

RIDT

ANO I / SETEMBRO 2021 / Nº 2
SEMESTRAL / 2184-8815

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



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

Diretores

Pedro Romano Martinez
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

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
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

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

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)

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

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





EDITORIAL

O Instituto de Direito do Trabalho (IDT) foi criado em 2000, surgindo quando, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, se encontrava em desenvolvimento uma «Escola de Direito do Trabalho», para a qual, depois dos trabalhos pioneiros de Raúl Ventura, os estudos de António Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez contribuíram significativamente.

O IDT tem procurado promover o estudo e a investigação do Direito do Trabalho e áreas conexas, através da organização de cursos de pós-graduação, conferências e *workshops*, e da promoção de publicações nestes domínios.

Neste âmbito, o IDT fundou, em 2021, a Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), com o propósito de reunir os estudos científicos de académicos e práticos do Direito Laboral e áreas conexas, e responder aos desafios que o mundo global coloca às relações de trabalho.

ARIDT visa ser uma referência nesta área jurídica no plano internacional, integrando trabalhos de autores oriundos das mais variadas jurisdições, pretendendo afirmar-se como um importante instrumento de divulgação e difusão da ciência do Direito nestas matérias.

* * * * *

The Labour Law Institute (*Instituto de Direito do Trabalho* - IDT) was created in 2000, when a «School of Labor Law» was under development at the Faculty of Law of the University of Lisbon (*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*), for which, after Raúl Ventura's pioneering work, the studies of António Menezes Cordeiro and Pedro Romano Martinez contributed significantly.

IDT has sought to promote the study and investigation of Labour Law and related areas, through the organization of postgraduate courses, conferences and workshops, and the promotion of publications in these fields.

In this context, IDT founded, in 2021, the International Labour Law Review (*Revista Internacional de Direito do Trabalho* - RIDT), with the purpose of bringing together scientific studies by academics and practitioners in Labour Law and related areas, and respond to the challenges that the global world poses to labour relations.

RIDT aims to be a reference in this field of Law at the international level, including papers by authors from a wide range of jurisdictions, intending to assert itself as an important instrument for the dissemination and diffusion of Juridical Science in these matters.



ÍNDICE / INDEX

ANGOLA

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues

A estabilidade do emprego em contexto pandémico no território angolano 7

BRASIL

Luiz Eduardo Gunther / Marco Antônio César Villatore

The Principle Of Reasoning Of Judicial Orders And Its Enforceability To The Labor Court System 29

Mónica Sette Lopes / Marília Pacheco

Trabalho doméstico e discriminação: algumas considerações sobre cultura e valor numa categoria feminina de trabalho 75

Thaís de Oliveira Martins

Análise jurídica sobre impactos de novas tecnologias digitais em processos de recrutamento 107

MOÇAMBIQUE

Stela Santos

O procedimento de despedimento coletivo por motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado, no ordenamento jurídico moçambicano 153

PORTUGAL

Apelles J. B. Conceição O seguro do rendimento do trabalho e o modelo social europeu - os desafios da revolução tecnológica	183
Benjamim Mendes / Sara Leitão Da (in)admissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência por iniciativa do trabalhador	267
Catarina Marques da Silva/Jorge Ribeiro Mendonça Plataformas Digitais Nas Vestes De Empregador: Os Desafios Da “Uberização” Do Trabalho	301
João Leal Amado Despedimento ilícito e reintegração: <i>Do I have to spell it out for you?</i>	341
João Leal Amado / Teresa Coelho Moreira A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do <i>Supreme Court</i> do Reino Unido	377
Júlio Manuel Vieira Gomes Quando a lei parte e reparte o contrato de trabalho - anotação ao Acórdão do TJ de 26 de março de 2020, Processo C-344/18, ISS Facility Services NV contra Sonia Govaerts, Atalian NV, anteriormente Eurocean NV.	409
Luís Gonçalves da Silva / Cláudia Madaleno Conciliation of work and family life in portuguese law	445
Margarida Seixas Cem Anos Depois: Juristas E Trabalho - II Parte	491





ANGOLA





A ESTABILIDADE DO EMPREGO EM CONTEXTO PANDÉMICO NO TERRITÓRIO ANGOLANO

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues*

Sumário - 1. Preliminares considerações - 2. A estabilidade do emprego e a intercessão com o tema da pandemia - 3. Os desafios ligados à manutenção da estabilidade do emprego - 4. Aspectos significativos a considerar sobre o enfraquecimento da estabilidade do emprego - 5. Reflexões finais - 6. Bibliografia

Resumo:

Manifesta-se significativo abordar o tema sobre a estabilidade do emprego nestes inquietantes tempos, marcados pela quebra da continuidade dos contratos de trabalho e consequentes despedimentos, certamente em virtude da situação crítica que debilita ou estagna em termos económicos a actividade das empresas, particularmente no território de Angola, cujas medidas legais de carácter provisório constituem uma solução abaixo do ideal por se configurarem insuficientes para assegurar a manutenção de inúmeros postos de trabalho.

Abstract:

It is quite significant to approach the issue that is the job stability in these troubling times, marked by the break in the continuity of employment contracts, certainly due to the critical situation that weakens or stagnates in terms of economics the activity of companies, particularly in the Angolan territory, whose provisional legal measures are less than ideal by being insufficient to guarantee the maintenance of the large amount jobs.

Palavras-chave:

Contexto pandémico; medidas legais provisórias; estabilidade do emprego; despedimento.

* Raúl Carlos de Freitas Rodrigues, Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto; Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Preliminares considerações

Os aspectos legais sobre a problemática da estabilidade de natureza laboral, têm merecido implícitas considerações nos diplomas especiais relacionados com a afectação pandémica, exatamente como efeito lógico resultante do conjunto de situações envolvidas sob o manto trabalhista à luz de persistentes medidas restritivas; porém, em certa medida e entendidas nos devidos termos, não se prestam a atender os interesses imediatos da massa trabalhadora mediante mecanismos extraordinários destinados a preservar a manutenção dos empregos e assegurar a continuidade das actividades empresariais, vedando-se ao menos por enquanto a hipótese de se criarem novas situações de estabilidade do emprego - obviamente em observância ao direito à segurança do emprego -, ainda que se possa conferir particular evidência à nossa realidade económica nacional em larga medida baseada nas exportações de petróleo¹ e, sem lugar para dúvida, directamente ligada às sucessivas recessões registadas nos últimos anos, por óbvio com efeitos impróprios no tecido básico que sustém o sector produtivo em geral, com força para relegar uma imensa massa de trabalhadores para o desemprego.

¹ Com destacada importância se referencia o Decreto Presidencial nº 96/20, de 9 de Abril que aprova as medidas transitórias de resposta à baixa do preço do petróleo e ao impacto da pandemia COVID-19 sobre o Orçamento Geral do Estado de 2020. Contudo, a conjuntura macroeconómica já antes era digna de elevada preocupação, como documenta o Decreto Presidencial nº 56/15, de 5 de Maio que estabeleceu as medidas de natureza conjuntural (monetárias, cambiais e fiscais) e estrutural destinadas a enfrentar a débil situação económica no país, depois revogado pelo Decreto Presidencial nº 40/16, de 24 de Fevereiro que aprovou as linhas mestras da estratégia para saída da crise derivada da queda do preço do petróleo no mercado internacional.

2. A estabilidade do emprego e a intercessão com o tema da pandemia

As medidas laborais de enfrentamento do estado de crise sanitária, como se percebe, são provisórias, ou seja, a prazo, como de maneira esclarecedora se colhe do preâmbulo do Decreto Presidencial nº 81/20, de 25 de Março que declarou o Estado de Emergência, mas também do artigo 1º do Decreto Presidencial nº 142/20, de 25 de Maio referente à declaração do Estado de Calamidade Pública.

Elas justificam-se inteiramente pela alarmante complexidade do fenómeno pandémico e intentam favorecer o conveniente equilíbrio no contexto empregatício (por certo há lugar para diferenciações entre os referidos diplomas especiais), obviamente sem ameaçar subverter o regime comum cuja proeminente fonte constitui a Lei Geral do Trabalho (LGT), bastando isso para perceber e explicar a recusa em admitir o papel absoluto daqueles enfáticos documentos com considerações específicas sobre as novas formas de abordar as relações de trabalho em tempo de pandemia.

Ao encarar-se assim a problemática, põe-se a descoberto o facto das manifestações normativas de fins trabalhistas contempladas nos diplomas especiais surgirem mais em defesa da estabilidade na execução do trabalho (estabilidade do trabalho), mas com certeza guardam intensa relação com a estabilidade do emprego quando concorrem para a manutenção das relações laborais, sugerindo-se até que a estabilidade do trabalho (ou seja, a execução do trabalho) acaba por ter uma função destacada na tutela da estabilidade do

emprego, tendo ambas em si impressas a segurança do emprego (implicitamente assegurada no texto do nº 4, artigo 76º da Constituição da República de Angola -CRA), como atributo das suas essências.

Num exame directo sobre tais diplomas especiais de natureza transitória, dá-se lugar de maior relevo à não autorização da ruptura dos contratos de trabalho, como uma determinação prevista no quadro das medidas concretas de excepção no período em que vigorou o Estado de Emergência (nº 1, artigo 13º do Decreto Presidencial nº 82/20, de 26 de Março²), claramente em benefício da estabilidade e garantia da manutenção do emprego, diante de uma conjuntura de ordem sanitária e económico-financeira adversa.

À sua vez, não deixou de ter reflexos na preservação do emprego a protecção especial assegurada aos trabalhadores vulneráveis por específicos motivos, permitindo-se a manutenção das actividades por acordo entre a entidade empregadora e o trabalhador mediante o estabelecimento de um regime voltado para o exercício do trabalho presencial (nº 3, artigo 14º do Decreto Presidencial nº 39/21, de 9 de Fevereiro que actualizou as medidas preventivas e de controlo da propagação da doença pandémica³), no mínimo em ciclos de alternância; não deixando igualmente de acentuar-se a hipótese da redução do efectivo presencial nas empresas, privilegiando-se o teletrabalho ou outros mecanismos para a prestação da actividade

² O mesmo determinaram os diplomas legais de prorrogação do Estado de Emergência (Decreto Presidencial nº 97/20, de 9 de Abril, Decreto Presidencial nº 120/20, de 24 de Abril e Decreto Presidencial nº 128/20, de 8 de Maio).

³ O mesmo ficou determinado nos anteriores diplomas legais sobre a matéria, apontando-se como exemplo mais recente o disposto no nº 3, artigo 14º do Decreto Presidencial nº 10/21, de 8 de Janeiro.

laboral (nº 4, artigo 15º do Decreto Presidencial nº 10/21, de 8 de Janeiro, estabelecendo no mesmo sentido o Decreto Presidencial nº 39/21); ou ainda uma precedente determinação que teve assento próprio no nº 4, artigo 2º do Decreto Presidencial nº 81/20, de 25 de Março (declarou o Estado de Emergência), quando sob a guarda de interesses vitais a proteger no seio da comunidade em geral, se determinou a possibilidade de qualquer trabalhador, por ordem emanada de autoridade pública competente, passar a desempenhar função em lugar diferente, numa entidade distinta daquela com quem estabeleceu o vínculo de trabalho, em condições e horários específicos diversos da duração laboral correspondente ao vínculo existente ou de origem, fixando-se assim uma forma de continuidade da primitiva relação de trabalho por inviabilizar a hipótese da sua ruptura durante o exercício da invocada actividade de proveito geral ou colectivo, inspirando tal situação um caso de inalterabilidade contratual de matriz civilista, e ao lado disso a sugestiva figura de um pretenso “utilizador temporário de força de trabalho”⁴, porém sob uma forma que dá a impressão clara de estarmos perante o mecanismo da requisição civil regulado pela Lei nº 33/20, de 17 de

⁴ A cedência temporária da utilização de trabalhadores a terceiros prevista na LGT (artigo 31º), não é disciplinada com suficientes pormenores, nem se antevê a entrada em vigor de regulamento que venha a colmatar tal insuficiência normativa, cabendo assim recorrer ao Decreto Executivo nº 57/96, de 13 de Setembro para dar algumas respostas em torno da matéria. Sobre a figura que nos parece próxima da cedência ocasional de trabalhadores, cfr. Maria Regina Gomes Rendinha, *Da Cedência Ocasional de Trabalhadores*, Anotação aos artigos 322º a 329º do Código do Trabalho de 2003, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pp. 16-23; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado do Direito do Trabalho*, Parte II - Situações Laborais Individuais, Almedina, 2019, p. 816 ss; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 8ª Edição, Almedina, 2017, p. 799 ss; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2019, p. 397 ss.

Agosto⁵ (significadamente o trabalhador preserva o contrato com o originário empregador sem qualquer modificação lesiva dos seus direitos - parece-nos previsível que isso ocorra durante o período de tempo da requisição -, mas por determinada contingência da natureza pública sujeita-se temporariamente a aspectos organizativos e ambientais necessários ao exercício efectivo da actividade profissional⁶, bem assim a um plano de obediência estritamente conexionado a um ente diverso, a título excepcional, desconhecendo-se as obrigações deste último sujeito, uma realidade com força para suscitar iminentes problemas práticos, caso não sejam explicados logo no início do desempenho da actividade⁷), pois a situação não pode ser enquadrada nem confundida com a modificação temporária de funções por motivos respeitantes ao empregador, em linha com o previsto no corpo do artigo 73º da LGT⁸.

Em rigor, esta última realidade, à luz do mecanismo da requisição civil⁹, parece colocar o contrato sob o efeito da figura da interrupção do vínculo jurídico-laboral, um critério classificatório obtido em contraponto aos elementos e aspectos constantes no tipo

⁶ Em torno do assunto num cenário de normal actividade laboral, cfr. Jorge Leite, Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho, Revista do Ministério Público nº 47, 3º trimestre, 1991, p. 19 ss.

⁷ Serve como exemplo de concretização daquele mecanismo, o Despacho de Requisição nº 197/20, de 7 de Abril da ministra da saúde que, mediante poderes delegados pelo titular do Executivo, convocou os médicos e enfermeiros da sector privado e também do sector público, nos termos do artigo 32º da lei sobre a requisição civil.

⁸ Sobre a matéria da modificação temporária de funções por razões ligadas ao empregador fora do contexto pandémico, cfr., entre outros, António Nunes de Carvalho, Suspensão ou redução de laboração em situação de crise empresarial, in Revista de direito e de estudos sociais, Coimbra: Atlântida, 2012 - A.53, (26 da 2.ª Série), n.º(s) 1-2 (Jan.-Jun. 2011), p. 119-161.

⁹ A sua consagração constitucional consta do nº 2, artigo 37º da CRA.

legal da suspensão do contrato de trabalho¹⁰ - nº 1, artigo 185º da LGT (em sede da requisição civil, o empregador primitivo continua a assumir o pagamento da remuneração devida, além de outros direitos e regalias desde que não colidam com a situação de requisitado¹¹ - nº (s) 2 e 3, artigo 14º da Lei da Requisição Civil) , e não se considera o período de desempenho dessa actividade para efeitos de indemnização, além de caber-lhe dirigir o procedimento disciplinar se porventura o trabalhador recusar a execução das tarefas determinadas no acto de requisição - nº 2, artigo 14º e nº 1, artigo 9º, ambos da Lei nº 33/20), embora seja um facto não previsto na LGT¹², aferindo-se logo estarmos diante de um procedimento resultante de uma medida extrema do poder público no exercício de atribuições excepcionais, como aliás ocorre com as outras situações antes apontadas.

3. Os desafios ligados à manutenção da estabilidade do emprego

As normas providenciadas nos diplomas legais de natureza especial sobre a vigência do estado de excepção vedavam o rompimento dos vínculos de trabalho, como atrás já se fez referência. Porém, o leque de instrumentos legais concebidos para o

¹⁰ Sobre a suspensão do contrato de trabalho em época normal, cfr., entre outros, Jorge Leite, Notas para uma teoria da suspensão do contrato de trabalho, em QL 9 (2002), nº 20, p. 121 ss.

¹¹ Tal só não acontece se o requisitado for um trabalhador em greve, caso em que o Estado assume o pagamento “de um abono de valor igual ao da remuneração” auferida por aquele sujeito laboral (nº 4, artigo 14º da Lei da Requisição Civil).

¹² A LGT descreve os casos de suspensão do contrato de trabalho no corpo do seu artigo nº 189º.

estado de calamidade pública, não oferecem garantias plenas nesse sentido a todos os trabalhadores, antes conferem essa possibilidade à luz de cada caso concreto, como se percebe.

Por via disso, nas entidades empregadoras desafortunadas ou até já condenadas ao insucesso antes da crise pandémica, ou mesmo aquelas a viver medianos apuros resultantes das recentes vicissitudes, despontam motivos em desfavor da permanência dos vínculos de trabalho, mostrando-se oportuno referir com acento tónico - aqui releva a verdadeira essência da questão - a ausência em território nacional de medidas concretas de auxílio financeiro extraordinário à manutenção dos contratos de trabalho respaldadas, por exemplo, numa ferramenta que vai tendo o seu crédito, o *lay off* simplificado¹³ (a finalidade prende-se com a protecção das empresas em crise e os respectivos trabalhadores em caso de redução temporária do vínculo laboral ou da sua suspensão provocada pela pandemia), tido na terminologia laboral como um mecanismo atenuador da carga remuneratória da entidade empresarial, surgindo assim como uma compensação retributiva, no sentido de se criar a expectativa de continuidade dos contratos de trabalho, apontando-se como referência a Medida Provisória (brasileira) nº 936/2020, de 1 de Abril, que estabeleceu o programa emergencial para a manutenção do emprego e renda mínima (a fim de vigorar por sessenta dias, prorrogável pelo mesmo espaçamento de tempo), por certo com o objectivo de preservar os vínculos de trabalho suspensos,

¹³ Tal matéria, obviamente haveria de constar em diploma especial, como um desvio ao *lay off* comum ou tradicional disciplinado nos artigos 193º-197º da LGT. Sobre a figura do *lay off* tradicional, cfr. António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 13ª Edição, Almedina, pp. 509-516; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 778-780.

bem como assegurar a continuidade da dinâmica empresarial com o mínimo de danos possível; colocando-se também em destaque a solução portuguesa prevista no Decreto-Lei nº 46-A/20, de 30 de Julho que institui o apoio extraordinário à retoma progressiva das actividades nas empresas em situação de crise empresarial com redução temporária do período normal de trabalho¹⁴, mediante a redução de custos salariais imediatos, cabendo à instituição de segurança social suportar em 70% a compensação retributiva e ao empregador 30%; ou o tratamento observado em Espanha mediante a *Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Lei n. 8/2020 de 17 de marzo* (este real decreto-lei, estabelece medidas urgentes extraordinárias para enfrentar o impacto social e económico resultante da crise pandémica, no qual os artigos 22 e 23 declaram a protecção dos trabalhadores afectados pela suspensão ou redução das jornadas de trabalho), basilarmente voltado para assegurar a estabilidade provisória dos vínculos laborais pelo menos por seis meses, contados da data de retoma das actividades empresariais, procedendo-se ao pagamento de uma compensação retributiva partilhada entre o Estado e o empregador; ou ainda na França que através da *Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, procurou tanto quanto possível evitar o desemprego massivo, delineando-se como ponto de partida o incremento do trabalho de curta duração e de flexibilização de

¹⁴ Este diploma veio a merecer alterações por força do disposto no Decreto-Lei nº 90/2020, de 19 de Outubro, bem assim do Decreto-Lei nº 98/20, de 18 de Novembro e do Decreto-Lei nº 101-1/2020, de 27 de Novembro e do Decreto-Lei nº 6-C/2021, de 15 de Janeiro. Os indicados instrumentos legais sustentam-se no Programa de Estabilidade Económico e Social aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 41/2020, de 6 de Julho.

jornadas laborais, por força da adopção do regime de exercício parcial das actividades para todas as empresas independentemente das respectivas dimensões, mas amparadas temporariamente pelo regime social aplicável às indemnizações pagas neste contexto (a parcela maior da remuneração é paga através deste regime e a menor corre a cargo do empregador), uma solução alargada aos desempregados e trabalhadores autónomos¹⁵.

Contudo, num exame à nossa realidade, um país com economia débil e a tentar escapar dos efeitos estatizantes vividos na economia até anos atrás¹⁶, a sobrevivência das empresas e a estabilidade das relações laborais frequentemente não convergem, e para evitar o pior buscam diminuir as despesas fixas com a consequente eliminação de postos de trabalho¹⁷, pois de contrário alimentam-se progressivas razões capazes de paralisar ou levar ao encerramento inúmeros entes empresariais de variados sectores de actividades¹⁸.

¹⁵ Em torno das medidas provisórias adoptadas em vários países, cfr. Beatriz Ferreira, Despedimentos Proibidos, trabalhadores em casa com salário a 100%, crédito ilimitado. Que apoios estão os outros países a dar? Observador, mar, 2020. Disponível em <http://observador.pt> (acedido em 06 de Março de 2021).

¹⁶ Encontra-se em curso uma espécie de lipoaspiração do sector empresarial público, à luz da recente Lei nº 10/19, de 14 de Maio - Lei de Bases das Privatizações. Paralelamente, foi publicada a Lei nº 34/20, de 5 de Outubro - Altera a Lei de Bases do Sector Empresarial Público, tendo sido antes posta a vigorar a Lei da Concorrência - Lei nº 5/18, de 10 de Maio e o respectivo Regulamento previsto no Decreto Presidencial nº 240/18, de 12 de Outubro, a par do Estatuto Orgânico da Autoridade Reguladora da Concorrência - Decreto Presidencial nº 313/18, de 21 de Dezembro. As privatizações de empresas do sector público empresarial, constam de um programa aprovado pelo Decreto Presidencial nº 250/19, de 5 de Agosto.

¹⁷ Sobre os fundamentos do despedimento por eliminação dos postos de trabalho em tempos normais, cfr. Pedro Furtado Martins, Cessação do Contrato de Trabalho, 3ª edição revista e atualizada, Código do Trabalho de 2012, Principia, pp. 268-275.

¹⁸ Em sede das iniciativas governamentais colocadas em marcha ainda antes do início da pandemia, impressivamente no intento de contrariar os efeitos da recessão económica e inaugurar uma nova era nos diferentes sectores da

Isso impulsiona o surgimento de larga paralisação ou quase-paralisação da força de trabalho e também dá causa a fortes constrangimentos no mercado de emprego, trazendo a tona o impacto sócio-económico e político da pandemia, num país com um grosso da população por sinal já inactiva antes da dantesca crise sanitária.

À volta disso, estamos em meio de inúmeras rupturas contratuais já que o nosso frágil sector privado encontra-se em modo de sobrevivência (algumas empresas só conservam o nome, outras encontram-se retraídas em fazer certas apostas perante um mercado que não infunde a devida segurança, e outras com incipientes estruturas paralisaram ou encerraram as actividades) e mesmo o sector empresarial público (embora a aposta segura ainda seja obter emprego nas entidades públicas), ambos fortemente abalados pela drástