das principais associações de classe com o Governo (Associação Comercial de Lisboa, Associação Industrial de Lisboa e Associação Comercial dos Logistas de Lisboa), a propósito dos aumentos fiscais, levaria à ilegalização das primeiras e à fundação da Câmara de Comércio e Indústria, encarregada de elaborar parecer técnicos para o Executivo, que, por sua vez, nomeava a direção. Tratava-se de uma perda significativa de autonomia para as associações de classe, que anteriormente dirigiam-se diretamente ao parlamento e ao governo. Contudo, três anos mais tarde, revertia-se esta experiência, dissolvendo-se aquela câmara e voltando as associações a ser legalizadas¹⁵.

Entre 1910 e 1926, foi retomada a discussão sobre a representação política orgânica, tendo vários partidos republicanos, da esquerda à direita do espectro partidário, apresentado propostas constitucionais, visando instituir a representação de classes no Senado¹⁶. Durante o breve consulado de Sidónio Pais, através do decreto n.º 3997 de 30 de março de 1918, chegou a ser alterada a composição

¹⁴ PAULO OTERO, “Corporativismo político”, in *Dicionário de História de Portugal*, coord. de António Barreto e Maria Filomena Mónica, Porto, Livraria Figueirinhas, vol. VII, 1999, pp. 425-427; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “A representação orgânica”, in *Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926*, coord. de Fernando Catroga e Pedro Tavares de Almeida, Lisboa, Assembleia da República e Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, pp. 118-129.

¹⁵ LUÍS AGUIAR SANTOS, *Comércio e Política na Crise do Liberalismo. A Associação Comercial de Lisboa e o reajustamento do regime protecionista português, 1885-1894*, Lisboa, Edições Colibri, 2004, pp. 174-181.

¹⁶ ERNESTO CASTRO LEAL, *op. cit.*

do Senado, introduzindo-se ali uma dupla representação: territorial e profissional. Esta disposição, contudo, não resistiria ao fim do si-donismo, sendo revogada. Sectores monárquicos, como a facção do Integralismo Lusitano, e católicos desenvolveram também propostas organicistas, valorizando as funções da família, do município e da corporação. Quanto às corporações administrativas, a sua regulamentação mudou ao longo do republicanismo, por iniciativa de vários governos. Sujeitas a normas especiais de tutela e fiscalização pelo Estado, estas corporações preservaram, porém, a sua autonomia interna. Paralelamente, perante dificuldades crescentes do poder político face às reivindicações do associativismo laboral e à crescente conflituosidade social, emergiu uma sensibilidade largamente favorável a uma organização corporativa, ainda que sem substituição do elemento democrático liberal, donde vultos eminentes do republicanismo, como o ex-chefe de Estado, Bernardino Machado, tenham defendido a compatibilização entre “liberdades corporativas” e “liberdades individuais”, afirmando que a república era “democrática e corporativa”¹⁷.

Embora o conhecimento destas ideias e experiências na época liberal, designadamente no período compreendido entre 1834 e 1926 seja ainda muito reduzido, é possível afirmar que nesse hiato se sucederam diferentes perspetivas do corporativismo. Em alguns institutos e normas, bem como nos discursos políticos e jurídicos, afloraram orientações multidirecionais que divergiram das soluções corporativas pré-liberais. De resto, as propostas do que pode chamar-se o

¹⁷ BERNARDINO MACHADO, *O projeto de constituição ditatorial*, s.l: s.n, 1932, pp. 18-21.

“corporativismo liberal”, relativo ao intervalo temporal de 1834-1926, apresentaram também diferenças assinaláveis entre si. Por exemplo, para o publicista Oliveira Martins, a representação política de interesses resultava como solução para a pulverização do Estado em indivíduos e à continua confrontação de interesses partidários, capaz de garantir a cooperação do corpo social e de garantir a paz social, pondo fim à revolução em permanência. Trinta anos depois, o princípio da representação de interesses era sustentado pelo eminente professor de Direito, Marnoco e Sousa, como necessário para integrar o indivíduo na função social que desempenhava na nação. Uma consideração ligada, naquele mesmo autor, à redução política da representação e à sua redução a ideia funcional, isto é, ao entendimento da representação como sendo uma seleção de capacidades e não uma delegação de poder¹⁸.

As diferenças transcenderam o plano doutrinal e tiveram manifestações claras no plano legislativo. Um exemplo elucidativo encontra-se nos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1911. Procurando redignificar o trabalho parlamentar e estabelecer um corte simbólico com o modelo que vigorara na monarquia, o projeto primitivo de texto constitucional, elaborado por uma comissão de cinco deputados eleitos para realizarem a sua elaboração, previu a existência de uma segunda câmara, designada senado, formada pela representação dos municípios, com a alegação de que era na organização administrativa que se poderia encontrar o que de exclusivamente orgânico

¹⁸ JOSÉ GOMES CANOTILHO, “Representação: entre a forma de governo representativa e a representação de nada no direito constitucional português”, in *Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926*, coord. de Fernando Catroga e Pedro Tavares de Almeida, Lisboa, Assembleia da República e Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, p. 146.

existia na sociedade portuguesa. Essa abordagem foi atacada durante a discussão parlamentar com o argumento de que tal composição não permitia representar os diversos agregados sociais, dado que incidia exclusivamente nas câmaras municipais, e agravava a (indesejável) politização destas. Uma intensa reação dos deputados constituintes levou, contudo, ao abandono dessa posição e à construção de uma nova proposta de composição do senado, a constituir por: senadores eleitos pelas corporações administrativas do continente, ilhas adjacentes e províncias ultramarinas; por delegados do corpo docente primário, secundário, universitário, especial e técnico de todo o território, e finalmente, por delegados dos agricultores, comerciantes, industriais e operários constituídos separadamente em colégios eleitorais. A insatisfação com esta possibilidade, argumentando-se que apenas serviria para promover a representação de algumas classes (ficando excluída a representação da magistratura, de outras profissões liberais, como os médicos, dos militares, engenheiros, etc.) e não dos interesses da Nação, conduziria, no entanto, à rejeição desta solução. Num último esforço, foi avançada a hipótese de fazer eleger a segunda câmara pelas corporações de classe legalmente organizadas. Tal privilegiava as associações operárias, as únicas constituídas, e exigia que, de futuro, outras profissões se organizassem também em associações. Esta possibilidade foi também rejeitada e considerou-se inaplicável a representação dos interesses sociais em Portugal. A solução viabilizada e inscrita na Constituição de 1911 (artigo 9.º), ainda que não completamente consensual, passou por fazer eleger tantos senadores quantos resultassem da eleição de três

indivíduos por cada distrito do continente e ilhas adjacentes e de um indivíduo por cada província ultramarina¹⁹.

Também questões como a da utilidade pública, conduziram a repensar o papel do Estado e dos particulares no tema dos monopólios artificiais, registando-se um transito, desde o final da monarquia, que acentuou simpatias por dinâmicas de descentralização regional e de municipalização de explorações de recursos naturais ou bens industriais. Oscilações registaram-se ainda quanto ao modelo sindical, verificando-se, com particular incidência depois de 1913, a disseminação, entre simpatizantes de propostas orgânicas, da tese do chamado sindicalismo integral, idealizado por Leon Duguit, e com boa receção, por exemplo, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra²⁰.

Não surpreende, portanto, que ideias e experiências corporativas sustentadas ao longo do período republicano tivessem sido, entre 1926 e 1974, suplantadas por soluções do corporativismo autoritário. Dentro deste último sustento que é possível distinguir duas etapas: a fase legislativa experimental, decorrida entre 1926 e 1933, e a fase legislativa estrutural, depois de abril de 1933, mês da promulgação da Constituição Política, até final do autoritarismo. Neste artigo, a título de teste do argumento aqui desenvolvido, e por razões de tempo e de espaço, ocupo-me apenas da primeira fase, considerando que a segunda é também genericamente mais conhecida e estudada.

¹⁹ FERNANDO CATROGA, *O Republicanismo em Portugal. Da Formação ao 5 de Outubro de 1910*. 3ª. ed., Alfragide: Casa das Letras, 2010, pp.168-172.

²⁰ MARNOCO E SOUZA, *Constituição Política da República Portuguesa. Comentário*, reedição, [Lisboa], Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2011, p. 98.

3. Processo constitucional e propostas de organização corporativa

Antes do golpe militar de 1926, várias tensões comprometiam a construção do ideal republicano de democracia, criado sobre as ideias de extensão do sufrágio individual, de revalorização do parlamento e de progresso social. As dificuldades não eram recentes, uma vez que, praticamente desde 1911, a República apresentava problemas constantes: a substituição de uma dinâmica multipartidária competitiva pelo domínio constante do Partido Republicano Português (PRP) sobre o sistema político; a queda sucessiva de governos, determinada por um parlamento instável; uma violência política inaudita, instigada pelo PRP, com apoio de milícias armadas; forte desconfiança do poder político em relação às associações de classe e violenta repressão dos protestos dos trabalhadores²¹. O regime militar, imposto em 1926, abordou os vários desequilíbrios republicanos de forma autoritária.

Além da gestão da turbulência política induzida pelo golpe militar, que provocou uma avassaladora sucessão de governos e de intentonas militares, suportadas por fações de militares e lideranças civis que procuraram hegemonizar a situação a seu favor, a nova classe política dirigente herdou dos anos finais da República a questão constitucional, isto é, o debate sobre a necessidade de reformar e adequar ou não a Constituição de 1911 à realidade política que o

²¹ FERNANDO CATROGA: “Transição e Ditadura em Portugal nos primórdios do Século XX”, IN *Portugal 1974. Transição Política em Perspetiva Comparada*, coord. de Rui Cunha Martins, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 31-95, esp. pp. 44-45.

País atravessava, bem como a necessidade de encontrar soluções para uma grave crise social e económica, aprofundada na sequência da I Guerra Mundial. Nos primeiros anos, o exercício do poder coube maioritariamente a militares, com a presença de diversos oficiais como titulares de pastas ministeriais, chefes dos Executivos, e ainda na Presidência da República. Encerrado logo em junho de 1926, o Congresso da República, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, bem como a sua comissão administrativa e todas as suas comissões parlamentares de carácter transitório e permanente, não reabriu. Somente em 1928 o Presidente da República adquiriu legitimidade sufragada pelas urnas, em eleição por sufrágio direto (embora não concorrencial), fixando-se em cinco anos o mandato presidencial. As fações militares apenas perderam capacidade de condução dos acontecimentos governativos, depois de Oliveira Salazar ter emergido como protagonista influente nos Executivos, em 1929, e ascendido a chefe do Governo, a partir de julho de 1932, com proteção do chefe de Estado, o general Óscar Carmona.

Sensivelmente até dezembro de 1929, decretos com força de lei emanados com o propósito de tornar operativo o exercício do poder executivo no quadro imediato de uma quebra de regime, e não tanto pela intenção de criar uma nova racionalidade para o sistema político, representaram as principais alterações à Constituição de 1911. Tratava-se de encontrar um mínimo de estabilidade institucional, assegurando que não se experimentava um vazio de poder, enquanto se procurava uma clarificação do processo político. Para a questão constitucional, tal clima significou uma acumulação de contradições, com origem na disputa política, e sucessivas paragens no processo de

decisão sobre o tema, sobretudo, perante a falta de consenso sobre como organizar os poderes do Estado e sancionar os direitos dos cidadãos. Tal alterar-se-ia gradualmente, com o arranque do processo constitucional, formalmente iniciado com a criação do Conselho de Estado em 1930 e tornado possível pelo triunfo da componente civil no sistema de governo, onde Salazar possuía ainda a qualidade de ministro.

Na generalidade, tal processo foi marcado por uma acentuada fluidez da situação político-jurídica. Desencadearam-se complexos procedimentos de elaboração da nova constituição e, em paralelo, surgiram algumas agendas de substituição de algumas matérias, nomeadamente as relacionadas com opções corporativas. Os trabalhos constituintes foram modelados por três escolhas principais: uma, a opção definitiva pela elaboração de um novo texto constitucional, abandonando-se a ideia de reforma da Constituição de 1911; outra, a recusa em atribuir a redação da nova constituição a uma assembleia constituinte; por último, a decisão de realizar consultas públicas sobre o novo texto constitucional, primeiro na versão de projeto, depois de plebiscito à nova constituição. Num processo em que Salazar emergiu como o principal agente governativo responsável pela estabilização dos conteúdos constitucionais, negociados com o presidente da República, o Conselho de Ministros e o Conselho Político Nacional, (optando por realizar esse trabalho sem lhe dar publicidade, agindo com total discrição), a consulta pública projetava, junto da população, a ideia de um processo participativo e não definitivo. O poder político cuidou, no entanto, de impor vários condicionalismos (censura, além de instruções aos diretores dos jornais) que

limitaram a discussão pública logo na primeira consulta, em julho de 1932. Ainda assim, diversas críticas foram feitas ao texto constitucional e, de entre elas, sobressaiu a organização corporativa contemplada no projeto.

Os partidários de uma constituição de feição liberal, que se manifestaram no jornal *O Século*, denunciaram a opção pelo sufrágio orgânico nas eleições para as juntas de freguesia, câmaras municipais, conselhos de província, cerca de metade da Assembleia Nacional (futura câmara política do regime), e para a presidência da República, considerando que a insuficiência da organização corporativa, como se encontrava na época, impedia substituições do voto individual. Lembrando que o Governo não conseguira sequer colocar em funcionamento o Conselho Superior de Economia Nacional, criado em 24 de setembro de 1931 pelo decreto-lei n.º 20342, Simões notava o “papel exagerado e até desconforme” dos preceitos constitucionais em matéria de representação orgânica. Recordava que, de acordo com os recenseamentos eleitorais de 1931 e 1932 apenas existiam 444 corporações com direito de voto, o que “não atingia sequer a média de uma para cada grupo de dois concelhos”. Em contrapartida, o estabelecimento de uma câmara corporativa para assessorar a Assembleia Nacional suscitou algum entusiasmo. Em parte, a justificação para a aprovação dessa solução encontrava-se no argumento com que o antigo deputado constituinte de 1911, Alberto Souto, saudou aquela criação: a ideia de que os políticos precisavam de técnicos como conselheiros. Uma expectativa benévola quanto à segunda câmara manifestava-se, em rigor, entre personalidades afetas a vários círculos políticos e resultava do facto da ideia de uma câmara de

representação orgânica ser considerada, entre as elites da época, como solução ideal para combater as alegadas atitudes viciosas dos partidos políticos e as falhas do parlamentarismo. Também Luís de Magalhães, respeitado pensador liberal e ex-ministro de João Franco, reconheceu, ainda que com menos entusiasmo, valor na opção por uma assembleia legislativa, coadjuvada por uma câmara corporativa. Na sua visão, o estudo técnico atribuído à futura câmara corporativa pecava, no entanto, por não ultrapassar as competências das comissões parlamentares da monarquia constitucional e era, por isso, pouco ambicioso. Alegava que uma profunda mudança só se registaria com a instauração de um sistema bicameral, formado por uma câmara de deputados de representação local, e por outra de representação dos elementos sociais, instituições políticas e administrativas. Não secundava, porém, a escolha feita para o sufrágio da eleição do chefe de Estado, considerando que excluiria milhares de eleitores²².

Alguma simpatia por uma câmara corporativa foi também expressa pela oposição agregada à volta dos intelectuais envolvidos no projeto cultural *Seara Nova*, de matriz republicana de esquerda, para quem a apresentação de uma nova constituição não era essencial e resultava mais eficaz uma profunda reforma do Código Civil. Apesar da proposta de segunda câmara do projeto constitucional não coincidir exatamente com o que preconizava, desde meados da década de 1920, António Sérgio, um dos principais doutrinadores políticos seareiros, existiam vasos comunicantes entre ambas as concepções,

²² *Diário de Notícias*, 18 e 24 de junho e 8 de julho de 1932, entrevistas realizadas a Luciano Monteiro, Luís de Magalhães e Alberto Souto, publicadas nas primeiras e segundas páginas do jornal.

que assentavam no reconhecimento de valor à ideia de representação orgânica e na necessidade de controle dos excessos parlamentares. Influenciado pelas soluções da Constituição alemã de 1919, Sérgio apontava como ideal o estabelecimento de um conselho técnico nacional, dotado de voto consultivo e com direito de iniciativa. Esse conselho funcionaria a par de uma câmara política de eleição popular, dotada de poder de decisão, ainda que limitado à votação de bases de leis²³.

Menos complacente revelou-se a Junta Central do Integralismo Lusitano, que manifestou intenção de apresentar propostas de correção às fórmulas representativas nas organizações política e profissional. Com efeito, essas *démarches* aconteceram, tendo as lideranças integralistas, designadamente Hipólito Raposo e José Pequito Rebelo, enviado a Salazar, por intermédio do magistrado Afonso Lucas, sugestões de alterações ao projeto constitucional. Contudo, não é exato que só durante a consulta pública os integralistas tivessem conhecido o projeto constitucional e iniciassem esforços para influenciar os poderes com capacidade de criação constitucional; ao que demonstra a documentação existente no arquivo de Oliveira Salazar, Afonso Lucas havia já tecido comentários ao articulado da segunda versão do projeto constitucional. Aí discordara da publicação da constituição antes do País estar organizado em corporações e sugerira que se criassem conselhos corporativos junto de cada ministério, em especial um Conselho Económico, junto do ministério da Economia. Caberia a esses conselhos formar a Assembleia Nacional, cujos representantes poderiam ser eleitos por sufrágio orgânico. Mais

²³ *Seara Nova*, fevereiro a maio de 1932, janeiro de 1933.

tarde, sobre a terceira versão do projeto, insistiu que o Estado não deveria reconhecer “corporações ou agremiações que se baseiam no princípio da luta de classes, nem as que tendam à luta civil dos partidos, nem as que dependam de seitas secretas”. Quando, finalmente, em dezembro de 1932, enviou a Salazar dois projetos constitucionais elaborados por Hipólito Raposo e Pequito Rebelo, defendeu simplesmente a criação de uma “câmara única com representação unicameral e corporativa”, com funções “representativa e informativa”, sem embargo da capacidade de votar as bases gerais dos regimes jurídicos, além de assumir o desejo de orientar o Movimento Nacional-Sindicalista para preparar a organização sindical e corporativa. Paralelamente, por esses dias, José Pequito Rebelo, em entrevista ao *Diário de Notícias*, sustentava a rejeição do projeto constitucional, em nome da consagração que ali era feita do presidencialismo, da organização corporativa (inexistente na sua perspetiva) e de uma câmara corporativa sem poderes legislativos²⁴.

É importante notar que os esforços integralistas para participar na modelagem dos conteúdos constitucionais fracassaram ao longo de todo o processo constitucional. Incapazes de evitar terem sido arredados dos centros com capacidade de criação constitucional (sem assento no Governo e no Conselho de Ministros), sem capacidade de lhes impor negociações (tão pouco tinham proximidade ao chefe de Estado ou haviam sido bem sucedidos no jogo de influências sobre o Conselho Político Nacional, apesar de contarem com alguma simpatia de José Alberto dos Reis), e marginalizados por Salazar,

²⁴ *Diário de Notícias*, 10 de setembro de 1932, p. 1; PT/TT/AOS/CO/PC-5: carta de Afonso Lucas, datada de 13 de dezembro de 1932, dirigida a Salazar.

desde a crise política que provocara a demissão do Governo do general Domingos de Oliveira, os integralistas não inverteram a sua desvantagem, nem criaram qualquer contestação capaz de perturbar a aprovação da nova constituição no plebiscito de 1933.

A opção por colocar à consulta pública o projeto da nova constituição, em 28 de maio de 1932, significara que os poderes com capacidade de criação constitucional não reuniam força suficiente para impor o texto constitucional. Todavia, entre o momento de abertura e de fim do período da consulta pública, a queda do Governo do general Domingos de Oliveira e a nomeação de Salazar para chefe do Governo alteraram a correlação de forças, permitindo maior coesão no interior do Executivo, com fortalecimento do seu poder. Tal foi determinante para o encerramento do período de consulta pública e para a fixação da fórmula final sobre algumas matérias constitucionais disputadas. Apesar de alguma transigência com propostas veiculadas durante o período de consulta pública, os poderes com capacidade de criação constitucional beneficiaram da fragmentação e da debilidade das forças republicanas, que haviam apoiado o golpe militar mas pretendiam o regresso ao regime parlamentar liberal e que detinham alguma capacidade de contraposição no interior dos órgãos constituintes²⁵, e, conseguindo manter a maioria das suas preferências iniciais, fecharam o processo constitucional em vantagem.

Os maiores ajustamentos que o texto final da Constituição revelou, face ao projeto de 1932, disseram respeito exatamente às opções corporativas, consagrando-se: i) a definição da república como

²⁵ JOSÉ MIGUEL SARDICA, “O crepúsculo do republicanismo militar conservador: José Vicente de Freitas Perante a Constituição de 1933”, *Ler História*, 75, 2019, pp. 20-37.

unitária e corporativa (art. 5.º), abandonando-se a fórmula apresentada em maio de 1932²⁶; ii) a eleição por sufrágio direto nas eleições para o Presidente da República e para a Assembleia Nacional; iii) a existência, a par da Assembleia Nacional, de uma Câmara Corporativa, composta por representantes de autarquias locais e de interesses sociais (ordem administrativa, moral, cultural e económica), com poderes meramente consultivos. Sem alterações, mantiveram-se na versão final da Constituição: o reconhecimento das corporações morais e económicas pelo Estado, que se comprometia a promover e a auxiliar a sua formação; a eleição das juntas de freguesia pelos chefes de família; a eleição das câmaras municipais pelas juntas de freguesia e corporações morais e económicas; a eleição dos concelhos de província pelas câmaras municipais e corporações morais e económicas; a ideia de que o Estado promoveria “a formação e desenvolvimento da economia corporativa” (art. 34.º da versão final, 32.º da versão de maio).

Depois de promulgada, em abril de 1933, a nova Constituição não conseguiu convencer as forças políticas perdedoras no debate constitucional, nem sectores alargados da sociedade, desde forças económicas, passando por profissionais liberais (por exemplo, alguns sectores da advocacia²⁷) ou entidades da sociedade civil (como a própria hierarquia da Igreja Católica), de que se tinha inaugurado *ex novo*

²⁶ No projeto de Lei Fundamental submetido àquela consulta pública, o art. 6.º (art. 5.º na versão final) tinha a seguinte redação: “O Estado português adota como forma de governo a República organicamente democrática e representativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis”.

²⁷ *O Direito*, “Crónica Legislativa”, Ano 65: 8, pp. 234-236; VISCONDE DE CARNAXIDE, “Contribuição para o balanço jurídico de 1933”, *O Direito*, Ano 66: 1, pp. 2-6.

uma nova era corporativa²⁸. Estranhava-se a subordinação da Câmara Corporativa no sistema político que fora desenhado e a falta de concessão de maior autonomia à sociedade civil, perante a forte submissão dos interesses particulares, inclusive os dos grupos sociais primários, ao interesse geral definido pelo Estado. Havia incertezas sobre o que definia os “organismos corporativos”, que eram objeto do Título IV da I Parte da Constituição. Colocava-se o problema das corporações do novo regime corporativo serem de carácter e funções muito distintas das associações e instituições de beneficência a que se referia o art. 23.º do ainda vigente Código Administrativo de 1896. Existia, sobretudo, expectativa quanto à regulamentação que seria feita da organização corporativa, em especial no seu carácter económico e de atividade social, assinalada constitucionalmente. Neste ambiente, os diplomas complementares da Constituição de 1933 relativos à organização corporativa e à regulamentação do trabalho, apresentados depois do plebiscito constitucional, serviram para esclarecer, sobretudo, sobre os organismos com funções de disciplina no campo da produção e no campo das relações de trabalho. Porém, não foram acolhidos com entusiasmo e persistiram dúvidas sobre a sua razoabilidade, isto é, sobre as possibilidades reais de criação dos organismos projetados e sua administração.

²⁸ PAULA BORGES SANTOS, *A Segunda Separação. A Política Religiosa do Estado Novo (1935-1974)*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, pp. 76-81.

4. A fase legislativa experimental do corporativismo autoritário

A publicação do Estatuto do Trabalho Nacional e dos cinco decretos-lei (n.ºs 23.049 a 23.053) de 23 de setembro de 1933 encerrou um período de vários anos de hesitações sobre as opções corporativas a implementar, decorrida entre maio de 1926 e março de 1933, a que chamo de fase legislativa experimental do corporativismo autoritário. Nesse período, encontram-se diferentes tentativas de cariz corporativo para regulação das associações de classe e reorganização das atividades económicas, postas em marcha por diferentes Executivos. Alguns desses esforços conheceram forma legislativa, mas acabaram por encontrar resistências de interesses organizados e tornaram-se letra morta, sendo depois revogados. Nuns casos, os diplomas buscaram um aperfeiçoamento do que fora previamente estabelecido (como sucedeu, por exemplo, com a legislação de 1927 relativa às corporações administrativas, precisando a sua definição, os serviços que prestavam e atribuições dos seus funcionários²⁹); noutros casos, mudaram os princípios que constituíam o fundamento da legislação. Regista-se que a questão da organização corporativa sofreu avanços e retrocessos temporais, mereceu declarações e compromissos das principais figuras da governação, envolveu também agendas de substituição, num ambiente político marcado pela concorrência de projetos no interior da classe política dirigente, a que não era alheio o próprio processo de elaboração da Constituição (pela oportunidade que representava para a consagração de uma solução

²⁹ Portaria n.º 4948 de 19 de julho de 1927, decreto n.º 13.995 de 28 de julho de 1927, portaria n.º 5034 de 19 de setembro de 1927.

corporativa). Embora este seja um assunto que pede mais investigações, alguns dados empíricos e estudos históricos, que exploram a génese do corporativismo autoritário, revelam a existência de esforços de organização corporativa com diferentes orientações realizados entre 1926 e 1933.

Tal é o caso do decreto n.º 18.731 de 25 de julho de 1930 que promovia o desenvolvimento do associativismo agrícola através da organização dos sindicatos locais em uniões ou federações de sindicatos agrícolas. Este diploma surgia na sequência de tentativas anteriores, suscitadas pelo art. 19.º do decreto n.º 13.734 de 31 de maio de 1927, e procurava simplificar um regime que no terreno, designadamente na região algarvia, dificultara a constituição de federações. Face ao decreto n.º 10415 de 27 de dezembro de 1924, que reconheceria, pela primeira vez, as federações ou uniões de sindicatos profissionais constituídas de forma independente de autorizações governativas, ambos os diplomas representavam um agravamento da ingerência do Governo sobre o associativismo sindical. Outro exemplo é o decreto n.º 20.342 de 24 de setembro de 1931, que criou o Conselho Superior de Economia Nacional (CSEN). A criação deste conselho fora sugerida num anteprojeto preparado em 1919 por uma comissão, criada pelo ministro do Interior, encarregada de repensar as organizações operárias. Anos depois, em 12 de abril de 1927, o decreto n.º 13457, estabeleceu um organismo com a mesma designação, por iniciativa do ministro da Guerra, o tenente-coronel Passos e Sousa, que acabou por não passar do papel³⁰. Mais tarde, em fevereiro de 1931, seria a vez do ministro do Interior, coronel

³⁰ A Voz, 30 de março de 1927, p. 6.

Lopes Mateus, criar uma comissão encarregada de produzir um diploma que regulasse “o trabalho nas suas relações com o capital, estabelecendo as bases das associações operárias e patronais na sua maior amplitude”³¹. Desconhece-se que diploma terá produzido aquela comissão. Tampouco se sabe se o decreto n.º 20.342 teve origem no seu trabalho.

Nesse diploma, os legisladores apresentavam o CSEN como estando vocacionado para o estabelecimento de diretrizes à produção, apuradas após auscultação a uma estrutura hierarquizada de novos organismos, dispostos a nível municipal, distrital e nacional, de atividades económicas (agricultura, comércio, indústria, colónias e trabalho), destinados a substituir as associações de classe existentes. O CSEN funcionaria na dependência da presidência do Governo, então liderado pelo general Domingos de Oliveira, com funções consultivas. No extenso preâmbulo que precedia o articulado eram valorizados os princípios da liberdade do trabalho e da iniciativa económica individual, ainda que limitados pelo interesse nacional, definido como tal pelo Estado, e assumia-se o combate ideológico ao regime parlamentar (e à sua insuficiente organização de interesses) e ao associativismo livre. O discurso de 30 de julho de 1930 de Salazar, ministro das Finanças, era longamente citado para fundamentar a opção por um extenso sistema orgânico, muito embora tal não tivesse sido proposto por aquele governante (naquela ocasião, como de resto em nenhuma outra). Apesar de publicado, o decreto n.º 20.342 não foi implementado. Para tanto, terá contribuído a sua má receção entre

³¹ FERNANDO MARTINS, *Pedro Theotónio Pereira. O Outro Delfim de Salazar*, p. 276 e p. 947, nota 159.

forças políticas, em especial de monárquicos tradicionalistas e integralistas³², que se pronunciaram ainda na fase em que foi publicado o projeto do diploma, mas também das associações de classe, como a União de Interesses Económicos e de sindicatos livres, perante a perspectiva ali criada de virem a ser absorvidos e desmantelados³³.

Após a subida de Salazar à chefia do Executivo, este tipo de soluções foi abandonado. À semelhança do que havia sucedido com o processo de elaboração do texto constitucional, aquele governante concertou os princípios da organização corporativa e as primeiras versões da legislação corporativa de 1933 em reuniões do Conselho de Ministros, que convocou, algumas presididas pelo chefe de Estado³⁴. A substituição de orientações representou uma crítica à solução que se desenhara até julho de 1932, promovida por alguns inimigos políticos de Salazar e dos seus homens fortes. Embora tenha continuado a ser preservada uma organização corporativa unitária, hierárquica e subordinada à orientação do Governo, bem como uma orientação anti-individualista, favorável à afirmação da realidade das pessoas coletivas e da sua sujeição ao interesse da Nação (“interesse nacional”, tal como interpretado pelo Estado), foi rejeitada uma proposta corporativa assente num padrão de elevada relação institucional entre os interesses organizados e os centros de tomada de decisão política, como pressupunha o modelo do CSEN. Tal correspondia, aliás, às opções fixadas na Constituição³⁵. Pela mesma razão, na

³² A Voz, 23 e 28 de agosto de 1931, respetivamente p. 1 e p. 3.

³³ JOSÉ BARRETO, “Estatuto do Trabalho Nacional”, p. 682.

³⁴ FERNANDO MARTINS, *ibidem*, p. 302. No aperfeiçoamento da redação desses diplomas interveio depois Pedro Teotónio Pereira, na qualidade de subsecretário de Estado das Corporações, seguindo instruções de Salazar.

³⁵ PAULA BORGES SANTOS, “Na génese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura económico-social do autoritarismo português”, pp.

preparação da legislação corporativa de 23 de setembro de 1933, não foram aproveitados os documentos preparados pelo advogado Qui-rino de Jesus, nomeadamente os projetos Ato das Corporações e Diploma dos Conselhos Administrativos, onde igualmente sobressaía uma densa malha de organismos corporativos a criar de raiz, e uma versão de Estatuto do Trabalho Nacional. Ainda assim, este último projeto de diploma parece ter sido utilizado como base do Estatuto publicado pelo decreto n.º 23.048.

Na inauguração da fase corporativa estrutural, fixaram-se os seguintes princípios norteadores para a organização corporativa: o enquadramento separado dos trabalhadores e das associações patronais; a necessidade de reconhecimento por parte do Estado dos organismos corporativos; a inexistência de liberdade sindical; a representação por categoria e a unicidade representativa; a discriminação positiva das organizações profissionais que exercessem atividade em ramos organizados corporativamente; o reconhecimento da personalidade jurídica a sindicatos nacionais e grémios e o seu carácter público; a autonomia administrativa dos organismos corporativos; a submissão daqueles organismos ao controle e fiscalização do Estado; o privilegiar da proteção legal da situação individual do trabalhador; a forte limitação e controlo imposto à ação coletiva laboral³⁶.

178-191.

³⁶ VITAL MOREIRA, *Direito Corporativo [Tópicos das lições do ano letivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]*, Coimbra, Unitas/Cooperativa Académica de Consumo, 1973, p. 191; FÁTIMA PATRIARCA, *A questão social no salazarismo 1930-1947*, vol. 1, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1995, pp. 227-236; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Coletiva-volume I*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022, pp. 689, 696-715.

5. Considerações finais

Em termos gerais, após o golpe militar de 28 de maio de 1927 e até setembro de 1933, registaram-se mudanças frequentes na legislação corporativa, que não foram suportadas por nenhuma construção doutrinal sistemática da organização corporativa³⁷. Tais mudanças documentam projetos fracassados de elaboração da legislação corporativa. Esse fracasso teve causas diferenciadas. Desde a persistência em fórmulas que suscitavam reações de contestação e resistências passivas das associações de classe, até ao próprio ambiente político controvertido, onde o aparelho censório limitava o debate público e lideranças frágeis não manifestavam capacidade de prosseguir com determinadas políticas. A dependência do processo constitucional em curso, no sentido em que na Constituição se fixariam formas e limites da solução corporativa, também tornou difícil apurar o que realmente deveria ser legislado. Enquanto a legislação corporativa foi instável, existiram movimentos para a sua substituição. Não por acaso, uma substituição real de fórmulas criticadas e fracasadas só ocorreu depois de aprovado o documento constitucional, tornando-se possível tecer uma regulamentação da organização corporativa que finalmente estabilizou. Os decretos de 1933 mudaram aspetos cruciais e definiram a organização corporativa autoritária. Embora a nova legislação corporativa não tenha suscitado entusiasmo entre os agentes económicos e forças políticas, a verdade, o poder político passara a deter capacidade de imposição do seu projeto corporativo. Uma imposição que exigiu diversas negociações do

³⁷ VITAL MOREIRA, *ibidem*, p. 99.

Governo, especialmente do subsecretário das Corporações junto das associações patronais, sessões de esclarecimento de proximidade conduzidas pelos governadores civis³⁸, sem dispensar ainda, nos meses de julho a outubro de 1933, maior controle da censura sobre a imprensa, com forte constrangimento do debate público sobre as opções corporativas apresentadas.

Nos anos seguintes e até final do autoritarismo português, os princípios corporativos mantiveram-se vivos, mas a sua atualidade e permanência foi, acima de tudo, doutrinal. Criada por iniciativa do Governo, a maioria dos organismos corporativos não teve senão reduzidas atribuições especificamente económicas. Associações patronais e sindicatos (formados a partir de sindicatos livres, aos quais foi imposto a alteração de estatutos) mantiveram funções de disciplina das relações de trabalho, nomeadamente a realização de convenções coletivas de trabalho, mas o Estado aumentou a tutela sobre os organismos corporativos, que funcionaram como instrumento de administração indireta da economia, variando no grau com que partilhavam essa função com a administração estatal e na extensão em que estavam sob controle do Estado. À passagem dos anos, a participação do Estado na vida económica intensificou-se, bem como o seu controlo da economia. Estes foram alguns aspetos que alteraram profundamente o corporativismo autoritário ao longo da sua fase legislativa estrutural, donde cumpre afirmar que então, através da legislação ordinária e da jurisprudência, o corporativismo voltou a converter-se num alvo móvel.

³⁸ FERNANDO MARTINS, *ibidem*, pp. 289-306; FÁTIMA PATRIARCA, *ibidem*, p. 252.

Bibliografia

ARAÚJO, ANTÓNIO DE, A lei de Salazar: estudos sobre a Constituição Política de 1933, Coimbra, Tenacitas, 2007.

BARRETO, JOSÉ, “Estatuto do Trabalho Nacional” in Dicionário de História de Portugal, coord. de António Barreto e Maria Filomena Mónica, Porto, Livraria Figueirinhas, vol. VII, 1999, pp. 680-684.

CAETANO, MARCELO, Manual de Direito Administrativo, vol. 1, 10ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 1997.

CANOTILHO, JOSÉ GOMES, “Representação: entre a forma de governo representativa e a representação de nada no direito constitucional português”, in Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926, coord. de Fernando Catroga e Pedro Tavares de Almeida, Lisboa, Assembleia da República e Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, pp. 142-153.

CARNAXIDE, VISCONDE DE, “Contribuição para o balanço jurídico de 1933”, O Direito, Ano 66: 1, pp. 2-6.

CATROGA, FERNANDO, O Republicanismo em Portugal. Da Formação ao 5 de Outubro de 1910. 3ª. ed., Alfragide: Casa das Letras, 2010.

IDEM, “Transição e Ditadura em Portugal nos primórdios do Século XX”, IN Portugal 1974. Transição Política em Perspetiva Comparada, coord. de Rui Cunha Martins, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 31-95.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, “A representação orgânica”, in Res Publica: Cidadania e Representação Política em Portugal, 1820-1926, coord. de Fernando Catroga e Pedro Tavares de Almeida, Lisboa, Assembleia da República e Biblioteca Nacional de Portugal, 2010, pp. 112-141.

LEAL, ERNESTO CASTRO, “República e Constituição: debates parlamentares sobre revisão constitucional em Portugal (1915-1921)”, Historia Constitucional, n.º 24, 2023, pp. 665-707.

LUCENA, MANUEL DE, Os lugar-tenentes de Salazar. Biografias, Lisboa, Alêtheia Editores, 2015.

MACHADO, BERNARDINO, O projeto de constituição ditatorial, s.l: s.n, 1932.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Direito do Trabalho, 9ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2019.

MARTINS, FERNANDO, Pedro Theotónio Pereira. O outro delfim de Salazar, Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2020.

MOREIRA, VITAL, Direito Corporativo [Tópicos das lições do ano letivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra], Coimbra, Unitas/ Cooperativa Académica de Consumo, 1973.

OTERO, PAULO, “Corporativismo político”, in Dicionário de História de Portugal, coord. de António Barreto e Maria Filomena Mónica, Porto, Livraria Figueirinhas, vol. VII, 1999, pp. 425-430.

PATRIARCA, FÁTIMA, A questão social no salazarismo 1930-1947, vol. 1, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1995.

POLANYI, KARL, “Sozialistische rechnungslegung”, Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Separat-Abdruck, vol. 49, n.º 2, 1992, pp. 378-379, republicado em versão traduzida para espanhol em: Archivo Polanyi (I). Crisis, socialismo, fascismo, Barcelona, Virus Editorial, 2023, pp. 235-280.

RYDGREN, JENS, “The sociology of the radical right”, Annual Review of Sociology, 33, 2007.

SANTOS, LUÍS AGUIAR, Normatividade e Economia em Portugal: A Regulação da Iniciativa Privada antes do Liberalismo (1603-1834), Porto, Media XXI Editora, 2024.

IDEM, Comércio e Política na Crise do Liberalismo. A Associação Comercial de Lisboa e o reajustamento do regime protecionista português, 1885-1894, Lisboa, Edições Colibri, 2004.

SANTOS, PAULA BORGES, “O Fascismo não é uma Sinédoque”, in *Seis Passeios nos Bosques de Umberto Eco*, org. de Nuno José Lopes, [Porto], Fundação Eng. António de Almeida, 2023, pp. 79-94.

IDEM, “Na génese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura económico-social do autoritarismo português”, *Estudos Históricos*, vol. 31: 64, 2018, pp. 173-196.

IDEM, *A Segunda Separação. A Política Religiosa do Estado Novo (1935-1974)*, Coimbra, Edições Almedina, 2016.

SARDICA, JOSÉ MIGUEL, “O crepúsculo do republicanismo militar conservador: José Vicente de Freitas Perante a Constituição de 1933”, *Ler História*, 75, 2019, pp. 17-40.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Da Eficácia da Convenção Coletiva*-volume I, Lisboa, Imprensa da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2022.

SOUZA, MARNOCO E, *Constituição Política da República Portuguesa. Comentário*, reedição, [Lisboa], Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2011.

VERDUGO, SERGIO, “Constitutions as moving targets”, *Global Constitutionalism*, vol. 13: 1, 2024, pp. 250-263.



REVISITANDO A “ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO” - ALGUMAS NOTAS

*REVISITING THE “JUDICIAL PROCEDURE FOR RECOGNITION
OF THE EXISTENCE OF AN EMPLOYMENT CONTRACT” - SOME NOTES*

Paula Ponces Camanho¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução legislativa (aspectos mais relevantes); 3. O papel do Ministério Público e do “trabalhador”; 4. Tramitação; 5. Algumas questões; 6. Notas finais; Bibliografia.

Resumo:

O presente artigo incide sobre a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, ponderando as recentes alterações legislativas e evolução jurisprudencial. Em especial, analisa a particular posição do trabalhador nesta acção, as respectivas regras de tramitação, bem como alguns problemas específicos que se podem colocar no seu âmbito, nomeadamente, quanto à delimitação dos efeitos da acção.

Abstract:

This article addresses the judicial procedure for recognition of the existence of an employment contract, reflecting on recent legislative changes and developments in case law. In particular, it analyses the special position of the employee in this judicial procedure, the respective rules of procedure, as well as some problems that may arise within its scope, namely regarding the delimitation of its effects.

¹ Assistente convidada da Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito do Porto. Advogada.

1. Introdução

Volvidos mais de onze anos sobre a entrada em vigor da Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto, e tendo, em 2014, escrito um pequeno estudo² sobre a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, onde demonstrávamos algumas perplexidades causadas por determinados aspectos do regime jurídico desta nova acção, decidimos visitar o tema.

Estas pequenas reflexões justificam-se, não só porquanto o regime jurídico da acção sofreu várias alterações (Lei n.º 55/2017, de 17 de Julho, Lei n.º 107/2019, de 9 de Setembro, e Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril), mas igualmente pela evolução jurisprudencial nesta matéria.

Os diplomas citados alteraram, não só o Código do Processo do Trabalho³, mas igualmente o regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e da segurança social (Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro).

Não serão tratadas todas as questões que esta acção suscita, algumas das quais foram por nós abordadas no referido estudo, mas circunscrever-nos-emos às que consideramos mais relevantes, mormente em função das referidas alterações legislativas.

² PAULA PONCES CAMANHO, «Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho - Breves reflexões (e algumas perplexidades)», *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III*, Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 65 e ss.

³ Doravante CPT.

2. Evolução legislativa (aspectos mais relevantes)

2.1. Tendo a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho⁴ visado inicialmente o combate aos “falsos recibos verdes”, ou seja, à utilização indevida de contratos de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado (art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, aditado pela Lei n.º 63/2013, na sua redacção inicial⁵), através da atribuição de uma nova competência inspectiva à Autoridade para as Condições do Trabalho⁶, esta competência foi alargada pela alteração, introduzida pela Lei n.º 55/2017, ao referido art. 15.º-A, passando a abranger os “falsos estagiários” e os “falsos voluntários”⁷; e foi novamente alargada pela Lei n.º 13/2023, passando a ser possível exercer acção inspectiva no caso de o prestador de serviços actuar “*como empresário em nome individual ou através de sociedade unipessoal*” e no caso de exercício de actividade no âmbito das plataformas digitais⁸.

⁴ Doravante ARECT.

⁵ “Caso o inspetor do trabalho verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho, nos termos descritos no artigo 12.º do Código do Trabalho (...)”.

⁶ Doravante ACT.

⁷ “Caso o inspetor do trabalho verifique, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, a existência de características de contrato de trabalho, nos termos previstos no artigo 12.º do Código do Trabalho (...)”.

⁸ Cfr. nova redacção do n.º 1 do referido art. 15.º-A, que remete para o n.º 3 do art. 2.º da Lei n.º 107/2009, prevendo este preceito que a ACT é “competente e instaura o procedimento previsto no art. 15.º-A (...) sempre que se verifique a existência de características de contrato de trabalho, nomeadamente: a) Nos termos previstos no n.º 1 do artigo 12.º e no n.º 1 do art. 12.º-A do Código do Trabalho (...) incluindo os casos em que o prestador de serviço atue como empresário em nome individual ou através de sociedade unipessoal”.

2.2. Verificou-se uma outra alteração de relevo, introduzida pela Lei n.º 13/2023, e que tem a ver com a aplicação de contra-ordenação ao empregador nos casos em que este regularize a situação depois de ter sido notificado para o efeito pela ACT.

Na verdade, o número 2 do art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009 previa, antes da alteração referida no parágrafo anterior, que “*o procedimento é imediatamente arquivado no caso em que o empregador faça prova da regularização da situação do trabalhador, designadamente mediante apresentação do contrato de trabalho ou de documento comprovativo da existência do mesmo, reportada à data do início da relação laboral*”. Assim, regularizando a situação, e sendo o procedimento arquivado, o empregador não teria de pagar qualquer coima.

Contudo, o art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 13/2023, passou a prever que “*o procedimento é imediatamente arquivado caso o empregador faça prova da regularização da situação do trabalhador, designadamente mediante a apresentação de contrato de trabalho ou de documento comprovativo da existência do mesmo, reportada à data do início da relação laboral, mas não dispensa a aplicação das contra ordenações previstas no número 2 do artigo 12.º e no número 10 do artigo 12.º-A do Código do Trabalho*”. Ou seja, manteve-se praticamente inalterado o preceito introduzido pela Lei n.º 63/2013 (com algumas diferenças ínfimas de redacção), mas acrescentou-se uma nova regra (na parte final da norma), *rectius* introduziu-se uma alteração (que nos parece criticável) pois, apesar de o procedimento ser arquivado nas situações em que o empregador regularize a situação, a ACT passou, ainda

assim, a poder aplicar as contra-ordenações previstas no número 2 do art. 12.º e no número 10 do art. 12.º-A do Código do Trabalho.

2.3. Apesar de o regime se manter inalterado quanto à possibilidade de o empregador, depois de notificado do auto lavrado pela ACT, em lugar de regularizar a situação, se poder “*pronunciar dizendo o que tiver por conveniente*” (número 1 do referido art. 15.º-A), verifica-se que esta faculdade conferida ao empregador não tem qualquer efeito útil, sendo assim irrelevante que este responda ou não.

Na verdade, seja qual for a resposta apresentada pelo empregador, ou os elementos probatórios que possa carrear para os autos, que até poderiam (e nalguns casos deveriam) levar a ACT a (re)ponderar a sua percepção (e decisão) inicial, certo é que se prevê que, caso o empregador não regularize a situação, a ACT remete participação dos factos para os serviços do Ministério Público com vista à instauração de uma ARECT - número 3 do art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009. Dito de outro modo, o legislador só previu duas possibilidades; regularização da situação ou, caso esta não ocorra, remessa dos factos para efeitos de instauração de uma ARECT, independentemente do que o empregador possa vir a dizer no âmbito do exercício do direito de resposta que lhe é conferido.

Pode assim legitimamente perguntar-se, para além de permitir o exercício do contraditório – mas sem que daí advenha qualquer efeito útil –, qual o interesse de o empregador se pronunciar sobre os factos alegados nos autos da ACT. Julgamos que, face à redacção

do número 3 do art. 15.º-A, o interesse será nulo. Assim, a pronúncia do empregador consubstanciará a prática de um acto inútil.

2.4. No que respeita à ARECT, a principal mudança ao seu regime decorreu da alteração introduzida ao art. 189.º-O do CPT pela n.º Lei 55/2017, que deixou de prever a possibilidade de o “empregador” e o “trabalhador” se conciliarem, tal como constava da versão primitiva do art. 189.º-O do CPT⁹. Assim, o número 1 deste preceito estabelece agora que “*o julgamento inicia-se com a produção das prova que ao caso couberem*”, tendo sido excluída a possibilidade de conciliação.

Esta alteração legislativa constituiu uma forma de o legislador pôr termo às divergências que existiam na doutrina¹⁰ e jurisprudência¹¹ a propósito do alcance da “conciliação” prevista no preceito.

⁹ “*Se o empregador e o trabalhador estiverem presentes ou representados, o juiz realiza a audiência de partes, procurando conciliá-los*”.

¹⁰ No estudo publicado, referido supra nota 2 (pp. 70 e ss.), defendíamos a possibilidade de trabalhador e empregador poderem transigir, pondo termo ao litígio, nomeadamente através de acordo em que reconhecessem tratar-se de um contrato de prestação de serviços ou através de uma desistência do pedido, sem necessidade de intervenção do Ministério Público. Em sentido contrário, VIRIATO REIS e DIOGO RAVARA, «Reforma do Processo Civil e do Processo do Trabalho», in *O novo Processo Civil*, Caderno IV do CEJ, pp. 105 e 106.

¹¹ A título meramente exemplificativo (e numa breve nota histórica, porquanto a questão foi resolvida pelo legislador) veja-se, por um lado, o entendimento (unânime) do Tribunal da Relação do Porto (Ac. de 17 de Dezembro de 2014) (www.dgsi.pt) que considerava que “*o trabalhador não tem legitimidade para desistir do pedido ou pura e simplesmente acordar com o empregador que a relação estabelecida entre eles constitui um contrato de prestação de serviços e não de trabalho*” e de alguns Desembargadores do Tribunal da Relação de Lisboa (Ac. 8 de Outubro de 2014) (www.dgsi.pt): “*Frustrada a tentativa de conciliação na audiência de partes e tendo a trabalhadora, no início do julgamento, confirmado a posição da demandada, segundo a qual ambas mantém um verdadeiro contrato de prestação de serviços e que não pretende celebrar com a Ré qualquer contrato de trabalho, essa declaração exarada em Ata, face aos interesses de natureza pública que estão presentes na ação de reconhecimento de contrato de trabalho, não retira o escopo ou utilidade à mesma não constituindo aquela fundamento quer para*

2.5. Uma outra modificação importante teve a ver com a alteração da regra relativa ao tribunal competente para julgar a ARECT, tendo sido atribuída competência ao tribunal do “lugar da prestação da atividade” (art. 15.º-A, n.º 3, da Lei n.º 107/2009, com a redacção introduzida pela Lei n.º 55/2017), em detrimento do “tribunal da área da residência de trabalhador” (redacção primitiva do n.º 3 do referido art. 15.º-A)¹².

3. O papel do Ministério Público e do “trabalhador”

O Ministério Público é livre de propor a ARECT, apesar de o art. 186.º-K do CPT estabelecer que *“após a receção da participação prevista no n.º 3 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, o Ministério Público dispõe de 20 dias para propor ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho”*. Contudo, o art. 3.º do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto)¹³ estabelece o princípio da independência

a extinção da lide por inutilidade superveniente quer para a absolvição da instância por falta de interesse em agir do Ministério Público”; e, por outro, o entendimento (de outros Desembargadores) do Tribunal da Relação de Lisboa (Ac. de 24 de Setembro de 2014) (www.dgsi.pt), no sentido de que “II. O interesse que permeia a Lei n.º 63/2013, de 27.8, é a do trabalhador no reconhecimento da laboralidade do seu contrato, e não o da comunidade na perseguição de todas as situações em que possa haver indícios de falsos recibos verdes. III. Na tentativa de conciliação o prestador da atividade e o credor podem pôr fim, por acordo, à ação, mormente estando aquele, que também é advogado, devidamente patrocinado, não obstante o MºPº, que intentou a ação, não ter (de) estar presente”.

¹² A solução da versão primitiva do art. 15.º-A, n.º 3, da Lei 107/2009, era objecto de algumas críticas. Cfr. PAULA PONCES CAMANHO, ob. cit., pp. 66 e 67 (nota 6).

¹³ “1 - O Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, nos termos da presente lei. 2 - A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às diretivas, ordens e instruções previstas na presente lei”.

deste em relação aos demais órgãos da administração, onde, naturalmente, se inclui a ACT¹⁴.

O art. 186.º-K do CPT estabelece um prazo de 20 dias para o Ministério Público propor a ARECT. A natureza deste prazo tem sido discutida na doutrina e jurisprudência.

RITA GARCIA PEREIRA considera tratar-se um prazo ordenador, “atenta a inexistência de previsão legal quanto à respectiva ultrapassagem”¹⁵. ALCIDES MARTINS entende tratar-se de um prazo de caducidade (nos termos do art. 298.º, n.º 2 do Código Civil)¹⁶. Por seu turno, JOANA VASCONCELOS considera que configura um prazo processual¹⁷. Todos estes Autores consideram que o prazo corre em férias

¹⁴ Neste sentido, e de forma mais desenvolvida, cfr. JOANA VASCONCELOS, *Direito Processual do Trabalho*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2.ª edição, Lisboa, 2022, p. 167 e PAULA PONCES CAMANHO, ob. cit., pp. 67 e 68.

¹⁵ RITA GARCIA PEREIRA, «A nova acção especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) - Uma caixa de Pandora?», in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III*, Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, 2015, p. 358, considerando que «*milita ainda a favor deste entendimento esta acção revestir uma espécie de matriz de ordem pública, isto é, pelo menos num primeiro momento, tratar-se de um interesse de natureza similar ao interesse público a determinar a sua instauração, pelo que a ultrapassagem de tal prazo, ainda para mais tão exíguo, não poderia significar de imediato a caducidade do “direito”*». No mesmo sentido, ALBERTINA PEREIRA, em anotação ao art. 186.º-K do CT, in JOÃO CORREIA e ALBERTINA PEREIRA, *Código do Processo do Trabalho, anotado à luz da reforma do processos civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 320, justificando a sua posição como o “*carácter público e oficioso desta acção, na qual o trabalhador pode até nem intervir*”; e ainda, na jurisprudência, Ac. TRC de 13 de Novembro de 2014 (relator Ramalho Pinto) (www.dgsi.pt), que considerou que “*O prazo a que se refere o artº 186º-K do CPT não é um prazo de caducidade, mas sim um mero prazo aceleratório (prazo meramente ordenador)*”.

¹⁶ “Direito do Processo Laboral, uma síntese e algumas questões”, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 253.

¹⁷ *Direito Processual do Trabalho* ... cit., pp. 171 e 172. Esta tem sido igualmente a posição do STJ. Assim, em Ac. do STJ de 6 de Maio de 2015 (relator Pinto Hespanhol) foi considerado que “*o prazo estipulado no n.º 1 do artigo 186.º-K do Código de Processo do Trabalho tem natureza processual e está sujeito ao regime dos artigos 138.º e seguintes do Código de Processo Civil*”. No mesmo sentido, Ac. STJ de 14 de Maio de 2015 (relator Melo Lima), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

judiciais, conclusão que não poderia ser diversa atendendo a que o processo reveste natureza urgente (art. 26.º, n.º 1, al. i) do CPT).

Apesar de termos inicialmente considerado tratar-se de um prazo de caducidade¹⁸, uma nova reflexão, à luz dos argumentos esgrimidos por quem considera que corresponde a um prazo processual, leva-nos a considerar que esta é a solução que melhor se adequa à situação¹⁹. Na verdade, já se iniciou a instância – com a recepção, nos serviços do Ministério Público da participação da ACT²⁰ (art. 26.º, n.º 6 do CPT) –, pelo que já temos um processo em curso e não um prazo para dar início a uma acção, *rectius* propor uma acção (como sucederia se de um prazo de caducidade se tratasse). Não podemos concordar com quem qualifica o prazo como meramente ordenador na medida em que, estando perante um prazo para a propositura de uma acção, aplicar-se-á o disposto no art. 138.º, n.º 4, do Código do Processo Civil²¹, *ex vi* art. 1.º, n.º 2, al. a), do CPT, assim como o n.º 3 do art. 139.º do CPC, determinado este que, sendo o prazo peremptório, o seu decurso determina a extinção do direito de praticar o acto (sem prejuízo de justo impedimento e da possibilidade de o praticar nos 3 dias úteis seguintes)²².

Relativamente ao papel do Ministério Público nesta acção, a Lei n.º 55/2017, após várias dúvidas relativamente ao âmbito de intervenção daquele órgão²³, veio alterar o art. 5.º-A do CPT, clarificando

¹⁸ Cfr. ob. cit., p. 66, nota 5.

¹⁹ Veja-se, por todos, a análise crítica e certa de JOANA VASCONCELOS, *Direito Processual do Trabalho ... cit.*, pp. 169 a 172.

²⁰ Solução que já tivemos oportunidade de criticar. Cfr. ob. cit., p. 67.

²¹ Doravante CPC.

²² Sendo que, neste caso, será duvidoso que a multa fixada no n.º 5 do art. 139.º do CPC seja aplicável, uma vez que o atraso na propositura da acção é do Ministério Público!...

²³ Cfr. RITA GARCIA PEREIRA, «A nova acção especial ...», cit., pp. 361 ss., PAULA

tal posição²⁴, porquanto atribui ao Ministério Público legitimidade activa nas “acções de reconhecimento de contrato de trabalho”.

Contudo, e não obstante estas alterações, há questões que ainda se podem colocar, em especial relacionadas com as situações em que a posição do “trabalhador” não é coincidente com a do Ministério Público²⁵.

Tem sido entendimento de alguns tribunais superiores que o “trabalhador” assume nesta acção a posição de assistente²⁶. Ora, esta posição pode não ser consentânea com a vontade do “trabalhador”, quando este não pretende ver qualificada a relação jurídica que mantém com o beneficiário da actividade como laboral, por considerar que a mesma não configura um contrato de trabalho.

Nos termos do art. 326.º do CPC, “1. *Estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode intervir nela como assistente, para auxiliar qualquer das partes, quem tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte.* 2. *Para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido*”.

PONCES CAMANHO, ob. cit., pp. 68 e ss. e FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, «As perplexidades geradas pela acção especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho», in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, pp. 49 ss.

²⁴ Cfr. JOANA VASCONCELOS, «Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho», in *Estudos de Processo do Trabalho*, UCP Editora, 2024, p. 243.

²⁵ Questão igualmente colocada (antes da alteração legislativa de 2017, que terminou com a possibilidade de conciliação) por RITA GARCIA PEREIRA, que afirma que, “*atenta a forma como foi conceptualizada esta acção, parece-nos que durante a pendência da relação é, pelo menos, discutível se a qualificação do vínculo não assume a natureza de direito indisponível*” (ob. cit., p. 365).

²⁶ Ac. TRP de 22 de Junho de 2020, www.dgsi.pt (relator Domingos Morais). No mesmo sentido, ALCIDES MARTINS, ob. cit., p. 253.

É indubitável que os requisitos do n.º 2 do preceito se encontram preenchidos, porquanto o “trabalhador é titular de uma relação jurídica” (contrato de prestação de serviços²⁷ ou contrato de trabalho) cuja consistência prática ou económica depende da pretensão do Ministério Público.

Contudo, o “trabalhador” pode não ter interesse em que a decisão que venha a ser proferida em tribunal seja “favorável” ao Ministério Público, ou seja, que a relação jurídica que mantém com o “empregador” seja qualificada como contrato de trabalho. E, se assim for, não se vê como qualificar a posição jurídica do “trabalhador” como assistente, uma vez que não estão preenchidos os requisitos do número 1 do art. 326.º do CPC porquanto falta a existência de “interesse jurídico em que a decisão seja favorável” ao Ministério Público.

Esta questão afigura-se particularmente importante no caso de o “trabalhador”, podendo apresentar articulado próprio depois de receber a petição inicial e a contestação e ser notificado da data da audiência de julgamento, apresentar um articulado em que, não só não adere à posição do Ministério Público, como a vem contrariar²⁸, nomeadamente através da descrição de factos distintos daqueles que constavam da petição inicial e até, porventura, coincidentes com os que o “empregador” alegou na contestação.

Não vemos qualquer obstáculo a que tal possa suceder²⁹. Impedir que o “trabalhador” o possa fazer implicaria cercear a liberdade

²⁷ Ou contrato que titula relação de voluntariado ou contrato de estágio. Cfr. supra ponto 2.1.

²⁸ Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, «Ação de reconhecimento ...» ... cit., p. 251 e FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, ob. cit., p. 49 (e doutrina por este citada na nota 20).

²⁹ Em sentido oposto, cfr. Ac. TRP de 22 de Junho de 2020 supra citado, em que se considerou que “a possibilidade de intervenção do trabalhador, prevista no artigo 186.º-L, n.º 4, do CPT, apenas lhe permite aderir aos factos apresentados

deste, obrigando-o a ter um entendimento igual ao do Ministério Público, o que contraria princípios basilares do nosso sistema jurídico.

JOANA VASCONCELOS considera que o prestador de actividade assume a posição de “parte principal, porquanto não só pode divergir do Ministério Público, autor, como «será forçosamente abrangido pela força de caso julgado da sentença ainda que não tenha qualquer intervenção no processo»”³⁰. Entende a autora que a sua intervenção processual reconduz se a um litisconsórcio necessário, com as especificidades decorrentes da forma como esta acção se encontra configurada³¹.

4. Tramitação

4.1. Uma alteração relevante em matéria de tramitação da AR-ECT consiste no facto de, diferentemente do que sucedia na versão primitiva do número 3 do art. 186.º-N do CPT, que estabelecia que as provas eram “*oferecidas na audiência, podendo cada parte apresentar até três testemunhas*”, na actual redacção do preceito, introduzida pela Lei n.º 23/2023, se prever que “*as provas são oferecidas na audiência, podendo cada parte indicar até três testemunhas a notificar nos termos do artigo 66.º*”.

Ora, o artigo 66.º do CPT estabelece as regras relativas a notificação das testemunhas para a audiência final e a possibilidade de as mesmas serem inquiridas à distância (por videoconferência).

pelo Ministério Público na petição inicial e não também aos alegados pelo empregador na contestação”. Este acórdão vai mais longe, impedindo o “trabalhador”, mesmo que intervenha no processo, de recorrer de uma decisão (de mérito) que não lhe seja favorável (rectius com a qual não se conforme).

³⁰ *Direito Processual do Trabalho ... cit.*, p. 179.

³¹ *Ob. cit. loc. cit.*

Não se compreende o alcance da regra actualmente consagrada no número 3 do art. 180.º-N do CPT quanto à comparência das testemunhas. Por um lado, prevê-se que as provas sejam oferecidas na audiência (abrangendo, assim, a prova testemunhal) mas, por outro, determina-se que as testemunhas sejam notificadas. Tal pode implicar que o empregador (ou o Ministério Público ou o “trabalhador” através do seu mandatário) indique as testemunhas no início da audiência, mas as mesmas não estejam presentes, pois deverão, nos termos do número 3 do art. 186.º-N, ser notificadas, o que implicará a marcação de uma nova data para a continuação da audiência de julgamento. Ora, atendendo à forma célere como foi configurada esta acção, assim como à sua natureza urgente, esta norma revela-se incompreensível.

De *iure condendo* poder-se-ia equacionar a hipótese de estabelecer que a indicação do rol de testemunhas fosse feita nos articulados apresentados, sendo as testemunhas notificadas para comparecer na audiência de julgamento.

4.2. O legislador alterou uma norma, amplamente criticada³² e inexecutável, que determinava que, finda a produção de prova, a sentença, sucintamente fundamentada, era ditada para a acta (versão original do número 7 do art. 186.º-O do CPT). Face à impossibilidade de os tribunais cumprirem desta norma, a Lei n.º 107/2019 modificou a redacção do referido preceito, passando o mesmo a prever que “a sentença é sucintamente fundamentada, regendo-se a sua gravação e transcrição para a ata pelo disposto no artigo 155.º do Código do

³² Cfr., por todos, PAULA PONCES CAMANHO, ob. cit., p. 75, nota 22.

Processo Civil”, terminando assim com a obrigação de ditar sentença para a acta após o termo da audiência de julgamento.

4.3. Uma alteração ao regime da ARECT que se revelou acertada foi a que determinou que a decisão final desta acção deve igualmente ser comunicada ao “trabalhador” (art. 186.º-O, n.º 9, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 107/2019). A redacção inicial do preceito só previa que a comunicação fosse efectuada à ACT e ao Instituto da Segurança Social I.P.

Ou seja, o principal interessado (ou melhor, a pessoa cuja esfera jurídica era afectada pela sentença proferida na ARECT, ie o “trabalhador”) não recebia – ou poderia não receber se não estivesse representado por mandatário – qualquer comunicação sobre o desfecho daquele processo, o que se revelava incompreensível.

Relativamente à ACT, e atendendo ao disposto no número 4 da art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, a comunicação da decisão assume grande importância, qualquer que seja o seu sentido: ou para arquivar processo contra-ordenacional entretanto suspenso, se a decisão for a de não qualificar a relação como sendo laboral ou, sendo a decisão no sentido de qualificar como contrato de trabalho, para poder prosseguir com o processo contra-ordenacional suspenso e aplicar coima ao empregador.

Já quanto à comunicação ao Instituto da Segurança Social, I.P., a mesma só releva no caso de o tribunal considerar tratar-se de um contrato de trabalho, pois só neste caso se poderá exigir ao empregador o pagamento de contribuições³³.

³³ As que ainda não prescreveram, o que pode significar que, se o contrato

5. Algumas questões

5.1. A acção de reconhecimento de contrato de trabalho configura uma acção de simples apreciação positiva³⁴, não havendo, caso a mesma seja julgada procedente, qualquer condenação do empregador, nomeadamente no pagamento de férias, subsídios de férias, subsídios de Natal ou, caso o contrato tenha, entretanto, cessado por iniciativa do “empregador”³⁵, no pagamento de salários intercalares

tiver durado mais de 5 anos, haverá contribuições que não podem ser exigidas ao empregador porquanto se encontram prescritas - art. 187.º, n.º 1, do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

Não cabe no âmbito deste estudo analisar a questão do regime aplicável às (*rectius*, do destino das) contribuições já pagas pelo “trabalhador” enquanto prestador de serviços, ou melhor, enquanto o seu contrato não tiver sido reconhecido como sendo de natureza laboral. Não nos parece que a Segurança Social possa “receber” pelas duas vias), *rectius*, mediante de 2 enquadramentos (ou até três, se o empregador for considerado *entidade contratante* e pagar contribuições nos termos dos artigos 140.º, n.º 1, 150.º, n.º 3, 151.º, n.º 2, 154.º, n.º 2, 155.º, n.º 3, 167.º e 168.º, n.º 7, do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social): como prestador de serviços (pagando estas contribuições e, eventualmente, o “empregador”), antes de ter sido proferida sentença, e como trabalhador por conta de outrem, após a prolação da decisão. Se assim fosse, verificar-se-ia uma situação de enriquecimento sem causa por parte da Segurança Social.

³⁴ Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, *Direito Processual do Trabalho ... cit.*, p. 165. Cfr. ainda Acórdão TRL de 7 de Fevereiro de 2024 (www.dgsi.pt) (Relatora Paula Penha), Acórdão TRP de 4 de Março de 2024 (www.dgsi.pt) (Relator Nélson Fernandes), Acórdãos TRE de 8 de Março de 2018 e de 11 de Abril de 2019 (www.dgsi.pt) (Relator Moisés Silva), Acórdãos TRG de 3 de Dezembro de 2020 e 21 de Maio de 2020 (www.dgsi.pt) (Relatora Vera Sottomayor).

³⁵ Caso o “trabalhador” tenha sido “despedido” entre a data da notificação da ACT ao empregador do auto de inspecção previsto no art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009 e o trânsito em julgado da decisão final proferida na ARECT, o art. 186.º-S do CPT (introduzido pela Lei n.º 55/2017) prevê que o Ministério Público “*intenta procedimento cautelar de suspensão de despedimento*”. Contudo, a questão não deixa de se colocar porquanto o tribunal pode não decretar a suspensão do “despedimento”. Não cabe, no âmbito deste breve estudo, a análise desta nova competência atribuída ao MP. Para uma análise crítica deste regime, veja-se, por todos, JOANA VASCONCELOS, *Direito Processual do Trabalho ... cit.*, pp. 186 e ss. Porém, não podemos deixar de manifestar a nossa estranheza relativamente ao preceituado no número 3 do art. 186.º-S do CPT (“*O disposto no número anterior é aplicável sempre que a pessoa ou pessoas a quem a atividade é prestada aleguem que o contrato que titula a referida atividade cessou, a qualquer título, durante o*

e na reintegração (ou no pagamento de indemnização se o trabalhador optar por esta)³⁶.

Para que todos os efeitos (ocorridos no passado e decorrentes da qualificação da relação jurídica como contrato de trabalho, em virtude da sentença proferida na ARECT, v.g., pagamento de valores correspondentes a férias, subsídio de férias, subsídio de Natal ou créditos de formação profissional não ministrada) se possam verificar, caso o empregador voluntariamente os não reconheça e, como tal, os não pague, o trabalhador terá de propor uma acção de condenação do empregador no pagamento de créditos resultantes da qualificação como laboral da relação jurídica com este mantida³⁷. Para tanto, aplicar-se-á o prazo previsto no artigo 337.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

período referido no n.º 1”). Assim, caso o “empregador” alegue (e prove) que o contrato cessou livremente por iniciativa do “trabalhador” ou por acordo das partes, o Ministério Público “interpõe oficiosamente o procedimento cautelar” de suspensão de despedimento (n.º 2 do art. 186.º-S do CPT). Para além de a terminologia utilizada ser incorrecta (um procedimento cautelar não se “interpõe”!... mas “requer-se”, “intenta-se” ou “propõe-se”), pode-se legitimamente perguntar como se suspende um despedimento que o não é. Dito de outra forma, se o contrato não cessou por iniciativa do “empregador”, não há despedimento. Ora, se não há despedimento, como pode o tribunal (por iniciativa do Ministério Público) suspender uma cessação do vínculo que foi pretendida pelo “trabalhador” (porque ocorreu por iniciativa deste ou por ter acordado na mesma) e, como tal, não configura um despedimento?

³⁶ Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, «Acção de reconhecimento ...» ... cit., p. 251.

³⁷ Veja-se, neste sentido, Ac. do TRP de 4 de Março de 2024 (relator Nélson Fernandes) (www.dgsi.pt), onde se considerou que “I - A acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho é uma acção com uma tramitação muito simplificada, cujo objeto consiste em apurar a factualidade relevante para qualificar o vínculo existente, e caso se reconheça a existência de um contrato de trabalho, fixar a data do início da relação laboral, como impõe o n.º 8 do artigo 186.º-O do Código de Processo do Trabalho. II - Caso a acção venha a ser julgada procedente, por se ter concluído que existe um contrato de trabalho, é que será oportuno discutir questões como a validade do contrato, a responsabilidade de quem procedeu à contratação e os direitos do trabalhador”.

Refira-se que, nos termos do artigo 186.º-R do CPT, enquanto a decisão final da ARECT não transitar em julgado, o prazo previsto no n.º 1 do artigo 337.º do Código do Trabalho – prazo de prescrição dos créditos salariais – não se começa a contar, nem, tão pouco, o prazo para impugnação do despedimento (art. 387.º, n.º 2, do Código do Trabalho).

5.2. Uma outra questão que se pode levantar a propósito da qualificação da relação jurídica como contrato de trabalho tem a ver com as situações em que, prestando a sua actividade somente durante algumas horas por dia ou alguns dias por semana, se poderá considerar que o contrato de trabalho que vigora entre as partes foi celebrado a tempo completo ou a tempo parcial. Esta qualificação do contrato, no que ao tempo de trabalho respeita, não consta da sentença, limitando-se esta à mera qualificação da natureza do vínculo existente entre as partes e o seu início.

Apesar de o número 1 do artigo 153.º do Código do Trabalho sujeitar o contrato de trabalho a tempo parcial à forma escrita, dever-se-á entender que esta disposição se aplica a situações em que as partes acordaram na celebração de um contrato de trabalho, isto é, quando o vínculo existente entre as partes assume indubitavelmente, e por vontade destas, a natureza de um contrato de trabalho (*in casu*, celebrado *ab initio* a tempo parcial ou nos casos em que pretendam converter um contrato de trabalho a tempo completo num contrato de trabalho a tempo parcial), fazendo-se assim uma interpretação restritiva daquele preceito.

Nas situações em que não foi acordada pelas partes a celebração de um contrato de trabalho, mas a sua existência (qualificação como tal) decorre de sentença proferida no âmbito de uma ARECT, não nos parece que se possa retirar que, tendo o contrato sido executado somente durante parte do período normal de trabalho diário ou somente em alguns dias por semana, as partes se tenham pretendido vincular a um contrato a tempo completo, seja qual for o contrato celebrado, ou melhor, seja qual for a natureza deste.

Na verdade, não se pode sancionar a inobservância do requisito de forma escrita previsto no número 1 do art. 153.º do Código do Trabalho com a consequência prevista no número 3 do mesmo preceito – isto é, considerar-se o contrato celebrado a tempo completo – pois a exigência dos referidos requisitos formais pressupõe a existência de um contrato de trabalho celebrado (e pretendido) pelas partes, e não de um vínculo que venha a ser qualificado como tal na sequência de uma ARECT.

Assim, consideramos que se deverá analisar a forma como o contrato vinha sendo executado para se concluir se o mesmo deverá considerar-se celebrado a tempo completo ou, diversamente, a tempo parcial.

Entendemos que só esta solução respeita aquela que, presumivelmente, terá sido a vontade das partes e corresponde à forma como efectivamente aquele contrato era executado, antes de o mesmo ter sido objecto de uma qualificação por parte do Tribunal.

Considerando-se que a situação descrita supra (ponto 5.2. primeiro parágrafo) configura um contrato a tempo parcial e não podendo ter sido cumprido o disposto no artigo 153.º, n.º 1, alínea b),

do Código do Trabalho, porquanto o contrato celebrado não revestiu forma escrita³⁸, para apurar o período normal de trabalho semanal dever-se-á atender a média do número de horas prestado nos últimos 12 meses.

Já nas situações em que o contrato só é executado em alguns dias por semana, dever-se-á considerar que o horário de trabalho corresponderá aos dias de semana em que aquele era executado.

6. Notas finais

Não obstante a ARECT já ter mais de onze anos e ter sido objecto de várias alterações legislativas, continuamos a deparar-nos com uma acção cujos contornos, principalmente o papel assumido pelo principal interessado no desfecho da mesma (o prestador de actividade), não estão bem definidos, verificando-se várias divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre várias questões suscitadas pela ARECT³⁹.

Será desejável que se verifique uma intervenção legislativa que altere a forma como a acção está configurada, que clarifique aspectos que ainda são duvidosos, mas que, principalmente, permita

³⁸ Caso as partes tenham celebrado por escrito um contrato de prestação de serviços que vem depois a ser reconhecido como contrato de trabalho (no âmbito de uma ARETC) e tenha sido contratualmente previsto um período (ainda que médio) de horas de prestação de trabalho, dever-se-á atender a esta previsão para fixar o período normal de trabalho. Só não será assim caso, na execução do mesmo, tenha havido alterações ao que foi acordado por escrito entre os contraentes, situação a que se aplicará a regra supra-referida (média de horas dos últimos 12 meses ou atendendo aos dias de trabalho prestados).

³⁹ Nem todas abordadas neste breve estudo, como é o caso da articulação da presunção prevista no número 1 do art. 12.º do Código do Trabalho com a ARECT, sobre a qual já tivemos oportunidade de nos pronunciar no estudo referido supra na nota 2, e que tem sido discutida nos nossos tribunais, com diferentes posições adoptadas, ou a questão da força de caso julgado da sentença proferida.

que o prestador de actividade tenha um papel mais activo (e decisivo) na tramitação da mesma e não fique, como alguns Autores consideram que está, “amarrado” à posição do Ministério Público (ou até à própria ACT para os que consideram que o Ministério Público não é livre de propor a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho)!

Bibliografia

CAMANHO, Paula Ponces - «Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho - Breves reflexões (e algumas perplexidades)», *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III*, Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 65-78.

CORREIA, João; PEREIRA, Albertina - Código do Processo do Trabalho, anotado à luz da reforma do processo civil, Almedina, Coimbra, 2015.

MARTINS, Alcides - Direito do Processo Laboral, uma síntese e algumas questões, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2017.

PEREIRA, Rita Garcia - «A nova acção especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013) - Uma caixa de Pandora?», *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Volume III*, Direito e Justiça, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 341-371.

REIS, Viriato; RAVARA, Diogo - «Reforma do Processo Civil e do Processo do Trabalho», in *O novo Processo Civil*, Caderno IV do CEJ, 2013, pp. 21-62.

SILVA, Filipe Fraústo da - «As perplexidades geradas pela ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho», in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 42-2016, pp. 45-52.

VASCONCELOS, Joana - «Ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho», in *Estudos de Processo do Trabalho*, UCP Editora, 2024, pp. 241-253.

VASCONCELOS, Joana - *Direito Processual do Trabalho*, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2.^a edição, Lisboa, 2022.



MOBILIDADE INTERNACIONAL DE TRABALHADORES DEPENDENTES - ASPETOS FISCAIS

INTERNATIONAL MOBILITY OF DEPENDENT WORKERS - TAX ASPECTS

Paula Rosado Pereira¹

Sumário: I. Introdução; II. Mobilidade internacional e questões de residência; II.1. Mobilidade de trabalhadores e situações tributárias internacionais; II.2. Critérios de residência e residência fiscal parcial; II.3. Conflitos positivos de residência; III. Competência tributária dos Estados; III.1. Aspectos gerais; III.2. Lei interna e respetiva articulação com as CDTs; III.3. Tributação do trabalho dependente no MC OCDE; III.4. Local do exercício da atividade laboral; IV. Eliminação da dupla tributação jurídica internacional; IV.1. Eliminação da dupla tributação ao abrigo da lei interna; IV.2. Eliminação da dupla tributação nas CDTs; Bibliografia.

Resumo:

O trabalho dependente conjuga-se, cada vez mais, com situações de mobilidade internacional. Esta concretizando-se de várias formas - desde o destacamento de trabalhadores para outros países, até ao recente paradigma dos nómadas digitais, passando por uma multiplicidade de cenários de trabalho remoto internacional. Esta realidade é facilitada pelo progresso tecnológico e pelas características da economia digital. Pretende-se, com o presente texto, analisar o enquadramento fiscal das situações de mobilidade internacional de trabalhadores dependentes, abordando o tema essencialmente na perspetiva do direito fiscal internacional e das Convenções para Evitar a Dupla Tributação.

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Abstract:

Dependent work is increasingly combined with situations of international mobility. This is taking place in various ways - from the posting of workers to other countries, to a multiplicity of international remote work scenario and, ultimately, to the recent paradigm of digital nomads. This reality is facilitated by technological progress and by the characteristics of the digital economy. The aim of this text is to analyse the tax framework of situations of international mobility of dependent workers, approaching the topic essentially from the perspective of international tax law and the Conventions to Avoid Double Taxation.

I. Introdução

A mobilidade internacional assume, cada vez mais, uma importância incontornável no âmbito do trabalho dependente, concretizando-se de várias formas - desde o destacamento de trabalhadores para outros países, até ao recente paradigma dos nómadas digitais, passando por uma multiplicidade de cenários de trabalho remoto internacional.

São já tradicionais as situações de destacamento de trabalhadores, que passam assim a exercer a sua atividade laboral em empresas localizadas noutros Estados, durante períodos de tempo que poderão ir de alguns meses a vários anos.

Por outro lado, o progresso tecnológico e as características da economia digital têm permitido o aparecimento de novos modelos de exercício das funções laborais. A par do modelo tradicional, em que a atividade laboral se encontra associada a uma presença física nas instalações da empresa², esta atividade passou, cada vez com maior frequência, a ser desempenhado de forma remota, com recurso a tecnologias digitais.

² Ou noutro lugar determinado - v.g. nas instalações de um cliente, onde os serviços devem ser prestados.

Um trabalhador remoto é aquele que desenvolve as suas funções laborais à distância, com recurso a tecnologias digitais, a partir do seu domicílio pessoal (*home office*) ou de qualquer outro local (v.g. nova habitação, casas de férias, hotéis, esplanadas, praias, etc. - *anywhere office*). Os locais a partir dos quais o trabalho é desenvolvido podem situar-se num Estado distinto daquele em que o trabalhador residia anteriormente, dando origem a uma situação de mobilidade internacional que se concretiza através do trabalho remoto.

Tem vindo, também, a ganhar crescente visibilidade a figura do nómada digital, o qual corresponde a uma variante do trabalhador remoto. Os nómadas digitais são indivíduos que desenvolvem trabalho remoto a partir de qualquer zona do mundo, utilizando tecnologias digitais, e que se caracterizam por períodos de permanência breves em cada uma das jurisdições onde vivem e trabalham. O nomadismo digital está, assim, associado a um estilo de vida com bastante mobilidade³.

Desta forma, um nómada digital corresponde a um tipo de trabalhador remoto. Contudo, um trabalhador remoto não é um nómada digital, a não ser que se verifique a característica da brevidade da sua permanência nas jurisdições onde vive e trabalha⁴. O conceito de

³ OLGA HANNONEN, «In search of a digital nomad: defining the phenomenon», Springer - publicado online, 4 de maio de 2020, pp. 2 ss. A respeito do conceito de nómada digital e das suas implicações fiscais *vide* também, respetivamente, TSUGIO MAKIMOTO e DAVID MANNERS, *Digital Nomad*, Wiley Ed., 1997; e GIORGIO BERETTA, «"Work on the move": Rethinking taxation of labour income under tax treaties», *International Tax Studies*, IBFD, n.º 2-2022, junho 2022; MARISA OURO, «Devem existir cinquenta maneiras de tributar um nómada digital: A tributação condicional a liberdade geográfica do nómada digital?», in CARLOS BAPTISTA LOBO / CLOTILDE CELORICO PALMA (Coord.) - *Nós e os Impostos II - Um Contributo para o Futuro dos Impostos*, Almedina, Coimbra, 2023.

⁴ LEONARDO THOMAZ PIGNATARI, «The taxation of "digital nomads" and the "3 W's": Between tax challenges and heavenly beaches», *INTERTAX*, volume 51,

nómada digital não se encontra, todavia, ainda suficientemente consolidado no plano do direito fiscal internacional e dos direitos estaduais, sendo com frequência assimilado aos trabalhadores remotos em geral.

Pretende-se, com o presente texto, analisar o enquadramento fiscal das situações de mobilidade internacional de trabalhadores dependentes, abordando o tema essencialmente na perspetiva do direito fiscal internacional e das Convenções para Evitar a Dupla Tributação (“CDTs”). Fora do escopo do presente texto estão as questões relativas à Segurança Social.

II. Mobilidade internacional e questões de residência

1. Mobilidade de trabalhadores e situações tributárias internacionais

A mobilidade internacional de trabalhadores dependentes implica a existência de situações tributárias internacionais, ou seja, situações conexas com mais do que um ordenamento jurídico-tributário (também designadas como situações plurilocalizadas)⁵.

A situação é plurallocalizada quando, por exemplo:

- i) O trabalhador continua a ser residente para efeitos fiscais em Portugal, mas passa um período de alguns meses destacado noutro Estado, desenvolvendo aí a sua atividade laboral

n.º 5, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2023, p. 390.

⁵ PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 19.

(v.g. noutra empresa do grupo ou mesmo numa sucursal da sua entidade patronal); ou

- ii) Em destacamentos mais longos, no ano de saída de Portugal ou no ano de regresso ao país, em que, no mesmo ano / período de 12 meses, o trabalhador pode ser considerado residente para efeitos fiscais em Portugal e/ou no outro Estado para onde se desloca ou de onde regressa, em termos sucessivos ou mesmo cumulativos⁶.

A legitimidade para tributar de cada um dos Estados envolvidos na situação tributária internacional baseia-se num elemento de conexão real ou objetivo (a fonte do rendimento) ou num elemento de conexão pessoal ou subjetivo (a residência fiscal do sujeito passivo que aufero o rendimento).

Em termos gerais, os princípios da residência e da fonte não se excluem mutuamente, sendo que a legislação interna da maioria dos Estados, bem como as CDTs, têm subjacente a possibilidade de aplicação cumulativa de ambos os princípios - embora geralmente com uma prevalência do princípio da residência. Todavia, relativamente a tipos específicos de rendimento, pode ocorrer a atribuição exclusiva do direito de tributar ao Estado da residência ou ao Estado da fonte.

2. Critérios de residência e residência fiscal parcial

Os critérios de determinação da residência fiscal encontram-se previstos na lei interna dos Estados. Assim, cada Estado estabelece

⁶ Havendo lugar, neste último caso, a um conflito positivo de residência - tema que abordaremos mais adiante.

as circunstâncias nas quais um sujeito passivo é considerado residente para efeitos fiscais no seu território.

A definição de residência em território português é dada pelo artigo 16.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (adiante “CIRS”), prevendo-se que sejam residentes em território português as pessoas que, no ano a que respeitam os rendimentos:

- a) Hajam nele permanecido mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, em qualquer período de 12 meses com início ou fim no ano em causa;
- b) Tendo permanecido por menos tempo, aí disponham, num qualquer dia do período referido na alínea anterior, de habitação em condições que façam supor intenção atual de a manter e ocupar como residência habitual⁷.

As regras de determinação da residência dos indivíduos foram alteradas com a última reforma do IRS, aprovada pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, no sentido da introdução da residência fiscal parcial⁸.

Até à entrada em vigor das alterações introduzidas pela reforma do IRS, em 1 de janeiro de 2015, a residência fiscal das pessoas singulares era definida para todo o ano fiscal. Após 2015, inclusive, um sujeito passivo pode - no ano de chegada a território português ou

⁷ Existem ainda, no artigo 16.º do CIRS, regras de residência específicas. Uma delas é aplicável a tripulantes de navios ou aeronaves que estejam ao serviço de entidades com residência, sede ou direção efetiva em território português. Outra é dirigida a indivíduos que desempenhem no estrangeiro funções ou comissões de carácter público, ao serviço do Estado português.

⁸ Sobre as razões determinantes para a introdução da residência fiscal parcial no CIRS, cfr. Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimentos das Pessoas Singulares - 2014, *Projeto da Reforma do IRS*, setembro de 2014, pp. 49-50.

no ano de partida deste território - ser residente apenas durante parte do ano e não residente na restante parte. Passou, portanto, a admitir-se, relativamente ao mesmo sujeito passivo, a existência sucessiva de dois estatutos de residência (residente e não residente) no mesmo ano. Deste modo, é admitida a existência de residência fiscal em território português durante apenas uma parte do ano - ou seja, a designada residência fiscal parcial⁹.

3. Conflitos positivos de residência

Sendo a determinação da residência das pessoas singulares feita de acordo com a legislação interna dos Estados em presença, pode verificar-se que uma pessoa seja considerada residente para efeitos fiscais no território de dois (ou mesmo mais) Estados, suscitando-se um problema de “dupla residência” ou “conflito positivo de residência”.

Tal sucede, por exemplo, quando um sujeito passivo permaneça mais de 183 dias no território de um Estado, durante um período de 12 meses ou num determinado ano¹⁰, mas também disponha noutro Estado, durante o mesmo período, de habitação em condições que façam supor intenção atual de a manter e ocupar como residência habitual¹¹.

Tomando Portugal como ponto de partida, pode afirmar-se que os conflitos positivos de residência ocorrem com maior incidência no

⁹ Para uma abordagem aprofundada sobre o regime de residência fiscal parcial português, bem como para uma visão de direito comparado sobre este tipo de regime, vide PEDRO ROMA, *Residência Fiscal Parcial em IRS*, Almedina, Coimbra, 2018.

¹⁰ Consoante o estabelecido na legislação desse Estado.

¹¹ Sendo este critério previsto na legislação do Estado em causa.

ano de saída de Portugal ou no ano de regresso ao país, podendo, no mesmo período, o trabalhador ser considerado residente para efeitos fiscais em Portugal e/ou no outro Estado para onde se desloca ou de onde regressa.

Nos casos em que não exista uma CDT aplicável à situação, cada um dos Estados que considera a pessoa residente no seu território poderia querer tributá-la pelo seu rendimento mundial, gerando um grave problema de dupla tributação jurídica internacional.

Existindo uma CDT aplicável, o papel desta consiste, antes do mais, em eliminar a raiz do problema, ou seja, resolver a questão prévia da “dupla residência”. As CDTs começam, portanto, por prever a aplicação de critérios, distintos para pessoas singulares e coletivas, que determinarão a prevalência de apenas uma das residências, para efeitos tributários.

O funcionamento das CDTs assenta, deste modo, num princípio da unicidade da residência, nos termos do qual cada pessoa só pode ter residência fiscal num único Estado. A pessoa em questão é tratada como “não residente fiscal” no outro Estado, não obstante a atribuição de residência pela lei interna deste.

Assim, quando uma pessoa singular for considerada residente em ambos os Estados contratantes, de acordo com a respetiva legislação interna, a CDT que exista entre ambos os Estados deverá permitir a resolução desse problema.

Analisando o artigo 4.º, n.º 2 do Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Património da OCDE (adiante “MC OCDE”), no qual a generalidade das CDTs portuguesas se baseia, verificamos que

este prevê critérios de “desempate” que permitem estabelecer a prevalência de uma das residências em detrimento da outra.

De acordo com tais critérios, a pessoa singular deverá ser considerada residente apenas: no Estado em que tenha uma habitação permanente à sua disposição, no Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (centro dos interesses vitais), no Estado em que permanece habitualmente, ou no Estado da sua nacionalidade. Os referidos critérios são de aplicação sucessiva, passando-se ao critério subsequente apenas no caso de impossibilidade de resolução do conflito positivo de residência através do critério anterior. Por último, se nenhum dos aludidos critérios permitir resolver a questão, então caberá às autoridades competentes solucionar o problema por comum acordo, definindo a residência relevante para efeitos fiscais.

III. Competência tributária dos estados

1. Aspectos gerais

A tributação dos rendimentos do trabalho dependente auferidos por sujeitos passivos envolvidos em situações plurilocalizadas (ou seja, situações com elementos de conexão relevantes com mais do que uma jurisdição) depende do disposto na legislação interna dos Estados¹² e do previsto nas suas CDTs.

¹² Para uma abordagem detalhada sobre o tratamento fiscal dos rendimentos do trabalho dependente na legislação interna, *vide* PAULA ROSADO PEREIRA, *Manual de IRS*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 91-130 e pp. 311 ss.

Importa referir que, ao nível da repartição da competência tributária entre os Estados, o disposto nas CDTs prevalece sobre o estabelecido na lei interna, visto os tratados internacionais constituírem uma fonte de direito hierarquicamente superior à lei interna¹³.

2. Lei interna e respetiva articulação com as CDTs

A residência fiscal, para além de corresponder a um dos elementos de conexão para a aplicação da lei fiscal no espaço, é também essencial à determinação do âmbito de sujeição pessoal ao IRS, uma vez que este tende a ser bastante distinto para residentes e não residentes.

Relativamente aos **residentes**, o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora de território português (artigo 15.º, n.º 1 do CIRS).

Os residentes fiscais em território português encontram-se, portanto, sujeitos a um princípio da universalidade ou da tributação universal ou ilimitada pelo Estado da residência. Assim, podem ser tributados em Portugal todos os rendimentos do trabalho dependente obtidos por um residente, independentemente do local onde tais rendimentos sejam obtidos.

Todavia, esta regra não produz efeitos relativamente aos casos em que, sendo aplicável uma CDT celebrada entre Portugal (no caso, Estado da residência) e o Estado da fonte do rendimento, esta

¹³ Sobre o funcionamento e efeito prático das CDTs, designadamente no que respeita à articulação das CDTs com o direito interno, cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, cit., pp. 139-147.

atribua ao Estado da fonte competência exclusiva para a tributação do tipo de rendimento em apreço. Importa, assim, analisar sempre a CDT aplicável à situação em apreço, cujas regras prevalecem sobre o regime estabelecido no CIRS.

Não obstante, no campo das remunerações do trabalho dependente, a competência tributária do Estado da residência só costuma ser afastada pelas CDTs nalgumas situações de remunerações públicas¹⁴. Nestas situações, atenta a prevalência da CDT sobre a lei interna portuguesa, seria afastada a tributação do rendimento em causa em Portugal (Estado da residência do beneficiário do rendimento).

Em contrapartida, um **não residente** - pessoa singular que não preencha nenhum dos critérios de residência fiscal previstos no artigo 16.º do CIRS - encontra-se sujeito a IRS unicamente quanto aos rendimentos obtidos em território português (artigo 15.º, n.º 2 do CIRS). Os não residentes são tributados ao abrigo do elemento de conexão fonte do rendimento. O artigo 18.º elenca os rendimentos que se consideram obtidos em território português e que, como tal, podem ser tributados em sede de IRS mesmo quando auferidos por um não residente.

Importa ter em linha de conta que, no caso de um não residente em território português, quando seja residente num Estado com o qual Portugal tenha celebrado uma CDT que seja aplicável à situação em apreço, haverá que determinar se a CDT permite ao Estado da fonte (na situação agora considerada, Portugal) tributar e se tal

¹⁴ Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, cit., p. 198.

tributação é sujeita a limites. Prevalecendo as CDTs sobre a lei interna, no contexto do ordenamento jurídico-tributário português, Portugal não poderá tributar, não obstante o disposto no artigo 15.º, n.º 2 e no artigo 18.º, ambos do CIRS, caso a CDT determine, no contexto da repartição aí efetuada do poder de tributar entre os Estados contratantes, que certo tipo de rendimento apenas é tributável no Estado da residência.

3. Tributação do trabalho dependente no MC OCDE

A generalidade das CDTs celebradas por Portugal segue, relativamente à tributação dos rendimentos do trabalho dependente, em termos gerais, o previsto no MC OCDE.

Deste modo, passamos a analisar a repartição de competência entre os Estados para tributar os rendimentos do trabalho dependente, nos termos previstos no **artigo 15.º do MC OCDE**.

O n.º 1 do artigo 15.º encontra-se dividido em duas partes:

- i) Na primeira parte, prevê-se a tributação exclusiva no Estado da residência, aplicável aos rendimentos do trabalho dependente derivados de uma atividade laboral exercida nesse mesmo Estado;
- ii) Na segunda parte, encontra-se estabelecido que, caso a atividade laboral seja exercida num Estado distinto do da residência, a competência tributária é cumulativa, podendo ambos os Estados (o Estado onde a atividade laboral é exercida e o Estado da residência) tributar os rendimentos do trabalho dependente.

A competência para tributar os rendimentos do trabalho dependente resulta, assim, da residência e também da definição do lugar onde a atividade laboral é exercida. O exercício efetivo da atividade num determinado Estado constitui um nexo suficientemente forte para justificar a atribuição a esse Estado de competência tributária sobre as remunerações laborais¹⁵.

Conforme veremos mais adiante, os comentários ao nº 1 do artigo 15.º do MC OCDE consideram como critério relevante para a definição do lugar de exercício da atividade a localização física do trabalhador aquando de tal exercício.

Tal como foi referido supra, a competência tributária prevista na segunda parte do nº 1 do artigo 15.º do MC OCDE é uma **competência cumulativa**. Podem tributar os rendimentos laborais tanto o Estado da residência do trabalhador como o Estado onde a atividade laboral é exercida¹⁶.

Todavia, o previsto na segunda parte do nº 1 do artigo 15.º do MC OCDE tem de ser conjugado com a regra estabelecida no nº 2 do mesmo artigo, em virtude do qual algumas situações poderão, afinal, não ser sujeitos a tributação em ambos os Estados, mas sim a uma tributação exclusiva no Estado da residência.

¹⁵ Em contrapartida, decorre da regra do artigo 15.º, nº 1 do MC OCDE que a competência para tributar os rendimentos do trabalho dependente não pertence ao Estado a partir do qual o trabalhador é remunerado (Estado da fonte financeira), nem ao Estado onde se localiza a empresa que beneficia da atividade laboral, ou seja, no qual o resultado da atividade do trabalhador é utilizado.

¹⁶ A dupla tributação jurídica internacional que, em princípio, resultará desta atribuição cumulativa de competência para tributar deve ser eliminada de acordo com um dos métodos previstos nos artigos 23.º-A e 23.º-B do MC OCDE.

O artigo 15.º, n.º 2 atribui uma **competência tributária exclusiva** ao Estado da residência, caso estejam cumulativamente preenchidos três requisitos negativos:

- i) O beneficiário do rendimento não permanecer no Estado em que a atividade laboral é exercida por um período ou períodos que excedam 183 dias (num espaço de tempo de 12 meses, começando ou terminando no ano fiscal em causa); e
- ii) A remuneração seja paga por, ou em nome de, uma entidade patronal que não seja residente no Estado em que a atividade laboral é exercida; e
- iii) A remuneração não seja suportada por um estabelecimento estável detido pela entidade patronal no Estado em que a atividade laboral é exercida.

Em suma, é necessário o preenchimento cumulativo dos três requisitos negativos previstos no n.º 2 do artigo 15.º para que o Estado de residência tenha competência exclusiva para tributar os rendimentos auferidos por um trabalhador que aí seja residente, mas que exerça a sua atividade laboral noutro Estado.

Em contrapartida, caso não se verifique algum dos requisitos previstos nas três alíneas do n.º 2 do artigo 15.º, é atribuída competência cumulativa para tributar ao Estado em que a atividade laboral é exercida e ao Estado da residência, aplicando-se o disposto no artigo 15.º, n.º 1, segunda parte.

Constata-se, portanto, que, na lógica assumida pelo artigo 15.º do MC OCDE, o preenchimento cumulativo dos três requisitos negativos previstos no n.º 2 do artigo revela uma ligação económica da situação com o Estado do exercício da atividade (Estado da fonte)

que não é suficientemente forte para justificar a atribuição de competência tributária a este Estado.

Por outro lado, a atribuição do poder de tributar exclusivamente ao Estado da residência pretende facilitar, de um ponto de vista fiscal, a deslocação internacional de trabalhadores e os destacamentos de curta duração. Com efeito, torna-se mais cómodo, tanto para o trabalhador como para a entidade patronal, a relação com uma única autoridade tributária, a do Estado de residência do trabalhador. E evita-se, neste caso, a ocorrência de dupla tributação sobre o rendimento em causa.

Em contrapartida, a não verificação de algum dos requisitos negativos previstos no nº 2 do artigo 15.º revela a existência de uma ligação suficientemente forte da situação com o Estado de exercício da atividade laboral, justificando assim a atribuição de uma competência tributária cumulativa a este Estado.

Em suma, prevalece na fiscalidade internacional um regime nos termos do qual as atividades laborais desenvolvidas num determinado Estado com carácter temporário devem, em princípio, ser sujeitas a tributação apenas no Estado de residência do trabalhador. Apenas assim não será quando outros fatores estabeleçam uma ligação relevante com o Estado da fonte. Quanto ao limite utilizado para distinguir uma situação de carácter temporário de uma presença mais permanente (na qual já se justifica a tributação no Estado da fonte), este é, nos termos do MC OCDE, de 183 dias¹⁷.

¹⁷ Naturalmente que, face a uma situação concreta, deverão ser verificados em detalhe todos os requisitos e prazos previstos na CDT aplicável à situação. Com efeito, verificam-se por vezes diferenças de pormenor no regime previsto nalgumas CDTs, por comparação com o texto do MC OCDE. Tais diferenças podem, em situações com determinadas características, levar a uma solução do caso concreto

4. Local do exercício da atividade laboral

O artigo 15.º do MC OCDE alude por diversas vezes ao local do exercício da atividade laboral. Mais concretamente, fá-lo duas vezes no n.º 1 e uma vez tanto no n.º 2 como no n.º 3 do artigo.

A interpretação e aplicação do artigo 15.º, n.º 1, 2ª parte, bem como a do n.º 2 do mesmo artigo, dependem da definição do conceito de “**local do exercício da atividade laboral**”. Este conceito revela-se fundamental para efeitos da repartição da competência tributária entre os Estados da residência e da fonte, nos termos do artigo 15.º do MC OCDE.

O artigo 15.º, n.º 1, 2ª parte do MC OCDE atribui competência tributária ao Estado **onde é exercida a atividade** que determina a atribuição da remuneração laboral. Esta competência é cumulativa com a do Estado da residência.

Atenta a bipartição entre Estado da residência e Estado da fonte em que assenta o MC OCDE, o local do exercício da atividade laboral surge-nos, no artigo 15.º, n.º 1, 2ª parte, como uma modalidade do elemento de conexão fonte. Mais concretamente, como uma **fonte de produção do rendimento** (por contraposição à fonte financeira ou de pagamento do rendimento)¹⁸.

diferente daquela que decorreria do texto do MC OCDE.

¹⁸ Note-se, a este propósito, que no artigo 15.º do MC OCDE não se considera a fonte financeira ou de pagamento como um elemento de conexão principal. A fonte financeira aparece referida no artigo 15.º, n.º 2 b), mas apenas como um dos aspetos a ter em conta para efeitos da atribuição de competência cumulativa ao Estado da fonte (caso a remuneração do emprego seja paga por uma entidade empregadora residente no Estado do exercício da atividade ou em nome desta) ou, pelo contrário, para efeitos da atribuição de competência exclusiva ao Estado da residência (caso tal não suceda e se encontrem também preenchidos os requisitos previstos nas alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 15.º do MC OCDE).

Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, 2ª parte do MC OCDE, o reconhecimento da pretensão tributária do Estado da fonte baseia-se, portanto, na localização no seu território da **fonte de produção** do rendimento, ou seja, na circunstância de ocorrer nesse Estado o **exercício efetivo da atividade laboral** que determina a atribuição da remuneração.

Em suma, o local de exercício da atividade laboral é, nos termos do artigo 15.º do MC OCDE, o elemento essencial para a repartição de competência tributária entre Estado da residência e Estado da fonte.

Não obstante a importância do conceito, o artigo 15.º não contém qualquer definição de “local do exercício da atividade” nem indicação de critérios que auxiliem a respetiva determinação. O mesmo se passa com o restante articulado do MC OCDE, no qual a questão não é abordada.

É apenas no comentário n.º 1 ao artigo 15.º, n.º 1 do MC OCDE que encontramos indicações sobre a posição da OCDE relativamente ao conceito de “local do exercício da atividade laboral”. Dispõe o referido comentário que:

“O emprego é exercido no local onde o trabalhador está fisicamente presente aquando do exercício das atividades pelas quais é pago o rendimento do trabalho. Uma consequência disto seria que um residente de um Estado Contratante que recebesse uma remuneração, relativamente a um emprego, de fontes situadas no outro Estado não poderia ser tributado nesse outro Estado relativamente a essa remuneração apenas porque os resultados desse trabalho foram explorados nesse outro Estado”.

Decorre do aludido comentário que a interpretação preconizada pela OCDE relativamente ao **local do exercício da atividade laboral** se baseia num **critério de presença física do trabalhador**.

Deste modo, para efeitos de interpretação do disposto no artigo 15.º do MC OCDE, o local do exercício da atividade corresponde ao local onde o trabalhador está fisicamente presente enquanto exerce tal atividade laboral.

Este critério afigura-se desajustado face às características da atividade económica atual, já fortemente desmaterializada, e da tecnologia digital utilizada em grande parte dos modelos de negócio. Tal desajustamento é particularmente notório no caso do trabalho remoto internacional e dos nómadas digitais, em que, estando em causa o exercício da atividade laboral à distância, através de meios digitais, o local da presença física do trabalhador é pouco relevante.

No caso dos nómadas digitais, que tendem a permanecer por períodos curtos em cada país, trabalhando em qualquer local onde exista acesso à internet, pode mesmo ser difícil para as autoridades fiscais aferirem o local preciso do exercício da atividade laboral, para efeitos de aplicação do disposto no artigo 15.º do MC OCDE.

IV. Eliminação da dupla tributação jurídica internacional

1. Eliminação da dupla tributação ao abrigo da lei interna

Relativamente a sujeitos passivos residentes em território português, o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora de Portugal (artigo 15.º, n.º 1 do CIRS).

Todavia, a tributação em IRS dos rendimentos obtidos no estrangeiro origina, com frequência, situações de dupla tributação jurídica internacional, em virtude da tributação dos mesmos rendimentos também no Estado da fonte¹⁹.

Portugal, na qualidade de Estado da residência, dispõe de um mecanismo de eliminação da dupla tributação jurídica internacional ao abrigo da lei interna, aplicável em relação aos rendimentos obtidos no estrangeiro por sujeitos passivos residentes. No caso dos sujeitos passivos pessoas singulares, a eliminação da dupla tributação jurídica internacional encontra-se prevista no artigo 81.º do CIRS.

Esta disposição é especialmente importante nas situações em que não exista uma CDT entre Portugal e o Estado da fonte do rendimento. Com efeito, nessas situações, apenas a aludida norma interna, graças ao sistema unilateral de eliminação da dupla tributação internacional aí previsto, possibilita a atenuação ou eliminação da dupla tributação.

O método previsto no artigo 81.º do CIRS para a eliminação da dupla tributação jurídica internacional é o *método da imputação normal*, que opera mediante a concessão, aos titulares de rendimentos

¹⁹ Constitui dupla tributação jurídica internacional “a incidência, em mais do que um Estado, (i) de impostos equiparáveis, relativamente (ii) ao mesmo sujeito passivo, (iii) ao mesmo facto gerador de imposto, e (iv) ao mesmo período de tributação do rendimento. Entende-se que são impostos equiparáveis os impostos vigentes em vários Estados que, embora podendo ter denominações distintas, tenham uma natureza semelhante”. Refira-se, ainda, que a dupla tributação internacional pressupõe “a existência de uma situação tributária internacional, ou seja, uma situação que tem conexão com os ordenamentos jurídico-tributários de diferentes Estados e, adicionalmente, a relevância da conexão com o ordenamento jurídico-tributário de cada Estado, para efeitos de incidência, de acordo com a respetiva lei tributária”. In PAULA ROSADO PEREIRA, *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, cit., p. 21.

obtidos fora do território português, de um crédito relativo ao imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro por tais rendimentos.

Para efeitos da aplicação do referido método:

- i) Os rendimentos obtidos no estrangeiro são considerados pelas respetivas importâncias ilíquidas dos impostos sobre o rendimento pagos no Estado da fonte - ou seja, pelo seu valor bruto (artigo 22.º, n.º 6 do CIRS);
- ii) À coleta apurada é deduzido o crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional, correspondente ao imposto pago no estrangeiro em relação aos rendimentos aí obtidos, mas sujeito a um limite máximo.

O crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional é dedutível, no caso de rendimentos sujeitos a englobamento obrigatório - como é o caso dos rendimentos do trabalho dependente obtidos por residentes - até à concorrência da parte da coleta proporcional a esses rendimentos líquidos, considerados nos termos do n.º 6 do artigo 22.º do CIRS, que corresponde à menor das seguintes importâncias (artigo 81.º, n.º 1 do CIRS):

- i) Imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro;
- ii) Fração da coleta do IRS, calculada antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país em causa possam ser tributados, líquidos das deduções específicas previstas no CIRS.

Quando a situação de rendimentos obtidos no estrangeiro for coberta por uma CDT celebrada por Portugal, a dedução de crédito de imposto a efetuar nos termos do artigo 81.º, n.º 1 do CIRS não pode ultrapassar o imposto pago no estrangeiro nos termos previstos pela

CDT (artigo 81.º, n.º 2 do CIRS). Deste modo, Portugal não concederá a dedução em causa relativamente a um montante de imposto sofrido no Estado da fonte que exceda o imposto que aí teria sido pago, caso a CDT tivesse sido acionada.

Por outro lado, se a insuficiência de coleta, no período de tributação em que os rendimentos obtidos no estrangeiro foram incluídos no rendimento coletável, não permitir efetuar a dedução prevista no n.º 1 do artigo 81.º do CIRS, o remanescente pode ser deduzido à coleta dos cinco períodos de tributação seguintes, com o limite previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 81.º do CIRS que corresponder aos rendimentos obtidos no estrangeiro incluídos no rendimento coletável e depois da dedução do próprio ano (artigo 81.º, n.º 3 do CIRS)²⁰.

2. Eliminação da dupla tributação nas CDTs

Recorde-se que, caso não se verifique algum dos requisitos previstos nas três alíneas do n.º 2 do artigo 15.º do MC OCDE, é atribuída competência cumulativa para tributar ao Estado em que a atividade laboral é exercida (Estado da fonte) e ao Estado da residência, aplicando-se o disposto no artigo 15.º, n.º 1, segunda parte.

Nestes casos, a aplicação da CDT não permite, ao nível da repartição de competência tributária entre os Estados, resolver a questão da dupla tributação. Esta persiste, quando a CDT atribui competência

²⁰ A possibilidade de reporte do crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional para os cinco períodos de tributação seguintes, prevista no artigo 81.º, n.º 3 do CIRS, foi introduzida pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro (Lei da Reforma do IRS), a exemplo do que já tinha sido previsto no CIRC.

tributária cumulativa aos Estados da residência e da fonte do rendimento.

Torna-se, portanto, necessário recorrer a outras disposições da CDT para resolver a questão da dupla tributação.

O MC OCDE, em virtude da falta de acordo entre os Estados no que toca à consagração de um único método de eliminação da dupla tributação jurídica internacional, prevê dois métodos alternativos: o método da isenção no artigo 23.º-A e o método da imputação no artigo 23.º-B.

Portugal, por regra, adota nas CDTs que celebra o método da imputação normal, previsto no artigo 23.º-B do MC OCDE. Neste método, no caso de rendimentos que, em conformidade com o disposto na Convenção, possam ser tributados no Estado da fonte, o Estado da residência deduzirá do respetivo imposto uma importância igual ao imposto pago no Estado da fonte. Contudo, a importância deduzida não pode exceder a fração do imposto do Estado da residência, calculado antes da dedução, correspondente ao rendimento tributado no Estado da fonte. Trata-se, com efeito, do mesmo método que Portugal adota na sua legislação interna.

Bibliografia

BERETTA, GIORGIO - «"Work on the move": Rethinking taxation of labour income under tax treaties», *International Tax Studies*, IBFD, n.º 2-2022, junho 2022, p. 7.

COMISSÃO PARA A REFORMA DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTOS DAS PESSOAS SINGULARES - 2014, *Projeto da Reforma do IRS*, setembro de 2014.

HANNONEN, OLGA - «In search of a digital nomad: defining the phenomenon», Springer - publicado online, 4 de maio de 2020.

MAKIMOTO, TSUGIO / MANNERS, DAVID - *Digital Nomad*, Wiley Ed., 1997.

OURO, MARISA - «Devem existir cinquenta maneiras de tributar um nómada digital: A tributação condiciona a liberdade geográfica do nómada digital?», in LOBO, CARLOS BAPTISTA / PALMA, CLOTILDE CELORICO (Coord.) - *Nós e os Impostos II - Um Contributo para o Futuro dos Impostos*, Almedina, Coimbra, 2023.

PEREIRA, PAULA ROSADO - *Convenções sobre Dupla Tributação no Atual Direito Fiscal Internacional*, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2022.
- *Manual de IRS*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2023.

PIGNATARI, LEONARDO THOMAZ - «The taxation of “digital nomads” and the “3 W’s”: Between tax challenges and heavenly beaches», *INTERTAX*, volume 51, n.º 5, Kluwer Law International BV, The Netherland, 2023.

ROMA, PEDRO - *Residência Fiscal Parcial em IRS*, Almedina, Coimbra, 2018.

XAVIER, ALBERTO - *Direito Tributário Internacional*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.



DIFERENÇAS SALARIAIS E SEGMENTAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO

WAGE DIFFERENTIALS AND LABOR MARKET SEGMENTATION

Paula Vaz Freire

Sumário: Introdução; 1. Paradigmas de análise e teorias explicativas das diferenças salariais; 2. Teoria neoclássica; 3. Teoria keynesiana; 4. Teoria do capital humano; 5. Teoria da sinalização; 6. Teoria da busca de trabalho (*Job search theory*); 7. Teoria da Segmentação; 7.1. Origens da Teoria da Segmentação; 7.2. Teoria dos mercados de trabalho internos e externos; 7.3. Teoria do mercado de trabalho dual; 7.4. Outros modelos de segmentação; 8. Teoria dos salários de eficiência; 9. Teoria do *insider-outsider*; 10. Teorias da partilha de renda (*rent-sharing*) e da captura de renda (*rent-extraction*); Conclusão.

Resumo:

As análises relativas ao trabalho como fator de produção e ao funcionamento do mercado laboral, feitas a partir do mecanismo de preços, e da produtividade como referencial para a definição desses valores monetários, parecem ser insuficientes para explicar, cabalmente, as diferenças salariais. De acordo com as perspetivas mais tradicionais, os trabalhadores escolhem livremente, e de acordo com as suas preferências, de entre uma multiplicidade de opções de emprego e recebem remunerações conformes com as respetivas dotações de capital humano. No entanto, tornou-se necessário recorrer a explicações com maior realismo para compreender o emprego e a formação dos salários. De entre de outras conceções, merece relevo a teoria da segmentação, intuída pelos autores clássicos e desenvolvida no quadro do paradigma neoinstitucionalista. Assim, ganham relevo os argumentos de que não existe um mercado de trabalho único e concorrencial, mas sim vários segmentos não concorrentes, gerados a partir de barreiras institucionais que obstam a que a população beneficie de iguais oportunidades e qualificações.

Abstract:

Studies regarding the labor factor and the functioning of the labor market, carried out based on the price mechanism, and productivity as a reference for defining these monetary values, appear to be insufficient to fully explain wage differences. According to more traditional perspectives, workers choose freely, according to their preferences, from a multitude of employment options and receive remuneration in accordance with their respective human capital endowments. However, it became necessary to find more realistic explanations to understand employment and wage formation. Among others, the theory of segmentation, intuited by classical authors and developed within the framework of the neo-institutionalist paradigm, deserves emphasis. Thus, the arguments that there is no single, competitive job market, but rather several non-competing segments, generated from institutional barriers that prevent the population from benefiting from equal opportunities and qualifications, gain paramount importance.

Introdução

Numa economia de mercado o trabalho humano é oferecido e procurado sendo o valor, a troca e a alocação deste fator de produção determinada pelas quantidades disponíveis, pelos níveis de qualificação e especialização e pela produtividade. Este enunciado, em grande parte correto, peca por corresponder a uma formulação demasiado simplista incapaz de captar a complexidade e a especificidade do contexto laboral.

Com efeito, as análises contemporâneas do mercado de trabalho cruzam contributos da Ciência Jurídica, da Economia e da Sociologia, considerando-o como uma instituição social moldada pelo respetivo contexto geográfico, histórico e cultural. Assim, em cada sociedade as diferentes condições e tradições, determinam a composição da população ativa - por exemplo, com maior ou menor presença de mulheres no mercado de trabalho -, as políticas de apoio e prevenção

do desemprego, a ética de trabalho, o papel dos sindicatos, as formas de negociação coletiva, etc.

A análise do funcionamento do mercado de trabalho pode, portanto, fazer-se perspectivando tratar-se de um local onde se estabelecem relações e salários, determinadas pela *oferta e procura*, ou fazer-se acolhendo uma *perspetiva socioeconómica* que coloca a ênfase da compreensão daquele mercado nas estruturas ou instituições sociais¹ que contextualizam as interações entre trabalhadores e empregadores.

De há muito que a Economia do Trabalho tem analisado os mecanismos de formação salarial, os fundamentos das diferenças remuneratórias, a influência destes aspetos sobre as quantidades oferecidas e procuradas, bem como os desequilíbrios entre estas variáveis, designadamente, quando assumem a forma de desemprego.

Sem se debruçar sobre este último aspeto, o presente artigo pretende apresentar as principais conceções relativas à formação dos salários, evidenciando a relevância das teorias da segmentação, e concluindo pela necessidade de combinar muitos dos contributos daquelas conceções, a fim de alcançar um quadro de análise adequado à complexidade dos mercados de trabalho contemporâneos.

¹ Nas estruturas podem incluir-se, entre outras, a organização empresarial dos sectores público e privado; estruturas ideológicas, sociais, políticas e económicas do sector privado e público que operam a nível local, nacional e internacional; estruturas estatais locais, nacionais e supranacionais; estruturas de parentesco que facilitam a transmissão e o tratamento da informação; estruturas familiares que facilitam a produção e reprodução da força de trabalho; estruturas que diferenciam os trabalhadores por classe, género e raça; estruturas de organização geográfica. Rogers, G. (1994), pp. 23-24.

1. Paradigmas de análise e teorias explicativas das diferenças salariais

As teorias económicas que explicam a formação dos salários e a existência de diferenças remuneratórias entroncam, no essencial, numa de duas matrizes analíticas: o pensamento neoclássico ou o pensamento neoinstitucionalista. No entanto, nem sempre se trata de uma distinção clara ou estanque dada a vocação sincrética de algumas construções.

De acordo com o paradigma neoclássico, o mercado de trabalho é tratado como homogéneo e os salários desempenham um papel central, uma vez que a alocação do trabalho é regulada pelo *mecanismo de preços*. A determinação dos níveis salariais tem como referencial a produtividade, pelo que, as diferenças de remuneração se explicam, essencialmente, pelas características e formação do trabalhador.

A análise económica institucionalista vem vincar a não homogeneidade do mercado de trabalho, ao afirmar a existência de grupos que, nesse mercado, não concorrem entre si, seja porque o seu domínio de especialização é distinto, seja porque se movem em áreas geograficamente distantes². Assim, a divisão e especialização do trabalho, bem como a distribuição geográfica da população fazem com que cada mercado de trabalho nacional seja composto por um número de submercados, interrelacionados, mas não concorrentes. Ora, estes submercados são, frequentemente, “institucionalizados”, ou seja, objeto de auto ou de hétero regulação, por parte de

² Kerr, C. (1954).

associações de empregadores, de sindicatos, de acordos coletivos, de normas definidas pelos Estados, etc., que contribuem para uma segregação mais clara desses mercados.

Em suma, se a matriz analítica neoclássica faz depender as variações salariais, no essencial, das qualidades do trabalhador, outras conceções evidenciam a presença de fatores exógenos à pessoa do trabalhador, com maior ou menor enraizamento na sociedade, que moldam a configuração do mercado de trabalho.

A partir deste enquadramento passam-se em revista as principais teorias económicas relativas à formação dos salários.

2. Teoria neoclássica

Aprofundando o que já ficou dito sobre a perspetiva neoclássica pode afirmar-se que ela assenta em dois pressupostos essenciais: a ideia de que a tradicional teoria dos preços é aplicável à análise dos mercados de trabalho, e de que estes são atomísticos, ou seja, compostos por agentes individuais perfeitamente racionais, movidos pela maximização dos respetivos ganhos. Autores como John R. Hicks tratam o mercado de trabalho com base no paradigma da concorrência perfeita, assumindo que o trabalho é homogéneo, a informação e a mobilidade não têm custos e que existe uma multiplicidade de agentes, tanto do lado da procura como do lado da oferta, que concorrem entre si. Para a Economia do Trabalho neoclássica a procura (empresas) tem como referencial a produtividade marginal, no quadro de maximização do lucro pelos empregadores, enquanto a oferta

(trabalhadores) se baseia na maximização da utilidade pelos trabalhadores.

A forma de entender a relação entre os níveis salariais e de emprego foi decisivamente moldada pelo pensamento neoclássico, em particular pelas denominadas *leis da procura derivada* de Hicks-Marshall³. Como é sabido, a procura de fatores de produção é sempre derivada, na medida em que as quantidades demandadas dependem da quantidade procurada dos bens finais produzidos a partir daqueles fatores. A este respeito a formulação de Hicks-Marshall considera que a elasticidade da procura de trabalho pode ser relativamente elevada devido à elasticidade preço da procura dos bens finais ou da oferta de outros fatores de produção. Em suma, as leis da procura derivada de trabalho, ou leis de Hicks-Marshall, afirmam que, *ceteris paribus*, há uma elevada elasticidade da procura de uma dada “categoria” de trabalhadores (segmento de trabalho) nas seguintes condições: (i) quando a elasticidade-preço da procura dos bens produzidos é elevada (efeito de escala) - o que significa que um aumento dos salários tem um impacto sobre a quantidade procurada daqueles bens finais determinando a diminuição das quantidades procuradas -, afetando o nível de emprego; (ii) quando os custos do fator trabalho forem uma parte substancial dos custos totais (efeito de escala); (iii) quando outros fatores de produção podem substituir, com alguma facilidade, o trabalho (efeito de substituição); e (iv) quando há uma elevada elasticidade da oferta desses fatores alternativos pelo que a quantidade oferecida destes fatores pode variar

³ Formuladas a partir dos contributos de John Hicks (*The Theory of Wages*, 1932) e de Alfred Marshall (*Principles of Economics*, 1890).

consideravelmente sem que o seu custo aumente proporcionalmente (efeito de substituição).

A oferta e a procura de trabalho são determinadas pela taxa de salário real. Por outras palavras, a procura de trabalho é orientada pela tendência do salário real atingir o nível de produtividade marginal do trabalho e, dado que, de acordo com a lei dos rendimentos decrescentes, a produtividade marginal do trabalho diminui à medida que o emprego do fator trabalho aumenta, a procura de trabalho tem como limite o nível do salário real.

Um aumento do salário real estimula a oferta de mão-de-obra, mas restringe a procura; quando o salário real diminui, a procura de trabalho aumenta, mas a oferta diminui. Assim é porque quando a oferta de mão-de-obra aumenta, mas a procura se mantém ou diminui, os desempregados reduzem as suas expectativas salariais para um nível que torna economicamente viável aos empregadores recrutarem-nos. Se a procura de trabalho exceder a oferta, os empregadores oferecerão salários mais elevados para atrair trabalhadores. Portanto, os salários tendem para um nível em que as quantidades oferecidas e a procuradas de trabalho serão iguais entre si, estabelecendo o ponto de equilíbrio. Daqui se deduz que os salários devem ser flexíveis e que quaisquer medidas que restrinjam os seus ajustamentos são manifestamente prejudiciais. De acordo com o modelo competitivo do mercado de trabalho, os mesmos empregos não podem ser remunerados de forma diferente, a longo prazo, e os trabalhadores expostos a condições de trabalho desfavoráveis devem receber salários adequadamente mais elevados, seguindo-se uma regra de compensação.

No quadro da moldura analítica neoclássica, os seus cultores ao serem confrontados com situações de poder de mercado assimétrico nos mercados reais, entendem estar-se perante “falhas”, “fricções” ou “imperfeições” desses mercados que podem ser corrigidas. Assim, estes aspetos são vistos como anomalias pontuais e não como características estruturantes pelo que não merecem uma atenção e tratamento sistemáticos.

3. Teoria keynesiana

A teoria keynesiana assume que o salário real não influencia, decisivamente, a oferta e a procura de trabalho.

Com efeito, Keynes destaca a característica de viscosidade salarial, afirmando que nas economias modernas, considerando o poder dos sindicatos e a ilusão monetária dos trabalhadores, é muito irrealista esperar que os salários possam ser reduzidos. A própria inflexibilidade dos salários é, portanto, a principal causa do desemprego que, ao contrário da perspetiva neoclássica, é mais involuntário do que voluntário⁴.

De acordo com Keynes, o nível de emprego não pode ser determinado por uma análise parcial do mercado de trabalho - entendendo-o como o ponto de intersecção entre as curvas da procura e

⁴ Para a compreensão da relação entre salários reais, desutilidade marginal do trabalho e desemprego involuntário: Keynes, J. M. (1936), pp. 13 a 16.

O verdadeiro fator que faz com que a oferta e a procura de trabalho tendam para o equilíbrio não são os salários, mas sim a alteração da disponibilidade de empregos, porque os empregadores respondem aos sinais sobre o aumento ou a diminuição da procura de produtos no mercado, despedindo ou recrutando mão-de-obra. Depois de atingido o ponto de pleno emprego, os aumentos salariais implicam a expansão da oferta de mão-de-obra e então aplicam-se as regras neoclássicas.

da oferta de trabalho - mas requer uma análise geral em que as interdependências do mercado de trabalho com os mercados de bens finais e monetário devem ser consideradas. Devido ao facto de aos salários nominais estar associado um efeito de custo (direto) no mercado de trabalho, mas também um efeito de procura (indireto) no mercado de bens, tem de ser refutada a conclusão simplista de que uma redução nos salários nominais aumenta o emprego porque reduz o custo de produção. Para Keynes uma eventual redução dos salários nominais não gera uma tendência duradoura para aumentar o emprego, exceto em virtude da sua repercussão quer na propensão a consumir da comunidade como um todo, quer na eficiência marginal do capital. É, portanto, necessário analisar as repercussões das alterações nos salários nominais sobre estas forças, em particular na propensão para consumir e no incentivo para investir, sendo este também influenciado pela taxa de juro⁵.

4. Teoria do capital humano

A teoria do capital humano avançada por Theodore Schultz e Gary Becker⁶, acolhe a tradição neoclássica no que respeita à aceitação dos pressupostos de aplicação da teoria dos preços e da assunção do comportamento maximizador; no entanto, abandona as ideias irrealistas de homogeneidade total e de flexibilidade da força de

⁵ Mitchell, D. (1986); Hagemann, H. (2019).

⁶ Schultz, T. W. (1960); Becker, G. (1964).

O capital humano corresponde ao “fruto do investimento feito na formação pessoal, de que se espera um resultado em termos de aumento da produtividade conexas com o incremento das aptidões”: Araújo, F. (2022), p. 76. Araújo, F. (2014), pp. 3168-3175.

trabalho. Becker introduz a ideia de que a produtividade do trabalho e, conseqüentemente, o seu valor de mercado, aumenta com a quantidade de capital investido na qualificação de cada trabalhador. Nesta medida, as desigualdades de remuneração e de estatuto profissional são explicáveis como conseqüências de diferentes níveis de investimento em “capital humano”, enquanto custos de educação e formação profissional.

As principais críticas a esta conceção decorrem da sua “rigidez” e determinismo ao considerar que o aumento de investimento em capital humano conduz, de facto e em todas as circunstâncias, a aumentos de produtividade do trabalho e que os empregadores, como agentes económicos perfeitamente racionais, são compelidos a agir de forma a empregar sempre os trabalhadores com maior “capital humano”. Por outro lado, ficam por explicar as diferenças de remuneração e de estatuto profissional entre indivíduos com qualificações equivalentes, designadamente, as diferenças remuneratórias entre homens e mulheres, entre categorias profissionais e entre empresas.

5. Teoria da sinalização

Em complemento - ou como uma variação - da teoria do capital humano, o modelo da sinalização⁷ procura explicar algumas das debilidades acima apontadas. Assim, para além dos atributos (“índices”), tais como o sexo, a idade, a etnia, de cada trabalhador, este evidencia “sinais”, como a certificação da educação, formação e experiência profissional. A escolha pelo empregador é feita em função

⁷ Spence, M. (1974).

da combinação dos indícios e sinais que considera mais adequada ao exercício da função, pelo que os trabalhadores procuram otimizar os sinais que julgam ser particularmente valorados⁸.

Em síntese, para as duas abordagens as desigualdades na distribuição de ganhos e de oportunidades entre os que concorrem no mercado de trabalho é explicável por aspetos associados à pessoa do trabalhador, sejam eles a qualificação ou “capital humano”, ou os “índices e sinais”; assim sendo, não são considerados aspetos estruturais do(s) mercado(s) de trabalho, tais como restrições institucionais de acesso ou comportamentos estratégicos.

Por outras palavras, o foco de análise encontra-se do lado da oferta de emprego, enfatizando aspetos relacionadas com a produtividade individual, tais como decisões sobre o investimento em capital humano, e as escolhas de lazer, que determinam a quantidade individual de oferta de trabalho.

6. Teoria da busca de trabalho (*Job search theory*)

A teoria da procura de emprego desenvolvida no quadro da nova microeconomia neoclássica, pretende encontrar o “tempo ótimo” de busca de trabalho, isto é, uma solução para o dilema que o trabalhador enfrenta entre continuar a procurar ou encerrar a sua busca e aceitar um emprego.

A teoria da procura de emprego (*theory of job search*) incorpora na análise do mercado de trabalho considerações relativas à

⁸ Sobre a teoria da sinalização: Araújo, F. (2022), pp. 95-102.

informação⁹. Entende que o indivíduo que procura um emprego não conhece todas as oportunidades disponíveis e a respetiva remuneração e que essa escassez de informação vai fazê-lo incorrer em custos económicos gerados pelo esforço da procura de trabalho. Trata-se de custos que se podem estender mais ou menos no tempo, pois mesmo quando encontra uma oportunidade o sujeito confronta-se com as hipóteses de aceitar ou continuar à procura de outra alternativa mais compatível com suas expectativas profissionais, ou seja, com as suas qualificações e o seu salário de reserva (valor mínimo que o indivíduo está disposto a receber para aceitar um emprego)¹⁰. O processo de escolha implica, portanto, uma ponderação entre os benefícios de prolongar a procura de emprego e os custos - monetários e de oportunidades - dessa busca¹¹. Assim, a duração do desemprego, e os custos a ela associados, interferem na decisão do indivíduo de procurar um emprego e no seu esforço de procura, o que afeta a oferta de trabalho.

Em suma, pode concluir-se, a partir deste modelo, que (i) uma parte dos trabalhadores desempregados estão nessa situação

⁹ Stigler, G. J. (1962).

¹⁰ O *reservation wage* “trata-se da remuneração que quebra a indiferença entre estar empregado ou desempregado”: Araújo, F. (2022), p. 104.

O salário de reserva, enquanto salário mais baixo que uma pessoa desempregada aceitaria não tem um nível constante, uma vez que é influenciado por muitos fatores, o mais significativo dos quais a duração do período de procura de emprego: quanto mais longo for, menor será o salário de reserva: Hughes, J.J. & Perlman, R. (1984), pp. 104-125.

¹¹ A razão pela qual os desempregados se comportam desta forma pode ser facilmente explicada em termos de custos marginais: os custos adicionais da procura de informação (rendimentos perdidos menos subsídio de desemprego) serão suportados até igualarem o montante dos rendimentos adicionais que se espera obter quando se conseguir um emprego melhor. Um cálculo semelhante pode ser feito pelos empregadores que procuram trabalhadores, isto é, a relação ótima entre os custos marginais de encontrar um trabalhador com as características desejadas e os benefícios esperados. Mortensen, D. (1986).

voluntariamente, pois preferem continuar a procurar emprego em vez de aceitar uma remuneração abaixo do salário de reserva; e que (ii) os candidatos a um posto de trabalho decidem tendo em consideração não apenas o nível salarial, mas também as suas preferências e fatores institucionais relacionados com o funcionamento do mercado de trabalho¹².

7. Teoria da Segmentação

A ideia de que não há homogeneidade no mercado de trabalho encontra-se na base das perspectivas sobre a segmentação, nas suas diversas vertentes.

A segmentação do mercado de trabalho refere-se a diferenças persistentes nas condições de trabalho dos indivíduos que não podem ser atribuídas apenas a diferenças de produtividade. Isto significa que alguns trabalhadores têm situações estáveis e seguras, com boas perspectivas de evolução, outros enfrentam instabilidade no emprego, incerteza de rendimentos e poucas perspectivas de carreira.

As teorias dos mercados de trabalho segmentados vieram desafiar as conceções neoclássicas sobre o funcionamento do mercado de trabalho, por as mesmas serem incapazes de explicar vários tipos de diferenças salariais, e questões como a distribuição de rendimentos, o desemprego e a discriminação.

A teoria da segmentação põe em causa a existência de uma ligação direta entre as capacidades produtivas de um indivíduo e o seu salário, bem como a alocação desse indivíduo ao posto de trabalho

¹² Mortensen, D. & Pissarides, Ch. (1994), pp. 397-415.

mais adequado, implícita na versão neoclássica da teoria do capital humano. Enquanto a teoria neoclássica pressupõe que os trabalhadores podem escolher livremente entre uma multiplicidade de opções de emprego no mercado de trabalho, fazendo-o com base nos seus gostos, preferências, capacidades e competências pessoais e, que recebem as remunerações conformes com as suas dotações de capital humano, a teoria da segmentação argumenta que não há um mercado de trabalho único e concorrencial, mas sim vários segmentos não concorrentes entre os quais as remunerações diferem, designadamente, porque as barreiras institucionais obstam a que a população beneficie de iguais níveis de educação e qualificação.

7.1. Origens da Teoria da Segmentação

As raízes da abordagem segmentacionista podem ser encontradas nas concepções de Cairnes, John Stuart Mill e Pigou que, não se satisfazendo com as ideias de Adam Smith sobre o funcionamento concorrencial do mercado de trabalho, chamam à colação elementos institucionalistas.

Adam Smith concentrou a sua atenção nas “diferenças salariais de equilíbrio”, o que significava reconhecer a existência de prémios salariais determinadas por certas condições. Segundo Smith as diferenças salariais têm por base “diferenciais compensatórios” que variam (i) na proporção inversa à agradabilidade do emprego; (ii) na proporção direta ao custo de aprendizagem das tarefas; (iii) na proporção inversa à estabilidade do emprego; (iv) na proporção direta à

confiança depositada no trabalhador; e (v) em proporção inversa à probabilidade de sucesso¹³.

No entanto, Adam Smith reconhece a presença de certas restrições institucionais que podem ditar desigualdades salariais entre indivíduos com idênticas dotações (aprendizagens e competências), designadamente, em face da existência de leis e regulamentos relativos ao sistema de aprendizagem e de acesso a profissões, as quais consubstanciam sérios obstáculos à mobilidade laboral, quer dentro de uma mesma organização, quer entre organizações similares. Nestes contextos, podem não existir pressões competitivas capazes de equiparar as diferenças salariais.

Uma visão diferente sobre o mercado de trabalho foi trazida por John Stuart Mill e John Cairnes ao afirmarem a existência de grupos não concorrentes no mercado de trabalho. De acordo com Cairnes, a totalidade dos trabalhadores não concorrem indiscriminadamente por todas as profissões, mas sim para diversas “camadas industriais”, sobrepostas umas às outras; dentro de cada uma, os vários candidatos ao emprego possuem um poder de seleção real e efetivo, enquanto os que ocupam outros estratos estão excluídos de uma concorrência efetiva com aqueles¹⁴.

Por seu turno, Mill concluiu que a educação e a classe social são fatores determinantes da “segmentação pré-mercado”. Afirma também que as desigualdades salariais vão, geralmente, na direção oposta ao princípio equitativo da compensação apresentado por Adam Smith como lei geral da remuneração do trabalho, pois aos

¹³ Smith, A. (1776) (1999), pp. 231-244.

¹⁴ Cairnes, J. E. (1874), p. 66.

trabalhos mais penosos e degradantes estão associados os níveis mínimos de remuneração, uma vez que são desempenhados por aqueles que, por pobreza, ou por falta de qualificação e educação, são rejeitados de todos os demais empregos¹⁵. Mill refere ainda que a lei ou o costume podem limitar a concorrência pois, por exemplo, “se as leis do aprendiz, ou os regulamentos das corporações, tornarem o acesso a determinado trabalho lento, caro ou difícil, os salários desse emprego podem ser mantidos muito acima da sua proporção natural em relação aos salários dos trabalhadores comuns”¹⁶.

Na década de 40 do século XX, Pigou, um dos mais eminentes economistas neoclássicos, concluiu que, frequentemente, os mercados de trabalho não se equilibram pelo que os trabalhadores nem sempre estão envolvidos numa “competição total” por empregos, o que se deve a fatores de natureza institucional, como o sindicalismo e os subsídios de desemprego. Pigou percebeu que os mercados de trabalho são segmentados, não só devido a diferenciais de talento, formação, experiência e competência, mas também devido a restrições à mobilidade entre e dentro de sectores de atividade. O mercado de trabalho é constituído por diferentes “centros de produção”¹⁷, e a falta de mobilidade inibe o pleno emprego e determina desigualdades salariais.

¹⁵ Mill, J. S. (2004), p. 156.

¹⁶ Mill, J. S. (2004), p. 161. “Merece ser considerada a razão pela qual os salários das mulheres são geralmente mais baixos, e muito mais baixos, do que os dos homens. (...) Quando a eficiência é igual, mas a remuneração desigual, a única explicação que se pode dar é o costume; fundamentada num preconceito ou na actual constituição da sociedade, que, fazendo de quase todas as mulheres, socialmente falando, um apêndice de algum homem, permite aos homens obter sistematicamente a maior parte de tudo o que pertence a ambos”: p. 160.

¹⁷ Pigou, A. C. (1945), p. 19.

A teoria da segmentação tem como antecedentes mais próximos os contributos da escola de pensamento institucionalista norte americana das décadas de 40 e 50 do século XX¹⁸. Segundo esta perspectiva, os mercados de trabalho não funcionavam de acordo com a análise de equilíbrio neo-clássica, uma vez que eram influenciados pela complexidade da realidade economia, e por instituições como as grandes empresas e os sindicatos, dotadas de um conjunto de regras formais e informais. Forma-se, assim, uma compartimentação do mercado em vários “mercados de trabalho internos”¹⁹, nos quais o preço e a alocação do trabalho é determinado por regras e procedimentos burocráticos. Por seu turno, nos “mercados externos” esses aspetos são determinados pela oferta e pela procura²⁰.

7.2. Teoria dos mercados de trabalho internos e externos

As conceções contemporâneas têm em comum evidenciar a natureza fragmentada dos mercados de trabalho e a importância das influências institucionais e sociais sobre os salários e o emprego.

A distinção já referenciada entre mercados internos e externos é densificada por alguns autores servindo de moldura analítica para compreender a estrutura do mercado de trabalho, a mobilidade, as diferenças salariais e problemas como o desemprego estrutural, o

¹⁸ Por autores como John T. Dunlop (1957), Clark Kerr (1954).

¹⁹ Gerados a partir de cinco tipos de barreiras: (i) as preferências de determinados trabalhadores; (ii) as preferências de determinados empregadores; (iii) as atuações da comunidade de trabalhadores; (iv) as atuações da comunidade de empregadores; e (v) a ação do Estado: Kerr, C. (1954), p. 96.

²⁰ Kerr, C. (1954), p. 102.

impacto das alterações tecnológicas, a discriminação racial, entre outros.

Esta teoria entende, portanto, que “o mercado de trabalho interno, regido por regras administrativas, deve ser distinguido do mercado de trabalho externo (característico) da teoria económica convencional, onde preços, alocação e decisões sobre formação são diretamente determinados por variáveis económicas²¹.

Há dois importantes fatores que explicam a formação dos mercados de trabalho internos. O primeiro reconduz-se à ideia de que a especialização das tarefas a realizar implica custos de formação relevantes, bem como custos de recrutamento e seleção a fim de encontrar os trabalhadores mais adequados. Por outras palavras, à medida que as competências necessárias são mais específicas, a formação dos trabalhadores torna-se mais especializada e exigente, o que incentiva o empregador a investir em métodos dispendiosos de recrutamento e triagem, a fim de minimizar a rotatividade e, assim, reduzir custos. O segundo fator é o costume, ou o direito consuetudinário, enquanto conjunto não escrito de regras baseadas em grande parte em práticas ou precedentes que regem um dado sector de atividade, as quais corporizam ideias bem sedimentadas de “equidade” e de “justiça” que vão contribuir para a estabilidade das relações entre trabalhadores e empregadores. Os mercados de trabalho internos conferem estabilidade de emprego, uma vez que aspetos como a existência de categorias e a perspectiva de mobilidade na carreira, a formação no local de trabalho, regimes de pensões específicos e seguros, bem como sistemas de recompensas contribuem para criar

²¹ Doeringer, P. B. & Piore, M. J. (1971), p. 2.

uma força de trabalho estável e leal, uma estrutura empresarial sólida e coesa, com reduzidos custos de rotatividade²².

7.3. Teoria do mercado de trabalho dual

Os defensores da teoria do mercado de trabalho interno vão tentar ligá-la com a teoria do “mercado de trabalho dual”²³ para explicar por que razão, mesmo quando se implementam programas de formação para aumentar o capital humano dos mais desfavorecidos, se continua a verificar a persistência da pobreza urbana e do desemprego, em determinados contextos socioeconómicos²⁴.

Entroncada no institucionalismo, a teoria do mercado de trabalho dual considera que existe uma estruturação vertical, ou estratificação, do mercado de trabalho, bem como uma estruturação horizontal, ou segmentação. Esta compartimentação é responsável pelas não concorrência entre determinados grupos de trabalhadores, pela persistência de diferenciais remuneratórios e pela escassa mobilidade intersectorial²⁵.

A perspetiva dual do mercado distingue entre empregos pertencentes ao “setor primário” ou ao “setor secundário”. O sector primário contém todos os “bons” empregos, integrados em estruturas internas de mercado de trabalho. Esses empregos são caracterizados por altos salários negociados, segurança económica e rápida rotação

²² Doeringer, P. B. & Piore, M. J. (1971), p. 40.

²³ Entre outros: Averitt, R. T. (1968).

²⁴ Os autores procuram explicar a persistência da pobreza e da exclusão, em certas áreas dos Estados Unidos.

²⁵ Piore, M. J. (1972); Gordon, D. M. (1972); Edwards, R. C.; Reich, M. & Gordon, D. M. (1975); Reich, M. S.; Gordon, D. M. & Edwards, R. C. (1973).

que conduz à progressão na carreira. O sector secundário, por outro lado, contém os empregos “maus” que são tipicamente não qualificados, não oferece carreiras regulares, os salários são baixos e determinados de forma concorrencial.

Ora, o sector primário é tendencialmente composto por uma série de mercados de trabalho internos bem desenvolvidos e consolidados²⁶. No mercado interno de trabalho no sector primário as regras institucionais substituem os processos de mercado. Numa empresa de um setor de salários elevados as relações de trabalho são estruturadas e regidas por regras formais e informais, frequentemente influenciadas pela atuação dos sindicatos, que definem o conteúdo e o nível salarial associada a cada função, os requisitos de contratação, as oportunidades de promoção, etc.; como resultado, o mercado interno de trabalho está protegido contra pressões salariais externas, pois essa procura (externa) não consegue competir com as diferenças salariais. Assim, os empregos no sector primário são caracterizados por elevados salários negociados, grandes possibilidades de promoção, boas condições de trabalho e estabilidade no emprego.

Os empregos no sector secundário do mercado de trabalho, por outro lado, são aqueles que se encontram fora dos mercados de trabalho internos, ou em mercados internos pouco desenvolvidos²⁷. Assim, em geral, trata-se de empregos com baixos salários, poucas possibilidades de progressão, más condições de trabalho e elevada rotatividade de mão-de-obra²⁸.

²⁶ Doeringer, P. B. & Piore, M. J. (1971), p. 167.

²⁷ Creedy, J. & Whitfield, K. (1988), p. 259.

²⁸ Os trabalhadores do sector secundário “...apresentam maior rotatividade, taxas mais elevadas de atrasos e absentismo, mais insubordinação e envolvem-se mais em pequenos furtos. Os trabalhadores desfavorecidos estão confinados ao

O dualismo, no mercado de trabalho, transfere o foco da análise económica do mercado de trabalho para a procura, em oposição ao foco no lado da oferta, característico da economia neoclássica ao enfatizar os atributos dos trabalhadores. Com efeito, as empresas que enfrentam uma procura estável de bens finais tendem a criar condições primárias de emprego e estruturas de mercado interno de trabalho. A razão para tal reside na natureza específica da qualificação do trabalho, que se torna um “fator de produção quase fixo” devido aos enormes custos “irrecuperáveis” investidos na formação especializada dos funcionários da empresa. São, frequentemente, empresas que realizam grandes investimentos em tecnologias, produzindo com uma utilização intensiva de capital, o que, por sua vez, cria a necessidade de uma elevada especialização e especificidade de competências por parte dos trabalhadores. Em contraste, as empresas com uma procura variável dos respetivos produtos tenderão a recorrer a formas de produção intensivas em mão-de-obra, evitando os custos irrecuperáveis do investimento de capital e da formação laboral.

No âmbito do sector primário podem distinguir-se dois segmentos: os níveis superior e inferior. O nível superior do sector primário engloba as funções profissionais e de gestão com salários e estatuto elevados, grandes oportunidades de progressão, mas também elevados padrões de mobilidade e rotatividade (normalmente mais associados ao sector secundário); por outro lado, os trabalhadores do nível inferior tendem a ter, em comparação com os do nível superior,

mercado secundário devido ao local de residência, às competências inadequadas, aos maus históricos profissionais e à discriminação.” (Doeringer, P. B. & Piore, M. J. (1971), pp. 165-166).

salários médios mais baixos, menos oportunidades de promoção e regras e procedimentos administrativos mais rígidos para a fixação de salários e alocação de trabalho²⁹.

Por outro lado, os autores que defendem esta segmentação do mercado de trabalho estabelecem uma correlação com os estratos socioeconómicas da sociedade. Assim, a segmentação baseada em classes é, ela própria, uma poderosa explicação para a segmentação do mercado de trabalho, e para a relativa imobilidade entre segmentos sugerida pelos dualistas. Os trabalhadores desfavorecidos ficam confinados ao sector secundário, não por causa de qualquer diferença em capacidades ou competências, mas porque o contexto social em que se inserem molda a sua atuação e porque sofrem o impacto de forças institucionais, tais como a discriminação³⁰. Assim, a alocação do trabalho no sector primário não é exclusivamente explicável pelo sistema de formação de preços e pelo capital humano, havendo também de considerar a presença de barreiras institucionais que impedem a mobilidade intersectorial.

7.4. Outros modelos de segmentação

Nesta senda, a segmentação do mercado de trabalho por fatores institucionais é também um dos aspetos centrais da chamada *economia política radical* desenvolvida, sobretudo, nos Estados Unidos³¹.

²⁹ Piore, M. J. (1975).

³⁰ Doeringer, P. B. & Piore, M. J. (1971), p. 180.

³¹ O movimento da economia política radical surge na década de 1960, grandemente influenciado pelas profundas alterações sociais e políticas dessa época. Associada aos departamentos de Economia da Universidade de Michigan e da Universidade de Harvard, os economistas radicais criam em alternativa à *American Economic Association*, a *Union for Radical Political Economics* (1967) e no ano

Os cultores desta corrente de pensamento identificam quatro tipos de segmentação: a dualidade entre mercados de trabalho primários e secundários (o mercado primário ofereceria maior qualificação, mais estabilidade e maiores salários); a segmentação no âmbito do mercado primário entre trabalhadores subordinados (mais mal remunerados e com tarefas rotineiras) e independentes (mais valorizados e criativos); a segmentação por raça; e a divisão por sexo³².

A versão radical do modelo de segmentação do mercado de trabalho põe em causa o conceito de produtividade como dependente, no essencial, da combinação do trabalho com um dado nível de tecnologia, afirmando que a produtividade depende das relações sociais e que o próprio desenvolvimento da tecnologia é determinado pelo interesse em perpetuar e reproduzir as relações sociais de produção existentes³³. A estrutura dos salários e a sua segmentação é influenciada e explicada, principalmente, por variáveis exógenas à produtividade individual, tais como, o sexismo, racismo, costume, a organização da produção, o poder de mercado, a manutenção da estrutura de classes e considerações de estatuto, etc³⁴. O foco de análise

seguinte a *Review of Radical Political Economics*.

Afastando-se das teorias económicas dominantes, que se baseavam na síntese neoclássica, especialmente na versão de Samuelson, e no pensamento ortodoxo de autores como Milton Friedman e Gary Becker, a economia radical revisita Marx e acolhe o pensamento keynesiano e pós-keynesiano. No final da década de 1970 e início da década de 1980, autores como David Gordon, Samuel Bowles, Richard Edwards, Michael Reich e Thomas Weisskopf vão desenvolver a ideia central de *estrutura social de acumulação*.

³² A obra de referência neste domínio é o livro *Segmented work, divided workers* de David Gordon, Richard Edwards e Michael Reich, publicado em 1982.

³³ Assim, aqueles cujos rendimentos e estatuto dependem de manter o controlo sobre um processo de produção apenas irão promover mudanças tecnológicas que reforcem o seu controlo sobre a produção.

A segmentação decorre das “relações sociais de produção” e não das próprias forças de mercado: Edwards, R. (1979), p. 165.

³⁴ A correlação entre educação, emprego e crescimento económico é

passa, portanto, a ser a estrutura institucional, enquanto forças sociais e políticas que influenciam os salários e o emprego.

Um outro contributo para a compreensão do mercado de trabalho corresponde ao modelo de Thurow³⁵ sobre a *concorrência no emprego*.

Se o modelo neoclássico evidenciava a competição entre os trabalhadores com base nas competências profissionais adquiridas *antes* de entrarem no mercado de trabalho, o modelo de concorrência no emprego afirma, por um lado, que os salários dependem das características do trabalho em questão e, por outro, que os trabalhadores são “classificados” com base na sua capacidade de formação.

Os indivíduos têm diferentes “características de base” - tais como educação, capacidades inatas, hábitos, características de personalidade, etc. -, o que faz com que os custos potenciais de formação sejam também diferentes. Com base neste aspeto, forma-se uma “fila de trabalho” (“teoria das filas”), na qual os trabalhadores são classificados com base nos seus custos de formação o que, por sua vez, determina a ordem de acesso às oportunidades de emprego. Assim, os trabalhadores que preferencialmente acedem aos empregos são aqueles cujas características de base os fazem ter custos de formação mais baixos.

A inovação trazida por esta perspetiva radica na relevância atribuída aos processos de formação no local de trabalho, onde a transmissão de competências e conhecimentos é crucial para a

abandonada por estes autores, pelo que, sob o prisma das políticas a prosseguir entendem que aumentar a educação e a formação dos menos qualificados não lhes garante a mobilidade para níveis superiores.

³⁵ Thurow, L. C. (1970) e (1975).

rentabilidade da empresa a longo prazo³⁶. A este modelo é acrescentada a ideia de que as empresas buscam desenvolver mecanismos eficazes de avaliar a produtividade e de criar uma reputação destinada a aumentar a oferta de candidatos dispostos a trabalhar, bem como a diminuir as taxas de desistência³⁷. Para tal as empresas adotam “estratégias de carreira”, que implicam a criação de estruturas hierárquicas, com regras formais relativas aos métodos de recrutamento, à forma de fixação de salários, a patamares de promoção, entre outras, o que resulta na formação de um *mercado de trabalho de carreira*³⁸. Estes mercados são estruturas hierárquicas institucionalizadas, isoladas do mercado de trabalho externo e do correlativo mecanismo de preços, pelo que os trabalhadores que se encontram nos “percursos” internos de carreira estão, relativamente, protegidos da concorrência externa através de uma “parceria” de longa duração.

O empregador e o trabalhador estão vinculados a um acordo de “investimento mútuo”, em que ao primeiro, interessa que a relação laboral se mantenha a fim de amortizar os elevados custos de seleção, contratação e formação, bem como de obter a maturidade da força de trabalho necessária à maximização dos ganhos de qualidade e de produtividade.

Por seu turno, a estes contextos empresariais tendem a estar associados os denominados *salários de eficiência* - de que se tratará adiante - isto é, níveis salariais acima do salário de equilíbrio, pagos

³⁶ Neste contexto, as estruturas de mercado de trabalho interno podem ser vistas como necessárias para a estabilidade da empresa, a segurança de rendimentos e o emprego.

³⁷ Okun, A. M. (1981), p. 81.

³⁸ Okun, A. M. (1981).

pelo empregador para garantir a permanência na empresa uma vez que o trabalhador sabe que não será fácil obter tais níveis remuneratórios se voltar ao mercado externo. Assim, a estrutura salarial interna não corresponde aos mecanismos de mercado, seguindo sim uma trajetória de escala salarial incremental, que começa com pagamentos inferiores ao valor do produto marginal do trabalhador, mas superiores à sua melhor oportunidade alternativa, e vai aumentando até ao topo da carreira. Trata-se, portanto, de contextos marcados pela redução da mobilidade laboral e pela vantagem dos *insiders*.

A característica de forte inflexibilidade no segmento do mercado de trabalho de carreira e a rigidez implícita dos salários são explicadas por Okun com referência à expressão “aperto de mão invisível”³⁹. Com efeito, a mão invisível de Adam Smith, não consegue operar eficazmente nestes mercados de trabalho, e o aperto de mão invisível descreve melhor as relações empregador-empregado, explicáveis à luz da teoria dos contratos implícitos⁴⁰. Assim, a par do contrato explícito, normalmente formalizado por um documento escrito, existe entre o empregador e o trabalhador um contrato implícito através do qual as partes se vinculam a que o devir da relação - e a consequente obtenção de vantagens recíprocas - assenta na confiança, na ética no trabalho e na justiça⁴¹, o que, por sua vez, molda as expectativas sobre os termos e a duração da relação laboral. Forma-se, assim, um compromisso a longo prazo, que pode ter como

³⁹ Okun, A. M. (1980).

⁴⁰ Baseada em Baily, M. (1974), Azariadis, C. (1975).

⁴¹ “Os contratos implícitos só podem ser eficazes numa atmosfera social que incorpore um sentido de respeito mútuo e um consenso sobre os princípios do *fair play* e da boa-fé”. Okun, A. M. (1980), p. 8.

consequências que as empresas (i) procurem evitar despedimentos, a menos que, ou até que, seja absolutamente necessário; (ii) amortecem, até certo ponto, as grandes oscilações da economia não as repercutindo imediatamente nos salários; ou (iii) realizem relevantes investimentos em capital humano. Da parte dos trabalhadores, uma relação deste tipo reduz o risco e incentiva a lealdade à empresa, enquanto atrai e retém a força de trabalho de maior qualidade.

8. Teoria dos salários de eficiência

De acordo com a teoria do salário de eficiência, é eficiente o empregador atribuir remunerações mais elevadas do que o referencial médio, quando os trabalhadores desempenham funções altamente especializadas, com elevados níveis de independência, difíceis de monitorizar, bem como, quando os processos de recrutamento são onerosos e a eventual substituição de trabalhadores envolve custos consideráveis⁴²⁴³.

⁴² Shapiro, C. & Stiglitz, J. (1984); Weiss, A. (1990).

Sobre a teoria dos salários de eficiência: Araújo, F. (2022), pp. 679-703.

Os mecanismos de formação salarial são investigados pela teoria do salário de eficiência, um dos conceitos criados no âmbito da chamada macroeconomia neo-keynesiana. Os seus pressupostos derivaram da “economia de salários elevados” (Perlman, 1969). A teoria refere-se diretamente à rigidez keynesiana dos salários, definida como um ajustamento muito lento dos salários às mudanças na oferta e na procura de trabalho. Devido a esta rigidez, os trabalhadores geralmente ganham acima do nível que poderia induzir os empregadores a empregar todas as pessoas que procuram emprego. O pressuposto principal desta teoria é que o desemprego forçado resulta da incapacidade dos salários de atingir o nível de equilíbrio.

⁴³ Outro argumento que sustenta as virtudes do pagamento de salários elevados aponta para fatores subjetivos relacionados com a perceção que o trabalhador tem do empregador e da organização. Assim, se um trabalhador entender que é objeto de um tratamento “justo” isso pode aumentar a sua lealdade para com a organização, o que concorre para uma reputação positiva da empresa.

A teoria do salário de eficiência sustenta que a produtividade do trabalhador depende não só das suas qualificações e do tipo de trabalho, mas também do nível dos seus rendimentos, porque os salários elevados incentivam a uma maior diligência no exercício das funções (superação do “risco moral”); por seu turno, a empresa protege os investimentos realizados na formação do trabalhador e ultrapassa fenómenos de “seleção adversa”⁴⁴.

Salários mais elevados acarretam efeitos secundários que cada empregador, isoladamente, tende a desconsiderar, pois ao pagar salários acima do salário de equilíbrio de mercado, um empregador induz a uma reação semelhante entre os demais que pretendem, também, atrair os melhores trabalhadores para as respetivas empresas. Quando muitas empresas estiverem dispostas a pagar salários mais elevados, mantendo ao mesmo tempo uma força de trabalho menor, o número de empregos disponíveis diminuirá, gerando-se desemprego⁴⁵.

9. Teoria do insider-outsider

De acordo com esta conceção⁴⁶, os *insiders* são os empregados de uma empresa, ou seja, os que já ocupam um posto de trabalho e que estão numa posição de poder perante a empresa, devido ao alto custo de substituição desses trabalhadores⁴⁷. As empresas têm,

⁴⁴ Dickens, W.T & Lang, K. (1993), pp. 147-148; Sapsford D. & Tzannatos, Z. (1993), pp. 407-409.

⁴⁵ Os salários de eficiência criam uma fila de candidatos a emprego, no sector primário designada como “desemprego de espera”: Burda, M. (1988); Klundert van de, Th. (1990); Layard, R.; Nickell, S. & Jackman, R. (1991).

⁴⁶ Lindbeck, A. & Snower, D. J. (2001).

⁴⁷ Os “insiders” têm as suas posições protegidas por custos de rotatividade

portanto, um forte incentivo para negociar com os *insiders*, os quais não estão interessados em expandir o número de empregos disponíveis - para aqueles que ainda não estão empregados (*outsiders*) -, uma vez dessa forma veriam o nível salarial diminuir. O incentivo dos *insiders* é, portanto, maximizar os seus próprios salários, em vez de promover a expansão do número de empregos.

Em síntese, a teoria explica de que forma o poder de mercado dos *insiders* influencia os respetivos ganhos, bem como o mercado de trabalho uma vez que a manutenção das vantagens por parte daqueles que têm emprego é feita à custa de manter no desemprego outros que estariam dispostos a trabalhar por salários mais baixos.

10. Teorias da partilha de renda (*rent-sharing*) e da captura de renda (*rent-extraction*)

O surgimento e a consolidação de segmentos de mercado que utilizam critérios diferenciados para recompensar certos trabalhadores encontra também explicação nas teorias da partilha de renda e da extração de renda⁴⁸. No primeiro caso, a remuneração é associada aos resultados da empresa, enquanto de acordo com a segunda perspectiva os rendimentos mais elevados representam uma captura de renda da empresa, explicada pela ameaça de ação coletiva.

Na *teoria da partilha de renda* os esforços e o envolvimento dos trabalhadores dependem da sua avaliação sobre a relação entre os

(*turnover costs*), tais como, despesas com rescisões, custos de recrutamento e custos de formação.

⁴⁸ Dickens, W.T & Lang, K. (1993), pp. 147-149; Layard, R.; Nickell, S. & Jackman, R. (1991), pp. 161.

respetivos salários e as receitas da empresa. Se a organização estiver a lutar para sobreviver, os trabalhadores poderão aceitar salários mais baixos, mas se for bem-sucedida, esperam ter uma participação nos lucros⁴⁹.

A *teoria da captura ou extração* de renda evidencia o papel das organizações de trabalhadores e do respetivo esforço em garantir a melhor relação - na sua perspetiva - entre os salários dos trabalhadores e as receitas geradas pela empresa. De acordo com esta teoria, a captura de renda ocorre quando os trabalhadores são suficientemente fortes para obter parte da renda económica da empresa sob ameaça de ação coletiva⁵⁰. As remunerações dos gestores de topo das empresas também podem ser explicadas à luz da teoria de extração de renda uma vez que, pelo seu poder negocial, podem obter benefícios excessivos à custa dos acionistas⁵¹.

Conclusão

Do que ficou dito pode concluir-se que a determinação dos níveis de remuneração está muito longe de ser explicada apenas com base nas qualidades profissionais do trabalhador, no respetivo capital humano, no capital físico utilizado e na consequente produtividade do trabalho, obtida a partir desses aspetos.

Com efeito, os mecanismos que regem a determinação das remunerações diferem em função dos segmentos em que se encontram divididos os mercados de trabalho e das estruturas institucionais que

⁴⁹ Blanchflower, D. G.; Oswald, A. J. & Sanfey, P. (1996).

⁵⁰ Para uma visão abrangente sobre esta teoria: Aidt, T. S. & Sena, V. (2005).

⁵¹ Chalmers, K.; Koh, P. & Stapledon, G. (2006).

estão na sua origem. A estes fatores há ainda que juntar incentivos e estratégias, individuais e coletivas, dos trabalhadores, bem como motivações das empresas ditadas pela minimização dos custos de substituição de trabalhadores.

Bibliografia referenciada

Aidt, Toke Skovsgaard & Sena, Vania (2005), “Unions: Rent Creators or Extractors”, *Scandinavian Journal of Economics*, 107(1), pp. 103-121

Araújo, Fernando (2014), “A Análise Económica do Contrato de Trabalho”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 3(5), pp. 3143-3239

_____ (2022), *Introdução à Economia II*, Lisboa, Imprensa FDUL

Averitt, Robert T. (1968), *The Dual Economy: The Dynamics of American Industry Structure*, New York: W.W Norton and Co Inc.

Azariadis, Costas (1975), “Implicit Contracts and Underemployment Equilibria”, *Journal of Political Economy*, 83(6), pp. 1183-1202

Baily, Martin (1974), “Wages and Employment Under Uncertain Demand”, *Review of Economic Studies* 41, pp. 37-50

Becker, Gary (1964), *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, <https://www.nber.org>

/books-and-chapters/human-capital-theoretical-and-empirical-
analysis-special-reference-education-first-edition

Blanchflower, David G.; Oswald, Andrew J. & Sanfey, Peter (1996), “Wages, Profits and Rent Sharing”, *Quarterly Journal of Economics*, 111, pp. 227-252

Burda, Michael (1988), “Wait Unemployment in Europe”, *Economic Policy*, 7, pp. 391-425

Cairnes, John Elliott (1874), *Some Leading Principles of Political Economy: Newly Expounded*, London: Macmillan

Chalmers, Keryn; Koh, Ping-Sheng & Stapledon, Geof (2006), “The Determinants of CEO Compensation: Rent Extraction or Labor Demand?”, *British Accounting Review*, 38(3), pp. 259-275

Creedy, John & Whitfield, Keith (1988), “The Economic Analysis of Internal Labour Markets”, *Bulletin of Economic Research*, 40(4), pp. 247-269

Dickens, William T. & Lang, Kevin (1993), “Labor Market Segmentation Theory: Reconsidering the Evidence”, in W. Darity, Jr. (eds.), *Labor Economics: Problems in Analyzing Labor Markets*, Boston: Kluwer, pp. 141-180

Doeringer, Peter B. & Piore, Michael J. (1971), *Internal Labour Markets and Manpower Analysis*, Lexington Mass.: D. C. Heath

Dunlop, John T. (1957), “The Task of Contemporary Wage Theory”, in Taylor, W. and Pierson, F. C., (eds.), *New Concepts In Wage Discrimination*, New York: McGraw-Hill; pp. 117-139

Edwards, Richard C. (1979), *Contested Terrain: The Transformation of the Workplace in the Twentieth Century*, New York: Basic Books

Edwards, Richard C.; Reich, Michael & Gordon, David M. (1975), *Labour Market Segmentation*, Lexington, Mass: D. C. Heath

Gordon, David M. (1972), *Theories of Poverty and Underemployment: Orthodox, Radical, and Dual Labor Market Perspectives*, Lexington Books

Hagemann, Harald (2019), Wages and employment, in Robert W. Dimand, Harald Hagemann ed., *The Elgar Companion to John Maynard Keynes*, pp.233-241

Hughes, James J. & Perlman, Richard (1984), *The Economics of Unemployment: A Comparative Analysis of Britain and the United States*, Cambridge: Cambridge University Press

Kerr, Clark (1954), “The Balkanisation of Labour Markets”, in Bakke, E. W. et al. (eds.), *Labour Mobility and Economic Opportunity*, Cambridge, Mass.: Technology Press of M.I.T., pp. 92-110

Keynes, John Maynard (1936), *The General Theory of Employment, Interest, and Money*

https://www.files.ethz.ch/isn/125515/1366_keynesthe-oryofemployment.pdf

Klundert van de, Th. (1990), “On socioeconomic causes of „wait unemployment”, *European Economic Review*, 34 (5), pp. 1011-1022

Layard, Richard; Nickell, Stephen & Jackman, Richard (1991), *Unemployment: Macroeconomic Performance and the Labour Market*, Oxford: Oxford University Press.

Lindbeck, Assar & Snower, Dennis J. (2001), “Insiders versus Outsiders”, *The Journal of Economic Perspectives*, 15(1), pp. 165-188

Mill, John Stuart (2004), *Principles of Political Economy with Applications to Social Philosophy* (1848), Abridged Edition

http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan_Digital_2/PO-LITICAL%20ECONOMY%20John%20Stuart%20Mill%20%20principles%20of%20political%20economy%20with%20applications%20to%20social%20p.pdf

Mitchell, Daniel (1986), “Wages and Keynes: Lessons from the Past”, *Eastern Economic Journal*, 2(3), pp. 199-208

Mortensen, Dale (1986), “Job search and labour market analysis”, in D. Ashenfelter, R. Layard (eds.), *Handbook of Labor Economics*, vol. 2, Amsterdam: North-Holland: Elsevier, pp. 849-919

Mortensen, Dale & Pissarides, Christopher (1994), “Job Creation and Job Destruction in the Theory of Unemployment”, *Review of Economic Studies*, 61 (3), pp. 397-415

Okun, Arthur M. (1980), “The Invisible Handshake and the Inflationary Process”, *Challenge, Taylor & Francis Journals*, 22(6), pp. 5-12

_____ (1981), *Prices and Quantities: A Macroeconomic Analysis*, Oxford: Basil Blackwell

Pigou, Arthur C. (1945), *Lapses from Full Employment*, London, MacMillan

<https://dspace.gipe.ac.in/xmlui/bitstream/handle/10973/28167/GIPE-013226.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Piore, Michael J. (1972), “The Dual Labor Market: Theory and Implications,” in David M. Gordon (ed.) *Problems in Political Economy: An Urban Perspective*, Lexington, MA: DC Heath and Company, pp. 90-94

_____ (1975), “Notes for a Theory of Labour Market Stratification”, in Edwards, R. et al, (eds.), *Labour Market Segmentation*, Lexington, Mass.: Heath, pp. 125-150

Reich, Michael S.; Gordon, David M. & Edwards, Richard C. (1973), “A Theory of Labour Market Segmentation”, *American Economic Review Papers and Proceedings* 63, pp. 359-365

Rogers, Gerry (1994), “Institutional Economics, Development

Economics and Labour Economics”, in Rogers, G. (ed) *Workers, Institutions and Economic Growth in Asia*, Geneva: International Institute for Labour Studies, pp. 1-24.

Sapsford, David & Tzannatos, Zafiris (1993), *The Economics of the Labour Market*, London: Macmillan

Schultz, Theodore W. (1960), “Capital Formation by Education”, *Journal of Political Economy*, 68(6), pp. 571-583

Shapiro, Carl & Stiglitz, Joseph E. (1984), “Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device”, *American Economic Review*, 74 (3), pp. 433-444

Smith, Adam (1776) (1999), *Riqueza das Nações*, Vol. I, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian

Spence, Michael (1974), *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes (Economic Studies)*, Cambridge MA, Harvard University Press

Stigler, George J. (1962), “Information in the Labor Market”, *Journal of Political Economy*, 70(52), pp. 94-105

Thurow, Lester C. (1970), *Poverty and Discrimination*, Washington: The Brookings Institution

_____ (1975) *Generating Inequality*, New York: McMillan Press

Weiss, Andrew (1990), *Efficiency Wages: Models of Unemployment, Layoffs, and Wage Dispersion*, Oxford: Clarendon Press



O VALOR DA CAUSA NO CÓDIGO DE PROCESSO DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA LABORAL

*THE VALUE OF THE CLAIM IN THE LABOUR PROCEDURE CODE
AND ACCESS TO LABOUR JUSTICE*

Pedro Madeira de Brito¹

Sumário: 1. O acesso à justiça e as custas judiciais no processo do trabalho; 2. Valor da causa no processo civil e no processo do trabalho; 3. Valor da causa na ação especial de impugnação do despedimento: a utilidade económica do pedido; 4. A fixação e verificação do valor da causa em geral; 5. Em especial, a fixação e verificação do valor da causa no artigo 98.º-P do Código de Processo do Trabalho.

Resumo:

O presente texto pretende refletir sobre as regras especiais do processo do trabalho em matéria de valor da causa, integrando-as nos valores próprios deste ramo processual, caracterizado por uma justiça de baixo custo.

Procura-se, com a presente análise, compatibilizar as regras gerais do Código de Processo Civil sobre o valor da causa com o regime próprio do processo do trabalho.

Abstract:

The purpose of this text is to reflect on the special rules of labour procedure regarding the value of the claim, integrating them into the values of this procedural branch, characterised by low-cost justice.

The aim of this analysis is to make the general rules of the Code of Civil Procedure on the value of the claim compatible with the rules of the labour procedure.

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. O acesso à justiça e as custas judiciais no processo do trabalho²

I. O acesso à justiça materializa-se na existência de normas jurídicas do sistema que garantam que as pessoas possam reivindicar os seus direitos e resolver os litígios com recurso a meios estaduais³. Um sistema processual⁴ deve garantir a efetividade do direito à jurisdição, tal como resulta do artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e que tem expressão no artigo 20.º da Lei Fundamental Portuguesa. Para ser efetiva, esta garantia do acesso à justiça pressupõe, entre outras formas, a não-discriminação por insuficiência de meios económicos (art. 20.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição da República Portuguesa), mas passa igualmente pela garantia de um processo equitativo que impõe regimes adjetivos funcionalmente adequados aos fins do processo⁵.

II. Um processo judicial é, em regra, oneroso⁶. Essa onerosidade resulta de três fatores: a taxa pelo serviço de justiça, os encargos do

² A jurisprudência referida no presente artigo pode ser consultada em www.dgsi.pt, salvo indicação expressa de outra fonte.

³ De acordo com Mauro Cappelletti/Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 1988, p. 8.

⁴ Como afirma Mauro Cappelletti, o movimento para o acesso à justiça tem representado, nas últimas décadas, uma importante expressão da transformação radical do pensamento jurídico e da reforma normativa e institucional num crescente número de países, *L'Accesso alla Giustizia e la Responsabilità del Giurista nella nostra epoca*, in *Studi in Onore Vittorio Denti*, I, Milano, 1994, p. 264.

⁵ Sobre esta dimensão, Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Lisboa, 2.ª edição, 2017, p. 321.

⁶ E nas sociedades modernas é muito dispendiosa (Mauro Cappelletti/Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, *cit.*, pp 15-16.)

processo, incluindo as custas da parte contrária em caso de decaimento, e os custos com o patrocínio da própria parte⁷. Como previsto no artigo 527.º do Código de Processo Civil (CPC), a pendência de um processo em tribunal determina que haja lugar a custas processuais a cargo, a final, da parte vencida (art. 527.º, n.º 2). Estas custas abrangem a taxa de justiça, os encargos e as custas de parte (art. 529.º, n.º 1, do CPC).

Embora no Direito Processual Laboral se afirme, em abstrato e frequentemente, a sua gratuitidade ou o baixo custo, a verdade é que neste ramo de direito adjetivo se mantém o princípio da onerosidade do processo, ainda que lhe sejam introduzidas adaptações com vista a ajustar a situação em matéria de custas a esse desiderato de ter uma justiça de baixo custo.

O artigo 20.º da Constituição já impõe ao legislador ordinário soluções em que “o valor das custas não pode ser fixado pelo valor da ação sem qualquer limite e sem possibilidade de o tribunal limitar o montante das custas devido no caso concreto em função, designadamente, da natureza e da complexidade do processo e do carácter manifestamente desproporcionado do montante em questão”⁸.

Ora, é precisamente a propósito das adaptações do Código de Processo do Trabalho (CPT) a essas situações que a presente reflexão se direciona, ponderando a jurisprudência abundante e significativa dos tribunais superiores sobre esta matéria e a prática processual

⁷ Sobre esta questão, em Itália, Franco Scarpelli/Marta Giaconi, *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, Revista Nuova di Diritti del Lavoro, 2018, 1 e ss.

⁸ Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, cit., pp. 315-316.

que ela revela, que parece afastar-se dos princípios que norteiam o processo do trabalho mediante uma conjugação não muito compreensível com as regras gerais sobre o valor da ação e as consequentes custas processuais.

III. A justiça laboral foi construída numa perspetiva de dar à parte mais fraca na relação laboral um acesso efetivo aos tribunais para a solução das contendas geradas no âmbito dessa relação. Por isso, uma das características tradicionais da justiça do trabalho⁹ é a de que o acesso à mesma não deve ser obstaculizado por entraves financeiros, o que, por vezes, se designa por justiça de baixo custo¹⁰. Com efeito, quer em Portugal, quer noutros ordenamentos jurídicos, preveem-se soluções para que o aspeto económico não afaste o trabalhador dos tribunais¹¹ e da defesa dos seus direitos¹². A questão

⁹ Em Espanha, considera-se que o princípio da gratuidade vigora na jurisdição social apesar de não se afirmar expressamente no artigo 74.º da Ley Reguladora da Jurisdicción Social. Neste sentido, Mercedes López Balaguer, *De los principios del proceso y de los deberes procesales*, in *Comentarios a La Ley Reguladora de La Jurisdicción Social*, ed. Ángel Blasco Pellicer, Valencia, 2023, p. 486. Na Alemanha, embora não se fale de gratuidade, por razões sociopolíticas, as custas judiciais nos processos judiciais laborais continuam a ser de apenas 66% na primeira instância e de 80% nas duas instâncias superiores, em comparação com o nível das custas nos processos civis gerais, de acordo com Norbert Schwab, *Kosten*, 6.ª ed., Arbeitsgerichtsgesetz - Kommentar, Köln, 2022, p. 319. Numa análise comparada nos países ibero-americanos, Frediani dá-nos conta da gratuidade como uma regra reconhecida aos sistemas processuais laborais, Yone Frediani, *Características e Principios do Direito Processual do Trabalho*, in *Estudios sobre las jurisdicciones laborales en Iberoamérica*, ed. Jaime Cabeza Pereiro, Murcia, 2023, p. 198.

¹⁰ Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *Princípios gerais de Direito Processual do Trabalho*, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Lisboa, 1964, p. 34.

¹¹ Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey, *Compendio de Derecho del Trabajo*, tradução de Miguel Rodríguez Piñero/Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1963, p. 543.

¹² Em Portugal, após a publicação do Código de Processo do Trabalho de 1963, a questão das custas judiciais nos Tribunais de Trabalho foi regulada pelo Código das Custas Judiciais do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45698, de 30 de abril de 1964. Neste diploma previa-se a redução pessoal do imposto de justiça “atendendo ao grau de capacidade económica do responsável pelas custas, ao seu

fundamental é agora a de saber se as regras processuais laborais são uma especificação do regime geral do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva ou se devemos entender que as regras próprias existentes devem ser ajustadas aos vetores valorativos que enformam este ramo de direito processual, ou seja, se estamos perante uma solução aditiva ou de uma solução diferenciadora no sentido de proteção do trabalhador

IV. A integração dos tribunais do trabalho na jurisdição comum e a aproximação em matéria de custas judiciais levou a que a característica do baixo custo tenha sido posta em causa. De há muito que este princípio se encontra especialmente atenuado¹³, embora se possam ainda encontrar reflexos dessa indicação nalgumas normas do Regulamento das Custas Processuais (RCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro (que revogou o Código das Custas Judiciais). Entre as normas que refletem o baixo custo, podemos encontrar algumas isenções subjetivas, especificamente relacionadas com os trabalhadores (alínea *h*) do n.º 1 do artigo 4.º do RCP), e objetivas, relativas a litígios de natureza laboral (alíneas *a*), *b*) e *d*) do n.º 2 do mesmo artigo)¹⁴.

comportamento no processo, à especial complexidade deste e à proporção entre o valor do pedido e o da procedência”, que poderia atingir 50% (artigo 26.º), admitindo-se ainda a dispensa de pagamento prévio de custas (artigo 80.º).

¹³ Cfr. Carlos Alegre, *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 6ª ed., Coimbra, 2004, p. 29. Afirmou o autor, em 2004, que “os baixos custos estão todos acima do que seria socialmente desejável, nesta matéria. O apoio judiciário, nesta área, está longe de cumprir o que dele se esperava”.

¹⁴ A propósito de questões gerais sobre custas, consultar Alcides Martins, *Direito do Processo Laboral*, 4.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 121 e ss.

V. Para se atingir uma Justiça completa mediante a correção da desigualdade económica e social dos litigantes, o que constitui uma das características do direito processual laboral¹⁵, coloca-se a questão de saber se no Direito Processual do Trabalho ainda subsiste a característica do baixo custo ou até mesmo a gratuidade¹⁶.

2. Valor da causa no processo civil e no processo do trabalho

I. Nos termos do n.º 1 do artigo 296.º do CPC, “a toda a causa deve ser atribuído um valor certo, expresso em moeda legal, o qual representa a utilidade económica imediata do pedido”. Este valor releva para efeitos de determinação da competência do tribunal, da forma de processo e da relação do valor da causa com a alçada do tribunal (n.º 2 do mesmo preceito). A estas funções deve ainda acrescentar-se a fixação de base tributável para efeitos de custas judiciais, nos termos do n.º 3 do artigo 296.º do CPC e do Regulamento das Custas Processuais¹⁷. Pode ainda ser relevante para outros efeitos, por exemplo, para a obrigatoriedade de patrocínio judiciário (artigo 40.º, n.º 1, alínea a), do CPC)¹⁸. Estes enunciados gerais valem igualmente para o processo do trabalho.

¹⁵ Raúl Jorge Rodrigues Ventura, *Princípios gerais de Direito Processual do Trabalho*, cit., pp. 49-50.

¹⁶ Ibid., em especial pp. 34-35.

¹⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, e com a última alteração introduzida pela Lei n.º 35/2023, de 21 de julho.

¹⁸ Para um elenco de normas em que o valor é relevante, veja-se a anotação ao artigo 296.º, por António Santos Abrantes Geraldes/Paulo Pimenta/Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil Anotado - Parte Geral e Processo de Declaração - Artigos 1.º a 702.º*, I, Coimbra, 2018, p. 343.

II. No Código de Processo Civil, o valor da causa representa a utilidade económica imediata do pedido (artigo 296.º, n.º 1). Por isso se afirma que a “determinação do valor da causa obedece ao critério fundamental da utilidade económica do pedido, a qual, na maior parte das situações resulta do confronto entre o pedido ou pedidos formulados e a sua representação económica”¹⁹. Para este efeito existem critérios gerais (artigo 297.º do CPC) e critérios especiais (artigo 298.º do CPC).

III. No regime geral do CPC, o momento de determinação do valor da causa é o da propositura da ação, salvo quando haja reconvenção ou intervenção principal nos termos do artigo 299.º, n.º 1 do CPC, sendo irrelevantes as modificações posteriores, tais como a redução, a ampliação ou a alteração do pedido. O momento da propositura da ação também releva relativamente à aplicação do critério do cálculo, sendo irrelevantes alterações posteriores.

IV. No processo do trabalho existem três normas que dispõem especificamente sobre o valor da causa e o modo de determinação deste valor, tendo em conta a especificidade processual neste âmbito. As disposições pertinentes são o artigo 98.º-P, o artigo 120.º e o artigo 186.º-Q, que estabelecem regras especiais para a fixação do valor da causa. Para uma melhor apreciação, reproduzimos as correspondentes disposições:

¹⁹ António Santos Abrantes Gerales/Paulo Pimenta/Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil Anotado - Parte Geral (cit.)*, p. 342.

Artigo 98.º-P

Valor da causa

1 - Para efeitos de pagamento de custas, aplica-se à acção de impugnação judicial de regularidade e licitude do despedimento o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 12.º do Regulamento das Custas Processuais.

2 - O valor da causa é sempre fixado a final pelo juiz tendo em conta a utilidade económica do pedido, designadamente o valor de indemnização, créditos e salários que tenham sido reconhecidos.

3 - Se for interposto recurso antes da fixação do valor da causa pelo juiz, deve este fixá-lo no despacho que admite o recurso.

Artigo 120.º

Valor da causa

1 - Nos processos de acidentes de trabalho, tratando-se de pensões, o valor da causa é igual ao do resultado da multiplicação de cada pensão pela respectiva taxa constante das tabelas práticas aplicáveis ao cálculo do capital da remição, acrescido das demais prestações.

2 - Tratando-se de indemnizações por incapacidade temporária, o valor é igual a cinco vezes o valor anual da indemnização; tratando-se de indemnizações vencidas, o valor da causa é igual ao da soma de todas as prestações.

3 - Em qualquer altura o juiz pode alterar o valor fixado em conformidade com os elementos que o processo fornecer.

Artigo 186.º-Q

Valor da causa e responsabilidade pelo pagamento das custas

- 1 - Para efeitos de pagamento de custas, aplica-se à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 12.º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.
- 2 - O valor da causa é sempre fixado a final pelo juiz tendo em conta a utilidade económica do pedido.
- 3 - Se for interposto recurso antes da fixação do valor da causa pelo juiz, deve este fixá-lo no despacho que admita o recurso.
- 4 - O trabalhador só pode ser responsabilizado pelo pagamento de qualquer quantia a título de custas se, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 186.º-L, tiver apresentado articulado próprio e se houver decaimento.

V. Podemos constatar que o artigo 98.º-P (alteração de 2009 do CPT) tem uma redação equivalente à do artigo 186.º-Q (alteração de 2013 do CPT), sendo esta última norma uma sequela da previsão daquele artigo 98.º-P. Ambas refletem um mecanismo que se distancia do regime geral do Código de Processo Civil, quanto ao momento da fixação do valor da causa, quanto ao critério dessa fixação, quanto ao valor para efeitos de pagamento de custas e ainda para a situação de pluralidade de partes no caso do artigo 186.º-Q, n.º 4²⁰. Por seu

²⁰ A introdução do artigo 98.º-P do CPT foi questionada por parte da doutrina; assim, José Eusébio Almeida, *A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, PDT, 2010, 85, p. 118, e Albino Mendes Baptista, *A*

turno, o artigo 120.º parece estabelecer um critério especial de determinação do valor da causa, embora admita a possibilidade de o juiz poder alterar o valor fixado em conformidade com os elementos que o processo fornecer (n.º 3), admitindo assim um regime de revisão do valor da causa.

VI. No que diz respeito ao artigo 120.º do CPT²¹, podemos descortinar uma regra especial de fixação do valor da causa que atende à natureza das prestações (indenizações por incapacidade temporária ou pensões). O que aproxima esta disposição dos artigos 98.º-P e 186.º-Q do CPT é, por um lado, o facto de a fixação do valor da causa ser tomada pelo juiz a final, porque só então saberá qual o valor das pensões e indenizações a atender para o efeito, e, ainda, a circunstância de o valor ser suscetível de ser fixado antes desse momento (para efeitos de recurso autónomo) ou ser alterado posteriormente em conformidade com os elementos que o processo fornecer²². Deste modo, a decisão do juiz quanto ao valor da causa não constitui caso julgado formal.

nova acção de despedimento e a revisão do Código do Processo do Trabalho, Coimbra, 2010, p. 122. Este último Autor refere que a fixação do valor da causa ultrapassa o âmbito desta acção, mas está em linha com a reclamada maior amplitude dos poderes do juiz laboral na fixação das custas do processo.

²¹ Este preceito tem antecedente legislativo no artigo 118.º do CPT de 1963 e a doutrina então fixada não tem grandes alterações, pelo que se pode consultar a anotação ao respetivo artigo de Alberto Leite Ferreira, *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1972, pp. 409 e ss. e, do mesmo Autor, o comentário ao artigo 123.º do CPT de 1981, em *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 4.ª ed., Coimbra, 1996, pp. 550 e ss.

²² José Joaquim F. Oliveira Martins, *Código do Processo do Trabalho Anotado e Comentado*, 2.ª ed., Coimbra, 2024, pp. 207-208.

3. Valor da causa na ação especial de impugnação do despedimento: a utilidade económica do pedido.

I. O artigo 98.º-P do CPT estabelece um regime próprio de determinação e fixação do valor da causa. Este preceito tem subjacente uma dupla motivação: (i) por um lado, pretende ser um instrumento da garantia de acesso à justiça, adaptado ao processo do trabalho, e (ii) por outro, pretende ajustar este aspeto de natureza incidental ao facto de a instância se iniciar mediante um requerimento do trabalhador, o qual não permite a indicação do valor da ação imposto à petição inicial, nos termos do artigo 552.º, n.º 1, alínea f), do CPC. Acresce que esta forma especial impede a aplicação do regime dos artigos 305.º e 306.º do CPC, por haver uma fixação provisória para efeitos de custas e uma decisão “a final” como momento de determinação do valor da causa. Estas circunstâncias impõem uma adaptação das regras sobre esta matéria, quer para efeito dos artigos 296.º e ss do CPC, quer para efeito do Regulamento das Custas Processuais.

II. As adaptações começam com a previsão do n.º 1 do artigo 98.º-P do CPT que estabelece que “para efeitos de efeitos de pagamento de custas, aplica-se à ação de impugnação judicial de regularidade e licitude do despedimento o disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 12.º do Regulamento das Custas Processuais”. A alínea e) pressupõe uma dupla circunstância: quando existe um critério indeterminado para a fixação do valor da causa e não esteja indicado um valor fixo, o juiz tem o poder de fixar em definitivo o valor da causa. Nestas

situações, existe um valor provisório para efeitos de taxa de justiça. Como afirma Salvador da Costa, “É um normativo residual de determinação do valor da taxa de justiça relativa à espécie processual ajuizada. Está conexionado com o disposto nos artigos 98.º-P, n.º 1, e 186.º-Q, n.º 1, ambos do CPT, segundo os quais, para efeito de custas, em rigor para determinação do valor da taxa de justiça, se aplica, nas espécies processuais reportadas, o disposto neste preceito”²³.

III. No artigo 98.º-P do CPT verifica-se assim um afloramento do princípio da justiça de baixo custo, pois estabelecem-se regras especiais para a fixação do valor da ação. Com efeito, nos termos desta disposição, o valor da ação é fixado a final e em função dos créditos e salários reconhecidos e não apenas peticionados (n.º 2). Deste modo, o valor da ação não afeta o trabalhador, o qual pode reclamar as quantias que considera serem-lhe devidas sem “temor” do valor das custas para a eventualidade de decair na ação. No caso de obter vencimento nas suas pretensões, a responsabilidade recai sobre o empregador.

IV. Na fixação do valor da causa existem critérios gerais e critérios especiais de determinação do valor da causa para fixar a utilidade económica imediata do pedido. Na ação especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, encontramos um critério especial de aferição da utilidade económica do pedido (art.

²³ Salvador da Costa, *As custas processuais - Análise e Comentário*, ed. Almedina, 10.ª ed., Coimbra, 2024, p. 142.

98.º-P, n.º 2) e não a utilidade económica imediata do pedido (art. 296.º do CPC)²⁴. Esta diferença revela um elemento temporal de diferenciação: está em causa o valor a final dos pedidos formulados e não no momento da propositura da ação²⁵. Mas o legislador não se limitou a dizer em que momento se verifica o valor da causa; pelo contrário, introduziu um critério que corresponde aos pedidos que vierem a ser considerados procedentes (que tenham sido reconhecidos). Por outro lado, a expressão “designadamente” na parte final do artigo 98.º-P do CPT não influi na interpretação expressa pois o seu sentido é esclarecer que podem ser considerados (e valorados) outros pedidos para além dos que estão elencados no artigo 98.º-P, n.º 2²⁶, mas não afastar a regra dos pedidos efetivamente reconhecidos.

V. Encontra-se alguma jurisprudência divergente do entendimento expresso, que considera que “o valor da acção deve ser calculado, na situação em apreço, pelo correspondente à utilidade económica dos pedidos deduzidos pelo autor, apesar destes terem improcedido integralmente”²⁷. Porém, parece desenhar-se uma

²⁴ Sobre o modo como se afere a utilidade económica imediata do pedido no artigo 296.º do CPC, cfr. José Lebre Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, 1.º, 4.ª ed., Coimbra, 2018, p. 601. Esta utilidade depende igualmente da causa de pedir. Vd. ainda Tiago Figo, *O valor da causa e o regime de custas na ação especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento*, Julgar, 2018, 1, p. 12.

²⁵ Helder Quintas, *Comentários ao Código de Processo do Trabalho*, Coimbra, 2023, p. 727, refere um critério de atuação temporal e substantivo; o primeiro é o momento de fixação da utilidade económica do pedido e o segundo é a referência aos pedidos que sejam reconhecidos.

²⁶ Admitindo que a regra da utilidade económica dos pedidos se afira pelos créditos reconhecidos, José Joaquim F. Oliveira Martins, *Código do Processo do Trabalho Anotado e Comentado*, cit., p. 179.

²⁷ Acórdão da Relação de Coimbra de 20/11/2014, proc. n.º 265/13.8TTVIS.C1

orientação jurisprudencial no sentido de o valor ser determinado com base no quantum da indemnização, dos créditos e dos salários que tenham sido reconhecidos²⁸. Julgamos que a interpretação mais adequada da norma (n.º 2 do artigo 98.º-P do CPT) é a que sustenta que a fixação do valor da causa pelo juiz deve ter conta a utilidade económica do pedido, designadamente o valor de indemnização, créditos e salários, mas tão só e apenas aqueles que hajam sido reconhecidos.

VI. Em suma, existe um valor provisório e um valor definitivo da causa. O valor provisório é fixado pelo juiz em qualquer fase do processo para efeitos de pagamento de custas. Aquando da prolação da sentença há lugar à fixação do valor da causa que tem efeitos em matéria de custas, mas agora com repercussão em sede de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça e para efeitos de custas finais. Com efeito, a decisão proferida em 1.ª instância no âmbito desta

(Jorge Manuel Loureiro). Do mesmo relator, o Acórdão mais recente de 17/11/2012, proc. n.º 98/21.8T8GRD.C1, em que se reafirmou: “Na acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, o valor da acção não é determinado tendo por referência, exclusiva ou sequer principalmente, o valor da indemnização, créditos e salários que tenham sido reconhecidos na decisão final, antes é determinado pelo valor económico dos pedidos deduzidos”.

²⁸ No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/02/2019, processo n.º 19844/17.8T8LSB.L1-4 (Albertina Pereira), subscreveu-se o entendimento do Acórdão do STJ de 6-12-2016, proc. n.º 519/14.6TTVFR.P1-S1 (Ferreira Pinto), segundo o qual “na ação especial de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, o valor da causa deve ser fixado nos termos conjugados do artigo 98.º-P, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo do Trabalho e alínea e), do n.º 1, do artigo 12.º, do Regulamento das Custas Processuais, o que significa que esse valor deverá ser fixado sempre a final e tendo em conta a utilidade económica do pedido para o trabalhador, designadamente o valor da indemnização, dos créditos e dos salários que tenham sido reconhecidos”. Vd. igualmente outras decisões em Joana Vasconcelos, *Comentário aos artigos 98.º B a 98.º P do Código do Processo do Trabalho - Processo especial para impugnação da regularidade e licitude do despedimento*, 2.ª ed., Lisboa, 2020, p. 163.

ação especial de impugnação do despedimento é sempre recorrível nos termos do artigo 79.º, alínea *a*), do CPT (garantia de recorribilidade), o que torna relevante o valor causa apenas se se pretender recorrer para o Supremo Tribunal de Justiça nas situações em que o recurso depende de o valor da ação exceder a alçada do Tribunal da Relação (artigo 629.º do CPC).

VII. O valor da causa ainda reflete uma outra especialidade na ação especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento. Com efeito, nos termos do artigo 64.º, n.º 1, do CPT o limite do número de testemunhas depende do valor da causa, sendo de 10 testemunhas nas ações de valor superior à alçada do Tribunal de primeira instância e de 5 nos casos em que cujo valor seja inferior. Atento o modo como é fixado o valor da ação no artigo 98.º-P, entendem Messias Carvalho/Sónia Carvalho que “Nas ações de impugnação da regularidade e licitude do despedimento dado que o valor da ação é ficcionado para efeitos de custas, mas é considerado de valor excedente à alçada do Tribunal para efeito de recurso (artigo 79.º alínea *a*) do CPT), deve, por isso, admitir-se o rol de 10 testemunhas”²⁹. Julgamos que o entendimento expresso é correto, embora se deva ter em atenção a existência de um valor provisório resultante do facto de quer o empregador, no articulado motivador, indicar um valor da causa, quer o trabalhador, na denominada contestação, indicar igualmente um valor.

²⁹ Messias Carvalho/Sónia Carvalho, *Código de Processo do Trabalho Anotado*, Lisboa, 2023, p. 362.

4. A fixação e verificação do valor causa no regime comum do CPC

I. Afirma Teixeira de Sousa³⁰ que “nenhum processo, incidente ou procedimento cautelar se deve iniciar sem a indicação do valor”. O momento que releva para esse efeito é o da instauração da ação, providência cautelar ou incidente (artigo 299.º, n.º 1, do CPC), ainda que possam existir casos em que o valor inicialmente aceite é corrigido logo que sejam fornecidos os elementos necessários (artigo 299.º, n.º 4, do CPC). No processo do trabalho, tal afirmação deve ser relativizada, porque existem instâncias que se iniciam sem a indicação do valor do processo, como acontece precisamente com a ação especial de impugnação da licitude e regularidade do despedimento; neste caso, o artigo 26.º, n.º 5, do CPT afirma que a instância se inicia com o recebimento do requerimento da impugnação do despedimento (que não contém a indicação do valor da causa), valendo igual regra para a ação emergente de acidente de trabalho (n.º 4 do mesmo artigo 26.º do CPT).

II. Em regra, o valor da causa fixa-se nos termos do artigo 306.º do CPC: compete ao juiz, sem prejuízo do dever de indicação que impende sobre as partes³¹. Existe um dever processual de indicar o

³⁰ Código Processo Civil *online*, Livro II, (versão 21), p. 193.

³¹ Este regime difere do regime pretérito, o qual permitia que as partes acordassem, expressa ou tacitamente, sobre o valor da causa, salvo se o juiz considerasse que o acordo estava em “flagrante oposição com a realidade” e fixasse outro valor. Este mecanismo, assente na autonomia das partes, acabava por desvirtuar o processo em matéria de recursos e de custas (duas das funções mais importantes da fixação do valor da causa) – cfr. Salvador da Costa, *Os incidentes da instância*, 12.ª ed., Coimbra, 2023, p. 57.

valor da causa para ambas as partes: o autor deve fazê-lo, em regra, na petição inicial, e o réu pode nada dizer, concordar com o valor ou impugná-lo, neste último caso, nos termos do n.º 1 do artigo 303.º do CPC. A falta de impugnação por parte do réu significa a aceitação do valor indicado pelo autor (artigo 305.º, n.º 4, do CPC).

Caso o autor não indique o valor, a parte deve ser convidada a fazê-lo, logo que a falta seja notada e sob cominação de a instância se extinguir se não o fizer. Nesta circunstância, a parte contrária responde no articulado admissível após a indicação ou será notificada especificamente para efeitos de impugnação do valor (artigo 305.º, n.º 4, do CPC).

III. O Supremo Tribunal de Justiça³² estabeleceu doutrina no sentido de que “O art.º 306.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, estipula que compete ao juiz fixar o valor da causa, sem prejuízo do dever de indicação que impende sobre as partes. (...) Também, em anotação ao art.º 306.º, do Código de Processo Civil, Abílio Neto³³ escreve: «Embora as partes continuem obrigadas a indicar o valor da causa na petição inicial (art.º 552.º-1-f), sob pena de recusa do articulado (art.º 658.º-e), após o DL n.º 303/2007 o juiz passou a ter uma intervenção ativa muito mais acentuada na fixação desse valor, sobrepondo-se ao acordo das partes, o que fará, em regra, no despacho saneador, ou antes (se houver a admissão de recursos interpostos de

³² O Acórdão do STJ proferido no processo 4255/15.8T8VCT-A.G1.S1, 4.ª Secção, de 08/03/2018 (Chambel Mourisco).

³³ O Acórdão refere-se a Abílio Neto, *Código de Processo Civil Anotado*, 5.ª ed., Lisboa, 2020.

decisões anteriores), ou na sentença, ou ainda no despacho de admissão do recurso (art. os 306.º e 641.º). (...)»”.

Em conclusão, não obstante os ónus processuais de autor e réu em matéria de indicação do valor da causa (ónus de indicação e ónus de impugnação do valor), a fixação do valor da causa recai sempre sobre o juiz, nos termos do artigo 306.º, n.º 1, do CPC.

IV. Se as partes (ou uma das partes) indicarem o valor da causa e não existir intervenção do juiz, coloca-se o problema de apurar qual o valor a atender ou como proceder, por exemplo, para efeitos de admissibilidade do recurso. Salvador da Costa³⁴ entende que, quando o valor da causa não foi objeto de controlo e fixação pelo juiz, seja interposto recurso e o valor não o admita, “o relator do STJ não pode limitar-se a rejeitá-lo, mas sim remeter o processo ao juiz da 1.ª instância a fim de o juiz fixar o valor da causa”. Em sentido contrário, o Acórdão do STJ de 08/09/2021, proc. n.º 10969/12.7TBVNG.P1.S1 (Ana Paula Bonlarot), entendeu que, uma vez indicado um valor, “não tendo havido subsequentemente qualquer despacho nos autos a actualizá-lo, pelo que se tem o mesmo como fixado, nos termos do art. 299.º, n.º 1, do CPC, o qual não permite qualquer impugnação recursiva para este Supremo Tribunal, atento o disposto nos arts. 629.º, n.º 1, do CPC e 44.º, n.º 1, da LOSJ”. Esta divergência expõe o problema de saber se o valor da causa é elemento que integra a estabilidade da instância, pois este

³⁴ Salvador da Costa, *Os incidentes da instância*, cit., p. 22

princípio imporia que uma vez fixado pelo juiz em 1.^a instância o mesmo não poderia ser alterado³⁵.

V. No caso de as partes não concordarem com a decisão do juiz quanto ao valor da causa, esta decisão é suscetível de ser impugnada. A questão que se coloca é a de saber como fazê-lo e em que momento processual. Teixeira de Sousa propõe um regime diferenciado de impugnação do valor fixado pelo juiz: “(b) Se a parte não pretender invocar novos factos ou produzir novas provas, deve interpor recurso da decisão. Este recurso é sempre admissível (art. 629.º, n.º 2, al. b)). A solução tb se impõe quando, antes da fixação do valor, tenha havido discussão entre o tribunal e as partes sobre o valor da causa (art. 308.º), dado que então estão precludidas a alegação de novos factos e a produção de novas provas. (c) Se a parte quiser (e puder) alegar novos factos ou produzir novas provas, deve deduzir um incidente de fixação do valor da causa”. Atenta esta doutrina, o meio de impugnação depende de saber se é útil um incidente nos termos dos artigos 292.º a 294.º do CPC.

Este entendimento tem sido contrariado pela jurisprudência, em especial do STJ, que considera, sem exceções, que se a parte não concorda com o valor deve suscitar o respetivo incidente³⁶.

³⁵ Código Processo Civil *online*, Livro II, (versão 21), p. 193.

³⁶ Neste sentido, veja-se o Acórdão do STJ de 22/06/2022, proc. n.º 5468/19.9T8MTS-B.P1.S1 (Ramalho Pinto), no qual se entendeu que “cabe ao juiz do tribunal de primeira instância fixar o valor da causa, estando vedado aos tribunais de recurso usarem as faculdades previstas no artº 306º do Código de Processo Civil- cfr., a título de exemplo, os acórdãos de 08/03/2018, proc. 255/15.8T8VCT-A.G1.S1, de 19/05/2021, proc. 1416/09.2TTCBR-G.C1-A.S1 (“se a parte interessada não concordar com o valor fixado pelo juiz à causa deve suscitar o respetivo incidente e não ocorrendo este é definitivo o valor fixado na 1.^a instância”), e de 23/11/2021, proc. 2056/18.0T8BRR-A.L1.S1 (“O Supremo Tribunal de Justiça

Salvador da Costa, concordando parcialmente com Teixeira de Sousa, considera que a fixação do valor da causa pelo juiz deve ser impugnada por via de recurso, nos termos da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 629.º do CPC. Esta norma prevê a admissibilidade do recurso, independentemente do valor da causa e da sucumbência, “das decisões respeitantes ao valor da causa ou dos incidentes, com o fundamento de que o seu valor excede a alçada do tribunal de que se recorre”. Contudo, a suscetibilidade de recurso está dependente do fundamento do recurso: o recorrente deve alegar que o valor da causa excede a alçada do tribunal, o que pressupõe que o valor fixado é inferior àquela alçada.

VI. No Acórdão do STJ de 08/03/2018, proc. n.º 4255/15.8T8VCT-A.G1.S1 (Chambel Mourisco), foi entendido adicionalmente o seguinte:

“II. Caso o valor da causa não seja fixado no despacho saneador, na sentença, ou em despacho proferido incidentalmente sobre o requerimento de interposição de recurso, deve a parte interessada arguir a nulidade, provocando despacho recorrível.

III. Se a parte interessada não concordar com o valor fixado pelo juiz à causa deve suscitar o respetivo incidente.”

Desta decisão resulta que a falta de fixação do valor da causa pelo juiz é uma nulidade processual³⁷ que deve ser arguida e que,

carece de competência para alterar o valor da causa, mormente para efeitos de alçada”).

³⁷ Nulidade que apenas existe se a falta tiver consequências processuais. Neste sentido, José Lebre Freitas/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, 1.º, *cit.*, p. 616.

sempre que o juiz fixa o valor da causa e parte não concorde com este, deve deduzir o correspondente incidente. As partes estão assim oneradas duplamente perante a omissão ou erro do juiz: arguir a nulidade (por exemplo, quando seja admitido recurso sem fixação do valor da causa) e deduzir o incidente de verificação do valor da causa, se não concordarem com a decisão do tribunal.

O entendimento da mais alta instância judicial cível é de que a discordância quanto ao valor da causa fixado pelo juiz deve dar origem a impugnação através do respetivo incidente suscita inúmeras perplexidades processuais.

VII. A verificação do valor da causa constitui inequivocamente um incidente da instância, até pela sua inserção no CPC. A questão que se coloca é a de saber em que se traduz esse regime incidental. Francisco Ferreira de Almeida afirma que nos artigos 297.º a 307.º “enunciam-se os critérios gerais e especiais a que deve atender-se para fixação desse valor processual, enquanto que nos arts 304.º a 310.º se regula a respetiva tramitação procedimental”³⁸. Deste ponto de vista, a regulação do incidente é a que consta dos artigos 304.º a 310.º. O mesmo autor considera que o incidente de verificação do valor da causa é um incidente nominado e que, para efeitos de recurso, se deve entender como sendo processado autonomamente³⁹. No mesmo sentido se pronuncia Abrantes Geraldês, que considera que o recurso autónomo só é admissível da decisão que “ponha

³⁸ Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida, *Direito Processual Civil*, I, Coimbra, 2017, p. 682.

³⁹ *Direito Processual Civil*, II, 3.ª ed., Coimbra, 2020, p. 543.

termo” ao incidente de verificação do valor da causa⁴⁰. Por seu turno, Lebre de Freitas/Ribeiro Mendes/Isabel Alexandre⁴¹ entendem que “a decisão do juiz sobre o valor não constitui decisão final dum incidente processado autonomamente para efeitos do artigo 644.º, n.º 1, alínea a)” do CPC.

Do nosso ponto de vista, o incidente de verificação do valor da causa tem a tramitação prevista nos artigos 305.º a 310.º do CPC e a decisão definitiva é tomada pelo juiz nos termos do artigo 306.º, ou seja, se o autor indicar um valor na petição inicial e o réu contestar esse valor deduzindo incidente, a decisão definitiva do juiz corresponde à resolução deste diferendo. Estamos, por isso, perante um incidente processado autonomamente, cuja decisão definitiva pode ser objeto de recurso para efeitos do artigo 644.º do CPC⁴².

VIII. Perante as regras muito próprias de determinação e fixação do valor da causa, coloca-se o problema de saber quais os meios impugnatórios que estão à disposição das partes e o momento processual em que os mesmos devem ser acionados. O processamento do incidente de verificação do valor da causa decorre dos artigos 552.º, n.º 1, al. f), 305.º e 306.º. O autor deve indicar o valor da causa na petição inicial [artigo 552.º, n.º 1, alínea f)], sob pena de esta última ser recusada pela secretaria ao abrigo do disposto no artigo 558.º, al. e). O réu pode, por seu turno, na contestação e sob pena de se considerar que aceita o valor indicado pelo autor, impugnar o valor

⁴⁰ António Santos Abrantes Geraldes, *Recursos em processo civil*, 7.ª ed., Coimbra, 2022, p. 56 (nota 73).

⁴¹ José Lebre Freitas/Armindo Ribeiro Mendes/Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.º, 3.ª ed., Coimbra, 2022, p. 29.

⁴² *Ibid.*, em especial p. 119.

da causa indicado na petição inicial, contanto que ofereça outro em substituição, podendo, nos articulados seguintes, as partes acordar em qualquer valor (artigo 305.º, n.ºs 1 e 4). Sem prejuízo do dever de indicação que impende sobre as partes, nos termos descritos, compete ao juiz fixar o valor da causa, o que este fará, em regra, no despacho saneador e, exceccionalmente, nos processos a que se refere o n.º 4 do artigo 299.º e naqueles em que não houver lugar àquele despacho, na sentença (artigo 306.º, n.ºs 1 e 2). Se for interposto recurso antes da fixação do valor da causa pelo juiz, este deve fixá-lo no despacho em que aprecia o requerimento de interposição (artigo 306.º, n.º 3). A fixação do valor da causa nos termos dos artigos 305.º e 306.º pressupõe que o requerido ou o executado, ao impugnar o valor processual indicado na petição inicial, no requerimento inicial ou no requerimento executivo, pelo autor, requerente ou exequente, conforme os casos, deve fazê-lo, em regra, no articulado de defesa e indicar um valor em substituição. Não lhe basta, porém, afirmar para o efeito que a ação tem valor diverso do indicado pela parte contrária, sendo necessário que precise o valor que, na sua perspetiva, lhe corresponde e expresse a respetiva fundamentação.

5. Em especial, a fixação e verificação do valor da causa no artigo 98.º-P

I. O n.º 2 do artigo 98.º-P do CPT estatui que o momento de fixação do valor da causa é a final, tendo em conta a utilidade económica do pedido, designadamente os valores indemnizatórios, os créditos e

salários. Esta norma coloca duas questões fundamentais⁴³: (i) a que circunstância processual corresponde o momento “final” da causa e (ii) se o valor da causa deve ser apurado tendo em conta o peticionado no articulado do trabalhador denominado contestação (artigo 98.º-L) e que contém pedidos reconventionais (artigo 98.º-L, n.º 3).

II. Sobre a primeira questão, o momento processual designado por “final” é, em princípio, o da sentença: até lá, as partes devem indicar o valor da causa e o tribunal pode fixá-lo nos termos gerais, nomeadamente no despacho saneador se a ele houver lugar, mas apenas para efeitos de custas⁴⁴; as taxas de justiça são pagas pelo valor calculado nos termos do n.º 1 do artigo 98.º-P ou fixado provisoriamente pelo tribunal.

III. O momento final para efeitos de determinação do valor da causa, pode, contudo, ser diferente quando seja interposto recurso da decisão da 1.ª instância. No caso de, em sede de recurso, se alterar a decisão da 1.ª instância, deve o Tribunal da Relação fixar o valor nos termos do artigo 98.º-P, nomeadamente quando tenha sido julgado lícito o despedimento em 1.ª instância e ilícito na instância de recurso. A omissão dessa fixação constitui uma nulidade processual⁴⁵.

⁴³ Vd. Tiago Figo, *O valor da causa e o regime de custas na ação especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento*, cit., p. 3.

⁴⁴ A taxa de justiça devida deve ser paga, a final, em função dos créditos efetivamente reconhecidos ao trabalhador.

⁴⁵ “Tendo a Relação revogado a sentença, julgado ilícito o despedimento e condenado a Ré a pagar à A. os créditos decorrentes desse despedimento ilícito, deve, nos termos do art. 98-P, n.º 2, do CPT, fixar no acórdão o valor da causa para os efeitos estabelecidos no art. 296º, n.º 1 do CPC, por só então a utilidade económica do pedido ter ficado definida”, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de

IV. O critério de aferição da utilidade económica do pedido é determinado de um modo especial no artigo 98.º-P⁴⁶, porque toma em consideração os valores reconhecidos a título de indemnizações, créditos e salários (e não os peticionados)⁴⁷.

8/05/2019, proc. n.º 714/15.0T8BRR.L2.S1 (Ribeiro Cardoso).

⁴⁶ Conforme decidido no Acórdão do STJ de 04/03/2020, proc. n.º 1083/18.2T8EVR.E1.S2 (Paula Sá Fernandes): “A jurisprudência desta 4ª Secção do Supremo Tribunal, tem sido pacífica no sentido da inaplicabilidade do invocado art.300.º do CPC às ações especiais de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, tendo firmado jurisprudência no sentido da aplicação as regras gerais constantes do artigo 297.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, considerando que o valor da causa neste tipo de ação corresponde ao valor da soma da utilidade económica de cada um dos interesses que venham a ser reconhecidos, não sendo de atender, como direito subsidiário, ao critério da imaterialidade dos interesses do art.303.º, n.º1 do CPC. - vide acórdão desta secção de 06/12/2017, no processo n.º 519/14.6TTVFR.P1.S1 (Ferreira Pinto).

I. Nas ações de Impugnação Judicial da Regularidade e Licitude do Despedimento, como em todas as outras em que, como acessório ao pedido principal - no caso, consistente no pedido de declaração de ilicitude do despedimento - se peticionam rendimentos já vencidos e vincendos, não tem lugar a aplicação do disposto no 300.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, antes são aplicáveis as regras gerais constantes do artigo 297º, n.ºs 1 e 2.

II. É jurisprudência firme do Supremo Tribunal, que no domínio do atual Código de Processo do Trabalho, tal como no de 1981, não há que atender, como direito subsidiário, ao critério da imaterialidade dos interesses do artigo 303.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.”

⁴⁷ No Acórdão do STJ de 6/12/2017, já referido entendeu-se o seguinte:

“Contudo, na ação especial de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, o valor da causa deve ser fixado nos termos conjugados do artigo 98.º-P, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo do Trabalho e alínea e), do n.º 1, do artigo 12.º, do Regulamento das Custas Processuais, o que significa que esse valor deverá ser fixado sempre a final e tendo em conta a utilidade económica do pedido para o trabalhador, designadamente o valor da indemnização, dos créditos e dos salários que tenham sido reconhecidos.

Dispõe o artigo 98º-I, n.º 3, do CPC, que, na ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, o trabalhador pode, no seu articulado, deduzir reconvenção nos casos previstos no n.º 2, do artigo 266º, do CPC, bem como peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho, independentemente do valor da ação. Na primeira parte, deste normativo, englobam-se todos os interesses decorrentes da declaração da licitude ou ilicitude do despedimento [nomeadamente os estabelecidos nos artigos 389.º e 390.º e 391.º do CT/2009]. Na sua segunda parte, determina-se que o trabalhador, na reconvenção, pode, também, peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho, por exemplo, reportados a férias vencidas e não gozadas, subsídios de férias e de Natal por pagar, retribuições em atraso, trabalho suplementar, etc.

Noutro sentido, entende-se que o critério próprio de fixação da utilidade económica do pedido não se altera pelo facto de se ter deduzido pedido reconvenicional, sem prejuízo da aplicação das restantes regras previstas nos artigos 296.º e ss do CPC. Tiago Figo⁴⁸, em termos com os quais concordamos, afirma que “O critério de determinação do valor da causa, ínsito no n.º 2 do art. 98.º-P do CPT, não sofre desvio por força da dedução de reconvenção, pelo que os pedidos reconvencionais apenas serão considerados a final e na medida em que culminarem no reconhecimento de indemnização, créditos ou salários”.

V. A regra do artigo 98.º-P do CPT coloca importantes questões sobre o momento de fixação do valor da causa e a forma de impugnação do respetivo valor no caso de qualquer das partes não concordar com a decisão. Na prática, o valor da causa é fixado na sentença em razão da utilidade do pedido, aferível de acordo com os créditos reconhecidos ao trabalhador, como defendido, e tendo em conta os valores próprios do processo de trabalho assentes numa ideia de justiça de baixo custo.

A jurisprudência que recusa a fixação do valor de acordo com os créditos reconhecidos e não peticionados atenta contra os valores do processo do trabalho e desconsidera o princípio da proteção do trabalhador que está ínsito nas regras especiais sobre o valor da causa e, em última instância, contra o artigo 20.º da Constituição.

A todos esses pedidos corresponde uma utilidade económica que vai determinar o valor da ação”.

⁴⁸ Tiago Figo, *O valor da causa e o regime de custas na ação especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento*, cit., p. 39.

VI. Se a parte não concorda com o valor fixado na 1.^a instância “a final” nos termos do 98.º P do DPT, deve socorrer-se dos meios impugnatórios da decisão que fixa o valor da ação, para a eventualidade de não haver alteração da decisão da 1.^a instância⁴⁹. Como refere Tiago Figo⁵⁰, “Tudo isto requer que as partes prestem, antes da propositura do recurso, uma atenção redobrada às consequências que a fixação do valor da causa (...) e, pelos mesmos motivos, não deverão deixar de despoletar os mecanismos processuais próprios sempre que a omissão ou incorreção da fixação do valor da causa as possa prejudicar”.

VII. Se a parte interessada não concordar com o valor fixado “afinal à causa pelo juiz de 1.^a instância, qual o meio impugnatório de que se deve socorrer? Na verdade, a situação suscita a dúvida sobre se se a parte tem ou não de suscitar o incidente de verificação do valor da causa ou se haverá recurso autónomo.

O Supremo Tribunal de Justiça tem, reiteradamente⁵¹, firmado quanto a esta matéria as seguintes linhas orientadoras, assinaladas

⁴⁹ No Acórdão do STJ de 12/07/2022, proc. n.º 4332/21.6T8CBR-B.C1.S1 (Ricardo Costa) considerou-se que a “fixação do valor da causa nos termos atribuídos pelo art. 306º, 1 e 2, do CPC, sendo decisão de pendor incidental, uma vez transitada em julgado, não admite depois qualquer alteração do consolidado endoprocessualmente, a não ser que se verifiquem, a título excepcional, circunstâncias legais de correcção (nos termos do art. 299º, 4, do CPC, que abrange a hipótese da 2ª parte do art. 15º do CIRE) e seja proferido novo despacho (com consequências possíveis, entre outras, na admissibilidade de recurso ordinário). Na ausência do exercício desse poder-dever de correcção - inclusivamente, depois de proferida a sentença, através de despacho judicial autónomo de acertamento do valor da causa - terá sempre o recurso para tribunal superior que ser avaliado na sua admissibilidade à luz do valor da causa que transitou e vale nesse momento, de acordo com os termos do art. 296º, 1 e 2, do CPC”.

⁵⁰ Tiago Figo, *O valor da causa e o regime de custas na ação especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento*, cit., p. 24.

⁵¹ Ac. STJ, de 22/06/2022, proc. n.º 5468/19.9T8MTS-B.P1.S1 (Ramalho

na decisão sumária proferida em 18/09/2015 no processo n.º 158/13.9TTBRR.L1 (Mário Belo):

“Se a parte interessada não concordar com o valor fixado pelo juiz à causa deve suscitar o respetivo incidente.

- O valor da causa é fixado definitivamente na 1ª instância, sem possibilidade de posterior alteração no tribunal de recurso, pelo que, mesmo que haja condenação acima do valor da causa ali fixado, o valor que releva para efeitos de alçada e de recurso é apenas aquele, e não o da utilidade económica do objeto (material) do recurso, nem o valor tributário.

- Ainda que a decisão (implícita ou explícita) sobre o valor da causa tenha subjacente um erro de julgamento, resultante da circunstância de tal valor se encontrar em flagrante oposição com os critérios consagrados na lei para o determinar, tal decisão, na medida em que transite em julgado, tem força obrigatória dentro do processo, não se configurando qualquer nulidade. O valor assim fixado é, imodificavelmente, o que releva para efeitos de recurso, ainda que a condenação sentenciada lhe seja superior.

- Uma vez que a competência para a fixação do valor de uma causa cabe à 1ª instância e não aos Tribunais Superiores (ressalvando a situação de conhecimento de recurso da decisão proferida na 1.ª instância), a decisão do Tribunal da Relação que infrinja esta regra terá mesmo de ser considerada inexistente”⁵².

Pinto); Ac. STJ, de 14/10/2020, proc. n.º 6352/18.9T8FNC.L1-A.S1 (Chambel Mourisco); Ac. STJ, de 08/03/2018, proc. n.º 4255/15.8T8VCT-A.G1.S1 (Chambel Mourisco). Ver também o Ac. da Rel. de Lx, de 23/11/2023, proc. n.º 7937/19.1T8ALM-A.L1-2 (Susana Mesquita Gonçalves).

⁵² Transcrição feita no Acórdão do STJ de 22/06/2022.

Esta doutrina firme do STJ não merece a nossa concordância. Na verdade, o regime geral do CPC para o incidente de verificação do valor da causa pressupõe uma tramitação processual que assenta na indicação do valor da causa pelo A. na petição inicial e impugnação desse valor pelo Réu. Se as partes não tiverem deduzido incidente e o juiz fixar valor da causa diferente do indicado pelas partes, cabe recurso autónomo dessa decisão, sem que haja dedução de incidente de verificação do valor da caus. Na verdade, o incidente é deduzido e a respetiva tramitação é uma fase anterior à decisão do juiz quanto ao valor da causa.

No caso do artigo 98.º-P do CPT, a fixação do valor apenas ocorre “a final”, sendo que o valor fixado em momento anterior é sempre provisório e para efeitos de custas (por exemplo, no despacho saneador). Nesse momento (na sentença ou no momento de admissão do recurso) já não é possível deduzir incidente de verificação do valor da causa, a que acresce o facto de que o valor continua provisório, pois o mesmo depende da sorte do recurso que pode alterar a decisão em 1.ª instância.

É esta provisoriedade da fixação do valor da causa que é incompatível com o incidente de fixação do mesmo e constitui uma especificidade do processo laboral.

VIII. Se o valor da causa não for fixado no despacho saneador, na sentença, ou em despacho proferido incidentalmente sobre o requerimento de interposição de recurso, verifica-se uma omissão de um ato que a lei prescreve (artigo 195.º, n.º 1 do CPC)⁵³. Nesta situação,

⁵³ Como defende Teixeira de Sousa, CPC online (21). É admissível ponderar a

impõe-se à parte interessada arguir a nulidade secundária, provocando despacho recorrível⁵⁴. Apesar disso, os Tribunais superiores têm determinado a descida dos autos para a fixação do valor da causa nos casos em que não tenha havido lugar à mesma.

IX. Por sua vez, ao abrigo do disposto no artigo 98.º-P do CPT, “O valor da causa é sempre fixado a final pelo juiz tendo em conta a utilidade económica do pedido, designadamente o valor de indemnização, créditos e salários que tenham sido reconhecidos.”. Dos normativos citados e da jurisprudência referenciada, podemos ser levados a pensar que o juiz do tribunal de 1.ª instância fixa o valor da causa, após que é vedado aos tribunais de recurso usarem a faculdade prevista no artigo 306.º do CPC. Contudo, no caso de haver recurso e a decisão do Tribunal da Relação competente alterar a decisão do tribunal de 1.ª instância, independentemente de se ter interposto recurso quanto ao valor fixado, deve o Tribunal da Relação⁵⁵ fixar, oficiosamente, o valor da causa (a final), sendo certo que os critérios para tal utilizados são os previstos no artigo 98.º-P do CPT, ainda que possam não ser totalmente consensuais, como foi

existência de uma nulidade da sentença por omissão de pronúncia. Acontece que o valor deve ser fixado para se saber se há recurso, por exemplo. É esta a razão pela qual a nulidade processual é o vício que deve ser invocado.

⁵⁴ Neste sentido, Acórdão do STJ, de 19/05/2021, proc. n.º 1416/09.2TTCBR-G.C1-A.S1 (Júlio Gomes) e Acórdão do STJ, de 08/03/2018, proc. n.º 4255/15.8T8VCT-A.G1.S1 (Chambel Mourisco).

⁵⁵ Contra, o Acórdão do STJ de 14/10/2020, proc. n.º 6352/18.9T8FNC.L1-A.S1 (Chambel Mourisco) que entendeu que “O valor da causa é fixado definitivamente na 1ª instância, sem possibilidade de posterior alteração no tribunal de recurso, pelo que, mesmo que haja condenação acima do valor da causa ali fixado, o valor que releva para efeitos de alçada e de recurso é apenas aquele, e não o da utilidade económica do objeto (material) do recurso”.

analisado⁵⁶. Se o Tribunal da Relação não fixar o valor da causa “tendo a Relação declarado ilícito o despedimento, só neste momento processual se torna possível dar cumprimento ao estabelecido no art. 98.º-P, n.º 2, do CPT, pelo que não podia deixar de fixar o valor da causa, sob pena de incorrer em nulidade processual e sem que tal envolva infração do princípio do caso julgado formal”⁵⁷. Portanto, a omissão da fixação do valor da causa em caso de alteração da decisão de 1ª instância constitui uma nulidade processual, a arguir por via de recurso.

X. Adicionalmente, importa discutir a aplicação de outras regras gerais do Código do Processo Civil sobre a fixação do valor da causa. Tome-se em consideração as relativas a pedidos alternativos e subsidiários, previstas no n.º 3 do artigo 297.º do CPC. Com efeito, dispõe esta norma do CPC que, no caso de pedidos alternativos, se atende unicamente ao pedido de maior valor e, no caso de pedidos subsidiários, ao pedido formulado em primeiro lugar.

⁵⁶ Como se decidiu no Acórdão do STJ de 14/10/2020, proc. n.º 6352/18.9T8FNC.L1-A.S1 (Chambel Mourisco): “No caso concreto dos autos, o valor da causa foi fixado pela 1ª instância, na sentença, em € 7.095,56, nos termos do art. 98.º-P, n.º 2 do Código de Processo do Trabalho, não tendo sido deduzido qualquer incidente de impugnação desse valor. Acrescente-se que o Tribunal da Relação confirmou a sentença recorrida não tendo alterado o valor em que a R. foi condenada, pelo que não verifica a situação excecional que foi analisada no Acórdão do STJ de 08-05-2019, proc. 714/15.OT8BRR.L2.S1, em que se sumariou: «Tendo a Relação revogado a sentença, julgado ilícito o despedimento e condenado a Ré a pagar à A. os créditos decorrentes desse despedimento ilícito, deve, nos termos do art. 98-P, n.º 2, do CPT, fixar no acórdão o valor da causa para os efeitos estabelecidos no artigo 296, n.º 1, do CPC, por só então a utilidade económica do pedido ter ficado definida». No mesmo sentido, Acórdão do STJ de 08/05/2019, proc. n.º 714/15.OT8BRR.L2.S1 (Ribeiro Cardoso).

⁵⁷ Acórdão do STJ de 12/12/2022, proc. n.º 17293/20.OT8SNT-A.L1.S1 (Mário Belo Morgado).

Como vimos, na ação especial de impugnação do despedimento, o valor da causa deverá ser fixado a final, tendo em conta a utilidade económica do pedido formulado pelo trabalhador, designadamente o valor da indemnização, créditos e salários que tenham sido reconhecidos pelo tribunal. É admissível considerar que a existência de cumulação de pedidos ou de pedidos subsidiários é irrelevante, porque o que se deve aferir são os créditos efetivamente reconhecidos. Todavia, julgamos que não é esta a boa doutrina.

Assim, por exemplo, no caso de formulação de pedido subsidiário de devolução da compensação pelo empregador para a eventualidade de improcedência da ação de impugnação do despedimento coletivo⁵⁸, não deve esse pedido ser considerado para efeitos da utilidade económica da lide por aplicação do artigo 297.º, n.º 3, do CPC, conjugadamente com o n.º 2 do artigo 98.º-P do CPT.

XI. Por outro lado, o n.º 3 do artigo 98.º-L do CPT dispõe que na ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, o trabalhador pode deduzir reconvenção nos casos previstos no n.º 2 do artigo 266.º do CPC, bem como peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, independentemente do valor da ação, englobando-se assim todos os interesses do trabalhador que correspondem à utilidade económica do pedido e que, quando reconhecidos, correspondem ao valor da ação, em consonância com o disposto no artigo 297.º do CPC.

⁵⁸ Note-se que o valor da indemnização legal deve ser devolvido pelo trabalhador para poder impugnar o despedimento coletivo, nos termos do artigo 366.º, n.º 5, do Código do Trabalho.

Assim, no âmbito das ações de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, não fica prejudicada a aplicação dos critérios gerais para a fixação do valor da causa constantes do CPC para a existência de pedidos alternativos e subsidiários (n.º 3 do artigo 297.º do CPC).

Em suma, só os pedidos principais formulados em sede de reconvenção podem ser considerados para efeitos dos créditos reconhecidos ao trabalhador e, conseqüentemente, para efeitos de fixação do valor da causa pelo juiz, na conjugação do artigo 98.º-P do CPT e do artigo 299.º, n.ºs 1 e 2 do CPC. Tal significa dizer que os pedidos alternativos e subsidiários formulados na contestação e em reconvenção não podem ser considerados para efeitos de cálculo do valor da causa, sejam ou não reconhecidos ao trabalhador, sob pena de violação do disposto no n.º 3 do artigo 297.º do CPC.

Nestes termos, o critério para a fixação do valor da causa deve resumir-se, ao fim e ao cabo, na articulação a fazer entre o teor do disposto no artigo 98.º-P do CPT e as regras referentes ao valor da causa decorrentes do Código de Processo Civil, em especial, as constantes dos artigos 297.º e 299.º do CPC⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. Acórdão do STJ de 06-12-2016, proc. n.º 519/14.6TTVFR.P1-S1., (Ferreira Pinto), no qual se entendeu o seguinte:

1. Nas ações de Impugnação Judicial da Regularidade e Licitude do Despedimento, cujo pedido principal consiste no pedido de declaração de ilicitude do despedimento, como em todas as outras em que, como acessório ao pedido principal, se peticionam rendimentos já vencidos e vincendos, não tem lugar a aplicação do disposto no artigo 300º, n.º 2, do Código de Processo Civil, antes são aplicáveis as regras gerais constantes do artigo 297º, n.ºs 1 e 2.

2. É jurisprudência firme do Supremo Tribunal, que no domínio do atual Código de Processo do Trabalho, tal como no de 1981, não há que atender, como direito subsidiário, ao critério da imaterialidade dos interesses do artigo 303º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

XII. Assim sendo, quando se verifique procedência do pedido de declaração de licitude do despedimento deve ser aplicável o que se considera ter uma utilidade económica igual ao valor da alçada do tribunal de 1.^a instância, acrescido de 1 cêntimo, o que se traduz no valor de € 5.000,01 (cinco mil e um cêntimo), em consonância com o disposto no artigos 79.º, alínea *a*), do CPT e 44.º da LOSJ, uma vez que se trata de uma ação em que o legislador entendeu que o recurso é sempre admissível para o Tribunal da Relação. Em síntese, atenta a conjugação das regras de fixação do valor da causa, designadamente o disposto no n.º 2 do artigo 98.º-P do CPT e no n.º 3 do artigo 297.º do CPC, o valor da ação deve fixar-se em € 5.000,01 (cinco mil e um cêntimo) nos casos de improcedência da ação para o trabalhador, mesmo quando haja procedência de pedidos subsidiários⁶⁰.

⁶⁰ Subjacente a tal entendimento, veja-se o constante do Acórdão do STJ, de 06/12/2017, proc. n.º 519/14.6TTVFR.P1.S1 (Ferreira Pinto) já citado, que decidiu o seguinte:

“São estes os interesses decorrentes da declaração da ilicitude do despedimento do trabalhador que foram reconhecidos. Assim, o valor da presente ação corresponderá ao valor da soma da utilidade económica de cada um deles.

Na 1.^a instância fixou-se o valor da causa em € 5.000,01:

- Por não haver qualquer interesse económico direto (desde logo quando se peticiona a reintegração);

- Por não ser aplicável o artigo 303º, n.º 1, do CP;

- Por se estar na presença de uma ação em que estão em causa interesses imateriais, para além dos interesses monetários conexos com aqueles - categoria profissional do trabalhador, o seu despedimento, a sua reintegração, a validade ou subsistência do contrato de trabalho - e em que o legislador entendeu que o recurso é sempre admissível para o Tribunal da Relação. (...)

A condenação da ré na reintegração do autor, pelas razões mencionadas na sentença, que se acolhem, considera-se ter uma utilidade económica igual ao valor da alçada do tribunal de 1.^a instância, acrescido de 1 cêntimo, o que se traduz no valor parcial de € 5.000,01. (...)

As instâncias fixaram o valor da reintegração em € 5.000,01, ambas com o mesmo fundamento, ou seja, por se estar perante uma ação em que estão em causa interesses imateriais, para além dos interesses monetários conexos com aqueles, e em que o legislador entendeu que o recurso é sempre admissível para o Tribunal da Relação.”.

Bibliografia

Alegre, Carlos - *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 6^a ed, Coimbra, 2004.

Almeida, Francisco Manuel Lucas Ferreira de - *Direito Processual Civil*, I, Coimbra, 2017.

——— *Direito Processual Civil*, II, 3.^a ed, Coimbra, 2020.

Almeida, José Eusébio - *A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, PDT, 2010, 85, 97-121.

Baptista, Albino Mendes - *A nova acção de despedimento e a re-visão do Código do Processo do Trabalho*, Coimbra, 2010.

Cappelletti, Mauro - *L'Accesso alla Giustizia e la Responsabilità del Giurista nella nostra epoca*, in *Studi in Onore Vittorio Denti*, I, Milano, 1994, 263-295.

Cappelletti, Mauro/ Garth, Bryant - *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 1988.

Carvalho, Messias/ Carvalho, Sónia - *Código de Processo do Trabalho Anotado*, Lisboa, 2023.

Costa, Salvador da - *Os incidentes da instância*, 12.^a ed, Coimbra, 2023.

Costa, Salvador da - *As custas processuais - Análise e comentário*, Almedina, 10.^a ed, Coimbra, 2024.

Ferreira, Alberto Leite - *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 2.^a ed, Coimbra, 1972.

—— - *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 4.^a ed, Coimbra, 1996.

Figo, Tiago - *O valor da causa e o regime de custas na ação especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento*, Julgar, 2018, 1, 1-47.

Frediani, Yone - *Características e Princípios do Direito Processual do Trabalho*, in *Estudios sobre las jurisdicciones laborales en Iberoamérica*, Jaime Cabeza Pereiro (Ed.), Murcia, 2023, 195-237.

Freitas, José Lebre/ Alexandre, Isabel - *Código de Processo Civil Anotado*, 1.º, 4.^a ed, Coimbra, 2018.

Freitas, José Lebre/Mendes, Armindo Ribeiro/ Alexandre, Isabel - *Código de Processo Civil Anotado*, 3.º, 3.^a ed, Coimbra, 2022.

Geraldes, António Santos Abrantes - *Recursos em processo civil*, 7.^a ed, Coimbra, 2022.

Geraldes, António Santos Abrantes/Pimenta, Paulo/ Sousa, Luís Filipe Pires de - *Código de Processo Civil Anotado - Parte Geral e Processo de Declaração - Artigos 1.º a 702.º*, I, Coimbra, 2018.

Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl - *Compendio de Derecho del Trabajo*, tradução de Miguel Rodríguez Piñero e Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1963.

López Balaguer, Mercedes - *De los principios del proceso y de los deberes procesales*, in *Comentarios à La Ley Reguladora de La Jurisdicción Social*, Ángel Blasco Pellicer (Ed.), Valencia, 2023.

Martins, Alcides - *Direito do Processo Laboral*, 4.^a ed, Coimbra, 2019.

Martins, José Joaquim F. Oliveira - *Código do Processo do Trabalho Anotado e Comentado*, 2.^a ed, Coimbra, 2024.

Miranda, Jorge/ Medeiros, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.^a edição, Lisboa, 2017.

Neto, Abílio - *Código de Processo Civil Anotado*, 5.^a ed, Lisboa, 2020.

Quintas, Hélder - *Comentários ao Código de Processo do Trabalho*, Coimbra, 2023.

Scarpelli, Franco/ Giaconi, Marta - *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, Revista Nuova di Diritti del Lavoro, 2018, 1, 2-22.

Schwab, Norbert - *Kosten*, 6.^a ed, Arbeitsgerichtsgesetz - Kommentar, Köln, 2022.

Sousa, Miguel Teixeira de, *Código Processo Civil online*, Livro II, (versão 21), p. 193

Vasconcelos, Joana - *Comentário aos artigos 98.º B a 98.º P do Código do Processo do Trabalho - Processo especial para impugnação da regularidade e licitude do despedimento*, 2.ª ed, Lisboa, 2020.

Ventura, Raúl Jorge Rodrigues - *Princípios gerais de Direito Processual do Trabalho*, in *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Lisboa, 1964, 31-50.





A REFORMA DO TRABALHADOR POR VELHICE E OS SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO LABORAL¹

*RETIREMENT DUE TO OLD AGE AND ITS EFFECTS
ON THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP*

Sara Leitão²

Sumário: 1. Enquadramento - 2. Consequências da reforma do trabalhador por velhice na relação laboral - 3. Celebração de novos contratos com trabalhador reformado - 4. O regime laboral aplicável aos trabalhadores em situação de reforma por velhice como incentivo à continuação da prestação de atividade profissional - 5. Bibliografia

Resumo:

O presente estudo analisa os efeitos da reforma do trabalhador por velhice na relação de trabalho, à luz do regime estabelecido no artigo 348.º do Código do Trabalho, em articulação com o regime de segurança social no tocante às condições de atribuição da pensão de velhice, enquanto incentivo à continuação da prestação de atividade profissional depois de o trabalhador se encontrar em situação de reforma.

Abstract:

This article analyses the effects of the worker's retirement due to old age on the employment relationship, in the light of the regime established in article 348 of the Labour Code, in articulation with the social security regime regarding the conditions of attribution of the old age pension, as an incentive to continue working after retirement.

¹ O presente artigo corresponde, com atualizações, à comunicação apresentada no III Congresso Internacional Luso-Espanhol de Direito da Segurança Social do Iscte - Instituto Universitário de Lisboa, premiado pelo júri do Conselho Científico, integrado pelo Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez.

² Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Advogada na DLA Piper ABBC e Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP).

1. Enquadramento

Nos termos do disposto no artigo 340.º do Código do Trabalho³, entre as causas típicas de cessação da relação jus-laboral encontra-se a caducidade, regulada nos artigos 343.º a 348.º do Código do Trabalho, enquanto modalidade de cessação do contrato de trabalho assente na ocorrência de um facto jurídico superveniente que tem por efeito, nos termos da lei, a cessação do mesmo. De acordo com o estatuído no artigo 343.º do mesmo diploma, que elenca as causas de caducidade do contrato de trabalho, a relação laboral caduca (i) quando se verifique o seu termo (alínea a)), (ii) por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber (alínea b)), e (iii) com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez (alínea c)).

Contudo, apesar de a previsão constante da alínea c) aparentar oferecer um tratamento unitário às consequências de qualquer uma das situações de reforma, os efeitos da reforma por invalidez no vínculo laboral são naturalmente diversos dos efeitos da reforma por velhice, atentos os pressupostos subjacentes à sujeição a um e outro regime⁴ - enquanto no primeiro caso o trabalhador acede a uma situação de reforma em razão da impossibilidade de prestação de atividade profissional, motivada por uma situação de invalidez, no segundo caso o trabalhador acede à situação de reforma por ter atingido uma determinada idade e completado um determinado período

³ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

⁴ O regime de proteção em caso de invalidez e velhice dos beneficiários do regime geral de segurança social encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio.

contributivo. Nessa medida, a reforma por invalidez conduz necessariamente à caducidade do vínculo laboral⁵, ao passo que a reforma por velhice não, cabendo ao legislador a decisão sobre os efeitos da mesma no contrato de trabalho, já que esta não assenta em qualquer impossibilidade prática ou material de o trabalhador exercer a sua atividade, tendo antes por pressupostos o atingimento de uma determinada idade e carreira contributiva⁶. O legislador fez constar tal opção do artigo 348.º do Código do Trabalho, estabelecendo assim uma “situação de caducidade com uma qualificação híbrida”⁷, da qual nos ocuparemos no presente estudo, dedicado aos efeitos da reforma por velhice no vínculo laboral⁸.

⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 963. Como assinala o Autor, a reforma por invalidez “verdadeiramente, constitui uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho”.

⁶ O reconhecimento do direito à pensão de velhice, cujo montante mensal corresponde ao produto da remuneração de referência pela taxa global de formação da pensão e pelo fator de sustentabilidade, quando aplicável (artigo 26.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), deverá ser requerido pelo beneficiário e depende do cumprimento do prazo de garantia (artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/2007), que é de 15 anos civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações (artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 187/2007), e de o beneficiário ter idade igual ou superior à idade normal de acesso à pensão de velhice, obtida de acordo com a evolução da esperança média de vida aos 65 anos de idade (artigo 20.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 187/2007). A idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de segurança social é de 66 anos e 4 meses em 2024 (Portaria n.º 292/2022, de 9 de dezembro) e será de 66 anos e 7 meses em 2025 (Portaria n.º 414/2023, de 7 de dezembro).

⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 963.

⁸ Sem prejuízo de pontuais referências, a aplicação do regime do artigo 348.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Trabalho, ao contrato de trabalho de trabalhador que atinja 70 anos de idade sem ter havido reforma não será objeto do presente estudo, sendo incompatível com a sua dimensão e parecendo-nos merecer ponderação diversa, tendo em conta que, nestes casos, ao trabalhador não se encontra em situação de reforma por velhice, radicando a conversão do contrato unicamente no atingimento de determinada idade. Sobre o tema, cfr., designadamente, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, “A caducidade do contrato de trabalho do trabalhador que perfaz 70 anos na perspectiva da Directiva n.º 200/78/CE”, *Maia Jurídica - Revista de Direito*, ano 6, n.º 2, jun.-dez. 2008, pp. 5-11; PAULO RAMOS DE FARIA, «Velhos são os

2. Consequências da reforma do trabalhador por velhice na relação laboral - caducidade ou conversão do contrato de trabalho em contrato a termo resolutivo certo

Nos termos das disposições conjugadas dos artigos 343.º, alínea c), e 348.º, n.º 1, do Código do Trabalho, o contrato de trabalho cessará por caducidade, em consequência da reforma do trabalhador por velhice se, dentro dos 30 dias subsequentes ao conhecimento, pelo empregador e pelo trabalhador, da situação de reforma do trabalhador, qualquer das partes comunicar à outra que pretende a cessação do vínculo, operando a caducidade na data de tal comunicação^{9,10}. A caducidade do contrato de trabalho motivada pela situação

trapos: recorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa», *Questões Laborais*, n.º 34, 2009, pp. 224-236.

⁹ Reproduzindo o exemplo de PEDRO FURTADO MARTINS, se o trabalhador tomar conhecimento da concessão da reforma a 15 de abril e o empregador apenas a 30 de abril, só nesta data começará a “correr o prazo de 30 dias para que o contrato cesse por caducidade, operando a extinção do vínculo laboral na data em que qualquer das partes informar a outra que não pretende a manutenção do contrato” (PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Principia, Cascais, 2017, p. 113. Note-se que, nos termos do disposto no artigo 88.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, o beneficiário e a entidade empregadora deverão ser notificados da atribuição das pensões, mas, como refere o Autor citado, nem sempre tais notificações são contemporâneas (*op. cit.*, n. 166).

¹⁰ Como se decidiu no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de fevereiro de 2024 (Processo n.º 101/23.7T8GRD.C1), <http://www.dgsi.pt>, “Conforme resulta do n.º 1 do artigo 348.º do CT, para que o contrato de trabalho celebrado entre as partes caduque por força da reforma por velhice do trabalhador, é necessário que o empregador lhe ponha termo no prazo de 30 dias a contar da data do conhecimento, por ambas as partes, daquela reforma; caso contrário, nada dizendo e permanecendo o trabalhador ao seu serviço, o contrato transforma-se automaticamente em contrato a termo resolutivo de seis meses, com as especificidades previstas no n.º 2 do mesmo normativo. Por força do disposto no artigo 348.º do CT, a situação de reforma por velhice não origina a caducidade automática do contrato de trabalho”. No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de setembro de 2017 (Processo n.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1), <http://www.dgsi.pt>, no qual se afirma que o facto de o trabalhador atingir os 70 anos de idade ou obter a reforma “não possuem a virtualidade de, per se, fazerem extinguir o contrato de trabalho por caducidade”.

de reforma do trabalhador por velhice tem, assim, de ser invocada por uma das partes na relação jurídica, não operando automaticamente, o que configura uma exceção à regra da automaticidade da caducidade, que, em princípio, não carecerá de tal invocação para produzir a extinção do vínculo^{11,12}, podendo afirmar-se que a situação de reforma não se confunde com a situação laboral¹³.

A lei não estabelece, contudo, qualquer regra quanto à forma dessa comunicação, nem remete expressamente (contrariamente ao que faz para a cessação do contrato após a conversão do mesmo em contrato a termo certo, nos termos do artigo 348.º do Código do Trabalho) para qualquer regime que imponha a forma escrita, pelo que

¹¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 937-938. Como observa JOÃO ZENHA MARTINS, a atipicidade da caducidade neste caso reside na necessidade de um requerimento do trabalhador dirigido à consecução da situação de reforma e no facto de a cessação do vínculo não operar com o deferimento da situação de reforma, mas antes a partir do momento em que ambas as partes tomam conhecimento do mesmo (JOÃO ZENHA MARTINS, “Nótula sobre a reforma por velhice e a caducidade do contrato de trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 68, mai.-ago. 2004, p. 95). Contudo, defendendo que a caducidade carece sempre de ser invocada, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, afirmando que “No processo pelo qual o contrato de trabalho «caduca» intervêm quase sempre, de uma maneira ou de outra, «momentos volitivos» que se exprimem através de declarações ou manifestações com carácter para-negocial” e que o pressuposto da caducidade integra “um comportamento declarativo: a situação objetiva a que a lei liga a cessação do vínculo necessita de ser revelada, patenteada aos olhos de ambas as partes, por não constituir uma evidência empírica imediatamente captável ou por integrar factos caracterizados por alguma ambiguidade do ponto de vista do destino do contrato de trabalho” (ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 627-628).

¹² A solução é diversa no emprego público, já que, nos termos do disposto no artigo 292.º, n.º 1, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho), “O vínculo de emprego público caduca pela reforma ou aposentação do trabalhador, por velhice ou invalidez, ou quando o trabalhador complete 70 anos de idade”. O Decreto-Lei n.º 6/2019, de 14 de janeiro, introduziu, porém, um regime excecional de exercício de funções públicas por trabalhador reformado ou aposentado por idade de 70 anos (artigo 294.º-A da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas).

¹³ JOÃO ZENHA MARTINS, “Nótula sobre a reforma por velhice e a caducidade do contrato de trabalho”, cit., p. 95.

parece valer aqui a regra geral da liberdade de forma da declaração negocial, prevista no artigo 219.º do Código Civil¹⁴. Na ausência de determinação legal, a caducidade do contrato de trabalho no prazo de 30 dias decorridos do conhecimento, por ambas as partes, da situação de reforma do trabalhador por velhice também não determina o pagamento de qualquer compensação ao trabalhador por parte do empregador, tendo-se presente que, em razão da concessão da reforma, o trabalhador passará a auferir a respetiva pensão, suportada pelo sistema previdencial público.

Temos, em suma, que a caducidade do contrato de trabalho motivada pela reforma do trabalhador por velhice apenas ocorrerá se, no prazo de 30 dias a contar do conhecimento mútuo da situação de reforma, uma das partes invocar a caducidade do vínculo, comunicando-a à contraparte, sem que tal comunicação tenha de revestir forma especial e sem que, em consequência da cessação, o trabalhador adquira direito a qualquer compensação.

Se nenhuma das partes invocar a caducidade do contrato de trabalho do trabalhador reformado por velhice decorridos 30 dias do conhecimento, por ambas, da situação de reforma, mantendo-se o trabalhador ao serviço, a caducidade não operará e o contrato de trabalho manter-se-á em vigor¹⁵, embora não exatamente nos

¹⁴ Admitindo a possibilidade de a caducidade ocorrer de forma tácita, designadamente, no caso de o trabalhador deixar de comparecer ao serviço após ter dado conhecimento da situação de reforma ao empregador, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, "A caducidade do contrato de trabalho do trabalhador que perfaz 70 anos na perspectiva da Directiva n.º 200/78/CE", cit., p. 5, n. 3.

¹⁵ Qualificando como relação laboral de facto a que subsiste entre o conhecimento mútuo da situação de reforma e a declaração de cessação do vínculo, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 965.

mesmos moldes em que vigorara até então¹⁶. Neste caso, no termo do referido período de 30 dias, o contrato de trabalho do trabalhador reformado por velhice converter-se-á automaticamente em contrato a termo resolutivo certo, dispondo o artigo 348.º, n.º 1, do Código do Trabalho, que se considera “a termo o contrato de trabalho de trabalhador que permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice”. O contrato de trabalho convertido ficará sujeito, nos termos do n.º 2 da citada disposição, ao regime aplicável ao contrato de trabalho a termo resolutivo, previsto nos artigos 139.º e seguintes do Código do Trabalho, com relevantes especificidades, previstas nas quatro alíneas desse n.º 2, a saber: (i) será dispensada a redução do contrato a escrito (alínea a)); (ii) o contrato vigorará por prazos sucessivos de seis meses, renovando-se automaticamente, sem sujeição a limites máximos (alínea b)); (iii) a caducidade do contrato ficará sujeita a aviso prévio de 60 ou 15 dias, consoante a iniciativa de promoção da cessação do contrato pertença ao empregador ou ao trabalhador (alínea c)); e (iv) a caducidade não determinará o pagamento de qualquer compensação ao trabalhador (alínea d)).

A partir do momento em que o contrato se converte em contrato a termo resolutivo certo, com a duração de seis meses, automaticamente renovável, a caducidade do mesmo passa a estar dependente da denúncia de uma das partes. Tendo em conta a remissão para o

¹⁶ Contudo, como observa Pedro Furtado Martins, a relação laboral é a mesma, pelo que se conservarão inalterados todos os direitos e deveres das partes, em tudo o que não for alterado pelo regime contido no artigo 348.º, mantendo-se, designadamente, o valor da retribuição, que não pode ser reduzida, salvo nos casos legalmente previstos (PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 114).

regime do contrato a termo resolutivo constante do Código, esta denúncia deverá revestir forma escrita, nos termos do disposto no artigo 344.º, n.º 1, do Código do Trabalho¹⁷. Contudo, independentemente de a iniciativa da cessação ser do empregador ou do trabalhador, este último não terá direito a qualquer compensação por conta da cessação do contrato, excluindo-se, assim, a compensação prevista no artigo 344.º, n.º 2 (artigo 348.º, n.º 2, alínea d))¹⁸.

¹⁷ No mesmo sentido, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 112.

¹⁸ De notar que, nos termos do n.º 3 do artigo 348.º do Código do Trabalho, o regime de conversão em contrato a termo constante desse artigo é aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador que atinja 70 anos de idade sem ter havido reforma. Neste caso, a lei não parece prever como consequência a caducidade do contrato, mas somente a conversão do mesmo em contrato a termo resolutivo certo, com as especificidades previstas para o contrato convertido do trabalhador reformado. A diferença de consequências justifica-se na medida em que, na situação de reforma, o trabalhador auferirá uma pensão substitutiva dos rendimentos de trabalho que garante a sua subsistência em caso de invocação da caducidade pelo empregador, o que não sucede quando o trabalhador atinge a idade de 70 anos. Contudo, mesmo neste caso, o empregador poderá invocar a caducidade do contrato posteriormente, decorridos seis meses da conversão do mesmo em contrato a termo resolutivo, já nos termos das disposições conjugadas do n.º 2 do artigo 348.º e do artigo 344.º. Alertando para a diferença de regime, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 368, n. 370. O Código de 2003 previa expressamente, no seu artigo 392.º, a aposição de um termo resolutivo certo ao contrato do trabalhador que atinja a idade de 70 anos, com as especificidades ali previstas, idênticas às constantes do atual artigo 348.º. Em 2009, o n.º 3 do artigo 348.º deixou de prever essa conversão, razão pela qual alguma jurisprudência tem entendido que o contrato de trabalho do trabalhador que atinja a idade de 70 anos pode cessar por caducidade nesse momento, por iniciativa de qualquer das partes - nesse sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de setembro de 2017 (Processo n.º 31971/15.1T8LSB.L1.S1), no qual se decidiu que, “tendo o empregador conhecimento de que o trabalhador irá atingir os 70 anos de idade, dentro de alguns meses, e não estando interessado na continuação desse vínculo laboral, pode fazer operar a caducidade do contrato de trabalho e impedir a conversão do contrato em contrato a termo resolutivo, comunicando ao trabalhador, com antecedência, que não pretendia a manutenção desse vínculo a partir da data em que o mesmo completasse 70 anos de idade”. Neste último sentido parece pronunciar-se também ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 945.

Remontando ao Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho, e tendo sido prevista como forma de libertar os postos de trabalho de trabalhadores em situação de reforma para admitir, no lugar destes, outros trabalhadores, num contexto marcado por elevadas taxas de desemprego, a referência à reforma do trabalhador como conducente à caducidade do contrato de trabalho¹⁹ reconheceu a “função social normal” daquela, enquanto sucedâneo da retribuição auferida pelo trabalhador na vigência da relação laboral²⁰.

O Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro, que aprovou o regime jurídico da cessação do contrato de trabalho (LCCT) manteve a referência à reforma do trabalhador como causa de caducidade do contrato de trabalho, aludindo expressamente à “reforma do trabalhador por velhice ou invalidez” (artigo 4.º) e prevendo a conversão do contrato de trabalho do trabalhador reformado por velhice em contrato a termo certo no seu artigo 5.º²¹, em moldes semelhantes aos que viriam a constar do artigo 392.º do Código do Trabalho de 2003 e que hoje constam do artigo 348.º do Código de 2009, com a especificidade de não se excluir expressamente o direito do trabalhador à compensação por cessação do contrato de trabalho

¹⁹ Nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho, “O contrato de trabalho caduca nos casos previstos nos termos gerais de direito, nomeadamente: a) Expirando o prazo por que foi estabelecido; b) Verificando-se impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de a empresa o receber; c) Com a reforma do trabalhador”. O diploma não regulava, contudo, esta forma de cessação do contrato, nem fazia qualquer outra menção à situação de reforma.

²⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 635.

²¹ O diploma visou expressamente a “clarificação da situação dos trabalhadores que, após a reforma por velhice ou depois de atingidos os 70 anos, continuam, por acordo, a prestar serviço na mesma entidade empregadora” (cfr. o preâmbulo da LCCT).

convertido, exclusão essa que o Código de 2003 viria a consagrar, pela primeira vez, na alínea d) do n.º 2 do seu artigo 392.²²

Este regime foi, assim, consagrado por razões de política de emprego, articulando-se, contudo, com a vontade das partes na relação de trabalho, que poderão manter em vigor o contrato de trabalho se assim entenderem e enquanto for essa a sua vontade, já que a cessação do contrato não é legalmente imposta, operando apenas mediante invocação dos contraentes²³. A lei condiciona somente os termos em que tal relação se manterá vigente, determinando que a mesma deixe de ser estável e passe a ser precária, impondo às partes, a cada renovação, nova ponderação sobre o seu interesse e conveniência na manutenção do vínculo, sendo tal regime insuscetível de afastamento pelas partes, atenta a sua imperatividade, garantida expressamente pelo artigo 339.º, n.º 1, do Código do Trabalho.

Num quadro internacional, constitucional e legal em que é garantida a igualdade no acesso ao emprego e nas condições de

²² A ausência dessa exclusão expressa levantava dúvidas, na doutrina e jurisprudência, sobre a aplicação, à cessação do contrato de trabalho convertido por iniciativa do empregador, do disposto no artigo 46.º, n.º 3, do diploma. Sobre o tema, considerando que a compensação referida não era aplicável aos contratos a termo, após a reforma do trabalhador, por ter em vista compensar o trabalhador pela precariedade do vínculo e pela sua não conversão em contrato sem termo e dissuadir os empregadores do recurso a esta modalidade de contratação, propósitos que não têm cabimento na cessação do contrato convertido nos termos do artigo 5.º da LCCT, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de outubro de 2001 (Processo n.º 0061044), <http://www.dgsi.pt>, com a anotação de FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «Sobre a indemnização em caso de caducidade do contrato a termo do trabalhador reformado que continua ao serviço da mesma entidade patronal», *Questões Laborais*, n.º 20, 2002, pp. 221-231, em sentido diverso.

²³ Como observa ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “O efeito extintivo da reforma depende não só do conhecimento pelo empregador, mas também, em última análise, da vontade das partes” (ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 637, itálico no original).

trabalho²⁴, o regime em análise encerra, inquestionavelmente, um “tratamento diferenciado” dos trabalhadores em situação de reforma por velhice, baseado na sua idade e que, nessa medida, “põe à prova o princípio geral da não discriminação”²⁵.

A proibição de discriminação baseada na idade pode, neste âmbito, ser considerada de várias perspetivas: por um lado, funda-se na tutela da igualdade enquanto direito fundamental; por outro, pode também servir razões de natureza económico-social, por potenciar a minimização de desequilíbrios nos sistemas de previdência social, facilitando a empregabilidade dos trabalhadores mais velhos e promovendo a sua manutenção no mercado de trabalho até mais tarde, atrasando, assim, o recurso a pensões de reforma substitutivas dos seus rendimentos de trabalho. Contudo, atenta a consciência da relevância do fator idade para a conformação de políticas de emprego, as diferenciações de tratamento baseadas na idade são, em termos gerais, consideradas admissíveis, quando se mostrem “necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional” (artigo 25.º, n.º 3, do Código do Trabalho)²⁶.

No mesmo sentido, no plano comunitário, a Diretiva 2000/78/CE, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, admite que os Estados-Membros

²⁴ Veja-se, designadamente, os artigos 13.º e 59.º da Constituição, a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, o artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o artigo 23.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

²⁵ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, cit., p. 946.

²⁶ JOANA NUNES VICENTE, «Discriminação etária e cessação do contrato de trabalho: novas questões em torno do art. 348.º do Código do Trabalho», *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT 5, AAFDL, Lisboa, 2019, pp. 185-186.

possam “prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários”, admitindo expressamente o “estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção” (artigo 6.º). Em conformidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem admitido uma ampla liberdade aos Estados-membros na definição dos objetivos que visem prosseguir com a consagração de mecanismos facilitadores da cessação do contrato de trabalho de trabalhadores que atinjam determinada idade, aceitando a previsão de regimes de cessação da relação laboral em razão da idade como

forma de libertar postos de trabalho para os trabalhadores mais jovens^{27,28}.

Nesse sentido, o regime constante do artigo 348.º do Código do Trabalho tem, desde a sua origem, como se referiu, sido assumido com o propósito da promoção do “rejuvenescimento intergeracional da força de trabalho”, sendo “justificado como medida de acção positiva de promoção da empregabilidade dos jovens”²⁹, enquadrando-

²⁷ Cfr., designadamente, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 5 de julho de 2012 (Processo n.º C-141/11), <http://eur-lex.europa.eu/>, no qual se decidiu que “O artigo 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Diretiva 2000/78/CE [...] deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma medida nacional, como a que está em causa no processo principal, que permite a um empregador fazer cessar o contrato de trabalho de um trabalhador apenas com base no facto de este atingir a idade de 67 anos e que não tem em consideração a pensão de reforma que o interessado receberá, uma vez que é objetiva e razoavelmente justificada por um objetivo legítimo relativo à política de emprego e do mercado de trabalho e constitui um meio apropriado e necessário para a sua realização”. Em sentido diverso, o Acórdão do TJUE, de 6 de novembro de 2012 (Processo n.º C-286/12), <http://eur-lex.europa.eu/>, no qual se decidiu que “ao adotar um regime nacional que impõe a cessação da atividade profissional dos juizes, dos procuradores e dos notários que tenham atingido 62 anos de idade, que origina uma diferença de tratamento em razão da idade que não é proporcionada relativamente aos objetivos prosseguidos, a Hungria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.º e 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000”. Mais exemplos são dados por CATARINA VIEIRA PERES, «EU Case Law Developments on Age Discrimination», *Market and Competition Law Review*, Volume II, n.º 2, 2018, pp. 153-154.

²⁸ O Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece, contudo, ser insuficiente a invocação genérica, pelo legislador nacional, de motivos legítimos para a adoção de medidas desta natureza, havendo que apreciar cada medida em concreto e o objetivo visado, tendo em conta uma regra de proporcionalidade. Nesse sentido, decidiu, no Acórdão de 16 de outubro de 2007 (Processo n.º C-411/05), que importa “que outros elementos, extraídos do contexto geral da medida em causa, permitam a identificação do objectivo que lhe está subjacente, para efeitos do exercício da fiscalização jurisdicional quanto à sua legitimidade e ao carácter apropriado e necessário dos meios utilizados para pôr em prática esse objectivo”. No mesmo sentido, o Acórdão de 5 de março de 2009 (Processo n.º C-388/07), no qual se decidiu que o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva, “impõe aos Estados-Membros o ónus de demonstrarem o carácter legítimo do objectivo invocado como justificação em função de um elevado limiar probatório”.

²⁹ ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II, cit., p. 946.

se tais objetivos nos expressamente admitidos como fundamento de medidas contendo diferenças de tratamento em razão da idade.

Do mesmo modo, também o princípio da segurança no emprego, previsto no artigo 53.º da Constituição, poderá parecer, numa primeira aproximação, posto em causa pelo regime da conversão em contrato a termo do contrato de trabalho do trabalhador em situação de reforma por velhice, já que tal conversão torna precária uma relação outrora estável, diminuindo as garantias do trabalhador no que respeita à cessação do seu vínculo laboral. Chamado a apreciar a questão, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade do regime³⁰, considerando que o mesmo concretiza uma “estabilidade condicionada”³¹ do emprego dos trabalhadores reformados por velhice (ou de idade superior a 70 anos) que se justifica em face da garantia constitucional de um sistema de proteção dos cidadãos na velhice, que, fundada nos princípios da dignidade humana e da solidariedade, confira ao trabalhador que atinja determinada idade uma alternativa de repouso com garantia de uma prestação pecuniária que substitua a retribuição do trabalho. Em face do oferecimento dessa alternativa, entende o Tribunal Constitucional que não seria razoável exigir ao empregador que mantivesse o trabalhador ao serviço, por tempo indeterminado, depois de reunidos os

³⁰ Cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 581/95, de 31 de outubro de 1995, <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, que apreciou a inconstitucionalidade, entre outras normas, do artigo 2.º, alínea m), da Lei n.º 107/88, de 17 de setembro, que autoriza o Governo a rever o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho e do contrato de trabalho a termo e o regime processual da suspensão e redução da prestação do trabalho, e que viria a dar origem à LCCT, assim como da própria LCCT.

³¹ A expressão é do artigo 2.º, alínea m), da Lei n.º 107/88, de 17 de setembro.

pressupostos de facto que justificam aquela alternativa, *i.e.*, depois de o trabalhador aceder à situação de reforma³².

No mesmo sentido, pode ainda argumentar-se que o direito à segurança no emprego vigora (apenas) durante a vida ativa do trabalhador e que a situação de reforma, enquanto período no qual vigoram outros princípios e direitos fundamentais que se substituem ao direito ao trabalho e à segurança no emprego, representa uma fase na vida do contrato de trabalho em que inexiste já direito ao emprego e à estabilidade constitucional que lhe é garantida, admitindo-se, assim, um regime excecional relativamente ao que é imposto pelo artigo 53.º da Constituição, que consinta na conversão do vínculo laboral estável num vínculo precário apenas em razão da passagem a essa situação³³.

3. Celebração de novos contratos com trabalhador reformado

Aludindo o artigo 348.º do Código do Trabalho à conversão do contrato (pré-existente) com o trabalhador em situação de reforma em contrato a termo resolutivo, caberá aferir da aplicação do regime aos casos de novas admissões de trabalhadores reformados. Sobre este ponto, alguns autores têm-se pronunciado no sentido de que a admissão de trabalhador reformado por velhice deverá considerar-se

³² Embora, conforme referido, não seja objeto do presente estudo a situação do trabalhador que, sem ter acedido à situação de reforma, atinja a idade de 70 anos, o Tribunal Constitucional estende o raciocínio a estes casos.

³³ Neste sentido, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, cit., p. 119, destacando, contudo, que esta limitação significa apenas que o trabalhador em situação de reforma, que continua a poder trabalhar e celebrar contratos de trabalho, não está coberto pela garantia que a Constituição faz corresponder ao direito fundamental ao trabalho (*op. cit.*, p. 121).

sempre a termo resolutivo certo, sendo aplicáveis os termos previstos no citado artigo 348.º, tendo presente a motivação de política económica que lhe subjaz e que teria plena aplicação também nestes casos, e a necessidade de tratar de forma igual situações que são materialmente idênticas³⁴.

Em sentido contrário, alguns autores têm perfilhado posição contrária, argumentado que “nem a letra nem a *ratio* do preceito legal permitem aplicar a respetiva estatuição à contratação *ab initio* de um trabalhador reformado”³⁵.

A Jurisprudência tem acompanhado esta última posição, entendendo que o regime em causa foi pensado “para os trabalhadores que permaneçam ao serviço da mesma empresa aquando dos eventos que condicionam a disciplina vertida nos seus n.ºs 1 e 2”, razão pela qual, sendo admissível a contratação de trabalhadores reformados, os novos contratos com trabalhadores em situação de reforma ficarão sujeitos “aos princípios gerais da contratação, designadamente, à contratação sem termo, que constitui a regra basilar”³⁶.

Assim, de acordo com o entendimento da Jurisprudência, um trabalhador em situação de reforma por velhice deverá ser admitido,

34 Neste sentido, BERNARDO LOBO XAVIER / PEDRO FURTADO MARTINS / ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020, p. 734.

35 JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, cit., p. 369. No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, I - Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 932-933, e PEDRO RICA LOPES, “A caducidade do contrato de trabalho dos trabalhadores reformados”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, 2016, pp. 236-237. Este último Autor defende, contudo, que a contratação de trabalhador reformado ou com mais de 70 anos de idade deveria integrar o elenco das situações previstas no artigo 140.º, n.º 4, do Código do Trabalho, que permitem o recurso à contratação a termo na ausência de uma necessidade temporária do empregador.

36 Cfr., designadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de fevereiro de 2007 (Processo n.º 06S3320), <http://www.dgsi.pt>.

em regra, ao abrigo de contrato de trabalho sem termo, apenas podendo as partes apor um termo resolutivo ao contrato nas condições em que tal se mostre legalmente admissível, no quadro de excecionalidade da contratação a termo, para satisfação de uma necessidade temporária da entidade empregadora ou em caso de lançamento de nova atividade de duração incerta, bem como início do funcionamento de empresa ou de estabelecimento pertencente a empresa com menos de 250 trabalhadores, nos dois anos posteriores a qualquer um desses factos³⁷.

4. O regime laboral aplicável aos trabalhadores em situação de reforma por velhice como incentivo à continuação da prestação de atividade profissional

Como se viu, o ordenamento português estabelece, em regra e salvo vontade das partes em sentido contrário, a manutenção em vigor do contrato de trabalho do trabalhador reformado, ainda que ao abrigo de um contrato de trabalho que, entretanto, se converte, *ope legis*, em contrato a termo resolutivo certo.

Em coerência com esta opção, a lei estabelece a liberdade de acumulação da pensão de velhice com rendimentos de trabalho (artigo 62.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), salvas algumas exceções, associadas a especificidades na obtenção da pensão, a saber: i) pensões de velhice resultantes da convalidação das pensões de invalidez absoluta (artigo 62.º, n.º 2), e ii) pensão

³⁷ Nos termos do disposto no artigo 140.º, n.º 1, e n.º 4, alínea a), do Código do Trabalho.

antecipada de velhice, atribuída no âmbito do regime de flexibilização e no regime de antecipação da idade de pensão de velhice por carreiras contributivas muito longas, com rendimentos provenientes de exercício de trabalho ou atividade, a qualquer título, na mesma empresa ou grupo empresarial, por um período de três anos a contar da data de acesso à pensão antecipada (artigo 62.º, n.º 3).

Tais exceções compreendem-se, já que a pensão por invalidez absoluta, que também não pode ser acumulada com rendimentos de trabalho (artigo 61.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio), traduz a incapacidade permanente e definitiva do beneficiário para toda e qualquer profissão ou trabalho (artigo 15.º, n.º 1, do mesmo diploma), razão pela qual não é possível a acumulação de rendimentos de trabalho com a pensão devida em caso de invalidez absoluta³⁸ nem com a pensão de reforma por velhice que, nos termos do regime de convolação previsto no artigo 52.º do diploma, se siga àquela³⁹. Do mesmo modo, a antecipação da atribuição da pensão de reforma, por qualquer dos motivos identificados, reclama um adiantamento das prestações de reforma ao beneficiário que representa um encargo para o sistema previdencial que, previsivelmente, só o suportaria mais tarde e que deixará igualmente de contar com as contribuições do beneficiário, o que justificará a citada proibição.

Em todo o caso, o princípio da livre compatibilidade entre a pensão de velhice e o trabalho tem “caráter histórico” no regime

³⁸ É permitida, contudo, a acumulação da pensão de invalidez relativa com rendimentos de trabalho, nos termos do disposto no artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, que contém as regras de tal acumulação, incluindo limites a tal acumulação, em razão da atividade exercida.

³⁹ Nos termos desta disposição, “As pensões de invalidez adquirem a natureza de pensão de velhice a partir do mês seguinte àquele em que o pensionista atinge a idade normal de acesso à pensão de velhice em vigor”.

português, tendo sido introduzido no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 41/89, de 2 de fevereiro⁴⁰, como forma de garantia constitucional do direito ao trabalho e da inserção socioprofissional dos cidadãos, concretamente, dos trabalhadores em situação de reforma por velhice⁴¹, e representa, em certa medida, um incentivo a que o trabalhador permaneça ao serviço mesmo após a reforma, uma vez que pode incrementar o rendimento global auferido, através da acumulação da pensão com a retribuição de trabalho.

A este incentivo soma-se um outro, que consiste na previsão de um acréscimo ao valor da pensão em consequência do exercício de atividade profissional em acumulação com a mesma, concretamente, um acréscimo de 1/14 de 2 % do total das remunerações registadas, previsto no artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, que opera automaticamente, a partir do dia 1 de janeiro de cada ano, sem que o beneficiário tenha de requerer a respetiva atualização⁴².

Adicionalmente, a lei prevê um regime contributivo especial aplicável ao trabalhador em situação de reforma que continue a prestar a sua atividade profissional, previsto nos artigos 89.º a 91.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social e que estabelece uma taxa contributiva específica para

⁴⁰ Em coerência, recorde-se, com a opção da LCCT, aprovada pouco depois, pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

⁴¹ MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, Ediciones Laborum, Murcia, 2019, p. 187.

⁴² MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», cit., p. 187.

esta classe de trabalhadores, correspondente a 23,9% sobre a remuneração auferida, sendo de 16,4% para as entidades empregadoras e 7,5% para os trabalhadores, respetivamente⁴³. Este regime constitui uma “óbvia vantagem competitiva” da contratação de trabalhadores em situação de reforma, incentivando a manutenção socioprofissional dos trabalhadores idosos⁴⁴ e representando um certo equilíbrio em face das limitações introduzidas na lei laboral à manutenção do contrato de trabalho dos trabalhadores em situação de reforma.

5. Bibliografia

AMADO, João Leal

Contrato de Trabalho - Noções Básicas, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2022.

BARROS, Mário Silveiro de

«La Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Tomo I, Ediciones Laborum, Murcia, 2019, pp. 185-190;

«O Regime Jurídico das Pensões de Velhice no Direito Português da Segurança Social», *e-Revista Internacional de la Protección*

⁴³ Nos termos do disposto no artigo 53.º do Código dos Regimes Contributivos, a taxa contributiva global do regime geral é de 34,75%, cabendo 23,75% à entidade empregadora e 11% ao trabalhador. O âmbito material de proteção dos pensionistas de velhice em atividade é, em contrapartida, reduzido, estando limitado às eventualidades de parentalidade, doenças profissionais, velhice e morte (artigo 90.º, n.º 2, do Código dos Regimes Contributivos).

⁴⁴ MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La Compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo del jubilado en Portugal», cit., p. 190.

Social, Vol. III, n.º 1, 2018, pp. 165-182 (<https://repositorio.iscte-iul.pt/>).

FERNANDES, António Monteiro

Direito do Trabalho, 22.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

FERNANDES, Francisco Liberal

«Sobre a indemnização em caso de caducidade do contrato a termo do trabalhador reformado que continua ao serviço da mesma entidade patronal», *Questões Laborais*, n.º 20, 2002, pp. 221-231;

"A caducidade do contrato de trabalho do trabalhador que perfaz 70 anos na perspectiva da Directiva n.º 200/78/CE", *Maia Jurídica - Revista de Direito*, ano 6, n.º 2, jun.-dez. 2008, pp. 5-11.

GOMES, Júlio

Direito do Trabalho, I - Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LOPES, Pedro Rica

"A caducidade do contrato de trabalho dos trabalhadores reformados", *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, 2016, pp. 229-237.

MARTINEZ, Pedro Romano

Direito do Trabalho, 11.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023.

MARTINS, João Zenha

"Nótula sobre a reforma por velhice e a caducidade do contrato

de trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 68, mai.-ago. 2004, pp. 91-107.

MARTINS, Pedro Furtado

Cessação do Contrato de Trabalho, 4.ª edição, Principia, Cascais, 2017.

PERES, Catarina Vieira

«EU Case Law Developments on Age Discrimination», *Market and Competition Law Review*, Volume II, n.º 2, 2018, pp. 151-177 (<http://www.revistas.ucp.pt>).

RAMALHO, Rosário Palma

Tratado de Direito do Trabalho, II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

VICENTE, Joana Nunes

«Discriminação etária e cessação do contrato de trabalho: novas questões em torno do art. 348.º do Código do Trabalho», *A Igualdade nas Relações de Trabalho*, Estudos APODIT 5, AAFDL, Lisboa, 2019, pp.183-195.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, com a colaboração de MARTINS, Pedro Furtado / CARVALHO, A. Nunes de / VASCONCELOS, Joana / ALMEIDA, Tatiana Guerra de

Manual de Direito do Trabalho, 4.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020.





IT'S THE END OF THE WORK AS WE KNOW IT (AND I FEEL FINE)? INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DO TRABALHO¹

*IT'S THE END OF THE WORK AS WE KNOW IT (AND I FEEL FINE)?
ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LABOUR LAW*

Teresa Coelho Moreira*

Sumário: 1. Introdução; 2. Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial; 3. A Diretiva sobre melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais; 4. O caso Português; 5. Conclusão.

Resumo:

Este artigo analisa o impacto da Inteligência Artificial (IA) no mercado de trabalho e nas relações laborais.

A IA está a transformar profundamente mundo do trabalho e se, por um lado, pode aumentar a produtividade e melhorar a qualidade do emprego, também apresenta riscos como o desemprego tecnológico, a intensificação do trabalho e a vigilância constante dos trabalhadores.

A IA tem o potencial de substituir tanto atividades rotineiras como funções cognitivas, exacerbando as desigualdades entre economias desenvolvidas e em desenvolvimento.

Aborda-se a legislação recente da União Europeia, incluindo o Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial e a Diretiva sobre a melhoria das condições

¹ Baseamo-nos aqui no título de uma canção dos R.E.M. "It's the end of the world as we know it (and I feel fine)", do Álbum *Document*, de 1987.

* Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. ORCID n.º 0000-0003-1638-2800. tmoreira@direito.uminho.pt

de trabalho nas plataformas digitais que tentam equilibrar a promoção da IA com a proteção dos direitos dos trabalhadores, introduzindo medidas de transparência, supervisão humana e proteção contra discriminação.

Em conclusão, o artigo sugere que o futuro do trabalho não é o seu fim, mas uma transformação contínua que exigirá uma regulamentação adaptativa para proteger os trabalhadores e garantir que a IA seja utilizada de forma ética e responsável.

Abstract:

This article analyses the impact of Artificial Intelligence (AI) on the labour market and labour relations.

AI is profoundly transforming the world of work and while it can increase productivity and improve job quality, it poses risks such as technological unemployment, labour intensification and constant surveillance of workers.

AI has the potential to replace both routine activities and cognitive functions, exacerbating inequalities between developed and developing economies.

Recent European Union legislation is addressed, including the European Regulation on Artificial Intelligence and the Directive on improving working conditions on digital platforms, which attempt to balance the promotion of AI with the protection of workers' rights by introducing transparency measures, human supervision and protection against discrimination.

In conclusion, the article suggests that the future of work is not its end, but a continuous transformation that will require adaptive regulation to protect workers and ensure that AI is used ethically and responsibly.

Palavras-chave: Trabalho; Inteligência Artificial; Regulamento sobre Inteligência Artificial; Plataformas Digitais

Keywords: Labour; Artificial Intelligence; Artificial Intelligence Regulation; Digital Platforms

1. Introdução

1.1. Atualmente, a Inteligência Artificial veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas, em geral, e dos trabalhadores,

em especial, desde o momento de formação do contrato de trabalho, passando pela sua execução e terminando na sua cessação².

Quase 40% do emprego global está exposto à Inteligência Artificial, com as economias avançadas em maior risco, mas também mais bem preparadas para explorar os benefícios da mesma do que os mercados emergentes e as economias em desenvolvimento. Nas economias avançadas, cerca de 60% dos empregos estão expostos à IA, devido à prevalência de empregos orientados para tarefas cognitivas.

Uma nova medida da potencial complementaridade deste tipo de inteligência sugere que, destes, cerca de metade podem ser afetados negativamente pela IA, enquanto os restantes podem beneficiar de uma maior produtividade através da integração desta. A exposição global é de 40% nas economias de mercado emergentes e de 26% nos países de baixo rendimento. Embora muitas economias de mercado emergentes e em desenvolvimento possam sofrer perturbações menos imediatas relacionadas com a IA, também estão menos preparadas para aproveitar as vantagens desta o que poderá levar ao agravamento do fosso digital e da disparidade de rendimentos entre países³.

² Conforme escreve o Papa Francisco “Inteligência Artificial e Paz”, *Mensagem do Santo Padre Francisco para o Dia Mundial da Paz, 1.º de janeiro de 2024*, “A inteligência artificial tornar-se-á cada vez mais importante. Os desafios que coloca não são apenas de ordem técnica, mas também antropológica, educacional, social e política. Deixa esperar, por exemplo, poupança de esforços, produção mais eficiente, transportes mais fáceis e mercados mais dinâmicos, bem como uma revolução nos processos de recolha, organização e verificação de dados. Precisamos de estar conscientes das rápidas transformações em curso e geri-las de forma a salvaguardar os direitos humanos fundamentais, respeitando as instituições e as leis que promovem o progresso humano integral. A inteligência artificial deveria estar ao serviço dum melhor potencial humano e das nossas mais altas aspirações, e não em competição com eles.

³ Cf. MAURO CAZZANIGA, FLORENCE JAUMOTTE, LONGJI LI, GIOVANNI MELINA, AUGUSTUS J. PANTON, CARLO PIZZINELLI, EMMA ROCKALL, e MARINA M. TAVARES, *Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work*, FMI, 2024, p. 4.

Por outro lado, os decisores políticos de todo o mundo estão a debater-se com a rápida evolução das tecnologias de inteligência artificial e a sua adoção no local de trabalho. Mesmo antes do advento da IA generativa, registaram-se progressos impressionantes numa série de domínios, incluindo a visão por computador, o raciocínio, assim como a resolução de problemas.

Os empregadores estão cada vez mais a utilizar aplicações de IA para analisar currículos, interagir com os clientes, atribuir, dirigir e avaliar o trabalho e identificar e dar formação.

Por outro lado, os trabalhadores estão a utilizar a IA num número crescente de tarefas.

O advento da IA generativa resultou numa mudança e aceleração da sua utilização e do seu impacto, que é agora uma tecnologia de uso geral suscetível de afetar todas as profissões e sectores da economia.

A IA pode trazer benefícios significativos para o local de trabalho⁴. Na verdade, como aponta a OCDE⁵ não investir em IA e não adotar no local de trabalho será uma oportunidade perdida para aumentar a produtividade e melhorar a qualidade do emprego. A desigualdade no acesso e na utilização da IA no local de trabalho pode conduzir a um aumento das disparidades entre empresas e trabalhadores, bem como entre países.

⁴ Nos inquéritos da OCDE sobre a IA, quatro em cada cinco trabalhadores afirmaram que a IA tinha melhorado o seu desempenho no trabalho e três em cada cinco afirmaram que tinha aumentado o seu gosto no trabalho. Os trabalhadores também se mostraram positivos quanto ao impacto da IA na sua saúde física e mental, bem como a sua utilidade na tomada de decisões. *Vd. OCDE, Using AI in the workplace - Opportunities, risks and policy responses*, n.º 11, março 2024, p. 3.

⁵ Última *op. cit.*, p. 3.

Porém, para aproveitar estas oportunidades, é necessário abordar os riscos que a mesma representa para o mercado de trabalho, tais como o receio do desemprego. Na verdade, a automatização originou a perda de emprego para muitos, não só dos que ocupavam atividades rotineiras e com baixa formação, mas também dalguns com formação média ou, até, elevada, o que faz ressurgir a velha questão do *desemprego tecnológico*⁶, hoje ainda com mais intensidade já que há sectores que desaparecem totalmente, falando-se, inclusive do *fim do trabalho*. Na verdade, se a questão do *desemprego tecnológico* não surgiu com o advento do mundo digital, bastando pensar que já em 1930 KEYNES⁷ manifestou alguma preocupação relativamente ao risco associado à “descoberta de novos mecanismos que economizem trabalho mais rapidamente do que a descoberta de novas utilizações para esse trabalho”⁸, ela adquire *novas roupagens*

⁶ Numa conversa apócrifa que teve lugar na década de 50 entre Henry Ford II, na altura *chairman* da *Ford Motor Company*, e Walther Reuther, o dirigente da *United Automobile Workers*, mostra-se a relação que existe entre tecnologia, por um lado, e o emprego por outro. Esta conversa teve lugar numa fábrica recentemente automatizada e onde Ford terá perguntado a Reuther “Walter, como vai conseguir que estes *robots* paguem as quotas do sindicato?”, ao que Reuther respondeu “Henry, como vai conseguir que eles lhe comprem os carros?”. Vide MARTIN FORD, *Robôs - A Ameaça de um Futuro sem Emprego*, Bertrand Editora, Lisboa, 2016, p. 245. Esta conversa mostra como os seres humanos não podem tornar-se economicamente irrelevantes porque, mesmo que tenham problemas em concorrer com a inteligência artificial no local de trabalho, farão sempre falta enquanto consumidores.

⁷ “Economic Possibilities for our Grandchildren”, in *Essays in Persuasion*, W.W.Norton & Co., New York, 1963.

⁸ Contudo, há que fazer a distinção no pensamento de KEYNES de uma visão a curto prazo: “For the moment the very rapidity of these changes is hurting us and bringing difficult problems to solve. Those countries are suffering relatively which are not in the vanguard of progress. We are being afflicted with a new disease of which some readers may not yet have heard the name, but of which they will hear a great deal in the years to come-namely, technological unemployment. This means unemployment due to our discovery of means of economising the use of labour outrunning the pace at which we can find new uses for labour”; de uma visão de

com o desenvolvimento do que se denomina de *machine learning* através da inteligência artificial, aumentando de forma exponencial as probabilidades de automatização do emprego⁹.

Cremos, no entanto, que deve fazer-se uma distinção entre as atividades que podem ser automatizadas e as atividades que vão ser automatizadas - a diferença entre o *could* e o *would*¹⁰. Também seria

longo prazo, onde defendeu que iriam existir ganhos de produtividade e uma melhoria na vida de todos e que, por volta de 2030, a sociedade teria produzido riqueza suficiente para o trabalho, reduzido a 15h semanais, se tornar uma questão de realização pessoal. A Humanidade - “livre da obsessão pela acumulação” - reaprenderia a viver em função do prazer e da cultura.

⁹ Também na década de 60 do século passado, o Presidente dos EUA da altura, JOHN F. KENNEDY considerou, perante a pergunta que lhe tinha sido colocada que se estimava que aproximadamente em cada ano existiria a substituição de 1,8 milhões de trabalhadores e que a questão do pleno emprego era um dos maiores desafios que o país atravessava devido à crescente automatização das funções que estavam a substituir o trabalho humano - “it is a fact that we have to find, over a ten-year period, 25,000 new jobs every week to take care of those who are displaced by machines, and those who are coming into the labor market, so that this places a major burden upon our economy and on our society. It is one to which we will have to give a good deal of attention in the next decade. I regard it as a very serious problem. [...] I regard it as the major domestic challenge, really, of the ‘60s, to maintain full employment at a time when automation, of course, is replacing men” - in <https://www.jfklibrary.org/archives/other-resources/john-f-kennedy-press-conferences/news-conference-24>.

Também o Prémio Nobel da Economia HERBERT SIMON defendeu em 1956 que “Machines will be capable, within twenty years, of doing any work a man can do”, acrescentando em 1960 que “My research activities during the past decade have brought me in contact with developments in the use of electronic digital computers. These computers are startling even in a world that takes atomic energy and prospects of space travel in its stride. The computer and the new decision-making techniques associated with it are bringing changes in white-collar, executive, and professional work as momentous as those the introduction of machinery has brought to manual jobs” in OIT, *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, 2018, p. 1.

¹⁰ No mesmo sentido veja-se VALERIO DE STEFANO, “Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019, assim como CYNTHIA ESTLUND, “What should we do after work? Automation and employment law”, *Yale Law Journal*, vol. 128, n.º 2, pp. 254 e ss., 2018.

loucura querer boicotar a automatização só para proteger os empregos dos seres humanos. O que devemos tentar proteger sempre são os seres humanos.

Como pode ver-se, já há muito que existem múltiplas vozes que preconizam o desaparecimento do trabalho humano! E ele não desapareceu. As pessoas continuam a trabalhar. Porém, o que parece certo, é que, conforme defende DANIEL SUSSKIND¹¹, “as máquinas não farão tudo no futuro, mas farão mais [...] ainda haverá trabalho durante bastante tempo. Mas, à medida que o tempo passa, esse mesmo trabalho estará fora do alcance de cada vez mais pessoas. E, conforme vamos avançando no século XXI, a procura de trabalho humano irá desaparecer pouco a pouco”¹², podendo estar-se perante o fim, do mundo do trabalho, pelo menos parcial, como o conhecemos.

Os trabalhadores também manifestam preocupações relativamente ao aumento da intensidade do trabalho e da recolha e utilização de dados, assim como, *inter alia*, preconceitos e discriminação, impacto desigual nos trabalhadores, falta de controlo humano, bem como a falta de transparência, explicabilidade e responsabilização.

1.2. O conceito de IA ou, pelo menos, o termo surgiu numa série de conferências que tiveram lugar no *Dartmouth College* em 1956.

¹¹ *Um Mundo sem trabalho - como responder ao avanço da tecnologia*, Ideias de Ler, Porto, 2020, p. 13.

¹² O Papa Francisco, no Documento *The Common Good in the Digital Age*, deu como exemplo a robótica no local de trabalho. Por um lado, “pode acabar com alguns trabalhos cansativos, perigosos e repetitivos - basta pensar no que aconteceu no início da revolução industrial do século XIX - que geralmente causam sofrimento, tédio e estupefação. No entanto, por outro lado, a robótica pode tornar-se uma ferramenta puramente eficiente: usada apenas para aumentar os lucros, privando milhares de pessoas do seu trabalho e, com isso, comprometendo a sua dignidade”.

Nessa altura vários cientistas reuniram-se para tentarem ensinar as máquinas a resolverem problemas que, à época, apenas os humanos conseguiam resolver. Por outro lado, há IA que são consideradas *fracas* e outras *fortes*. A IA *forte* significa que estes sistemas têm a mesma capacidade intelectual que os humanos, podendo mesmo exceder-las. A IA *fraca* está vocacionada para a solução de problemas específicos, utilizando a matemática e as ciências de computação para avaliar e conseguir que os sistemas tenham capacidade de se otimizarem. Para conseguir este desiderato, certos aspetos da inteligência humana são mapeados e formalmente descritos e os sistemas são concebidos e estimulados para suportar o pensamento humano. E este último tipo de IA foi a que intrigou muitos ao longo dos tempos. Desde logo, ALAN TURING, que em 1950 colocou a questão “Será que as máquinas conseguem pensar?”¹³.

1.3. A introdução das novas tecnologias associadas ao computador, à informática e à digitalização no local de trabalho aumentou nas últimas décadas a eficiência e a produtividade, embora também comporte inúmeros perigos. As inovações tecnológicas conseguiram que atividades anteriormente realizadas manualmente passassem a ser feitas mecanicamente ou digitalmente e criaram-se métodos de comunicação antes inimagináveis. De facto, cada vez são criados maiores e mais rápidos métodos de comunicação, permitindo às empresas coordenar os trabalhadores e as operações que fazem em qualquer local.

¹³ Vide, para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

Por outro lado, nestas mudanças tecnológicas, ligadas tanto à digitalização estritamente considerada como à automação, encontram-se inovações associadas aos processos produtivos, como a manufatura aditiva ou a produção assistida por computador, bem como as mudanças mais amplas ligadas ao aprofundamento dos sistemas de robótica. Mas assiste-se também ao desenvolvimento incessante das tecnologias de informação e digitais e o modo como, por si ou em interação com espaços físicos, elas interagem com as diferentes dimensões da economia e da sociedade como, *inter alia*, as plataformas da *cloud*, o armazenamento e uso de dados em larga escala, os sistemas de gestão aos mais diversos níveis, sistemas de sensores, a chamada *Internet of Things* (IoT), que está a moldar a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos com o mundo à nossa volta, abrindo caminho para um futuro cada vez mais conectado e inteligente¹⁴, tecnologias como *machine learning*¹⁵ ou as tecnologias imersivas - *mixed reality*-. Este conjunto amplo, e ele próprio mutável, de focos de inovação tecnológica tem na Inteligência Artificial e nos algoritmos¹⁶ duas das frentes mais estruturantes e ativas da mudança

¹⁴ De acordo com o *site Statistica*, prevê-se que o número de dispositivos da Internet das Coisas a nível mundial quase duplique, passando de 15,1 mil milhões em 2020 para mais de 29 mil milhões de dispositivos da IoT em 2030. Em 2030, o maior número de dispositivos da IoT encontrar-se-á na China, com cerca de 8 mil milhões de dispositivos de consumo. Os dispositivos de consumo representam cerca de 60% de todos os tipos de dispositivos ligados à IoT em 2020. Prevê-se que esta percentagem se mantenha a este nível nos próximos dez anos. In <https://www.statista.com/statistics/1183457/iot-connected-devices-worldwide/>

¹⁵ O *machine learning* é uma aplicação da inteligência artificial que possibilita que os sistemas tenham a capacidade de aprender automaticamente e melhorarem a partir de experiências passadas sem a necessidade de serem previamente programadas.

¹⁶ Um algoritmo é uma sequência de raciocínios, instruções ou operações para alcançar um objetivo sendo necessário que os passos sejam finitos e operados sistematicamente, contando, assim, com a entrada - *input*, saída - *output*, de infor-

e, em particular, da mudança com um potencial de impactos elevados no mercado de trabalho. Ainda que com ritmos distintos, quer a Inteligência Artificial, quer os algoritmos e o uso de dados em larga escala por eles, estão hoje cada vez mais impregnados nos processos produtivos e de mercado, nas tomadas de decisão dos agentes económicos e, por consequência, nas próprias relações de trabalho, sobre as quais têm impactos e riscos¹⁷.

Na verdade, os vastos dados que estão à disposição dos empregadores, a rápida evolução da tecnologia e a falta de clareza de diretrizes - incluindo a incorporação de Inteligência Artificial afetiva, emocional e biométrica nos sistemas de gestão algorítmica - podem conduzir ao “*function creep*”. Assim, se inicialmente são introduzidos para um determinado fim, a tecnologia e os dados por ela gerados passam a ser utilizados para outros, como, *inter alia*, avaliações durante os despedimentos e avaliações de desempenho e vigilância.

Conforme sublinha a OCDE¹⁸, as organizações e os indivíduos dependem cada vez mais de serviços de armazenamento de dados baseados na *cloud* de terceiros que podem estar localizados fora do seu país, sendo que o *software* de processamento e análise de dados

mações mediadas pelas instruções. Por sua vez, um sistema de decisão automatizado é um processo automatizado que utiliza dados e algoritmos para otimizar a tomada de decisões. Um sistema de decisão automatizado pode ser composto por um ou vários algoritmos. Vide MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMIA SOCIAL, *Información algorítmica en el ámbito laboral - guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, maio de 2022, p. 6.

¹⁷ Vide TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, GEP, 2022, p. 77.

¹⁸ *Digital Economy Outlook 2020*, in https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bb167041-en/1/3/6/index.html?itemId=/content/publication/bb167041-en&csp_=509e10cb8ea8559b6f9cc53015e8814d&item-IGO=oecd&itemContentType=book

também está a tornar-se cada vez mais poderoso, sofisticado, omnipresente e barato, tornando a informação facilmente pesquisável, conectável e rastreável, o que significa que os dados pessoais são mais valiosos e mais propensos a utilizações imprevistas, aumentando o incentivo para os recolher e armazenar.

As violações de dados como o acesso ou divulgação não autorizados, a pirataria informática maliciosa, os ataques de *phishing* e a negação de serviço têm aumentado à medida que mais dados são recolhidos e armazenados, pelo que muitos países têm vindo a introduzir e a alterar as suas políticas de dados, adaptando-as à era digital e procurando garantir a privacidade e a proteção dos dados.

A revolução digital e o seu impacto no mercado de trabalho e nas relações laborais são suscetíveis de gerar riscos em termos de privacidade e de proteção de dados pessoais, nomeadamente no teletrabalho e no trabalho à distância, através de plataformas digitais ou envolvendo meios de monitorização da atividade do trabalhador por parte do empregador.

As tecnologias digitais colocaram à disposição do empregador novos meios de controlo da atividade laboral, permitindo um controlo muito mais intrusivo do que os tradicionais meios de controlo não digitais e possibilitando uma vigilância total e permanente do trabalhador, bem como um tratamento quase ilimitado de dados pessoais.

No final, se nada for feito, como escreve HILKE SCHELLMANN¹⁹, “a vida parecerá uma entrevista de emprego interminável”, porque tudo o que fizermos será monitorizado por IA e será utilizado para

¹⁹ *The Algorithm - How AI can hijack your career and steal your future*, Hurst & Company, Londres, 2024, p. 269.

calcular o potencial de carreira e de emprego. Na verdade, acrescenta que esta nova era de vigilância por algoritmos não só ameaça a nossa privacidade como também a nossa própria ideia de soberania humana ao retirar-nos o poder de ação e o livre arbítrio para escolhermos a nossa carreira e quem queremos ser.

Ora, a melhor maneira de tentar impedir esta possibilidade é agir. E agir agora. É neste contexto que temos várias legislações recentemente aprovadas como o Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial que foi aprovado pelo Parlamento Europeu a 13 de março ou a Diretiva sobre melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais aprovada pelo Parlamento Europeu a 24 de abril. Precisamos realmente de impor a transparência e a regulamentação dos algoritmos para garantir que funcionam como anunciado e que nos ajudam a construir um futuro que preserva a nossa vontade de agir e mantém a nossa humanidade no centro do trabalho e da sociedade.

1.4. Ninguém sabe exatamente o que o futuro nos reserva. Nenhum ser humano foi capaz de prever o futuro, mas quando se trata de inteligência artificial, acreditamos de alguma forma que, com acesso a milhares de dados, um computador pode fazer exatamente isso. Mas mesmo quando os utilizamos nada aponta para que a previsão do futuro possa ser fiável.

Além disso, muitos algoritmos de aprendizagem automática utilizam redes neurais profundas, pelo que os resultados são muitas vezes difíceis de explicar, o que torna os algoritmos opacos mesmo para os programadores.

Por outro lado, a neurociência está a avançar a uma velocidade incrível e estamos nos primórdios de tempos em que as máquinas estão a aprender a ler os nossos pensamentos.

Hoje, com a análise preditiva e a neurociência, enfrentamos enormes desafios à própria ideia de sermos indivíduos autónomos.

Os criadores de sistemas baseados em IA acreditam que, no fundo, somos guiados por padrões e que os algoritmos podem encontrar esses padrões. Continuamos a ser livres de pensar o que quisermos, mas os nossos pensamentos, preferências e comportamentos podem ser previstos pela inteligência artificial.

À medida que os algoritmos de previsão penetram em aspetos cada vez mais sensíveis e privados das nossas vidas, outros algoritmos baseados em interfaces cérebro-computador podem agora ler literalmente os nossos pensamentos e emoções.

É uma perspectiva sombria - um sistema em que os algoritmos definem quem somos, onde nos destacamos e onde temos dificuldades. O que está em causa é a nossa forma de viver. Mas e se os algoritmos se enganarem?

E se os algoritmos eliminarem a variabilidade humana²⁰?

²⁰ Segue-se de perto o defendido por HILKE SCHELLMANN, *op. cit.*, p. 284.

2. Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial²¹

No dia 13 de março de 2024 foi aprovado por larga maioria²² pelo Parlamento Europeu o Regulamento Inteligência Artificial²³ que tem

²¹ De notar que no dia 11 de março deste ano foi aprovada na ONU, por 193 Estados-Membros uma resolução para reger a Inteligência Artificial intitulada “*Seizing the opportunities of safe, secure and trustworthy artificial intelligence systems for sustainable development*”. A Assembleia das Nações Unidas apelou a todos os Estados-Membros e partes interessadas para que “se abstenham ou cessem a utilização de sistemas de inteligência artificial que sejam impossíveis de operar em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos ou que representem riscos indevidos para o gozo dos mesmos”. Defendeu, também, que “os mesmos direitos que as pessoas têm *offline* também devem ser protegidos *online*, incluindo ao longo do ciclo de vida dos sistemas de inteligência artificial”. E instou todos os Estados, o setor privado, a sociedade civil, as organizações de pesquisa e os meios de comunicação social a desenvolver e apoiar abordagens e estruturas regulatórias e de governança relacionadas ao uso seguro e confiável da IA. Também reconheceu “igualmente que a conceção, o desenvolvimento, implantação e utilização incorretos ou maliciosos de sistemas de inteligência artificial, nomeadamente sem salvaguardas adequadas ou de forma incompatível com o Direito Internacional, representam riscos que podem impedir os progressos no sentido da realização da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e dos seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nas suas três dimensões - económica, social e ambiental; alargar as clivagens digitais entre países e no interior dos mesmos; reforçar as desigualdades estruturais e preconceitos; conduzir à discriminação; comprometer a integridade da informação e o acesso à informação; prejudicar a proteção, a promoção e o usufruto dos direitos humanos e fundamentais, incluindo o direito de não ser sujeito a interferências ilegais ou arbitrárias da sua privacidade; e aumentar o risco potencial de acidentes e ameaças compostas de atores maliciosos”.

Ver, também, que no âmbito do Conselho da Europa no seguimento da Resolução 2341 (2020), de 22 de outubro de 2020, sobre “A necessidade de uma governança democrática da inteligência artificial”, da Assembleia Parlamentar, desde 2022 estão em curso os trabalhos tendentes à consecução de uma *Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cuja última versão de trabalho foi publicada em dezembro de 2023.

²² O Regulamento foi aprovado pelos eurodeputados com 523 votos a favor, 46 contra e 49 abstenções.

²³ Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 13 de março de 2024, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da união (COM(2021)0206 - C9-0146/2021 - 2021/0106(COD)).

por finalidade, tal como consta do art. 1.º, n.º 1, “melhorar o funcionamento do mercado interno e promover a **adoção de uma inteligência artificial centrada no ser humano e de confiança**²⁴, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais, incluindo a democracia, o Estado de direito e a proteção do ambiente, contra os efeitos nocivos dos sistemas de inteligência artificial (“sistemas de IA”) na União, bem como apoiar a inovação”.

O objetivo expresso do regulamento é encontrar um equilíbrio entre a promoção da Inteligência Artificial e o controlo dos seus perigos para as pessoas. Por um lado, o apoio à inovação, incentivando a expansão dos sistemas de Inteligência Artificial no interesse de um desenvolvimento económico mais poderoso. Por outro lado, a criação de instrumentos de garantia para prevenir os seus efeitos nocivos para todos os que por ela sejam afetados, através da melhoria do funcionamento do mercado interno e promovendo o desenvolvimento da inteligência artificial, assim como, o desenvolvimento de controlos fiáveis que garantam a proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais garantidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Trata-se de um diploma de extrema importância pois é o primeiro regulamento supranacional a abordar o desenvolvimento da Inteligência Artificial numa perspetiva transversal, com impacto em toda a atividade económica e empresarial, incluindo a vertente laboral. É também particularmente significativo devido à sua natureza

²⁴ Negrito nosso.

de regulamento, uma vez que é automaticamente incorporado na legislação nacional, sem necessidade de transposição como é exigido para as diretivas.

Este Regulamento, que garante a segurança e o respeito pelos princípios fundamentais da inteligência artificial, constitui, por isso, um marco legislativo na UE que regula uma abordagem baseada no risco, que garante a segurança e o respeito dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que promove a inovação.

Ele estabelece uma série de obrigações para a inteligência artificial com base nos seus riscos potenciais e no seu nível de impacto.

Além disso, proíbe certas aplicações de inteligência artificial que violam os direitos dos cidadãos, tais como, por exemplo, o reconhecimento de emoções no local de trabalho, os sistemas de pontuação dos cidadãos que manipulam o comportamento humano ou exploram as vulnerabilidades das pessoas.

Trata-se de um regulamento extenso, com 180 considerandos, 113 artigos e 13 anexos.

O âmbito de aplicação deste Regulamento deixa várias matérias de fora mas aplica-se às relações laborais.

Este Regulamento, à semelhança do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados Pessoais - RGPD -, estabelece no art. 113.º, relativo à entrada em vigor e aplicação, que só será aplicável após 24 meses da data da sua entrada em vigor. Este diferimento está relacionado, tal como no caso do RGPD, com a necessidade de adequação por parte dos EM's à complexidade do mesmo, o que se compreende por um lado mas, dado estar a lidar-se com tecnologia que está cons-

tantemente a ser alterada e a evoluir, corre-se o risco de que, passados 24 meses, este Regulamento possa mostrar-se desadequado à realidade^{25 26}.

Nos termos do art. 3.º, n.º 1, define-se um sistema de IA como “um sistema baseado em máquinas concebido para funcionar com níveis de autonomia variáveis, que pode apresentar capacidade de adaptação após a implantação e que, para objetivos explícitos ou implícitos, e com base nos dados de entrada que recebe, infere a forma de gerar resultados, tais como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais”²⁷.

Interessante notar que o Regulamento no art. 3.º, n.º 63, define o que deve entender-se por *modelo de IA de finalidade geral*, como sendo “um modelo de IA, inclusive se for treinado com uma grande quantidade de dados utilizando a autossupervisão em escala, que apresenta uma generalidade significativa e é capaz de executar de

²⁵ No mesmo sentido, JESÚS MERCADER UGUINA, *El Reglamento de Inteligencia Artificial: frecuentemos el futuro*, in <https://www.aedtss.com/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-frecuentemos-el-futuro/>

²⁶ Notar, contudo, que relativamente aos capítulos I e II estes “são aplicáveis a partir de ... [seis meses a contar da data de entrada em vigor do presente regulamento]”, nos termos do art. 113.º, alínea a).

²⁷ Esta noção encontra-se em concordância com a a definição de sistema de IA do grupo de peritos em IA da OCDE - AIGO -, in OECD, *Scoping the OECD AI Principles: Deliberations of the Expert Group on Artificial Intelligence at the OECD (AIGO)*, OECD Publishing, Paris, 2019, que refere que “sistema baseado em máquina que pode, para um determinado conjunto de objetivos, fazer previsões, recomendações ou decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais. Usa entradas de máquina e / ou humanos para perceber ambientes reais ou virtuais; para extrair tais percepções em modelos (de forma automatizada, por exemplo com aprendizado de máquina ou manualmente); e para usar o modelo de inferência para formular opções de informação ou ação. Os sistemas de IA são projetados operar com vários níveis de autonomia”.

forma competente uma vasta gama de tarefas distintas, independentemente da forma como o modelo é colocado no mercado, e que pode ser integrado numa variedade de sistemas ou aplicações a jusante, exceto os modelos de IA que são utilizados para atividades de investigação, desenvolvimento ou criação de protótipos antes de serem lançados no mercado;”, referindo-se assim à inteligência artificial generativa que tem o ChapGPT como o exemplo que a todos ocorre.

Por outro lado, o Regulamento de Inteligência Artificial introduz o conceito de “literacia no domínio da IA”²⁸ no art. 4.º que estabelece que “Os fornecedores e os responsáveis pela implantação de sistemas de IA adotam medidas para garantir, na medida do possível, que o seu pessoal e outras pessoas envolvidas na operação e utilização de sistemas de IA em seu nome dispõem de um nível suficiente de literacia no domínio da IA, tendo em conta os seus conhecimentos técnicos, experiência, qualificações académicas e formação e o contexto em que os sistemas de IA serão utilizados²⁹, bem como as pessoas ou grupos de pessoas visadas por essa utilização”. Isto significa que no contexto da relação de trabalho caberá aos empregadores este papel. Por outro lado, deve atender-se ao previsto no art. 3.º, n.º 56 que define o que deve entender-se por *Literacia no domínio da IA* “as competências, os conhecimentos e a compreensão que permitem que os fornecedores, os responsáveis pela implantação e as pessoas afetadas, tendo em conta os respetivos direitos e obrigações no contexto do presente regulamento, procedam à

²⁸ Veja-se o considerando 20

²⁹ Negrito nosso.

implantação dos sistemas de IA com conhecimento de causa e tomem consciência das oportunidades e dos riscos inerentes à IA, bem como dos eventuais danos que a IA pode causar”.

Importante atender que relativamente ao seu âmbito de aplicação previsto no art. 2.º, o Regulamento estabelece, e bem quanto a nós, no n.º 11 que “O presente regulamento não impede a União nem os Estados-Membros de manterem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis para os trabalhadores em termos de proteção dos seus direitos no que diz respeito à utilização de sistemas de IA por empregadores, nem de incentivarem ou permitirem a aplicação de convenções coletivas mais favoráveis para os trabalhadores”.

Por outro lado, não pode deixar de ter-se em atenção que o considerando 9 estabelece que “no contexto do emprego e da proteção dos trabalhadores, o presente regulamento não deverá, por conseguinte, afetar o direito da União em matéria de política social nem a legislação laboral nacional, em conformidade com o direito da União, no que diz respeito ao emprego e às condições de trabalho, incluindo a saúde e a segurança no trabalho e a relação entre empregadores e trabalhadores. O presente regulamento também não deverá prejudicar o exercício dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados-Membros e a nível da União, incluindo o direito ou a liberdade de fazer greve ou a liberdade de realizar outras ações abrangidas pelos sistemas específicos de relações laborais dos Estados-Membros, os direitos de negociação, de celebração e execução de convenções coletivas, ou de realização de ações coletivas de

acordo com o direito nacional”, assim como “O presente regulamento não deverá afetar as disposições destinadas a melhorar as condições de trabalho nas plataformas digitais estabelecidas na Diretiva (UE) 2024/... do Parlamento Europeu e do Conselho”³⁰.

Um dos aspetos que consideramos mais importante do Regulamento é o de entender como risco elevado, a que se refere o art. 6.º, n.º 2, e que se encontra no anexo III, 4., as matérias relativas a emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao emprego por conta própria, entendendo na alínea a) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados no recrutamento ou na seleção de pessoas singulares, em especial para colocar anúncios de emprego direcionados, analisar e filtrar candidaturas a ofertas de emprego e avaliar os candidatos; e b) Sistemas de IA concebidos para serem utilizados na tomada de decisões que afetem os termos das relações de trabalho, a promoção ou a cessação das relações contratuais de trabalho, na atribuição de tarefas com base em comportamentos individuais, traços ou características pessoais, ou no controlo e avaliação do desempenho e da conduta de pessoas que são partes nessas relações³¹.

³⁰ Refere-se à Diretiva sobre melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais.

³¹ Vejam-se os considerandos 48 “A dimensão das repercussões negativas causadas pelo sistema de IA nos direitos fundamentais protegidos pela Carta é particularmente importante quando se classifica um sistema de IA como sendo de risco elevado. Esses direitos incluem o direito à dignidade do ser humano, o respeito da vida privada e familiar, a proteção de dados pessoais, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de reunião e de associação, a não discriminação, o direito à educação, a defesa dos consumidores, os direitos dos trabalhadores, os direitos das pessoas com deficiência, a igualdade de género...”, e 57 “Os sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, em especial para efeitos de recrutamento e seleção de pessoal, de tomada de decisões que afetem os termos da relação de trabalho, de promoção e cessação das relações contratuais de trabalho, de atribuição de tarefas com base em comportamentos individuais, traços ou características pessoais, e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de

Contudo, se nos termos do art. 5.º, n.º 1, alínea f), se consagra a proibição das seguintes práticas de IA: “A colocação no mercado, a colocação em serviço para esta finalidade específica ou a utilização de sistemas de IA para **inferir emoções**³² de uma pessoa singular no **local de trabalho**³³ e nas instituições de ensino”, por outro lado permite-se nos “casos em que o sistema de IA se destine a ser instalado ou introduzido no mercado por razões médicas ou de segurança”. Ora, desde logo pergunta-se o que deve considerar-se por segurança e onde esta começa, e será que os trabalhadores têm uma palavra a dizer³⁴?

trabalho também deverão ser classificados como sendo de risco elevado, uma vez que podem ter um impacto significativo nas perspetivas de carreira, na subsistência dessas pessoas e nos direitos dos trabalhadores. O conceito de “relações contratuais de trabalho” deverá abranger de forma significativa os funcionários e as pessoas que prestam serviços por intermédio de plataformas a que se refere o programa de trabalho da Comissão para 2021. Ao longo do processo de recrutamento e na avaliação, promoção ou retenção de pessoal em relações contratuais de trabalho, esses sistemas podem perpetuar padrões históricos de discriminação, por exemplo, contra as mulheres, contra certos grupos etários, contra as pessoas com deficiência ou contra pessoas de uma determinada origem racial ou étnica ou orientação sexual. Os sistemas de IA utilizados para controlar o desempenho e o comportamento dessas pessoas podem ainda comprometer os seus direitos fundamentais à proteção de dados pessoais e à privacidade.”

³² Nos termos do considerando 18 “O conceito de “sistema de reconhecimento de emoções” a que se refere o presente regulamento deverá ser definido como um sistema de IA concebido para identificar ou inferir emoções ou intenções de pessoas singulares com base nos seus dados biométricos. O conceito refere-se a emoções ou intenções como a felicidade, a tristeza, a raiva, a surpresa, a repugnância, o embaraço, o entusiasmo, a vergonha, o desprezo, a satisfação e o divertimento. Não inclui estados físicos, como dor ou fadiga; não se refere, por exemplo, aos sistemas utilizados para detetar o estado de fadiga dos pilotos ou motoristas profissionais para efeitos de prevenção de acidentes. Também não inclui a mera deteção de expressões, gestos ou movimentos rapidamente visíveis, a menos que sejam utilizados para identificar ou inferir emoções. Essas expressões podem ser expressões faciais básicas, tais como franzir a testa ou sorrir, ou gestos como o movimento das mãos, dos braços ou da cabeça, ou características da voz de uma pessoa, por exemplo, ao levantar a voz ou sussurrar”.

³³ Negrito nosso.

³⁴ Veja-se o considerando 44 “Assim sendo, os sistemas de IA que identificam ou fazem inferências de emoções ou intenções de pessoas singulares com base nos

É igualmente proibida, nos termos do art. 5.º, n.º 1, alínea g), “A colocação no mercado, a colocação em serviço para este fim específico, ou a utilização de sistemas de categorização biométrica que classifiquem individualmente as pessoas singulares com base nos seus dados biométricos para deduzir ou inferir a sua raça, opiniões políticas, filiação sindical, convicções religiosas ou filosóficas, vida sexual ou orientação sexual; esta proibição não abrange rotulagens nem filtragens de conjuntos de dados biométricos legalmente adquiridos, tais como imagens, com base em dados biométricos ou na categorização de dados biométricos no domínio da manutenção da ordem pública”.

Por outro lado, o Regulamento prevê um importante sistema de salvaguardas relacionadas com os sistemas de IA classificados de risco elevado. Assim, o art. 8.º consagra que “Os sistemas de IA de risco elevado devem cumprir os requisitos estabelecidos na presente secção, tendo em conta a sua finalidade prevista, bem como o estado da arte geralmente reconhecido em matéria de IA e de tecnologias conexas”. Por isso deve ser criado, implantado, documentado e mantido um sistema de gestão de riscos, que é um “processo iterativo contínuo, planeado e executado ao longo de todo o ciclo de vida de

seus dados biométricos podem conduzir a resultados discriminatórios e ser intrusivos nos direitos e liberdades das pessoas em causa. **Tendo em conta o desequilíbrio de poder no contexto do trabalho** ou da educação, combinado com a natureza intrusiva destes sistemas, **tais sistemas podem conduzir a um tratamento prejudicial ou desfavorável de certas pessoas singulares ou de grupos inteiros de pessoas singulares**. Por conseguinte, deverá ser proibida a colocação no mercado, a colocação em serviço ou a utilização de sistemas de IA concebidos para serem utilizados na deteção do estado emocional das pessoas em situações relacionadas com o local de trabalho e a educação. Essa proibição não deverá abranger os sistemas de IA colocados no mercado exclusivamente por razões médicas ou de segurança, como os sistemas destinados a utilização terapêutica.” - **negrito nosso**.

um sistema de IA de risco elevado, que requer revisões e atualizações sistemáticas regulares”, nos termos do art. 9.º. Também deve atender-se ao art. 10.º que trata de dados e governação de dados, assim como aos requisitos de documentação técnica nos termos do art. 11.º, e à necessidade de manutenção de registos, assegurando um nível de rastreabilidade do funcionamento do sistema - art. 12.º.

O princípio da transparência é essencial e encontra-se consagrado no art. 13.º que preconiza que “Os sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de maneira a assegurar que o seu funcionamento seja suficientemente transparente para permitir aos responsáveis pela implantação interpretar os resultados do sistema e utilizá-los de forma adequada”.

Um princípio que consideramos de fundamental importância é o do “ser humano no comando”, previsto no art. 14.º com a epígrafe *supervisão humana*, onde logo no n.º 1 pode ler-se que “Os sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de modo a poderem, nomeadamente por meio de ferramentas de interface homem-máquina apropriadas, ser eficazmente supervisionados por pessoas singulares durante o período em que estão em utilização”.

O art. 15.º consagra que “Os sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos de maneira que alcancem um nível apropriado de exatidão, solidez e cibersegurança e apresentem um desempenho coerente em relação a tais aspetos durante o seu ciclo de vida”.

Nos termos do art. 26.º, n.º 7, “antes da colocação em serviço ou da utilização de um sistema de IA de risco elevado no local de

trabalho, os responsáveis pela implantação que sejam empregadores **devem informar os representantes dos trabalhadores e os trabalhadores afetados de que estarão sujeitos à utilização do sistema de IA de risco elevado**³⁵. Essas informações devem ser fornecidas, se for o caso, em conformidade com as regras e os procedimentos estabelecidos na legislação e nas práticas da União e nacionais em matéria de informação dos trabalhadores e dos seus representantes³⁶.

Para além disto, o art. 86.º consagra o direito a explicações sobre as decisões individuais, sendo que se pode ler no n.º 1 que “Qualquer pessoa afetada sujeita a uma decisão tomada pelo responsável pela implantação com base nos resultados de um sistema de IA de risco elevado enumerado no anexo III, com exceção dos sistemas enumerados no ponto 2 desse anexo, e que produza efeitos jurídicos ou analogamente afete num grau significativo essa pessoa, de forma que considere ter repercussões negativas na sua saúde, segurança ou direitos fundamentais, tem o direito de exigir ao responsável pela implantação explicações claras e pertinentes sobre o papel do sistema

³⁵ Negrito nosso.

³⁶ Veja-se, neste sentido, o considerando 92 “O presente regulamento não prejudica a obrigação de os empregadores informarem ou de informarem e consultarem os trabalhadores ou os seus representantes, nos termos do direito e das práticas da União ou nacionais, incluindo a Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores, sobre as decisões de colocação em serviço ou de utilização de sistemas de IA. Continua a ser necessário garantir a informação dos trabalhadores e dos seus representantes sobre a implantação prevista de sistemas de IA de risco elevado no local de trabalho quando não estiverem cumpridas as condições para essas obrigações de informação ou de informação e consulta previstas noutros instrumentos jurídicos. Além disso, esse direito de informação é acessório e necessário ao objetivo de proteção dos direitos fundamentais subjacente ao presente regulamento. Por conseguinte, o presente regulamento deverá estabelecer um requisito de informação para esse efeito, sem afetar os direitos existentes dos trabalhadores”.

de IA no processo de tomada de decisão e sobre os principais elementos da decisão tomada”.

Este Regulamento, tal como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, tem uma certa falta de sensibilidade para as especificidades e particularidades do Direito do Trabalho, negligenciando a dimensão coletiva e com uma excessiva valorização do consentimento individual da pessoa que, no caso de um trabalhador, por mais bem informado que esteja, é por demais discutível já que em quase todos os casos não é um consentimento prestado de forma livre.

No entanto, podemos encontrar alguma referência a instituições laborais centrais, como os sindicatos, que são reconhecidos como tendo um certo papel a desempenhar na proteção dos direitos dos trabalhadores.

Contudo, concordamos com algumas das críticas apontadas pela ETUC³⁷ na parte em que entende que o Regulamento “não consegue dar resposta à realidade que os trabalhadores têm de enfrentar e às medidas específicas de que necessitam”. Para colmatar esta lacuna, apela a uma diretiva específica sobre sistemas algorítmicos no local de trabalho. Esta diretiva é considerada necessária “para defender o princípio do controlo humano e dar aos sindicatos e aos representantes dos trabalhadores o poder de influenciar as decisões de implementação da IA”.

³⁷ <https://www.etui.org/news/political-agreement-has-been-reached-artificial-intelligence-act>

3. A Diretiva sobre melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais

3.1. A Diretiva, aprovada por larga maioria pelo Parlamento Europeu no dia 24 de abril³⁸, tem um capítulo próprio sobre gestão algorítmica, o capítulo III, dividido em “sistemas automatizados de monitorização” e “sistemas automatizados de tomada de decisões”³⁹. Os primeiros são utilizados para apoiar ou efetuar o controlo, a supervisão ou a avaliação do desempenho das “pessoas que executam trabalhos em plataformas”. Os segundos são utilizados para “tomar ou apoiar decisões que afetam significativamente as pessoas que executam trabalho em plataformas, incluindo as suas condições de trabalho: recrutamento, acesso e organização de tarefas de trabalho, rendimentos e preços, segurança e saúde, tempo de trabalho, formação, promoção ou equivalente, estatuto contratual (incluindo restrição de contas) e suspensão ou rescisão”⁴⁰.

Este capítulo pormenorizado sobre gestão algorítmica pode vir a ter realmente um valor acrescentado. Trata-se da primeira tentativa da União Europeia de regulamentar os algoritmos no contexto do trabalho. Ao contrário do Regulamento sobre Inteligência Artificial a Diretiva não se baseia na autorregulação, mas impõe obrigações e proibições específicas às plataformas. É um capítulo bastante ambicioso e a maioria das suas disposições aplica-se também aos trabalhadores independentes, adotando assim uma abordagem *holística*.

³⁸ 554 votos a favor, 56 votos contra e 24 abstenções.

³⁹ Encontra-se referência aos mesmos em inúmeros considerandos. Vejam-se, a título de exemplo, os considerandos 4, 8, 15 ou 39.

⁴⁰ Artigo 2.º, n.ºs 8 e 9.

As disposições deste Capítulo, visam aumentar a transparência e exigir uma avaliação humana de decisões tomadas ou apoiadas por um sistema automatizado de tomada de decisões, assim como de monitorização que afetam as condições de trabalho dos trabalhadores de plataforma, referindo-se, particularmente, à obrigação de informar os trabalhadores sobre o facto de tais sistemas estarem a ser utilizados e as características principais dos sistemas automatizados de monitorização e de tomada de decisão, bem como disponibilizar essa informação às autoridades laborais e aos trabalhadores das plataformas⁴¹.

No fundo, as disposições deste capítulo relacionam-se com a obrigação de transparência e de tratamento de dados pessoais, de controlo humano e avaliação das decisões tomadas ou apoiadas por sistemas automatizados com o direito a revisão humana.

3.2. Na verdade, este capítulo distingue-se por ser único. Introduce o direito de todas as pessoas que executam trabalhos em plataformas, incluindo, portanto, os trabalhadores independentes, e não apenas quem tem um contrato de trabalho ou os que, por força da

⁴¹ Isto é essencial pois, conforme estabelece o considerando 8 “As pessoas que trabalham nas plataformas e que estão sujeitas a essa gestão algorítmica, muitas vezes, não têm acesso a informações sobre o funcionamento dos algoritmos, os dados pessoais utilizados e a forma como o seu comportamento afeta as decisões tomadas pelos sistemas automatizados. Os representantes dos trabalhadores, os outros representantes das pessoas que trabalham nas plataformas, os serviços de inspeção do trabalho e outras autoridades competentes também não têm acesso a estas informações. Além disso, as pessoas que trabalham nas plataformas muitas vezes não conhecem os motivos das decisões tomadas ou apoiadas pelos sistemas automatizados nem têm a possibilidade de obter uma explicação para essas decisões, de as debater com uma pessoa de contacto, de as contestar, de pedir que sejam retificadas, ou de recorrer das mesmas.”.

aplicação da presunção do art. 5.º, passam a ter, receberem informações adequadas sobre os algoritmos utilizados para as contratar, controlar e disciplinar⁴².

O âmbito de aplicação deste imperativo de transparência é vasto. Todos os trabalhadores, independentemente do seu estatuto profissional, devem ser informados sobre as categorias de decisões tomadas ou apoiadas por tecnologias. Cabe às plataformas divulgar - para além da própria existência de monitorização e tomada de decisões automatizadas - os tipos de ações monitorizadas, os objetivos da monitorização e os destinatários dessas informações.

No que diz respeito aos recursos humanos automatizados, as categorias de decisões apoiadas por *software* ou a ele subcontratadas devem ser reveladas aos trabalhadores, juntamente com os parâmetros subjacentes e a sua importância relativa.

As medidas de transparência abrangem também os fundamentos das decisões de restrição, suspensão ou encerramento de contas ou de recusa de pagamento, bem como as decisões relativas ao estatuto contratual ou que tenham um impacto crítico na vida e nos meios de subsistência dos indivíduos⁴³.

⁴² Veja-se o considerando 18 “As disposições em matéria de gestão algorítmica que estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais deverão aplicar-se igualmente às pessoas que trabalham nas plataformas e não têm um contrato de trabalho ou uma relação de trabalho”.

⁴³ De acordo com o art. 11.º. com a epígrafe *Revisão Humana* “A plataforma de trabalho digital fornece às pessoas que nela trabalham uma declaração escrita dos motivos de qualquer decisão apoiada ou, se for caso disso, tomada por um sistema automatizado de tomada de decisões que restrinja, suspenda ou encerre a conta da pessoa que trabalha na plataforma, de qualquer decisão de recusa do pagamento pelo trabalho realizado pela pessoa que trabalha na plataforma, de qualquer decisão que afete a situação contratual da pessoa que trabalha na plataforma, de qualquer decisão com efeitos semelhantes ou de qualquer outra decisão que afete os aspetos essenciais do trabalho ou de outras relações contratuais, sem

No fundo, a diretiva visa aumentar a transparência na utilização de algoritmos pelas plataformas assegurando o acompanhamento humano do respeito das condições de trabalho, consagrando a visão do *human in command* no art. 10.º, com a epígrafe *supervisão humana dos sistemas automatizados*-, e conferindo o direito de contestar decisões automatizadas nos termos do art. 11.º - *Revisão humana*-, sendo que estes novos direitos serão concedidos tanto aos trabalhadores por conta de outrem, como aos verdadeiros trabalhadores independentes ou às pessoas em situações equiparadas⁴⁴.

3.3. A maioria destas disposições, para além de ser consistente com os requisitos estabelecidos no RGPD, vai além deste, pois a Diretiva reconhece que o trabalho através de plataformas digitais coloca questões relativas à proteção de dados pessoais que não são suficientemente resolvidas pelo Regulamento⁴⁵. Por isso, é importante

demora injustificada, e, o mais tardar, no dia em que essa decisão produzir efeitos”.

⁴⁴ Veja-se o considerando 53 “Os trabalhadores por conta própria representam uma parte das pessoas que trabalham nas plataformas. O impacto dos sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões utilizados pelas plataformas de trabalho digitais na proteção dos dados pessoais e na possibilidade de remuneração destas pessoas é semelhante ao impacto sofrido pelos trabalhadores das plataformas. Por conseguinte, os direitos previstos na presente diretiva relativos à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais no contexto da gestão algorítmica, nomeadamente os relativos à transparência dos sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões, às restrições ao tratamento ou recolha de dados pessoais, ao controlo humano e à revisão de decisões significativas, deverão aplicar-se igualmente às pessoas que trabalham nas plataformas sem uma relação de trabalho”.

⁴⁵ Veja-se o Considerando 39 “Embora o Regulamento (UE) 2016/679 estabeleça um quadro geral para a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, é necessário estabelecer regras específicas que respondam às preocupações relacionadas com o tratamento de dados pessoais por meio de sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões no contexto do trabalho nas plataformas digitais. O artigo 88.º do Regulamento (UE)

notar que a Diretiva requer que as plataformas digitais forneçam informações também em casos em que a sua tomada de decisão é **apoiada**⁴⁶ por sistemas automatizados nos termos do art. 11.º, n.º 1⁴⁷, enquanto o RGPD rege especificamente os instrumentos de tomada de decisão totalmente automatizados. Esta visão parece-nos muito positiva e capaz de resolver alguns dos problemas de interpretação que resultam do art. 22.º do RGPD.

Além disso, a Diretiva estipula regras mais específicas sobre o tratamento de dados pessoais das plataformas relativamente aos trabalhadores, assim como aos seus representantes, nos termos do art. 9.^{º48}.

2016/679 já prevê que os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral. A presente diretiva prevê salvaguardas mais específicas relativamente ao tratamento de dados pessoais por meio de sistemas automatizados no contexto do trabalho nas plataformas digitais, proporcionando assim um nível mais elevado de proteção dos dados pessoais das pessoas que trabalham nas plataformas. Em especial, a presente diretiva estabelece regras mais específicas em relação ao Regulamento (UE) 2016/679 no que diz respeito à utilização e à transparência de sistemas automatizados de tomada de decisões. A presente diretiva estabelece igualmente medidas adicionais ao Regulamento (UE) 2016/679 no contexto do trabalho nas plataformas digitais, a fim de salvaguardar a proteção dos seus dados pessoais, em especial quando as decisões são tomadas ou apoiadas pelo tratamento automatizado de dados pessoais. Neste contexto, os termos relativos à proteção de dados pessoais na presente diretiva deverão ser entendidos à luz das definições constantes do Regulamento (UE) 2016/679”.

⁴⁶ Negrito nosso.

⁴⁷ “Os Estados-Membros asseguram que as pessoas que trabalham nas plataformas têm o direito de obter, sem demora injustificada, uma explicação da plataforma de trabalho digital sobre qualquer decisão tomada ou apoiada por um sistema automatizado de tomada de decisões”.

⁴⁸ No considerando 51 pode ler-se que “A informação e a consulta dos representantes dos trabalhadores, regulamentadas a nível da União ao abrigo da Diretiva 2002/14/CE, são fundamentais para promover um diálogo social eficaz. Uma vez que a introdução ou a alteração substancial da utilização de sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões pelas plataformas de trabalho digitais têm um impacto direto na organização do trabalho e nas condições de trabalho individuais dos trabalhadores das plataformas, são necessárias medidas adicionais

Considera-se, ainda, importante o que consta do art. 20.º, com a epígrafe *Canais de comunicação para as pessoas que trabalham nas plataformas* pois impõe uma obrigação às plataformas digitais de criar um canal de comunicação através das suas infraestruturas ou meios digitais igualmente eficazes no campo dos direitos coletivos de gestão algorítmica⁴⁹.

3.4. A inovação neste domínio inclui os limites impostos à recolha e ao tratamento de dados no âmbito do controlo e da tomada de decisões. As plataformas estão proibidas de utilizar sistemas automatizados para processar dados sobre os estados emocionais e men-

para assegurar que as plataformas de trabalho digitais informam e consultam eficazmente os representantes dos trabalhadores das plataformas antes de essas decisões serem tomadas, ao nível adequado. Dada a complexidade técnica dos sistemas de gestão algorítmica, as informações deverão ser prestadas em tempo útil para permitir que os representantes dos trabalhadores das plataformas se preparem para a consulta, com a assistência de um perito escolhido pelos trabalhadores das plataformas ou pelos seus representantes de forma concertada, se necessário. As medidas de informação e consulta previstas na Diretiva 2002/14/CE não são afetadas pela presente diretiva.”. Também o art. 13.º, com a epígrafe *Informação e Consulta* estabelece no n.º 2 que “Para além do cumprimento das diretivas referidas no n.º 1 do presente artigo, os Estados-Membros asseguram que a informação e a consulta, na aceção do artigo 2.º, alíneas f) e g), da Diretiva 2002/14/CE, dos representantes dos trabalhadores pelas plataformas de trabalho digitais abrangem igualmente as decisões suscetíveis de conduzir à introdução ou a alterações substanciais na utilização de sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões. Para efeitos do presente número, a informação e a consulta dos representantes dos trabalhadores são efetuadas de acordo com as mesmas modalidades relativas ao exercício dos direitos de informação e consulta que as estabelecidas na Diretiva 2002/14/CE”.

⁴⁹ “Os Estados-Membros adotam as medidas necessárias para assegurar que as plataformas de trabalho digitais oferecem às pessoas que trabalham nas plataformas os canais necessários para contactarem e comunicarem entre si de forma segura e privada, e contactarem ou serem contactadas pelos seus representantes, através de infraestruturas digitais das próprias plataformas ou outros meios igualmente eficazes, cumprindo simultaneamente as disposições do Regulamento (UE) 2016/679. Os Estados-Membros exigem que as plataformas de trabalho digitais se abstenham de aceder ou monitorizar esses contactos e comunicações.”.

tais dos trabalhadores, dados relativos aos seus direitos de negociação coletiva e de greve ou conversas com representantes e quaisquer dados gerados quando não estão ligados. Também é proibido o tratamento de dados sensíveis que abranjam motivos tradicionalmente protegidos pela legislação contra a discriminação nos termos do art.7.^o ⁵⁰.

Com base no modelo do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, deve ser efetuada uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados sempre que as práticas baseadas em algoritmos resultem num elevado risco para os direitos e liberdades, de acordo com o art. 8.^o ⁵¹.

⁵⁰ “1. As plataformas de trabalho digitais não devem, por meio de sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões:

a) Tratar dados pessoais sobre o estado emocional ou psicológico das pessoas que trabalham nas plataformas;

b) Tratar dados pessoais relacionados com conversas privadas, incluindo intercâmbios com outras pessoas que trabalham nas plataformas ou os seus representantes;

c) Recolher dados pessoais quando as pessoas que trabalham nas plataformas não estejam a oferecer ou executar um trabalho nas plataformas digitais;

d) Tratar dados pessoais para prever o exercício dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos sociais, como o direito de associação, o direito de negociação e ação coletivas ou o direito de informação e consulta, tal como definidos na Carta;

e) Tratar quaisquer dados pessoais para inferir a origem racial ou étnica, o estatuto migratório, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a deficiência, o estado de saúde, incluindo a doença crónica ou o estatuto serológico VIH, o estado emocional ou psicológico, a filiação sindical, a vida sexual ou a orientação sexual de uma pessoa;

f) Tratar quaisquer dados biométricos, na aceção do artigo 4.^o, ponto 14, do Regulamento (UE) 2016/679, de uma pessoa que trabalha na plataforma para determinar a identidade dessa pessoa, comparando esses dados com os dados biométricos de pessoas singulares armazenados numa base de dados.”.

⁵¹ “1. O tratamento de dados pessoais por uma plataforma de trabalho digital através de sistemas automatizados de monitorização e tomada de decisões é um tipo de tratamento suscetível de conduzir a um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, na aceção do artigo 35.^o, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/679. Ao realizar, nos termos do artigo 35.^o, n.º 1, do referido regulamento, uma avaliação do impacto do tratamento de dados pessoais por sistemas

A diretiva confere aos trabalhadores o direito de obter justificações, solicitar uma revisão humana e contestar ou retificar as decisões que violem os seus direitos. Na verdade, estas salvaguardas de *processo equitativo* são muito necessárias nesta era digital.

Os sistemas automatizados terão de ser supervisionados de perto pelos trabalhadores das plataformas - com a participação dos representantes dos trabalhadores - para evitar a discriminação e os riscos profissionais.

Nomeadamente, de acordo com a diretiva, os representantes dos trabalhadores receberão informações relevantes, de forma completa, acessível e detalhada, e terão direitos de informação e consulta sobre quando e como são utilizados. As plataformas serão obrigadas a avaliar, juntamente com os representantes dos trabalhadores das plataformas, os riscos de discriminação que podem resultar da utilização de tecnologias baseadas em algoritmos⁵².

Devem também garantir, de acordo com o art. 12.º, que os sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões não forcem os trabalhadores a adotar um ritmo de trabalho insustentável

automatizados de monitorização e tomada de decisões na proteção dos dados pessoais das pessoas que trabalham nas plataformas, incluindo as limitações ao tratamento estabelecidas no artigo 7.º da presente diretiva, as plataformas de trabalho digitais, na qualidade de responsáveis pelo tratamento na aceção do artigo 4.º, ponto 7, do mesmo regulamento, procuram obter os pontos de vista das pessoas que trabalham nas plataformas e dos seus representantes.”.

⁵² Note-se que, nos termos do art. 14.º que “Caso não existam representantes dos trabalhadores das plataformas, os Estados-Membros asseguram que as plataformas de trabalho digitais informam diretamente os trabalhadores das plataformas em causa sobre as decisões suscetíveis de conduzir à introdução de sistemas automatizados de monitorização ou tomada de decisões ou a alterações substanciais na sua utilização. As informações são prestadas sob a forma de um documento escrito, que pode ser em formato eletrónico, e apresentadas de **forma transparente, inteligível e facilmente acessível, utilizando uma linguagem clara e simples.**” - **negrito nosso.**

que os coloque em risco físico ou psicossocial, notando-se aqui uma preocupação com a segurança e a saúde dos mesmos.

3.5. Consideramos, assim, que estamos perante a primeira proposta de regulamentação da inteligência artificial no domínio do trabalho, ainda que cingido ao trabalho nas plataformas digitais, mas que poderá servir de precursor para a regulamentação noutros domínios do Direito do Trabalho.

4. O caso Português

4.1. A nível nacional o *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*⁵³ estabeleceu algumas linhas de reflexão para políticas públicas sobre esta matéria, consagrando que se deve **“Regulamentar a utilização de algoritmos, nomeadamente na distribuição de tarefas, organização do trabalho, avaliação de desempenho e progressão, em particular no âmbito do trabalho prestado através de plataformas, que representa um redobrado distanciamento entre empregador e trabalhador, tanto físico como pela intermediação tecnológica da relação, evitando assim potenciais enviesamentos e discriminações”**, assim como **“Regular a utilização de algoritmos nas suas diferentes dimensões, de modo a promover a transparência e responsabilidade do seu uso, nomeadamente no âmbito das relações de trabalho; Incentivar, em particular, a regulação da utilização dos algoritmos em sede de negociação coletiva, envolvendo os parceiros**

⁵³ TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *op. cit.*.

sociais e assegurando o tratamento da matéria ao nível das convenções coletivas de trabalho, de forma a garantir uma adequação adequada da IA e a refletir as necessidades específicas de cada setor; **Introduzir disposições na legislação que minimizem os novos riscos associados ao comportamento autónomo da IA**, estabelecendo requisitos para assegurar a proteção da privacidade e dos dados pessoais, da igualdade e não-discriminação, da ética, da transparência e da explicabilidade dos sistemas baseados em algoritmos, quer ao nível da seleção de candidatos a emprego, quer ao nível da execução do contrato de trabalho e da fiscalização da atividade profissional do trabalhador”, e ainda “**Prevenir mecanismos e práticas discriminatórias no uso de inteligência artificial e de algoritmos**”⁵⁴ no quadro das relações de trabalho, ponderando a criação de um sistema que responsabilize os respetivos utilizadores ou criadores, em caso de comportamentos ilícitos”.

4.2. No mesmo sentido, o Código do Trabalho, na alteração introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, consagrou algumas regras nesta matéria desde a fase de formação do contrato de trabalho, passando pela sua execução, até a sua cessação e quanto a nós bem, ainda que consideremos que a redação pudesse ser melhor sobretudo ao parecer equiparar algoritmos a inteligência artificial, o que não corresponde à realidade.

Assim, acrescentou uma nova alínea o) no art. 3.º, n.º 3, relativamente ao “Uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias co-

⁵⁴ Negritos nossos.

nexas, nomeadamente, no âmbito do trabalho nas plataformas digitais”, o que significa que as normas legais reguladoras destas matérias só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho em sentido mais favorável aos trabalhadores. Desta forma, os preceitos legais sobre utilização de algoritmos e sistemas de inteligência artificial gozam de imperatividade mínima.

Tem-se, ainda, no n.º 3, do art. 24.º, relacionado com a igualdade e não discriminação, uma parte primeira que estabelece que “O disposto nos números anteriores também se aplica no caso de tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial”⁵⁵. Significa isto que o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento do trabalhador ou candidato a emprego assim como a proibição de discriminação, consagrados nos números 1 e 2 do art. 24.º, se aplicam também no caso de tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial. Assim, o recurso a estas ferramentas tecnológicas não justifica quaisquer decisões discriminatórias por parte do empregador.

No art. 106.º, relacionado com o dever de informação, adita-se uma nova alínea, alínea s), com o seguinte teor: “Os parâmetros, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos

⁵⁵ Refira-se que o número anterior estabelece que: “2 - O direito referido no número anterior respeita, designadamente:

- a) A critérios de selecção e a condições de contratação, em qualquer sector de actividade e a todos os níveis hierárquicos;
- b) A acesso a todos os tipos de orientação, formação e reconversão profissionais de qualquer nível, incluindo a aquisição de experiência prática;
- c) A retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção a todos os níveis hierárquicos e critérios para selecção de trabalhadores a despedir;
- d) A filiação ou participação em estruturas de representação colectiva, ou em qualquer outra organização cujos membros exercem uma determinada profissão, incluindo os benefícios por elas atribuídos.”.

ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional”, que é igual ao que se adiciona no art. 424.º, n.º 1, relativo ao conteúdo do dever de informação às comissões de trabalhadores na nova alínea, alínea j), assim como ao art. 466.º, n.º 1, alínea d), quanto ao conteúdo do direito à informação e consulta dos delegados sindicais.

Estas três alterações significam que o legislador tentou diminuir a opacidade dos algoritmos e a sua falta de transparência, quer ao consagrar um dever de informação individual aos trabalhadores⁵⁶, quer a nível coletivo às comissões de trabalhadores, quer aos delegados sindicais. Contudo, não podemos deixar de mostrar alguma estranheza quanto ao diferente âmbito nesta matéria relativa à comissão de trabalhadores - que parece ter somente um direito de informação, e não de consulta já que nada consta do art. 425.º - e dos delegados sindicais - que têm reconhecido os dois nos termos do art. 466.º⁵⁷.

Por outro lado, pode questionar-se o que deve ser entendido por este dever de informação.

⁵⁶ Não esquecer que, de acordo com os arts. 107.º, n.º 4, e 109.º, n.º 1ª informação deve ser prestada, por escrito, aos trabalhadores no prazo de um mês a contar do início da execução do contrato de trabalho ou, no caso de alteração relativa a esta informação durante a execução do contrato de trabalho, até à data em que essa alteração produza efeitos.

⁵⁷ No mesmo sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES e ISABEL VALENTE DIAS, “Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais”, *in QL*, n.º 63, nota n.º 16.

Socorrendo-nos do que consta do documento do MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMIA SOCIAL⁵⁸, podemos referir que a referência a parâmetros, os critérios, as regras e as instruções deve ser interpretada - sem prejuízo da falta de consenso técnico na interpretação destes termos - como a obrigação da empresa de fornecer informações sobre (a) as variáveis e parâmetros, entendidos como a importância relativa de cada variável no algoritmo; e b) As regras e instruções, referentes às regras de programação que conduzem ao processo de tomada de decisão. No fundo, a referência conjunta a “parâmetros, regras e instruções” deve ser entendida como referindo-se à lógica, às características de funcionamento do algoritmo e às suas consequências⁵⁹.

É interessante salientar o disposto na *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital*⁶⁰, que no art. 9.º, com a epígrafe *Uso da inteligência artificial e de robôs*, estabelece esta transparência, auditabilidade e controlo ao consagrar nos números 1 e 2 que “A utilização da inteligência artificial deve ser orientada pelo respeito dos direitos fundamentais, garantindo um justo equilíbrio entre os princípios da explicabilidade, da segurança, da **transparência** e da responsabilidade, que atenda às circunstâncias de cada caso concreto e estabeleça processos destinados a evitar quaisquer preconceitos e formas de discriminação” “2 - As decisões com impacto significativo na esfera dos destinatários que sejam tomadas mediante o uso de

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ Sobre isto veja-se JÚLIO GOMES, “O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial”, in *XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - In Memoriam Pedro Romano Martinez*, (coord. ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA e TERESA COELHO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2024, pp. 149 e ss..

⁶⁰ Lei n.º 27/2021, de 17 de maio.

algoritmos devem ser comunicadas aos interessados, sendo suscetíveis de recurso e auditáveis⁶¹, nos termos previstos na lei”⁶².

5. Conclusão

1. A IA é uma tecnologia em rápida evolução e, embora consideremos bastante positiva toda a regulamentação recentemente aprovada, é evidente que subsistem lacunas, especialmente tendo em conta o ritmo muito rápido do desenvolvimento daquela. Por isso, é necessário continuar a monitorizar os riscos da IA à medida que vão surgindo e se vão manifestando no mercado de trabalho.

2. O Regulamento sobre Inteligência Artificial devido ao seu carácter transversal a todas as competências da UE, afeta diretamente as relações laborais e, em particular, a sua aplicação no exercício dos poderes do empregador em relação aos trabalhadores. Ele abrange todas as esferas, desde os processos de recrutamento e contratação até aos despedimentos, passando pelo exercício dos poderes de organização, controlo e disciplinar; há mesmo uma menção expressa à vertente da atividade sindical, com garantias em matéria de negociação coletiva. Acresce que, pelo seu carácter transversal, o Regulamento ultrapassa o âmbito tradicional da política social europeia, centrada no trabalho subordinado, e estende-se também ao trabalho independente.

⁶¹ Negrito nosso.

⁶² Para maiores desenvolvimentos *vide* TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho...*, cit.

3. A Diretiva sobre a melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais é um sinal claro de que a gestão algorítmica não deve ficar sem regulamentação. Trata-se de uma iniciativa de *hard law* com alguma *suavidade*. A eficácia da mesma na proteção das pessoas que operam nas plataformas de trabalho dependerá, portanto, em grande medida, da sua implementação e aplicação a nível nacional, que variará, inevitavelmente, em toda a União Europeia.

É igualmente importante ver a evolução da legislação, a forma como a Diretiva é transposta, e analisar a jurisprudência. Por último, existe uma necessidade fundamental de coordenação a nível internacional para promover a interoperabilidade transfronteiriça e evitar lacunas regulamentares.

4. Há muita incerteza em torno do futuro do trabalho à medida que este é transformado pela digitalização. As implicações da inteligência artificial para o trabalho e para os trabalhadores são difíceis de compreender.

Por isso, voltando ao título deste artigo, não nos parece que seja *o fim do trabalho como o conhecemos* mas sim o fim de *um certo trabalho* e temos sérias dúvidas que *todos nos sintamos bem* com essa realidade.

Vila Nova de Gaia, abril 2024

Bibliografia:

ABRANTES, JOSÉ JOÃO; DIAS, ISABEL VALENTE - “Regulação do uso do algoritmo nas relações laborais”, *in QL*, n.º 63

CAZZANIGA, MAURO; JAUMOTTE, FLORENCE; LI, LONGJI; MELINA, GIOVANNI; PANTON, AUGUSTUS J.; PIZZINELLI, CARLO; ROCKALL, EMMA; e TAVARES, MARINA M. - *Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work*, FMI, 2024

FORD, MARTIN - *Robôs - A Ameaça de um Futuro sem Emprego*, Bertrand Editora, Lisboa, 2016

GOMES, JÚLIO - “O dever de informação do empregador em matéria de algoritmos e outros sistemas de inteligência artificial”, *in XXVI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - In Memoriam Pedro Romano Martinez*, (coord. António José Moreira e Teresa Coelho Moreira), Almedina, Coimbra, 2024

KEYNES - “Economic Possibilities for our Grandchildren”, *in Essays in Persuasion*, W.W.Norton & Co., New York, 1963

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMIA SOCIAL - *Información algorítmica en el ámbito laboral - guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, maio de 2022

MOREIRA, TERESA COELHO - *Direito do Trabalho na Era Digital*,
2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2023

MOREIRA, TERESA COELHO; DRAY, GUILHERME - *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, GEP, 2022

OCDE - *Using AI in the workplace - Opportunities, risks and policy responses*, n.º 11, março 2024

OECD - *Scoping the OECD AI Principles: Deliberations of the Expert Group on Artificial Intelligence at the OECD (AIGO)*, OECD Publishing, Paris, 2019

OIT - *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, 2018

PAPA FRANCISCO - “Inteligência Artificial e Paz”, *Mensagem do Santo Padre Francisco para o Dia Mundial da Paz*, 1.º de janeiro de 2024, 2024

SHELLMANN; HILKE - *The Algorithm - How AI can hijack your career and steal your future*, Hurst & Company, Londres, 2024

STEFANO, VALERIO DE - “Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019

SUSSKIND, DANIEL - *Um Mundo sem trabalho - como responder ao avanço da tecnologia*, Ideias de Ler, Porto, 2020

MERCADER UGUINA, JESÚS - *El Reglamento de Inteligencia Artificial: frecuentemos el futuro*, in <https://www.aedtss.com/el-reglamento-de-inteligencia-artificial-frecuentemos-el-futuro/>



A TITULARIDADE SOBRE O RESULTADO DA ATIVIDADE LABORAL: O DIREITO À PATENTE

OWNERSHIP OF THE RESULTS OF LABOR ACTIVITY: THE RIGHT
TO THE PATENT

Vitor Palmela Fidalgo*

Sumário: § Prólogo § 1. Introdução § 2. O direito à patente (regra geral) § 3. O regime especial de titularidade do artigo 58.º: introdução § 4. Categorização dos vários tipos de invenções laborais § 5. O dever de informação por parte do trabalhador-inventor. Deveres acessórios de confidencialidade § 6. O âmbito de aplicação do artigo 58.º: a exploração da invenção suscetível de proteção por patente em segredo de negócio § 7. As invenções cujo direito de patente haja sido requerido pós contrato: presunção *juris et de jure*? § 8. A arbitragem obrigatória como meio de resolução de conflitos § 9. As invenções laborais criadas no seio de pessoas coletivas públicas § 10. Bibliografia

Resumo:

Com o presente contributo julga-se oportuno abordar o regime jurídico das denominadas invenções laborais. Embora a alienabilidade constitua uma

* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e do Instituto de Direito do Trabalho (IDT). Advogado. vitorpalmela@fd.ulisboa.pt.

** Abreviaturas — AAVV: Autores Vários; Ac: Acórdão; ArbNErfG: Gesetz über Arbeitnehmererfindungen; BeckRS: Beck-Rechtsprechung; BGH: Bundesgerichtshof; CC: Código Civil; CDADC: Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos; CPE: Convenção de Munique sobre a Patente Europeia; CPI: Código da Propriedade Industrial; CT: Código do Trabalho; CRP: Constituição da República Portuguesa; GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; IIC: International Review of Intellectual Property and Competition Law; LGTFP: Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; RDES: Revista de Direito e de Estudos Sociais; STJ: Supremo Tribunal de Justiça; TRL: Tribunal da Relação de Lisboa.

característica do Direito do trabalho, este princípio sujeita-se, no entanto, a significativos desvios quando está em causa a prestação por conta de outrem de uma atividade intelectual, como é o caso na criação de invenções com carácter técnico. A análise irá versar sobre as regras especiais existentes nesta matéria.

Abstract:

In this paper, we discuss the legal regime of so-called employee inventions. Although alienability is a characteristic of labor law, this principle is, however, subject to significant deviations when it involves the performance of intellectual activity on behalf of another, such as the creation of inventions with a technical character. The analysis will focus on the special rules existing in this matter.

Palavras-chave: Invenções laborais; Titularidade do direito à patente; Direito do trabalho; Direito da propriedade industrial.

Keywords: Employee inventions; Right to the patent; Labor law; Industrial property law.

§ Prólogo

A honrosa oportunidade de escrever para o número especial de homenagem ao Senhor Professor Doutor Pedro Romano Martinez, Presidente e fundador do Instituto de Direito do Trabalho (IDT) e Diretor da Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), provoca-nos sentimentos contraditórios.

Por um lado, de grande consternação. Não será demais reafirmar as enormíssimas qualidades pessoais e científicas do Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Uma partida muito prematura, que deixa órfão o mundo académico e representa uma perda irreparável. Não é, assim, por demais sublinhar a penhorada justeza da homenagem levada a cabo por este número da RIDT.

Por outro, contribuir com o presente opúsculo traz-nos, no mesmo passo, muita satisfação. Tivemos o enorme privilégio de

trabalhar com o Professor Doutor Pedro Romano Martinez em várias iniciativas científicas. Poder contribuir para o seu eterno legado e memória é um orgulho para todos aqueles que, como nós, continuaremos a ser seus *alunos*.

§ 1. Introdução

I. Nos termos do artigo 11.º, do CT, o “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”. Ao mencionar que a atividade prestada pelo trabalhador é realizada a favor de outrem (“a outra ou outras pessoas”) torna-se claro que o contrato de trabalho assenta a sua estrutura numa atividade que é prestada por conta de terceiro e que o beneficia. Em outras palavras, a atividade realizada pelo trabalhador não é exercida por *conta própria*, mas sim por *conta alheia*. Este coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, em troca de uma prestação remuneratória, não assumindo, por isso, os riscos empresariais inerentes à atividade desempenhada.

É aqui que se alude à *alienabilidade*, dos riscos e dos frutos, como característica do Direito do trabalho¹. A assunção de uma atividade a favor de outrem implica, em princípio, que os resultados da prestação beneficiem o empregador e, por conseguinte, entrem na sua esfera jurídica².

¹ Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 11.º ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 525. Na doutrina espanhola: Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 37.º ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 39.

² Bayreuther, “Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und

Tal postulado geral, sofre, no entanto, desvios³ quando está em causa a prestação por conta de determinadas *atividades intelectuais*⁴, seja no âmbito criativo, como criações de obras literárias ou artísticas, ou programas de computador, seja no âmbito inventivo, como invenções de carácter técnico. Parte-se do princípio de que, neste tipo de atividade, o trabalhador não realiza uma prestação cujo resultado lhe seja completamente alheio. O desempenho do trabalho não pode ser atribuído ao empregador de forma tão clara como numa relação “normal” de trabalho⁵. Reconhecem-se *interesses* que não são, em regra, abrangidos pela legislação laboral e, por isso,

Arbeitnehmererfindungsrecht Unter besonderer Berücksichtigung der Sondervergütungsansprüche des angestellten Softwareerstellers”, *GRUR*, 2003, pp. 570 e ss., p. 571.

³ Neste sentido, Romano Martinez, “Tutela da actividade criativa do trabalhador”, *RDES*, ano XLI, nº 3 e 4, 2000, pp. 225 e ss., p. 230 e *idem*, “Contratos de Encomenda de Criação Intelectual”, em: *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuco, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 55 e ss., p. 68; José Abrantes, “Contratos da Propriedade Intelectual e Contrato de Trabalho”, em: *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuco, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 79 e ss., p. 79. Victória Rocha, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, em: *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais - Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I (Congresso Empresas e Sociedades), coord. António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 167 e ss., p. 168. Como refere esta última autora, “não seria razoável ignorar a diferença entre este tipo de trabalho e aquele que decorre da mera execução de instruções do empregador. A distinção entre *labor* e *opus* reveste aqui um particular significado” (p. 168).

Gama Cerqueira, *Tratado de Propriedade Industrial*, vol. II, tomo I, parte II, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1952, p. 21, também toca neste ponto, ao mencionar que aqui há um resultado de cooperação entre empregador e o inventor, pois, se por um lado a invenção é fruto do esforço e intelecto do trabalhador-inventor, por outro, “pode-se dizer também que, sem os meios postos à sua disposição pelo empregador e sem as oportunidades por êste proporcionadas, o trabalho do empregado poderia ser estéril e improdutivo”.

⁴ Vale relembrar que, como alude o artigo 1152.º, do CC, o contrato de trabalho pode ter por objeto tanto a prestação de atividade *manual* como *intelectual*.

⁵ Bayreuther, “Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber...”, cit., p. 571.

acham-se em regulamentação especial, designadamente nas normas que versam sobre direitos de propriedade intelectual.

II. As razões que fundamentam tais exceções à regra geral da titularidade sobre o resultado da atividade relacionam-se, sobretudo, com a natureza da prestação em causa. Não constituindo a proteção da propriedade intelectual um fim em si mesmo, uma das teorias apresentadas para justificar tal proteção acha-se na proteção da *personalidade* do criador. Ou seja, de acordo com esta teoria, criar algo e torná-lo acessível ao público constitui uma manifestação da personalidade do criador⁶. Tais considerações, cujas raízes filosóficas se podem encontrar em Hegel (1770-1831) e foram particularmente defendidas pelo jurista alemão *Otto von Gierke*⁷, embora se achem particularmente importantes no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição continental, de *Droit d'auteur*, não deixam, de alguma forma, de justificar a proteção das invenções por patentes, ainda que neste último caso as *teorias utilitaristas*⁸ assumam a dianteira.

É esta uma das razões que explica o regime geral do direito à patente: nos termos do artigo 57.º, n.º 1, do CPI⁹ a invenção pertence ao inventor, ao seu criador intelectual. Uma vez que a faculdade de

⁶ Haja-se vista a Orlando Carvalho, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 141, nota 2, que refere que as criações e as invenções “são expressão de uma personalidade criadora”.

⁷ Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, vol. 1, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, p. 854.

⁸ A teoria da retribuição tem como base as ideias de John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, 7.º ed., Livro V, Longmans, Green and Co., Londres, 1909, p. 651: “(...) because the reward conferred by it depends upon the invention's being found useful, and the greater the usefulness the greater the reward”.

⁹ Doravante, todos os artigos que não mencionarem outro diploma referem-se a esta Lei.

inventar está apenas ao alcance de pessoas físicas, esta regra deixa naturalmente de fora o empregador para quem o trabalhador aliena a sua força de trabalho.

A regra geral não deixa, no entanto, de ser conjugada com regras especiais sobre a titularidade. Dirigimo-nos tanto ao artigo 58.º, que se aplica, em termos genéricos, às invenções feitas durante a execução de contrato de trabalho, como ao artigo 59.º, norma de cariz mais especial, cuja previsão visa as pessoas coletivas públicas com atividades estatutárias de investigação e desenvolvimento.

A relevância socioeconómica deste regime é indiscutível: atualmente, a maior parte das invenções com carácter técnico são criadas dentro das empresas. Em 2009, foi indicado que 80% dos pedidos de patente na Alemanha têm origem empresarial¹⁰. Este número terá crescido, não havendo sinais de que a tendência se altere. A este título, vale a pena lembrar OLIVEIRA ASCENSÃO, que ainda nos anos 80 referiu o seguinte: “a figura do inventor dotado, que na província aperfeiçoou o quadro da bicicleta, não tem nenhum significado, se confrontada com as centenas de invenções que todos os dias escorrem como água da actividade das grandes empresas”¹¹.

III. Neste contexto, após uma breve análise sobre a regra geral do direito à patente (§ 2), o presente contributo centrar-se-á na

¹⁰ Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, Drucksache 757/08, 17.10.2008, p. 23.

¹¹ Oliveira Ascensão, *Direito Comercial - Direito Industrial*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1988, p. 241. Haja-se vista, ainda, a Ubertazzi, *Profili Soggettivi del Brevetto*, Giuffrè, Milão, 1985, p. 1, que refere que a evolução tecnológica que caracterizou os últimos séculos deixou menos espaço para a figura do pesquisador “solitário”, que inventa soluções técnicas apenas com sua própria atividade intelectual de estudo e pesquisa tecnológica.

regra especial presente no artigo 58.º. Realizado um breve excursus introdutório (§ 3), procede-se a uma categorização dos vários tipos de invenções laborais (§ 4), a uma análise do dever de informação por parte do trabalhador-inventor, bem como o dever acessório de confidencialidade (§ 5), ao âmbito de aplicação do artigo 58.º, designadamente à questão de saber se o preceito inclui as invenções patenteáveis cuja exploração é realizada em regime de segredo de negócio (§ 6), à explanação do regime da arbitragem obrigatória como forma de resolução de conflitos respeitantes à matéria que nos ocupa (§ 7), bem como ao regime jurídico aplicável às invenções cujo direito de patente haja sido requerido após a cessação do contrato, em particular, se estamos perante uma presunção absoluta ou relativa (§ 8). Não terminaremos sem antes apresentar algumas breves notas sobre o regime jurídico das invenções laborais criadas por trabalhadores que prestam a sua atividade a pessoas coletivas públicas (§ 9).

De fora do presente estudo ficarão as invenções criadas fora de esquemas laborais, ou seja, em que não existe *subordinação jurídica*, por trabalhadores autónomos, por exemplo, no âmbito de um contrato de prestação de serviços (denominadas *invenções sob encomenda* ou *de encargo*). Note-se, no entanto, que a discussão que ora empreendemos aproveita, de igual modo, a esta categoria de invenções, porquanto o artigo 58.º, n.º 7 manda aplicar, salvo convenção em contrário, a maior parte do regime jurídico das invenções laborais.

§ 2. O direito à patente (regra geral)

I. De acordo com o artigo 57.º, n.º 1, “o direito à patente pertence ao inventor ou aos seus sucessores por qualquer título”. Estamos perante a regra geral nesta matéria: em princípio, aquele que *inventa*, que desenvolve uma solução técnica, que resolve um determinado problema no estado da arte, terá o *direito à patente*, *id est*, o direito a requerer um direito de patente perante a entidade responsável pela sua análise e concessão (no ordenamento jurídico português, o INPI). Trata-se do denominado *princípio do inventor*¹². Tal axioma será explicado por razões filosóficas, atinente à luta dos inventores nos séculos XVII e XVIII contra o arbítrio na concessão dos privilégios, que raramente os beneficiava e pode, atualmente, ser retirado do artigo 42.º, n.º 2, da CRP, que determina que a liberdade de criação cultural *compreende o direito à invenção*.

Por via de uma *presunção natural*, a lei assume que quem requereu o pedido de patente é aquele que é o titular do direito à patente, designadamente por ser *inventor* ou o *sucessor*, *inter vivos* ou *mortis causa* (“sucessores por qualquer título), deste (artigo 57.º, n.º 1). Outrossim, à semelhança do que sucede em outros ordenamentos jurídicos¹³, a ordem jurídica portuguesa atribui o direito à patente a

¹² Princípio habitualmente enunciado pela jurisprudência e doutrina alemã. Cf Mes, “Der Anspruch auf das Patent - ein Rechtsschutzanspruch?”, *GRUR*, 2011, pp. 584 e ss., p. 585.

¹³ Na Alemanha: Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 11.º ed., C.H.Beck, Munique, 2020, p. 177. Em França: Pollaud-Dulian, *Propriété Intellectuelle. La Propriété Industrielle*, Economica, Paris, 2011, p. 212. Em Itália: Vanzetti/Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, 9.º ed., Giuffrè, Milão, 2021, p. 417. Nos EUA, até 2011, predominou o sistema do *primeiro inventor* (“first to invent”). Todavia, de forma a reduzir a litigiosidade em matéria de titularidade de patentes, decidiu-se avançar para uma solução mais próxima dos países europeus (Schechter/Thomas, *Principles of Patent*

quem submeter o pedido de proteção em primeiro lugar (sistema “first to file”). Ou seja, é dada prevalência à *prioridade objetiva* em prol da *prioridade subjetiva*. Caso duas ou mais pessoas criem a mesma invenção de forma independente, o direito à patente é atribuído àquele que apresentar o pedido em primeiro lugar¹⁴. Razões de ordem prática e de segurança jurídica explicam a adoção de um sistema baseado no primeiro depósito¹⁵. De igual modo, no interesse do progresso técnico, dar primazia àquele que requer a patente em primeiro lugar representa uma forma de promover a divulgação da invenção na sociedade¹⁶. No entanto, a fim de evitar abusos do sistema e tutelar terceiros de boa-fé, o *princípio do registo* é atenuado por vários preceitos. Em particular, possibilita-se a recusa ou a anulação do direito, por exemplo, quando são desrespeitadas as normas respeitantes à atribuição do direito à patente dos artigos 57.º a 59.º (artigos 33.º, n.º 1, b) e 75.º, n.º 1, g)). De igual modo, limita-se o direito de exclusividade atribuído pela patente contra terceiros que, de boa-fé, tenham chegado pelos seus próprios meios ao conhecimento da invenção e a utilizam ou empreendem preparativos efetivos e sérios para a utilizar (artigo 105.º); o beneficiário gozará, todavia, de um mero *direito de uso*, ficando, inclusive, limitado no seu poder de disposição.

Se a regra geral é a de que o direito à patente pertence ao *inventor*, resta-nos saber quem poderá ter este estatuto. Se nos

Law, 3.ª ed., West Academic Publishing, St. Paul, 2019, pp. 73 e ss.).

¹⁴ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. Luís Couto Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2021, p. 379; Pollaud-Dulian, *Propriété Intellectuelle. La Propriété Industrielle*, cit., p. 212.

¹⁵ Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.º d., Almedina, Coimbra, 2022, p. 76.

¹⁶ Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 162.

debruçarmos sobre o CPI, em nenhum momento o conceito de inventor surge definido. De igual modo, a CPE tampouco define o que se pode entender por inventor. Se não há dúvidas de que uma *pessoa humana* poderá adquirir este estatuto, já se poderá questionar se outro tipo de *entidades*, designadamente pessoas coletivas ou mesmo agentes dotados de inteligência artificial, poderão gozar de semelhante estatuto. De forma (quase) unânime, tem sido defendido que somente as pessoas físicas, humanas, poderão ser qualificadas como *inventor*¹⁷, pois só a estas se pode reconhecer um pensamento criativo, intelectual. De resto, as próprias regras especiais sobre a titularidade da patente dão-nos indicações nesse sentido, pois, além da regra especial atribuir o *direito à patente* à empresa (artigo 58.º, n.º 1), estatui, de igual modo, um *direito a uma remuneração* de harmonia com a importância da invenção a favor do *inventor* nos casos em que a atividade inventiva não seja especialmente remunerada

¹⁷ Cf, entre outros, Ménière/Pihlajamaa, “Künstliche Intelligenz in der Praxis des EPA”, *GRUR*, 2019, pp. 332 e ss., p. 335; Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 161; Ahrens, em: Pierson/Ahrens/Fischer, *Recht des geistigen Eigentums (Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht)*, 4.º ed., Narr Francke Attempto, Tübingen, 2018, p. 11. Abordando, em concreto, a questão respeitante aos sistemas de inteligência artificial, cf Nägerl/Neuburger/Steinbach, “Künstliche Intelligenz: Paradigmenwechsel im Patentsystem”, *GRUR*, 2020, pp. 336 e ss., p. 340; Mes, *PatG GebrMG. Kommentar*, § 6 PatG, 5.º ed. C.H.Beck. Munique, 2020, Rn. 10; Remédio Marques, “O Nascimento, a Titularidade e Algumas Vicissitudes do Direito à Patente no Novo CPI de 2018”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2020, pp. 41 e ss., p. 43, nota 1 e *idem* em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 375, nota 625; Alexandra Caetano Domingues, *Inteligência Artificial e Patentes*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 60 e ss. Vide, ainda, a decisão da Câmara de Recurso do Instituto Europeu de Patentes no famoso caso *Dabus*, de 21.12.2021, J 0008/20 - 3.1.01, onde rejeitou a inclusão de um sistema de inteligência artificial como inventor, referindo que “Under the EPC the designated inventor has to be a person with legal capacity. This is not merely an assumption on which the EPC was drafted. It is the ordinary meaning of the term inventor” (§ 4.3.1). Em sentido contrário, cf Ryan Abbott, “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law”, *Boston College Law Review*, vol. 57, n.º 4, 2016, pp. 1079 e ss., p. 1081.

(artigo 58.º, n.º 2). Em outras palavras, a lei separa conceptualmente a realidade do titular do direito à patente, que pertence à *respetiva empresa*, do *inventor*, que poderá, no limite, ter direito a uma remuneração. Ao manter esta dualidade, o legislador demonstra que o *inventor* é sempre uma pessoa física¹⁸ e que por via desse estatuto mantém algumas prerrogativas, em particular, as de cariz pessoal.

Esta circunstância leva a que as pessoas jurídicas, qualquer que seja sua forma, não possam ser qualificadas como *inventoras*. De igual modo, apesar das recentes tentativas em incluir no estatuto de inventor os sistemas dotados de inteligência artificial, tal solução deve ser afastada. Além da autonomia não ser sinónimo de liberdade (*in casu*, liberdade criativa), o atual estado da arte não concebe verdadeiramente invenções geradas por inteligência artificial. No limite, apenas invenções criadas com o *auxílio* da inteligência artificial, pois o fator humano está sempre presente¹⁹. A idealização de invenções geradas totalmente por um sistema de inteligência artificial encontra-se, atualmente, no mundo da ficção e não existem perspetivas que se torne realidade.

Em suma, o pensamento criativo é uma característica que advém da liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade e, por isso, apenas ao ser humano, seja de forma singular ou plural, poderá ser atribuído o estatuto de inventor.

¹⁸ O direito à patente pode ser naturalmente adquirido por quem não goze de capacidade de exercício de direitos (Mes, *PatG GebrMG. Kommentar*, § 6 PatG, cit., Rn. 11). Outra solução já deve, no entanto, ser dada para a solicitação do pedido de patente, que supõe a capacidade de exercício do requerente (Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 380).

¹⁹ Drexler et al, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Perspective*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13, 2019, p. 9.

II. A qualificação de uma ou várias pessoas físicas como *inventores* atribui-lhes uma posição jurídica que conserva um conteúdo pessoal e patrimonial²⁰.

Rejeitamos a ideia veiculada por alguns autores de que a personalidade do inventor não é de forma alguma expressa na invenção²¹. É verdade que o direito pessoal do inventor não alcança a relevância que esta prerrogativa conserva em matéria de direitos de autor²². Todavia, subjacente à tutela do direito pessoal está a recompensa profissional do inventor e o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento de novas invenções. De igual modo, a evolução histórica do Direito de patentes e as prerrogativas pessoais atribuídas ao inventor confirmam que o direito pessoal constitui, efetivamente, uma manifestação da tutela da personalidade deste, sendo, por conseguinte, inalienável, irrenunciável e imprescritível. Por este motivo, a não coincidência entre o direito patrimonial (adquirido de forma originária ou de forma derivada) e o direito pessoal não afeta a subsistência, nem a titularidade deste último.

A base legal do direito pessoal do inventor surge no artigo 60.º e, em termos gerais, desdobra-se nas seguintes faculdades:

- (i) Direito a ser mencionado como inventor no requerimento de pedido de patente e no título de patente, caso a titularidade não seja pedida em seu nome (artigo 60.º, n.º 1);
- (ii) Direito a solicitar o anonimato, tanto no pedido, como no título de patente. Uma vez que, por regra, a não coincidência entre a

²⁰ Na jurisprudência: Ac. STJ, de 27.04.2023, proc. 289/18.9YHLSB.L1.S1 (Fátima Gomes), disponível em «www.dgsi.pt».

²¹ Pollaud-Dulian, *Propriété Intellectuelle. La Propriété Industrielle*, cit., p. 213.

²² Oliveira Ascensão, “Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?”, *Themis*, Ano VIII, n.º 15, 2008, pp. 117 e ss., pp. 126 e 127.

titularidade patrimonial e a pessoal obriga a que o nome do inventor conste no pedido e no título de patente, o direito ao anonimato requer um pedido expresso nesse sentido, por escrito, por parte do inventor (artigo 60.º, n.º 2).

- (iii) Direito a reivindicar paternidade da invenção ou da retificação do seu nome no caderno de patente (artigo 60.º, n.º 1).

Os direitos pessoais ora referidos são independentes da sorte do pedido de patente²³. Nestes termos, mesmo que o pedido não venha a ser concedido, o inventor terá o direito de exigir a correção do caderno de patente, designadamente a solicitar a aposição da sua menção como inventor. Outrossim, atento à natureza *pessoal* do direito, será possível reivindicar a paternidade da invenção mesmo após a morte do inventor. A violação do direito pessoal do inventor não traz, no entanto, consequências relativas aos direitos patrimoniais sobre a invenção. Assim, por exemplo, o facto de o titular da patente não apor o nome do inventor no caderno de patente, não permite a este reivindicar a titularidade do direito patrimonial sobre esta, ainda que possa gerar a responsabilidade civil do infrator.

Mesmo não tendo direito à patente, a atribuição do estatuto de inventor poderá, no entanto, ser relevante em termos patrimoniais: de acordo com o artigo 58.º, n.º 2, o inventor beneficiará de uma remuneração especial de harmonia com a importância da invenção, caso a atividade inventiva não seja remunerada. De igual modo, mesmo que a atividade inventiva não esteja prevista, caso a invenção se integre na atividade da empresa, esta poderá adquiri-la mediante

²³ BGH, de 17.05.2011 (*Atemgasdrucksteuerung*), GRUR, 2011, 903.

o pagamento de uma remuneração adequada ao inventor (artigo 58.º, n.º 3, a)).

Abordaremos este regime em detalhe. Contudo, torna-se necessário tecer uma breve consideração adicional. Na prática é por vezes menosprezada a atribuição do estatuto de inventor. Não raras vezes são indicados como inventores no pedido de patente sujeitos que nada contribuíram para o conceito inventivo ou cuja participação se baseou num mero auxílio material. Uma vez que a atribuição do estatuto de inventor traz consigo determinadas prerrogativas, inclusive patrimoniais, tal incúria deve ser corrigida na *praxis*. No âmbito de um litígio laboral, não será de desconsiderar que o trabalhador, alegando o seu estatuto formal de inventor, reclame o pagamento de uma remuneração avultada devido ao seu alegado contributo, levando a um litígio que era dispensável.

A ação que vise reconhecer a qualidade de inventor, o direito de paternidade de invenção, constitui uma *ação de simples apreciação positiva* (artigo 10.º, n.º 3, a)), do CPC). O mesmo já não sucede, no entanto, quando o titular da patente, defronte de reivindicação de direitos patrimoniais derivados do estatuto de inventor (p.e., a remuneração especial pela atividade inventiva), pretenda remover a indicação do inventor do caderno de patente, porquanto tal visa alterar *status quo* jurídico que a situação criou. Neste último caso, estaremos perante uma ação constitutiva²⁴.

²⁴ Neste sentido: Ac. STJ, de 27.04.2023, proc. 289/18.9YHLSB.L1.S1 (Fátima Gomes), disponível em «www.dgsi.pt».

III. Na maioria das invenções hodiernas é comum a participação de várias pessoas. Esta circunstância levanta a questão de saber quem é, efetivamente, o inventor (ou os inventores) de determinada invenção.

Parece-nos claro que apenas será inventor quem participou no *ato de criação*. Este facto jurídico natural deve ser apartado de outros atos, que embora possam ter relevância para a concretização do invento, não constituem mais do que procedimentos coadjuvantes, que não concorrem para o *ato criativo*. De facto, em lugares paralelos, as normas que regulam os direitos de propriedade intelectual já identificam categorias de sujeitos que, mesmo que participando em atividades que beneficiam o resultado intelectual, realizam apenas atos materiais. Em particular, encontramos tal afloramento no artigo 17.º, n.º 4, do CDADC, que determina que “não se consideram colaboradores e não participam, portanto, dos direitos de autor sobre a obra aqueles que tiverem simplesmente auxiliado o autor na produção e divulgação ou publicação desta, seja qual for o modo por que o tiverem feito”.

Com a devida distância, a ausência de norma equivalente em matéria de patentes não obsta, no entanto, a que se aflore a mesma ideia. O estatuto de inventor deve ser reconhecido àquele ou àqueles que detêm o controlo do processo criativo, excluindo-se os sujeitos que atuam como meros auxiliares do inventor ou de terceiro, que não contribuíram para o ensino técnico ou que o fizeram apenas por via de atos materiais sem dimensão criativa. A questão de saber se existe uma determinada contribuição inventiva depende, em grande medida, dos dados do caso concreto. Porém, em termos gerais,

poderemos afirmar que não será considerado inventor, por exemplo, o sujeito contratado para elaborar os desenhos técnicos, para efetuar estudos sobre o estado da técnica, para adaptar procedimentos de teste para a escala laboratorial, para realizar testes ou ensaios de forma a aferir o desempenho técnico ou a viabilidade mercadológica da invenção, para registar ou monitorizar valores e métricas, para pesquisar fornecedores que auxiliem na execução do projeto inventivo, que proceda com operações materiais recorrendo a maquinaria, que constrói protótipos com base em instruções do inventor, que disponibiliza recursos materiais, como um laboratório ou qualquer outro espaço físico ou digital para a experimentação da invenção ou que apenas financia a *prova de conceito* (“proof of concept”)²⁵.

Esta mesma ideia tem sido veiculada pela jurisprudência superior alemã, nomeadamente pelo Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* ou BGH). O inventor será aquele que criou ou desenvolveu, pelos seus próprios meios, o ensinamento técnico respeitante à invenção²⁶. O *ato de criação* implica, por isso, um facto jurídico concreto, um curso causal e real dos acontecimentos, que não se limita a um plano meramente teórico, considerando cenários hipotéticos que poderiam ter ocorrido²⁷.

Em termos práticos, questiona-se se o ponto de referência essencial para a determinação do estatuto de inventor será apenas o conteúdo das reivindicações. À partida, esta parece ser a resposta correta, porquanto as reivindicações representam a parte que define o

²⁵ Alguns dos exemplos referidos são mencionados por Ahrens, em: Pierson/Ahrens/Fischer, *Recht des geistigen Eigentums*, cit., p. 111

²⁶ Por exemplo: BGH, de 20.06.1978 (*Motorkettensäge*), GRUR, 1978, 583 p. 585; BGH, de 15.05.2001 (*Schleppfahrzeug*), GRUR, 2001, 823, p. 824.

²⁷ BGH, de 15.05.2001 (*Schleppfahrzeug*), GRUR, 2001, 823, p. 824.

escopo de proteção conferida pela patente, descrevendo de forma precisa e clara o núcleo da invenção. Porém, atendendo ao facto de a descrição e os desenhos servirem para interpretar as reivindicações (artigo 98.º, n.º 1), será redutor limitar a determinação do estatuto de inventor apenas ao núcleo essencial do caderno de patente. Ao invés, deve-se estabelecer o estatuto de inventor atendendo ao conteúdo global do pedido de patente, incluindo-se, por conseguinte, a descrição e os desenhos do caderno de patente²⁸. Note-se, no entanto, que o conteúdo das reivindicações poderá assumir uma importância *negativa*, indicando, nomeadamente, que parte da invenção apresentada na descrição não pertence ao objeto para o qual a proteção foi concedida quando a patente foi concedida e que, por isso, determinado sujeito não pode ser considerado como inventor²⁹.

IV. Havendo a participação de várias pessoas no desenvolvimento da invenção, apenas serão coinventores os sujeitos que tenham realizado uma *contribuição criativa* (“schöpferischer Beitrag”) para a invenção, distinguindo-se tal contribuição, como já o afirmámos, da pura assistência material, que não é suficiente para justificar o estatuto de coinventor³⁰. Todavia, a *contribuição criativa* exigida para a concessão do estatuto de coinventor não necessita de ser independentemente inventiva e/ou cumprir, *per se*, todos os requisitos de uma invenção técnica patenteável, mesmo que, no limite, estivéssemos perante um conceito inventivo geral e, por conseguinte, se

²⁸ BGH, de 18.06.2013 (*Flexibles Verpackungsbehältnis*), BeckRS 2013, 13904, § 13.

²⁹ BGH, de 17.05.2011 (*Atemgasdrucksteuerung*), GRUR, 2011, 903, p. 904.

³⁰ BGH, de 20.02.1979 (*Biedermeiermanschetten*), GRUR 1979, 540, p. 541; BGH, de 16.09.2003 (*Verkranzungsverfahren*), GRUR, 2004, 50, p. 51.

cumprisse o requisito da unidade da invenção (artigo 73.º, n.º 2). De igual modo, a contribuição criativa de cada um dos coinventores não exige a sua simultaneidade, podendo ser desfasada temporalmente.

Temos, no entanto, bastantes dúvidas quanto à necessidade de que todos os coinventores tenham o *domínio total da invenção*, no sentido de que “todos e cada um deles compreendam a invenção e a consigam fazer funcionar aos olhos do perito da especialidade”³¹. Parece-nos que a atribuição do estatuto de coinventor está mais relacionada com a contribuição significativa e colaborativa para a criação da invenção do que com a compreensão completa de todos os seus aspetos. É comum em equipas de desenvolvimento que diferentes inventores tenham conhecimentos em áreas distintas e, de forma conjunta, contribuam para o resultado alcançado. Cada coinventor deve ter oferecido uma contribuição criativa para o invento, não sendo, todavia, necessário que cada um compreenda ou consiga fazer funcionar a invenção na sua totalidade. Este entendimento tem como limite, naturalmente, que a contribuição não seja meramente auxiliar ou material.

Pertencendo o direito à patente aos coinventores, o grau de *contribuição criativa* determinará, no caso concreto, a quota a atribuir a cada deles, aplicando-se, nessa medida, o regime geral da comunhão (artigo 1404.º, do CC). Para o efeito, vale a pena considerar o critério que tem sido experimentado pelos tribunais alemães, que corresponde a um teste de três etapas³²:

³¹ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 383.

³² BGH, de 17.10.2000 (Berücksichtigung möglicher Miterfinderstellung bei Geltendmachung einer Alleinerfindervergütung), GRUR 2001, 226, p. 227. Cf, igualmente, Mes, PatG GebrMG. Kommentar, § 6 PatG, cit., Rn. 24.

- (i) em primeiro lugar, deve-se determinar o conceito inventivo subjacente ao ato de criação, ou seja, a invenção em si mesma;
- (ii) como segundo passo, deve-se aferir as contribuições individuais dos alegados coinventores; e,
- (iii) finalmente, ponderar o peso de cada uma das contribuições entre si e com respeito à contribuição inventiva global.

A sobreposição funcional e técnica dos contributos dos vários inventores, sob pena de tornar a determinação extremamente complexa, deve levar à presunção natural de que os contributos são quantitativamente iguais.

Por força do artigo 57.º, n.º 2, havendo coinventores, qualquer um deles terá *legitimidade* para requerer a patente em benefício de todos.

§ 3. O regime especial de titularidade do artigo 58.º: introdução

I. O artigo 58.º tem como epígrafe “regras especiais sobre titularidade da patente”. A dissonância da epígrafe para com as situações que visa regular é por demais evidente: não está em causa a titularidade do *direito de patente*, mas sim a titularidade do *direito à patente*, *id est*, de saber a quem é concedido o direito de requerer uma patente perante a entidade competente.

Em termos históricos, o ordenamento jurídico português mitigou, desde sempre, o *princípio do inventor*. Já o CPI de 1940 continha

regras especiais sobre esta matéria³³. O artigo 9.º, § 1, que tinha, acertadamente, como epígrafe “a quem pertence o direito à patente”, dispunha nos seguintes termos:

“Pertence à respectiva empresa o direito à patente de invenção feita durante a execução de contrato de trabalho em que a actividade inventiva esteja prevista e seja especialmente retribuída. Na falta da referida retribuição, o inventor tem, além do direito de ser reconhecido como tal, o de receber remuneração em harmonia com a importância do inventor”.

Por sua vez, o § 2, estatuiu o seguinte:

“Independentemente das condições previstas no parágrafo anterior, se a invenção se integrar na actividade da empresa, terá esta direito de preferência à exploração exclusiva ou não exclusiva da invenção, à aquisição da patente ou à faculdade de pedir ou adquirir patente estrangeira; e o inventor terá direito a remuneração equitativa, deduzida a importância correspondente a qualquer auxílio prestado pela empresa para realizar a invenção”.

Os restantes parágrafos concretizavam o modo, os efeitos e a resolução de conflitos que emergissem de tais preceitos. De qualquer

³³ Apesar de não existir uma regulação internacional sobre a matéria, esta questão nunca foi menosprezada nos fóruns internacionais. Com a crescente industrialização no século XIX, a problemática das invenções realizadas por trabalhadores começou a ser cada vez mais discutida. Tiveram lugar algumas propostas para revisão da Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, *inter alia*, no que respeita à remuneração especial a favor trabalhador-inventor. As propostas foram sendo, no entanto, sucessivamente rejeitadas, avançando-se apenas na regulamentação do direito de paternidade do inventor (artigo 4º-ter) (Wolk, “Remuneration of Employee Inventors - Is there a Common European Ground? A comparison of National Laws in Germany, France, Spain, Sweden and the UK”, *IIC*, 2011, pp. 272 e ss., pp. 274 e ss.).

modo, é possível aferir que as bases do atual regime já estavam lançadas. Ao lado da regra geral estabeleciam-se regras especiais sobre a titularidade do direito à patente quando criada por trabalhador por conta de outrem, assente em vários níveis, designadamente, no facto de a atividade inventiva estar prevista, da circunstância de, apesar de a atividade inventar estar prevista, não ser especialmente remunerada ou, não estando prevista, se integrar na atividade da empresa. Tais pressupostos, ainda que com maiores ou singelas diferenças, seriam mantidos no CPI de 1995 (artigo 54.º, que tinha como epígrafe “Direito dos assalariados”), no CPI de 2003 (artigo 59.º, com epígrafe “Regras especiais sobre titularidade da patente”) e no CPI atual (artigo 58.º).

Vale pena atentar aos três primeiros números do artigo 58.º:

“1 - Se a invenção for feita durante a execução de contrato de trabalho em que a atividade inventiva esteja prevista, o direito à patente pertence à respetiva empresa.

2 - No caso a que se refere o número anterior, se a atividade inventiva não estiver especialmente remunerada, o inventor tem direito a remuneração, de harmonia com a importância da invenção.

3 - Independentemente das condições previstas no n.º 1:

a) Se a invenção se integrar na sua atividade, a empresa tem direito de opção à patente mediante remuneração de harmonia com a importância da invenção e pode assumir a respetiva propriedade, ou reservar-se o direito à sua exploração exclusiva, à aquisição da patente ou à faculdade de pedir ou adquirir patente estrangeira;

b) O inventor deve informar a empresa da invenção que tiver

realizado, no prazo de três meses a partir da data em que esta for considerada concluída;

c) Se, durante esse período, o inventor chegar a requerer patente para essa invenção, o prazo para informar a empresa é de um mês a partir da apresentação do respetivo pedido no INPI, I. P.;

d) O não cumprimento das obrigações referidas nas alíneas b) e c), por parte do inventor, implica responsabilidade civil e laboral, nos termos gerais;

e) A empresa pode exercer o seu direito de opção, no prazo de três meses a contar da receção da notificação do inventor”.

II. Bem entendido, o presente regime relaciona-se com a titularidade do direito à patente do *inventor-trabalhador*, ainda que as suas regras ultrapassem esta dimensão e se apliquem a outros tipos de prestação de trabalho, que não se enquadram, ainda assim, no trabalho por conta de outrem. Haja-se vista ao n.º 7, do artigo 59.º, que estatui que, salvo convenção em contrário, as regras especiais do preceito se aplicam, com as necessárias adaptações, às *invenções feitas por encomenda*, ou seja, no âmbito de um contrato de prestação de serviços para a realização de uma determinada invenção.

Não obstante, o regime do artigo 59.º é construído à volta da titularidade do direito à patente realizada por um trabalhador por conta de outrem. Alguns autores denominam o regime como “invenções dos assalariados”³⁴. Mantemos a nomenclatura já empregue anteriormente: *invenções laborais*³⁵.

³⁴ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 387.

³⁵ Vitor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, *Revista de*

Uma leitura superficial do preceito revela que o regime das invenções laborais não constitui um quadro normativo simples. Ao invés, contém múltiplas complexidades, sendo metodologicamente útil a sua categorização em vários tipos de *invenções laborais*, que dependem da sua maior ou menor ligação à atividade a que o trabalhador se obrigou e ao escopo de atividade do empregador. Vejamos cada uma destas categorias.

§ 4. Categorização dos vários tipos de invenções laborais

I. Desde o CPI de 1940, malgrado as diferentes nomenclaturas, é possível identificar na disciplina sobre a titularidade do direito à patente três categorias de invenções laborais³⁶: (i) *invenções de serviço*; (ii) *invenções ocasionais*; e (iii) *invenções livres*.

Como teremos oportunidade de explicar, as diferentes tipologias estão, por um lado, relacionadas com a circunstância de a invenção resultar do cumprimento dos deveres laborais do trabalhador, no âmbito de uma *atividade inventiva* contratualizada e, por outro, de a invenção se integrar na *atividade da empresa*.

II. As *invenções de serviço* são reguladas a título principal e constituem a situação mais habitual na vida prática. Por força do artigo 58.º, n.º 1, caso a invenção seja criada durante a execução do

Direito Intelectual, n.º 2, 2016, pp. 219 e ss.

³⁶ Seguimos: Vítor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., p. 239 e ss.

contrato de trabalho, em que a atividade inventiva esteja prevista, o direito à patente pertence à respetiva empresa.

Mister será que a atividade inventiva esteja prevista, o que nos remete para o quadro contratual entre o trabalhador e o empregador. Note-se, porém, que a atividade inventiva não necessita de estar expressa no contrato. Tal entendimento poderá ser retirado, tacitamente, da interpretação do contrato ou da atividade efetivamente exercida a título exclusivo. De igual modo, não se revela necessário que constitua o objeto único do contrato celebrado entre o empregador e o trabalhador, podendo, no limite, representar uma prestação esporádica, de menor frequência em relação a outras atividades executadas. Outrossim, tal previsão contratual poderá resultar de uma modificação do contrato de trabalho durante a execução deste.

Estamos perante uma norma injuntiva, que atribui, *ex lege*, o direito à patente ao empregador. Afastam-se soluções que se baseiam numa obrigação do inventor de transmitir o direito à patente para o empregador ou, eventualmente, numa transferência automática deste direito, concomitante com a sua génese. Como exemplo paradigmático, haja-se vista ao ordenamento jurídico alemão, em que o direito à patente pertence originariamente ao trabalhador, cabendo ao empregador, no entanto, a possibilidade de adquiri-lo caso se trate de uma invenção de serviço (“Diensterfindung”), por via de uma declaração de vontade dirigida ao trabalhador e mediante uma compensação³⁷. Ao invés, na ordem jurídica portuguesa, nas

³⁷ Cf §§ 5 *et seq.* *ArbnErfG*. O princípio que norteia o regime alemão baseia-se no facto de as invenções, muitas vezes, adquirirem um valor considerável, algo que não pode ser refletido devidamente num esquema de remuneração fixa (Ahrens, *Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht: Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - unlauterer Wettbewerb*, 2.^a ed., Springer, Wiesbaden, 2016, p. 129).

invenções de serviço, o direito à patente pertence, originariamente, ao empregador³⁸. Nada obsta, no entanto, a que após a constituição do direito na esfera jurídica do empregador, as partes possam acordar algo diferente, por exemplo, transmitindo a totalidade ou parte (em cotitularidade) do direito para o trabalhador-inventor ou até o seu licenciamento. Será também possível estabelecer uma *remuneração suplementar* pela criação do invento, tanto no contrato de trabalho, como em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (IRCT)³⁹.

Relacionada com esta regra, acha-se o n.º 2, do mesmo preceito, que estatui que, “se a atividade inventiva não estiver especialmente remunerada, o inventor tem direito a remuneração, de harmonia com a importância da invenção”. A presente norma não tem como propósito alterar a regra geral estabelecida no número anterior. Mesmo que a atividade inventiva não esteja especialmente remunerada, o direito à patente continua a pertencer, originariamente, ao empregador. Ou seja, tratando-se de invenção resultante da execução de prestação laboral em que a atividade inventiva esteja prevista e especialmente remunerada, o direito à patente pertence à entidade patronal; no mesmo sentido, tratando-se invenção resultante da execução de prestação laboral em que a atividade inventiva seja prevista, mas não especialmente remunerada, o direito à patente continua a pertencer ao empregador.

³⁸ Já assim: Vitor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., p. 240. No mesmo sentido: Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 389.

³⁹ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 389.

Se o n.º 1 já o transpareceria, o n.º 2 esclarece quaisquer dúvidas sobre a particular dignidade da atividade inventiva como resultado da atividade laboral. A atividade inventiva, pela sua complexidade e dignidade, deve sempre ser especialmente remunerada. Caso isso não suceda, nasce na esfera jurídica do trabalhador-inventor um *direito especial de remuneração*. O *direito especial de remuneração* não terá, no entanto, lugar caso a atividade de investigação e de desenvolvimento de novas invenções constitua o objeto exclusivo da prestação laboral adstrita ao trabalhador. Neste caso, deverá concluir-se que a retribuição se destina, precisamente, à atividade inventiva. Tornar-se-ia redundante exigir uma remuneração especial, quando o trabalhador é remunerado, em exclusivo, por tal atividade.

Dúvidas poderão surgir, no entanto, quando a atividade inventiva constitua uma das prestações laborais a que o trabalhador está adstrito. Neste caso, a ausência de qualquer remuneração para tal particular prestação laboral, justifica que se estabeleça uma remuneração especial a favor do trabalhador. A remuneração deve ser estabelecida de acordo com a “importância da invenção”. Para o cálculo da remuneração deve-se, em particular, levar em consideração dois fatores: o valor comercial da invenção e o contributo do inventor e da própria empresa para a sua elaboração. À falta de lastro jurisprudencial sobre a matéria em Portugal, dever-se-á aproveitar a experiência de outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do alemão, em

que se acham orientações claras e experimentadas nos tribunais⁴⁰ e que têm inspirado ordenamentos jurídicos congêneres⁴¹.

III. Nas *invenções ocasionais*, previstas no n.º 3, a), a situação é mais complexa. Estamos defronte de invenções criadas pelo trabalhador no seio da entidade patronal para a qual presta atividade, mas em que a atividade inventiva (expressa ou tacitamente) não está prevista no contrato de trabalho. A solução passa por atribuir determinadas prerrogativas à empresa caso a invenção se integre “na sua atividade”.

Da *alínea a)* é possível retirar, desde logo, duas premissas basilares. Ao contrário da solução estabelecida para as *invenções de serviço*, nas *invenções ocasionais* o direito à patente pertence, originariamente, ao trabalhador-inventor. Por outro lado, o empregador goza de um *direito de opção*⁴² que gira em torno de três alternativas, ainda que sujeitas a pressupostos específicos: (i) a de subingressar no direito à patente; (ii) o direito de requerer a proteção da patente

⁴⁰ Sobre este ponto, vide Vitor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., pp. 250 e ss. Na Alemanha cf, por exemplo, Schoenen, em: Hasselblatt, *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, § 39 ArbEG, 6.º ed., C.H.Beck, Munique, 2022, Rn 34 *et seq.*

⁴¹ É o caso do ordenamento jurídico italiano, em que os tribunais têm aplicado sucessivamente o método tedesco de quantificação da remuneração especial a favor do trabalhador (Cf, entre outros, Di Cataldo, *Il Codice Civile Commentario - I brevetti per invenzione e per modelo art. 2584 - 2594*, 2º ed., Giuffrè, Milão, 2000, pp. 193 e 194; Franzosi, “La Disciplina Tedesca sulle Invenzione dei Dipendenti”, *Rivista di Diritto Industriale*, I, Giuffrè, 2012, pp. 88 e ss.). O mesmo tem sucedido em Espanha, onde é visível um esforço da doutrina para transpor as fórmulas alemãs (cf Lois Bastida, *La Protección del Inventor Asalariado*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 213 e ss.). No caso do Reino Unido, a experiência alemã serviu de base para o regime atual de quantificação da remuneração especial a favor do trabalhador, (Cornish, “Rights in Employees’ Inventions the United Kingdom Position”, *IIC*, 1990, pp. 298 e ss., p. 299).

⁴² Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 572. Qualificando como um direito de preferência à luz do CPI de 1940, vide Ac. TRL, de 13.10.1992, proc. 0058581 (Lopes Bento), disponível em «www.dgsi.pt».

fora de Portugal; e (iii) o direito de obter uma licença de exploração exclusiva.

Particularmente importante será conhecer em que circunstâncias a invenção se integrará na *atividade da empresa*. REMÉDIO MARQUES refere-se a três situações, designadamente, (1) invenções criadas pelo trabalhador no exercício das suas funções, sem que lhe tenha sido confiada qualquer atividade inventiva; (2) invenções criadas pelo trabalhador e que integram a atividade desenvolvida pela empresa; e (3) invenções criadas pelo trabalhador com recurso a meios financeiros, técnicos ou outros meios incorpóreos relevantes⁴³.

O elemento literal diz-nos que, não constituindo a atividade inventiva o objeto do contrato, será *suficiente* que a invenção se integre na atividade da empresa. Este entendimento é também explicado por razões teleológicas: pretende-se evitar que o trabalhador-inventor concorra com a empresa, o que constitui um dever acessório da relação laboral, integrado habitualmente no dever mais amplo de lealdade (artigo 128.º, n.º 1, f), do CT). De outra forma, poderia dar-se azo a que o trabalhador se aproveitasse da sua posição privilegiada junto da entidade patronal, assim como dos recursos disponíveis a seu favor. Em outras palavras, parte-se do princípio de que as invenções que se integram na atividade da empresa são realizadas por via do aproveitamento dos meios financeiros, técnicos ou intangíveis da empresa (*know-how*, bases de dados, software, informação confidencial, publicações), pelo que tal é suficiente para dar origem ao direito de opção a favor do empregador.

⁴³ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., pp. 389 e 390.

Impõe-se ainda a necessidade de determinar o que se entende por “atividade da empresa”. Aqui devemos incluir tanto a dimensão interna quanto externa. A invenção pode ser algo que melhore um processo interno ou um produto interno, ou uma solução técnica que tenha efeitos nas operações externas da empresa (por exemplo, a forma como a empresa interage com os seus clientes ou parceiros).

IV. Temos, por fim, as denominadas *invenções livres*. Ainda que por razões de construção metodológica seja importante referi-las, estas não constituem, verdadeiramente, invenções laborais. A utilidade desta classificação serve, sobretudo, para clarificar aqueles casos em que se levantam dúvidas sobre a titularidade do direito à patente realizada por um trabalhador, ainda que fora do esquema do artigo 58.º. Podemos dar como exemplo o farmacêutico que, contratado para trabalhar num laboratório na sua área, cria um novo sistema de rega, que em nada se relaciona com a sua atividade ou atividade da entidade patronal. Neste caso, a relação jurídica de trabalho subordinado entre o farmacêutico e o respetivo empregador não é suficiente para promover a aplicação do regime especial do artigo 58.º. Não existindo qualquer conexão à empresa que dê lugar a uma *invenção ocasional*, aplicar-se-á a regra geral. O direito à patente pertencerá ao inventor (artigo 57.º).

Naturalmente, tal solução não impede que possa haver consequências no plano da responsabilidade laboral, *maxime* pelo facto de o trabalhador não prestar, efetivamente, a sua prestação. No entanto, tal não influencia, nem convoca, a aplicação do artigo 58.º.

V. O artigo 58.º, n.º 9 não permite que o *inventor* renuncie antecipadamente aos direitos estabelecidos no preceito correspondente. Não se trata, naturalmente dos direitos pessoais, porquanto estes são irrenunciáveis. Estão aqui em causa os direitos patrimoniais reconhecidos ao trabalhador-inventor no artigo 58.º. Assim, por exemplo, não poderá ser estabelecido no contrato de trabalho que o inventor deixará de receber a remuneração suplementar pela atividade inventiva, alterar o seu método de quantificação⁴⁴ ou levar a que o trabalhador abdique dos seus direitos no que respeita às invenções ocasionais. Tais cláusulas serão nulas.

A *ratio* gira à volta de três interesses: desde logo, ainda que inexistia uma proibição geral de renúncia ao exercício de direitos⁴⁵, o Direito desconfia, habitualmente, deste tipo de cláusulas, sendo sujeitas, na falta de norma expressa, a um juízo de ponderação no caso concreto; outrossim, o presente regime não deixa de ser influenciado pela tutela laboral, protegendo-se a parte mais fraca na relação jurídica, o trabalhador-inventor; finalmente, uma renúncia antecipada das prerrogativas presentes no artigo 58.º poderia colocar em causa a proteção constitucional que é atribuída ao inventor (artigo 42.º, n.º 2, da CRP).

Como a letra da lei indica, e na medida em que estamos perante direitos patrimoniais, a proibição dirige-se apenas à renúncia

⁴⁴ Contando que a remuneração adequada leve em consideração a *importância da invenção*, o artigo 59.º, n.º 9 não proíbe, no entanto, que as partes possam estabelecer metodologias específicas para a sua quantificação.

⁴⁵ Ana Filipa Antunes, “Da irrenunciabilidade antecipada a direitos”, em: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz Sequeira, Pedro Garcia Marques, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 79 e ss., p. 88.

antecipada, ou seja, antes das situações jurídicas ativas se consolidarem na esfera jurídica do inventor⁴⁶.

§ 5. O dever de informação por parte do trabalhador-inventor. Deveres acessórios de confidencialidade

I. Por força da alínea b), do n.º 3, do artigo 58.º, o inventor deve informar a sua entidade patronal da invenção que tiver realizado, no prazo de três meses a partir da data em que esta for considerada concluída.

Quando a lei se refere a “inventor” está, naturalmente, a dirigir-se às pessoas físicas que realizaram a invenção. Havendo coinventores, o exercício do dever de informação por um deles, desde que completa, aproveita aos restantes. Outrossim, o dever de informação que onera o trabalhador-inventor não se dirige apenas à situação prevista no n.º 3, a), *id est*, às *invenções ocasionais*. Aplica-se também às *invenções de serviço*. Esta interpretação encontra guarida no elemento literal, porquanto a parte inicial do n.º 3, do artigo 58.º refere que as regras presentes nas suas várias alíneas são independentes das condições previstas no n.º 1 - ou seja, concernentes às *invenções de serviço* -, podendo aplicar-se cumulativamente. De resto, independentemente de estarmos perante invenções de serviço ou ocasionais, o empregador não estará, amiúde, em condições de ter acesso a esta informação, pelo que a necessidade de ser informado é por demais evidente. Mesmo que inexistisse previsão

⁴⁶ No mesmo sentido, AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., pp. 222 e 223; Lois Bastida, *La Protección del Inventor Asalariado*, cit., p. 256; Vercellone, *Le Invenzioni dei Dipendenti*, Giufrè, Milão, 1961, p. 68.

expressa, tal asserção seria sempre inferida do princípio geral da boa-fé.

O trabalhador-inventor terá até três meses para informar o empregador, a partir da data em que a invenção tiver sido concluída. Esta circunstância deve ser aferida objetivamente, tendo em conta a elaboração ou o desenvolvimento de uma determinada solução técnica. O inventor não poderá, por exemplo, subtrair-se a tal dever, invocando que a invenção ainda se encontra incompleta em termos tecnológicos. Durante o processo de desenvolvimento de uma tecnologia ou produto, podem surgir várias soluções técnicas inovadoras que resolvem problemas específicos. Cada uma dessas soluções pode ser considerada uma invenção separada em termos objetivos. Caso o dever de informação estivesse sujeito a considerações subjetivas do inventor, tal poderia prejudicar a estratégia de propriedade intelectual e a exploração da tecnologia pela entidade empregadora.

Se durante o período de três meses o inventor solicitar o pedido de patente em seu nome, o prazo para informar a empresa é encurtada para um mês a partir da apresentação do pedido no INPI (artigo 58.º, n.º 3, c)). Entende-se o encurtamento do prazo: o pedido implica que o caderno de patente foi redigido e depositado. É necessário aferir a qualidade do pedido. Outrossim, a partir da data de prioridade correm vários prazos incontornáveis para a internacionalização da patente. Haverá que permitir ao empregador reagir rapidamente perante a solicitação, tutelando os seus interesses. Por “pedido” deve entender-se tanto um pedido de patente definitivo, como um pedido provisório de patente (cf artigo 63.º).

O não cumprimento dos prazos referidos poderá implicar a responsabilidade civil e laboral do trabalhador-inventor (artigo 58.º, n.º 3, d)). Esta questão não é de somenos importância: por exemplo, a ausência de comunicação do inventor poderá determinar a impossibilidade de proteção da invenção. Dependendo da importância do invento, os prejuízos poderão ascender a montantes muito significativos e impactar com o crescimento da empresa.

Ao contrário do que é possível encontrar em alguns ordenamentos jurídicos⁴⁷, não se acha no artigo 58.º qualquer indicação quanto à forma de comunicação. Deste modo, aplica-se a liberdade de forma dos atos jurídicos presente no artigo 219.º, do CC, admitindo-se, no limite, uma comunicação verbal. Esta prática será desaconselhável por dois motivos. Em primeiro lugar, para efeitos probatórios, é recomendável que o trabalhador-inventor comunique a informação por escrito, defendendo-se, assim, de quaisquer alegações de incumprimento do dever que lhe é imposto. Em segundo, considerando a complexidade da invenção, a comunicação oral poderá não ser adequada a preencher o ónus do trabalhador. Ou, no limite, ser ininteligível para o empregador, uma vez que conteúdo da notificação deverá, pelo menos, conter (i) uma descrição do objeto da invenção, incluindo, em concreto, a solução técnica; (ii) as circunstâncias que levaram à realização da invenção; e (iii) as possíveis aplicações desta⁴⁸. No caso das invenções ocasionais, o conteúdo da notificação acha-se ainda mais exigente, porquanto será com base nesta comunicação que o empregador decidirá se pretende exercer uma das

⁴⁷ Por exemplo, § 5, n.º 2, *ArbnErfG*.

⁴⁸ Neste sentido: Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 395.

prerrogativas a que tem direito de acordo com a alínea a), do n.º 3, do artigo 58.º.

II. Relacionado com a relação laboral e a atividade inventiva do trabalhador surgem também *deveres acessórios*. Um dos mais relevantes é o dever de confidencialidade que recai sobre o trabalhador⁴⁹. O conceito inventivo não poderá ser divulgado a terceiros, de forma direta ou indireta, seja por transmissão ou publicação de artigos científicos. A comunicação do invento deve ser realizada a um número restrito de sujeitos, em particular, aos que estejam também vinculados a um dever de confidencialidade e não ao público em geral. Recomenda-se que o empregador implemente diretrizes internas para este fim, podendo, por exemplo, incorporá-las ao regulamento interno da empresa (artigo 99.º, do CT).

A divulgação da informação poderá ter consequências graves: além do acesso a informação privilegiada por parte de concorrentes, no limite, poderá colocar em causa a viabilidade do pedido de patente (por exemplo, pela inexistência de *novidade* da invenção) ou a exploração do invento por segredo de negócio.

⁴⁹ No mesmo sentido: Schoenen, em: Hasselblatt, *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, § 39 ArbEG, cit., Rn 8; Ahrens, em: Pierson/Ahrens/Fischer, *Recht des geistigen Eigentums*, cit., p. 111.

§ 6. O âmbito de aplicação do artigo 58.º: a exploração da invenção suscetível de proteção por patente em segredo de negócio

I. A forma ideal de ilustrar este ponto é detalhar a problemática que se apresenta. Imaginemos que, perante uma invenção de serviço ou ocasional, a empresa, ao invés de requerer o pedido de patente, decide explorar a invenção em regime de segredo de negócio (artigos 313.º e ss.).

Como ponto de partida, a escolha pela via do segredo de negócio por parte de qualquer interessado não pode ser censurada. A legitimidade da opção acha-se na sua dimensão jurídica, concorrencial e económica. Por um lado, além da livre iniciativa económica privada (artigo 61.º, n.º 1, da CRP) dar guarida à autonomia empresarial, no sentido de que os agentes económicos, por princípio, têm a liberdade de optar pelas decisões empresariais que julgarem mais apropriadas, nas quais se inclui, naturalmente, a forma de exploração de invenções e de criações intelectuais, a exploração por via do segredo de negócio encontra, atualmente, um enquadramento legal mais robusto em termos de proteção, que o autonomiza do regime da concorrência desleal e aproxima-o de um verdadeiro direito de propriedade intelectual, ainda que “imperfeito”⁵⁰. A legitimidade de tal proteção acha-se ainda no confronto com a concorrência, porquanto a via do segredo de negócio poderá proporcionar uma maior vantagem competitiva e de estratégia empresarial no caso concreto, *inter alia*, pela duração potencialmente ilimitada da proteção, pela

⁵⁰ Vitor Palmela Fidalgo, “A tutela dos segredos comerciais: os procedimentos cautelares e a indemnização”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 11, 2019, pp. 21 e ss., p. 23.

adaptabilidade que permite tal escolha ou pela manutenção da informação apartada dos concorrentes, ao mesmo tempo que se mantém a possibilidade de licenciamento ou transmissão a terceiros do bem intelectual. Outrossim, não devemos esquecer a dimensão económica subjacente: a proteção por via do segredo de negócio evita os custos significativos associados à proteção formal por via de patente ou de modelo de utilidade, sobretudo quando se pretende internacionalizar e manter uma família de patentes.

II. Todavia, ainda que a escolha do *empresário* seja legítima, esta gera uma problemática de não somenos importância: no limite, a opção do empregador poderá ditar que as prerrogativas a favor do inventor não se aplicam. A título de exemplo, caso o empregador decida explorar a invenção como segredo de negócio, o inventor fica despojado de qualquer remuneração que lhe seria eventualmente devida pelo n.º 2 ou pelo n.º 3, a), do artigo 58.º.

Se nos debruçarmos sobre o artigo 58.º, tal como o artigo 57.º, este dirige-se, desde logo, à *invenção*. Embora não se ache qualquer definição jurídica de invenção, é possível por via da análise do regime a que está sujeito, encontrar as suas principais características. Desde logo, estamos diante de um bem imaterial, um produto da mente humana, que se distingue tanto do seu inventor, pessoa física, como do *corpus mechanicum* sobre o qual se pode materializar⁵¹. Outrossim, da formulação do artigo 50.º é possível aferir que a invenção representa, igualmente, uma *criação técnica*, ou, de forma mais particular, uma *solução técnica* para a resolução de um problema existente no estado da arte.

⁵¹ A este respeito, vide Orlando Carvalho, *Direito das Coisas*, cit., p. 143, nota 2.

É notado o esforço do legislador para não encerrar o conceito sobre si mesmo e dar-lhe o maior nível de neutralidade. As invenções podem surgir para quaisquer tipos de produtos ou processos e em todos os domínios da tecnologia (artigo 50.º, n.º 2), incluindo invenções que respeitam a processos novos de obtenção de produtos, substâncias, ou composições já conhecidas (artigo 50.º, n.º 3).

A lei não deixa, no entanto, de impor à conceptualização de invenção um limite negativo. Assente na premissa geral de que os direitos de propriedade intelectual não podem proteger as meras ideias e abstrações, o artigo 51.º exclui do conceito de invenção as descobertas, as teorias científicas, os métodos matemáticos, os materiais ou substâncias já existentes na natureza, os projetos, os princípios e os métodos de exercício de atividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das atividades económicas ou as apresentações de informação (artigo 51.º, n.º 1, *a*), *b*), *d*) e *e*)). Atento ao seu carácter técnico, ficam também de fora criações que, no limite, são suscetíveis de serem protegidas por via de outros direitos de propriedade intelectual, como as criações estéticas (artigo 51.º, n.º 1, *c*)) e os programas de computador (enquanto tal) (artigo 51.º, n.º 1, *d*), *in fine*).

A existência de uma invenção não se confunde, naturalmente, com o direito de patente. Além de constituir o objeto de proteção e não o direito em si, o surgimento da patente requer que a invenção preencha determinados requisitos: além do seu *carácter técnico*, exige-se que seja *nova*, implique *atividade inventiva* e seja suscetível de *aplicação industrial* (artigo 52.º, n.º 1). Neste contexto, é

possível realizar uma distinção entre *invenções suscetíveis de proteção* por patente e *invenções não suscetíveis de proteção*.

Além da *invenção*, o regime alude à titularidade do *direito à patente*. Ou seja, a lei pretende definir a quem é concedido o direito de requerer uma patente perante a entidade responsável. Perante a titularidade do direito à patente, a empresa poderá fazer uma de duas coisas: ou requerer a patente no instituto respetivo ou explorar a invenção em segredo de negócio. Deste modo, como já temos vindo a afirmar⁵², parece existir espaço na lei para assumir que a proteção do direito não é *conditio juris* para a existência do direito à remuneração do trabalhador-inventor⁵³⁻⁵⁴. Além do argumento literal, tal solução vai também ao encontro de uma das razões teleológicas subjacentes a este regime: pretende-se premiar o inventor pela sua atividade inventiva, pelo seu labor intelectual. Ora, tal desiderato ficaria comprometido se admitíssemos que este só teria direito à remuneração se o empregador procedesse à proteção do direito por patente. Deixar-se-ia o trabalhador-inventor à mercê da decisão do empregador. No limite, o empregador poderia optar pelo segredo de negócio para se subtrair ao pagamento da remuneração⁵⁵.

⁵² Vitor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., pp. 246 e ss.

⁵³ No mesmo sentido, na doutrina espanhola, vide: Lois Bastida, *La Protección del Inventor Asalariado*, cit., p. 202.

⁵⁴ Em termos práticos, no momento que o empregador opta pela exploração da invenção em segredo de negócio, a patenteabilidade da invenção, em princípio, não será uma certeza, porquanto não existiu qualquer decisão administrativa de concessão. Com base nesta situação, o empregador poderá mesmo rejeitar o pagamento da remuneração, argumentando que a invenção não preenche todos os requisitos necessários. Nesta hipótese, o trabalhador-inventor poderá propor uma ação judicial por forma a dirimir esta questão.

⁵⁵ AAVV, *Le Nuove Leggi Civili - La Riforma del Codice Della Proprietà Industriale*, Giuffrè, Milão, 2010, p. 173.

Esta solução tem tido oposição por parte de alguma doutrina pátria, referindo-se que o regime se estrutura em torno da existência de uma patente e que o direito de remuneração depende, pelo menos, de um pedido de patente⁵⁶. Além disso, apontam-se, ainda, dificuldades de prova, porquanto não será viável que se discuta em tribunal se determinada informação protegida por segredo de negócio seria suscetível de patente⁵⁷.

Não nos parece que tais objeções permitam afastar o aqui defendido. Desde logo, apesar de a lei, amiúde, assumir a existência de um pedido ou direito de patente como paradigma⁵⁸, o regime gira em torno da *invenção suscetível de ser protegida* e, por conseguinte, do *direito à patente* - esta última prerrogativa que pode ou não ser exercida pelo seu titular. Será incoerente admitir que o inventor fica despojado das suas prerrogativas pelo facto de o empregador, enquanto titular de um direito à patente e num ato de gestão legítimo, não sindicável pelo tribunal, decida explorar a invenção por via do segredo de negócio.

Já no que diz respeito à prova, se estamos de acordo quanto às dificuldades práticas que esta questão pode originar, tal nunca será razão suficiente para a excluir da sindicância judicativa. De resto, tão pouco a lei exclui o pagamento da remuneração quando ainda estamos perante um pedido de patente e não existem certezas sobre a concessão do direito correspondente.

⁵⁶ Nuno Sousa e Silva, “Propriedade industrial no contexto laboral: quem tem direito a quê?”, *RDES*, Ano LVIII, n.º 1-4, 2014, pp. 203 e ss., pp. 245 e 246.

⁵⁷ *Idem*, p. 246.

⁵⁸ Por exemplo, artigo 58.º, n.º 3, a) (“aquisição da patente”) ou n.º 5 (“as invenções cuja patente tenha sido pedida (...)”).

A solução proposta não ignora a *práxis*, muito pelo contrário. É prática comum que as invenções exploradas por via do segredo de negócio, malgrado a confidencialidade a que estão sujeitas, sejam redigidas como se um caderno de patente se tratasse, *id est*, com título, resumo, descrição, desenhos técnicos e respectivas reivindicações. Tal é recomendável, porquanto permite que o detentor do segredo de negócio, perante um eventual titular de patente posterior, reivindique o seu *direito de uso prévio* previsto no artigo 105.º. Esta circunstância promove a certeza jurídica quanto à invenção, bem como possibilita aferir se ela seria suscetível de ser protegida por patente.

A ausência de jurisprudência nacional sobre a matéria não tem impedido, no entanto, que a problemática seja reconhecida pelos interessados. Alguns regulamentos de propriedade intelectual de universidades públicas, ao regulamentarem a remuneração a favor dos investigadores, já preveem, expressamente, a exploração por segredo de negócio, não tendo a escolha impacto na compensação devida⁵⁹.

Note-se que esta questão tem sido alvo de controvérsia em outros ordenamentos jurídicos. Contudo, a tendência tem sido a favor da solução ora propugnada. No caso de Itália, já antes do atual *Codice della proprietà Industriale*, a doutrina e a jurisprudência debatiam-se para saber se a remuneração era devida mesmo quando o empregador decidisse não proteger a invenção e esta fosse explorada em regime de segredo de negócio. No silêncio da lei, a doutrina considerava que a remuneração seria também devida nestes casos, ainda

⁵⁹ Cf, por exemplo, artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento de Propriedade Intelectual da Universidade de Lisboa, aprovado pelo Despacho normativo n.º 5 -A/2013, desta mesma Universidade e publicado como anexo ao despacho.

que, num sentido oposto, a jurisprudência propugnasse por uma solução negativa⁶⁰. Esta questão foi resolvida com uma alteração ao Código da Propriedade Industrial levada a cabo em 2010, que veio prever expressamente uma compensação ao trabalhador-inventor, ainda que o empregador utilize *l'invenzione in regime di segretezza industriale*⁶¹.

Semelhante modelo de decisão pode ser aferido no direito alemão. De acordo com o § 17, n.º 1, da *ArbnErfG*, quando os interesses legítimos da empresa exigirem que uma invenção de serviço não seja divulgada, o empregador pode abster-se de solicitar a proteção por direito de propriedade industrial, desde que reconheça que a invenção é suscetível de proteção, não se prescindindo, por conseguinte, da remuneração devida ao inventor (§ 17, n.º 3)⁶². No *quantum* da remuneração deve, de resto, ser tido em consideração as eventuais desvantagens remuneratórias para o trabalhador, pelo facto de não ter sido solicitado um direito de propriedade industrial.

Em suma, o modelo de solução defendido, além de encontrar espaço na redação legislativa e na sua teleologia, tem sido experimentado e encontra plena validade em ordenamentos jurídicos próximos do nosso, contrariando as críticas respeitantes às dificuldades de

⁶⁰ AAVV, *Le Nuove Leggi Civili - La Riforma del Codice Della Proprietà Industriale*, cit., pp. 168. No sentido de que a patenteabilidade não será condição para atribuir a remuneração, vide, entre outros, Di Cataldo, *Il Codice Civile Commentario...*, cit., p. 192.

⁶¹ Como refere o relatório explicativo (*relazione illustrativa*) do d.lgs. 131/2010, de 13 de outubro: “si interviene su una carenza del testo previgente, riconoscendo l'equo premio per il dipendente non solo allorquando il datore di lavoro decide di brevettare l'invenzione, ma anche qualora, per strategia imprenditoriale opta per l'utilizzo dell'invenzione stessa in regime di segretezza industriale”.

⁶² Sobre esta questão, vide Schoenen, em: Hasselblatt, *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, § 39 ArbEG, cit., Rn 82-85.

prova ou de insegurança jurídica. Note-se, no entanto, que tal solução não significa equiparar o conceito de invenção do artigo 58.º ao de informação sujeita a segredo de negócio do artigo 313.º. Referimo-nos apenas às *invenções que sejam suscetíveis de proteção* por patente, o que levanta dúvidas sobre a solução a dar às invenções não patenteáveis, mas que são exploradas por segredo de negócio ou por outra via; por exemplo, melhorias técnicas que ofereçam ao empregador uma posição vantajosa no mercado, similar à obtida por um direito de propriedade intelectual.

Alguns ordenamentos jurídicos optam por regular esta questão no âmbito do regime das invenções laborais. Haja-se vista ao ordenamento jurídico alemão, que, a par das invenções, estatui que qualquer melhoria técnica que proporcione ao empregador uma posição vantajosa semelhante à obtida por um direito de propriedade industrial, dá também direito da remuneração a favor do trabalhador (§ 20, da *ArbnErfG*). Semelhante modelo de decisão é encontrado na ordem jurídica espanhola (artigo 18.º, n.º 3, da *Ley 24/2015*, (Lei de Patentes)).

O ordenamento jurídico português, em particular o artigo 58.º, não fornece orientações para esta questão, levando-nos a concluir que tal problemática encontra-se fora do escopo da norma.

§ 7. As invenções cujo direito de patente haja sido requerido pós contrato: presunção *juris et de jure*?

I. As regras especiais aplicáveis às invenções laborais - de serviço e ocasionais - assumem uma coincidência cronológica entre a

atividade inventiva e a execução do contrato de trabalho. As invenções que forem criadas fora deste quadro não se poderão considerar, em regra, invenções laborais.

Surgem, no entanto, dúvidas quando, já após a cessação do contrato, o ex-trabalhador-inventor requer um direito de patente. O desenvolvimento de novas soluções técnicas inventivas assenta, habitualmente, num processo de investigação e desenvolvimento complexo e moroso. Ou seja, será bem provável que, apesar de o pedido de patente ter sido solicitado após a cessação do contrato de trabalho, o desenvolvimento da invenção tenha ocorrido durante o seu exercício.

Estas razões levam a que a lei retire ilações para firmar um facto desconhecido, mas empiricamente razoável: o artigo 58.º, n.º 5 prevê que as invenções cuja patente tenha sido pedida durante o ano seguinte à data em que o inventor deixar a empresa consideram-se realizadas durante a execução do contrato de trabalho. Estatui-se, assim, uma presunção a favor da *laboralidade da invenção*, que conserva vários méritos, entre eles, o de evitar que o trabalhador, por via da cessação do contrato, suste a aplicação das regras especiais de titularidade a favor da entidade empregadora, despojando-a das prerrogativas a que tem direito⁶³. De igual modo, promove-se um modelo de decisão simples para um problema intrincado, que será aferir o *tempo dell'invenzione*, ou seja, o momento em que se desenvolveu a parte fulcral ou decisiva da atividade inventiva. A presunção é, aqui, bastante oportuna.

⁶³ Mansani, em: AAVV, *Codice della Proprietà Industriale*, coord. Adriano Vanzetti, Giuffrè, Milão, 2013, p. 807.

II. A presente solução encontra-se prevista no ordenamento jurídico português desde o CPI de 1940⁶⁴. Em momento algum o legislador veio esclarecer se estamos perante uma presunção *juris et jure* ou *juris tantum*. Alguma doutrina nacional parece inclinar-se para o entendimento de que se trata de uma presunção absoluta⁶⁵. O mesmo entendimento acha-se em alguns autores estrangeiros⁶⁶, em que semelhante regra pode ser encontrada, como é o caso do ordenamento jurídico italiano⁶⁷.

Da nossa parte, mantemos a opinião já anteriormente defendida: trata-se de uma presunção relativa e que, por conseguinte, admite prova em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do CC)⁶⁸. Além de a lei não conter qualquer indicação expressa nesse sentido, a instituição de uma presunção absoluta poderia implicar uma inversão metodológica do sistema, porquanto derrogaria, parcialmente, a regra geral do artigo 57.º, respeitante ao *princípio do inventor*. Neste contexto, o trabalhador-inventor poderá sempre provar que, apesar de ainda não ter sido ultrapassado o prazo de um ano após a cessação do contrato, o desenvolvimento da solução técnica inventiva (ou a parte

⁶⁴ Cf artigo 9º, § 6, do CPI de 1940.

⁶⁵ Victória Rocha, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, cit., p. 194. A autora refere, contudo, que seria “mais razoável” prevê-la como uma presunção relativa.

⁶⁶ Vercellone, *Le Invenzioni dei Dipendenti*, cit., p. 54.

⁶⁷ Haja-se vista ao artigo 64.º, n.º 6, do *Codice della proprietà industriale*.

⁶⁸ Vítor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., p. 257. No mesmo sentido: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 221; Nuno Sousa e Silva, “Propriedade industrial no contexto laboral...”, cit., p. 222 (ainda na vigência do CPI de 2003). A maioria da doutrina italiana vai no mesmo sentido: Vanzetti/Di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, cit., p. 432; Di Cataldo, *Il Codice Civile Commentario...*, cit., pp. 185 e 186; Ubertaini, *Profili Soggettivi del Brevetto*, cit., p. 25. Este último autor chega mesmo a referir que a verificar-se a hipótese de o legislador ter estabelecido uma presunção absoluta, estaríamos perante uma “espropriazione ex lege senza indennizzo”.

fulcral desta) situa-se fora da prestação laboral. De igual modo, o empregador poderá também demonstrar que, apesar de já ter sido ultrapassado o prazo de um ano após a cessação do contrato de trabalho, a invenção foi elaborada durante a execução deste.

§ 8. A arbitragem obrigatória como meio de resolução de conflitos

I. Por força do n.º 6, do artigo 58.º, se nas situações previstas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito as partes não chegarem a acordo, a questão deve ser resolvida por arbitragem.

Estamos perante uma *arbitragem necessária*⁶⁹, o que impede, desde logo, que o litígio seja dirimido perante os juízes de trabalho. A arbitragem poderá ter lugar perante um centro de arbitragem, assumindo assim a feição de *arbitragem institucionalizada*, ou ser organizada pelas próprias partes envolvidas no litígio (*arbitragem ad hoc*).

II. Suscita-se a questão de saber quais as matérias que devem ser objeto de arbitragem obrigatória.

No *mens legislatoris* estará, desde já, a contenda sobre o montante da remuneração adequada a favor do inventor. Trata-se de um exercício complexo, que demanda refinada perícia técnica, em contraposição à burocracia processual e à morosidade dos tribunais judiciais. A letra da lei não exclui, no entanto, quaisquer outras *questões*

⁶⁹ Já assim referido à luz do CPI de 2003: Vítor Palmela Fidalgo, “O Regime Jurídico das Invenções Laborais”, cit., p. 259.

*instrumentais*⁷⁰, como a legalidade do exercício do direito de opção pelo empregador, ou do dever de informação pelo trabalhador, bem como a determinação sobre se a invenção foi criada durante a execução do contrato de trabalho (ou seja, se se qualifica como invenção de serviço, ocasional ou livre). Todas estas matérias ficarão sujeitas a arbitragem necessária prevista no artigo 58.º, n.º 6.

Ficarão de fora, no entanto, as questões atinentes à responsabilidade civil ou laboral (artigo 58.º, n.º 3, d)) concordando que, neste caso, se proceda com uma interpretação restritiva da norma remissiva⁷¹.

§ 9. As invenções laborais criadas no seio de pessoas coletivas públicas

I. Cabem, por último, algumas notas relativamente às invenções desenvolvidas no seio de pessoas coletiva públicas.

É possível encontrar, neste âmbito, dois regimes. Desde logo, um corpo normativo de aplicação geral, que se acha por remissão do artigo 58.º, n.º 8. Por força deste preceito, as regras respeitantes às invenções laborais de serviço e ocasionais, incluindo as normas de cariz procedimental e deveres de informação, são aplicáveis aos inventores trabalhadores e funcionários públicos. A disposição refere que o regime é aplicável à “Administração Pública” e a todos os seus “trabalhadores e colaboradores a qualquer título”, pelo que se aplica a todas as realidades de contratação no âmbito das pessoas coletivas

⁷⁰ Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 401.

⁷¹ Nuno Sousa e Silva, “Propriedade industrial no contexto laboral...” cit., p. 232.

públicas, ou seja, quando as pessoas coletivas públicas desenvolvem atividades que correspondem a interesses meramente privados, quando as pessoas coletivas públicas atuam como entidades empregadoras públicas, cujo regime laboral é muito próximo ao do CT, havendo, de resto, uma remissão genérica da LGTFP para este diploma (artigo 4.º, n.º 1, da LGTFP), ou, ainda, quando os trabalhadores subordinados à Administração Pública ficam sujeitos a um regime de direito administrativo, distinto do regime laboral, designados habitualmente por funcionários públicos ou agentes administrativos⁷².

II. A disposição em causa ressalva, no entanto, qualquer disposição em contrário, referindo, expressamente, que a regra se aplica sem prejuízo do disposto no artigo 59.º. É nestoutra disposição que encontramos um regime especial para as invenções criadas no seio de pessoa coletiva pública. A particularidade advém do seu âmbito subjetivo. De acordo com o artigo 59.º, n.º 1, este regime visa apenas as invenções realizadas por trabalhadores⁷³ e colaboradores⁷⁴ em consequência das suas atividades de investigação prestadas a pessoa coletiva pública “em cujo escopo estatutário se incluam atividades de investigação e desenvolvimento”.

A presente norma constitui uma novidade face aos códigos precedentes, em que não se achava tal regulamentação. À semelhança do preceito anterior, o artigo 59.º visa disciplinar a titularidade do

⁷² Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 744 e 745.

⁷³ Inclui, naturalmente, os docentes convidados.

⁷⁴ Além da relação assente num contrato de prestação de serviços, o conceito amplo de *colaboradores* inclui, à partida, os bolsiros e os alunos dos vários ciclos de estudos. Tudo dependerá, no entanto, daquilo que for regulado nos estatutos ou nos regulamentos de propriedade intelectual.

direito à patente de funcionários públicos que tenham vínculo com pessoas coletivas públicas que prossigam atividades de investigação científica. Nesta disposição enquadram-se as Universidades Públicas e os Institutos Politécnicos. De igual modo, os Centros de Investigação e os Laboratórios do Estado (por exemplo, o Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge (INSA) ou o Instituto de Investigação e Inovação em Saúde (i3S)), por compreenderem nas suas atribuições a investigação e o desenvolvimento científico⁷⁵, fazem parte do âmbito subjetivo da presente norma.

Seguindo de perto a disposição precedente, o artigo 59.º, n.º 1, estatui que a titularidade do direito à patente relativamente às invenções realizadas pelos trabalhadores ou colaboradores em consequência da sua atividade de investigação pertencem à pessoa coletiva pública. Mister será que a invenção se enquadre no escopo estatutário dela⁷⁶. Fora deste quadro, aplica-se a regra geral (artigo 57.º, n.º 1) e o direito à patente pertencerá ao investigador (ou aos investigadores). No limite, não deve ser descartada, todavia, a aplicação das regras presentes no artigo 58.º quanto às invenções ocasionais, porquanto o n.º 8 do preceito estende este regime à Administração Pública. A questão é especialmente problemática quando o investigador utiliza os recursos da instituição. Todavia, não havendo,

⁷⁵ No caso do Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge (INSA), haja-se vista ao artigo 3.º, n.º 2, a), do Decreto-Lei n.º 27/2012 de 8 de fevereiro, que estabelece, entre as suas atribuições, a de “promover e desenvolver a actividade de investigação científica orientada para as necessidades em saúde pública, procedendo à gestão científica, operacional e financeira dos programas de investigação do sector da saúde pública”.

⁷⁶ No mesmo sentido, Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 404, que dá como exemplo uma invenção farmacêutica obtida por um investigador do Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC), em que não se mobiliza os conhecimentos da engenharia de materiais não biológicos.

em concreto, qualquer ligação com a atividade da pessoa coletiva pública, tal regra não poderá ser aplicada.

No que respeita à titularidade da patente dever-se-á ainda atentar à regra especial presente no artigo 59.º, n.º 6: quando o trabalhador (ou colaborador) obtenha a invenção no âmbito da execução de um contrato entre a pessoa coletiva pública e uma outra entidade pública ou privada, terá de ser o contrato de parceria a definir a titularidade do direito. Não havendo regulamentação, pensamos que se deve aferir os contributos inventivos de cada uma das partes.

III. Nos termos do n.º 2, do artigo 59.º, as invenções criadas por funcionários públicos nos termos do n.º 1, devem ser notificadas no prazo de três dias à pessoa coletiva pública pelo trabalhador ou pelo colaborador. Tal como sucede no regime do artigo 58.º, é estatuído um *dever de informação* que onera o inventor. No artigo 59.º, n.º 2, prevê-se, no entanto, um prazo significativamente mais curto, que estará relacionado com a natureza e funcionamento do setor público, que, ao contrário das entidades privadas, necessitam habitualmente de um prazo mais alargado de decisão, não apenas pela burocracia e complexidade dos processos decisórios, mas sobretudo pelas limitações orçamentais e de recursos a alocar a um determinado projeto de investigação (*in casu*, a um eventual pedido de patente e respetiva internacionalização).

Quanto ao *conteúdo da notificação* a enviar pelo investigador remetemos para o que já afirmámos *supra*: existe liberdade de forma na comunicação (artigo 219.º, do CC), devendo esta conter, pelo menos, uma descrição do objeto da invenção, incluindo a solução

técnica, as circunstâncias que levaram à realização da invenção e as possíveis aplicações desta.

IV. Por comparação com a disposição anterior, a grande novidade do artigo 59.º consta do seu n.º 3. O investigador terá o direito de participar nos benefícios económicos auferidos pela pessoa coletiva pública na exploração (por exemplo, por via da utilização direta do invento ou do seu licenciamento, voluntário ou obrigatório, exclusivo ou não exclusivo, a terceiros) ou na transmissão do direito de patente (ou dos direitos que emergem do pedido). Os termos, as condições e as modalidades de participação nos benefícios económicos por parte do investigador devem ser estabelecidas nos estatutos ou nos regulamentos de propriedade intelectual da pessoa coletiva pública em causa. A este título, haja-se vista, por exemplo, ao Regulamento de Propriedade Intelectual da Universidade de Lisboa, aprovado pelo Despacho normativo n.º 5 -A/2013, desta mesma Universidade e publicado como anexo ao despacho. No seu artigo 7.º, n.º 1 é estabelecido que por cada invenção ou criação protegida pelo Código da Propriedade Industrial, incluindo informações exploradas em regime de segredo de negócio, a remuneração do inventor ou do criador, seja a que título for, será de 50 % das receitas auferidas com a valorização económica do bem intelectual, depois de deduzidas todas as despesas que suportaram, ou que se estima suportarem, designadamente com a constituição, manutenção, defesa, promoção e comercialização do bem intelectual.

A *ratio* deste regime acha-se, fundamentalmente, em três motivos. Em primeiro lugar, pretende-se que as entidades públicas de

pesquisa e desenvolvimento possam, na medida do possível, dispor de instrumentos para competir com as entidades privadas, considerando a menor flexibilidade para aumentar salários e as restrições orçamentais inerentes à gestão de recursos públicos. No mesmo sentido, pretende-se que esta medida incentive os investigadores a se dedicarem a invenções com impacto significativo na sociedade e no mercado, possibilitando sua exploração adequada. Por último, a especialidade desta solução não deixa de transparecer o particular papel do investigador, em especial dos docentes universitários, que gozam de uma maior liberdade na escolha do objeto da sua investigação⁷⁷. Em outras palavras, não se deixa de premiar a escolha, a autonomia e o papel essencial do docente (ou dos docentes) na investigação levada a cabo.

Se o n.º 3 se preocupa, em particular, com os investigadores, os n.ºs 4 e 5, do artigo 59.º visam, ao invés disso, tutelar a posição da pessoa coletiva pública.

No n.º 4 estabelece-se que a pessoa coletiva pública, que é titular do direito à patente, poderá transmitir a sua posição ao investigador, sem prejuízo de poder reservar uma licença a seu favor, direito esse que será não exclusivo, intransmissível e gratuito. O direito potestativo de reservar para si uma licença gratuita é especialmente relevante, porquanto visa que a pessoa coletiva pública possa continuar a explorar a invenção no âmbito da sua atividade (por exemplo, para fins educativos, de pesquisa e de investigação ou mesmo comerciais).

⁷⁷ Haja-se vista, por exemplo, ao artigo 64.º, do Estatuto da Carreira Docente Universitária.

O n.º 5 vai ainda mais longe, ao prever que, sendo o direito transmitido ao inventor, caso este obtenha benefícios económicos com a exploração da invenção, a pessoa coletiva pública terá direito a uma percentagem desses benefícios, cujas condições deverão ser reguladas nos estatutos ou nos respetivos regulamentos de propriedade intelectual da instituição. Este mecanismo garante que a entidade possa, de alguma forma, ser recompensada pelo apoio e recursos públicos que forneceu durante o processo de investigação e desenvolvimento da invenção, garantido, no mesmo passo, que tais benefícios possam ser reinvestidos na instituição, ajudando a financiar mais pesquisa e inovação, criando, assim, um círculo virtuoso, em que a instituição pode continuar a apoiar novos projetos e investigadores, de acordo com a sua missão social e de interesse público.

Os benefícios auferidos pelo investigador à luz do artigo 59.º não terão uma natureza retributiva. Esta regra é estabelecida no n.º 7 do preceito. Conforme se sabe, a distinção entre prestação retributiva e não retributiva é particularmente relevante no plano das consequências associadas à tutela do trabalhador. A remuneração decorrente da exploração de direitos, ao não entrar no conceito de retribuição do artigo 258.º, do CT, impede, assim, a aplicação da tutela subjacente às prestações retributivas, como é o caso das garantias que gozam os créditos laborais⁷⁸.

⁷⁸ Sobre o conceito de retribuição no Direito do trabalho, *vide, inter alia*, Leal Amado, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.º ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 287 e ss.; Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 576 e ss.; Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 8.º ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 359 e ss.; Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais*, 9.º ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 609 e ss.

V. O n.º 8, do artigo 59.º estabelece que todo o regime jurídico contido no preceito poderá ser afastado por vontade das partes. Ou seja, estamos perante um regime jurídico de *natureza supletiva*⁷⁹.

Existem dúvidas se, no entanto, algumas das regras presentes no artigo 59.º sujeitam-se a um princípio de injuntividade, designadamente por estipularem um regime mais favorável para o trabalhador. Dirigimo-nos, em particular, ao n.º 2, respeitante ao direito de participar nos benefícios económicos pelo inventor-investigador. A questão poderia surgir, nomeadamente, por via da aplicação de um *princípio de tratamento mais favorável ao trabalhador* na sua vertente interpretativa, nos termos do qual se considerar-se-ia que a norma contida no n.º 2, do artigo 59.º seria supletiva nos seus termos e condições (por exemplo, na percentagem a auferir pelo inventor), mas não na regra geral, de que os inventores devem participar, necessariamente, nos benefícios decorrentes da exploração do bem intelectual. Tal raciocínio implicaria, no entanto, que se reconhecesse a vigência do *favor laboratoris* como pré-juízo interpretativo, conceção que se encontra atualmente ultrapassada, reconhecendo-se que este princípio goza somente de aplicação no âmbito da hierarquia de normas (artigos 3.º e 476.º, do CT)⁸⁰. De resto, esta regra está prevista apenas no regime especial do artigo 59.º e não no âmbito do artigo 58.º, pelo que também não se pode daqui extrair nenhum princípio geral neste sentido.

⁷⁹ No mesmo sentido: Remédio Marques, em: AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., p. 409. Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial. Noções Fundamentais*, 2.º ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 65, nota 126, manifesta dúvidas quanto à natureza injuntiva ou supletiva do disposto no artigo 59.º.

⁸⁰ Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, cit., p. 99.

§ 10. Bibliografia

AAVV, *Codice della Proprietà Industriale*, coord. Adriano Vanzetti, Giuffrè, Milão, 2013.

AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Coord. António Campinos, Luís Couto Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2010.

AAVV, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, coord. Luís Couto Gonçalves, Almedina, Coimbra, 2021.

AAVV, *Le Nuove Leggi Civili - La Riforma del Codice Della Proprietà Industriale*, Giuffrè, Milão, 2010.

Abbott, Ryan, “I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law”, *Boston College Law Review*, vol. 57, n.º 4, 2016, pp. 1079 e ss.

Abrantes, José, “Contratos da Propriedade Intelectual e Contrato de Trabalho”, em: *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuço, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 79 e ss.

Ahrens, Sönke, *Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht: Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - unlauterer Wettbewerb*, 2.^a ed., Springer, Wiesbaden, 2016.

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.º ed., Almedina, Coimbra, 2019.

Antunes, Ana Filipa, “Da irrenunciabilidade antecipada a direitos”, em: *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz Sequeira, Pedro Garcia Marques, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 79 e ss.

Ascensão, José de Oliveira, *Direito Comercial - Direito Industrial*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1988.

_____, “Direitos intelectuais: propriedade ou exclusivo?”, *Themis*, Ano VIII, n.º 15, 2008, pp. 117 e ss.

Bastida, Fátima Lois, *La Protección del Inventor Asalariado*, Civitas, Madrid, 2000.

Bayreuther, Frank, “Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht Unter besonderer Berücksichtigung der Sondervergütungsansprüche des angestellten Softwareerstellers”, *GRUR*, 2003, pp. 570 e ss.

Carvalho, Orlando, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

Cataldo, Vincenzo Di, *Il Codice Civile Commentario - I brevetti per invenzione e per modelo art. 2584 - 2594*, 2º ed., Giuffrè, Milão, 2000.

Cequeira, Gama, *Tratado de Propriedade Industrial*, vol. II, tomo I, parte II, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1952.

Cornish, William, “Rights in Employees’ Inventions the United Kingdom Position», *IIC*, 1990, pp. 298 e ss.

Drexel, Josef/Hilty, Reto/Beneke, Francisco/Desaunettes-Barbero, Luc/Finck, Michèle/ Globocnik, Jure/Otero, Begoña Gonzalez/Hoffmann, Jörg/Hollander, Leonard/Kim, Daria/Richter, Heiko/Scheuerer, Stefan/Slowinski, Peter R./Thonemann, Jannick, *Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Perspective*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13, 2019.

Domingues, Alexandra Caetano, *Inteligência Artificial e Patentes*, Almedina, Coimbra, 2023.

Fidalgo, Vitor Palmela, “A tutela dos segredos comerciais: os procedimentos cautelares e a indemnização”, *Propriedades Intelectuais*, n.º 11, 2019, pp. 21 e ss.

Franzosi, Mario, “La Disciplina Tedesca sulle Invenzione dei Dipendenti”, *Rivista di Diritto Industriale*, I, Giuffrè, 2012, pp. 88 e ss.

Gierke, Otto von, *Deutsches Privatrecht, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, vol. 1, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.

Götting, Horst-Peter, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 11.º ed., C.H.Beck, Munique, 2020.

Leitão, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 8.º ed., Almedina, Coimbra, 2023.

Hasselblatt, Gordian N., *Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, 6.º ed., C.H.Beck, Munique, 2022.

Marques, João Paulo Remédio, “O Nascimento, a Titularidade e Algumas Vicissitudes do Direito à Patente no Novo CPI de 2018”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2020, pp. 41 e ss.

Martinez, Pedro Romano, “Tutela da actividade criativa do trabalhador”, *RDES*, ano XLI, nº 3 e 4, 2000, pp. 225 e ss.

_____, “Contratos de Encomenda de Criação Intelectual”, em: *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves, Cláudia Trabuço, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 55 e ss.

_____, *Direito do Trabalho*, 11.º ed., Almedina, Coimbra, 2023.

Melgar, Alfredo Montoya, *Derecho del Trabajo*, 37.º ed., Tecnos, Madrid, 2016.

Mes, Peter, “Der Anspruch auf das Patent - ein Rechtsschutzanspruch?”, *GRUR*, 2011, pp. 584 e ss.

_____, *PatG GebrMG. Kommentar*, 5.º ed. C.H.Beck, Munique, 2020.

Ménierè, Yann/Pihlajamaa, Heli, “Künstliche Intelligenz in der Praxis des EPA”, *GRUR*, 2019, pp. 332 e ss.

Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy*, 7.º ed., Livro V, Longmans, Green and Co., Londres, 1909.

Nägerl, Joel/Neuburger, Benedikt/Steinbach, Frank, “Künstliche Intelligenz: Paradigmenwechsel im Patentsystem”, *GRUR*, 2020, pp. 336 e ss.

Pierson, Matthias/Ahrens, Thomas/Fischer, Karsten, *Recht des geistigen Eigentums (Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht)*, 4.º ed., Narr Francke Attempto, Tübingen, 2018.

Pollaud-Dulian, M. Frederic, *Propriété Intellectuelle. La Propriété Industrielle*, Economica, Paris, 2011.

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais*, 9.º ed., Almedina, Coimbra, 2023.

Rocha, Maria Victoria, “A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho”, *Nos 20 anos do código das sociedades*

comerciais - Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I (Congresso Empresas e Sociedades), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 167 e ss.

Schechter, Roger E./Thomas, John R., *Principles of Patent Law*, 3.^a ed., West Academic Publishing, St. Paul, 2019.

Silva, Nuno Sousa e, “Propriedade industrial no contexto laboral: quem tem direito a quê?”, *RDES*, Ano LVIII, n.º 1-4, 2014, pp. 203 e ss.

Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial. Noções Fundamentais*, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2019.

Ubertazzi, Luigi Carlo, *Profili Soggettivi del Brevetto*, Giuffrè, Milão, 1985.

Wolk, Sanna, “Remuneration of Employee Inventors - Is there a Common European Ground? A comparasion of National Laws in Germany, France, Spain, Sweden and the UK”, *IIC*, 2011, pp. 272 e ss.

Vanzetti/Di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, 9.º ed., Giuffrè, Milão, 2021.

Vercellone, Paolo, *Le Invenzioni dei Dipendenti*, Giuffrè, Milão, 1961.

Vicente, Dário Moura, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2.º d., Almedina, Coimbra, 2022.



ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

I. Orientação

A Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT) é uma publicação periódica eletrónica de livre acesso, com um sistema de *double-blind peer review*, criada e detida pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Centro de Investigação de Direito Privado da Universidade de Lisboa.

II. Objetivos

A RIDT prossegue, com plena independência, os seguintes objetivos:

- a) Fomentar a investigação científica nas áreas do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas;
- b) Promover o aprofundamento da investigação científica em Portugal e no estrangeiro, através da publicação de artigos científicos que versem especialmente sobre Direito Laboral ou sobre outras áreas de estudo com impacto neste ramo do Direito;
- c) Promover a internacionalização das áreas de estudo da RIDT, através da publicação de artigos científicos de investigadores estrangeiros, de artigos científicos que versem sobre ordenamentos jurídicos estrangeiros ou que adotem perspetivas comparatísticas do estudo do Direito;
- d) Fomentar a liberdade académica dos autores e a inovação científica;
- e) Disseminar o conhecimento do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas, aproximando a comunidade académica da sociedade civil.

III. Investigação científica

A RIDT promove a investigação científica publicando artigos originais e inéditos, admitindo a publicação de textos já divulgados, nomeadamente em caso de atualização ou de a publicação inicial ter tido reduzida divulgação, assegurando o autor a autorização, quando necessária, e fazendo-se menção à anterior publicação, nos termos definidos no regulamento.

IV. *Peer review*

1. A RIDT promove a investigação e divulgação de artigos científicos de excelência, assegurando o rigor técnico da investigação através da implementação de um sistema de *double-blind peer review*.
2. A RIDT assegura que a revisão dos textos é realizada de forma anónima e com garantias de imparcialidade, nos termos estabelecidos no regulamento.

V. Princípios deontológicos

A RIDT assegura o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa fé dos leitores, nos termos do Código Deontológico dos Jornalistas e Boa fé dos Leitores.

VI. Publicação

A publicação dos textos enviados e revistos ficará condicionada à aprovação da Direção, a qual poderá recusar a publicação de qualquer texto, tendo em conta, nomeadamente, a sua originalidade, a atualidade do tema, os parâmetros em que se baseia a revisão pelos pares (através do sistema de *double-blind peer review*), os comentários dos revisores e quaisquer condicionamentos editoriais.

VII. Estrutura orgânica

1. A RIDT é composta pela Direção e pelo Conselho Científico.
2. A Direção é composta por cinco membros: dois Diretores, um Subdiretor, um Secretário Geral e um Secretário Geral Adjunto, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.
3. O Conselho Científico é composto por personalidades de reconhecido mérito, designadamente, académicos, magistrados, advogados ou profissionais de outras áreas, com relevante currículo académico, científico ou profissional na área do Direito, em especial, do Direito do Trabalho e matérias conexas, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.

EDITORIAL STATUTES OF RIDT

I. Introduction

The International Labour Law Review (RIDT) is a free-access electronic periodical publication with double-blind peer review, created and owned by the Labour Law Institute of the Faculty of Law of the University of Lisbon, within the scope of the Centre for Research in Private Law of the University of Lisbon.

II. Objectives

RIDT pursues, with full independence, the following objectives:

- a) Promoting scientific research in the areas of Labour Law, Social Security and related areas;
- b) Promoting the deepening of scientific research in Portugal and abroad, through the publication of scientific articles especially focused on Labour Law or other areas of study with an impact in this branch of Law;
- c) Promoting the internationalization of the areas of study of RIDT, through the publication of scientific articles authored by foreign researchers, scientific articles that study foreign legal systems or that develop comparative legal research;
- d) Encouraging academic freedom of authors and scientific innovation;
- e) Disseminating knowledge of Labour Law, Social Security and related areas, bringing the academic community closer to the civil society.

III. Scientific research

RIDT promotes scientific research by publishing original and unpublished papers, although previous published papers can be eligible for publication if they include updates or if the previous publication had low dissemination, in which case the author shall ensure permission from the publisher, if necessary, and mention the previous publication of the paper.

IV. *Peer review*

1. RIDT promotes research and dissemination of scientific articles of excellence, ensuring the technical accuracy of research through the implementation of a double-blind peer review system.
2. RIDT ensures that the review of papers is carried out anonymously and with guarantees of impartiality, in accordance with the terms established in the regulations.

V. Ethical principles

RIDT ensures the respect for the deontological principles and professional ethics of journalists, as well as for the good faith of readers, in accordance with the Journalists' Code of Ethics and Readers' Good Faith.

VI. Publication

The publication of papers sent and reviewed will be subject to the approval of the Board, which may refuse to publish any paper, considering, notably, its originality, the topicality of the subject, the criteria which the review is based on (through double-blind peer review), the comments of the reviewers and any editorial constraints.

VII. Organisational structure

1. RIDT is composed of the following bodies: the Board and the Scientific Council.
2. The Board is composed of five members: two Directors, an Assistant Director, a Secretary-General, and a Deputy Secretary-General, with the responsibilities set forth in the regulations.
3. The Scientific Council is composed of personalities of recognized merit, namely, academics, magistrates, lawyers or professionals from other areas, with relevant academic, scientific or professional curriculum in the area of Law, in particular, Labour Law and related matters, with the responsibilities set forth in the regulations.

CONSELHO CIENTÍFICO *SCIENTIFIC COUNCIL*

Alberto Arufe Varela

Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

André Pestana Nascimento

Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (Portugal)

Ângela Carrascalão

Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

António Menezes Cordeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

António Monteiro Fernandes

Universidade Nova de Lisboa, Universidade Lusófona de Lisboa (Portugal)

António Moreira

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

António Nunes de Carvalho

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Apelles J. B. Conceição

Advogado (Portugal)

Benjamim Mendes

DLA Piper ABBC - ABBC - Azevedo Neves, Benjamim Mendes, Carvalho e Associados, Advogados, SP, RL (Portugal)

Bernardo Lobo Xavier

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Carmo Sousa Machado

Abreu Advogados (Portugal)

Catarina Carvalho

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Catarina Levy Osório

ALC Advogados (Angola)

Cristina Leite

MLA - Menezes, Leite e Associados, Sociedade de Advogados (Cabo Verde)

Dário Moura Vicente

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Diogo Leote

Miranda & Associados - Sociedade de Advogados, SP, RL (Portugal)

Duarte Casimiro

Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

Estêvão Mallet

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Fernando Araújo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Francisco Liberal Fernandes

Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal)

Franco Carinci

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (Itália)

Geraldo da Cruz Almeida

Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Cabo Verde)

Giuseppe Ludovico

Università degli Studi di Milano (Itália)

Guilherme Dray

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Jean-Claude Javillier

Université Panthéon-Assas, Paris II (França)

Jesús Cruz Villalón

Universidad de Sevilla (Espanha)

Jesús Martínez Girón

Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

Joana Vasconcelos

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

João Leal Amado

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

José Artur Duarte Nogueira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

José João Abrantes

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / Juiz do Tribunal Constitucional (Portugal)

José Luis Monereo Pérez

Universidad de Granada (Espanha)

Júlio Manuel Vieira Gomes

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Luís Gonçalves da Silva

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Menezes Leitão

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Miguel Monteiro

Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados (Portugal)

Manuela Manuel Lopes Mendes

Procuradoria Geral da República e Faculdade de Direito de Bissau (Guiné-Bissau)

Margarida Seixas

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Maria Emilia Casas Baamonde

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Nuno Guedes Vaz

PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

Otávio Pinto e Silva

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Paula Borges Santos

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

Paula Ponces Camanho

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Paula Rosado Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Paula Vaz Freire

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Furtado Martins

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

Pedro Madeira de Brito

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Romano Martinez (1959-2023)

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues

Universidade Mandume Ya Ndemufayo (Angola)

Teresa Coelho Moreira

Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)

Thereza Nahas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Vítor Palmela Fidalgo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Wolfgang Däubler

Universität Bremen Fachbereich Rechtswissenschaft (Alemanha)

Zara Jamal

JLA Advogados (Moçambique)



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa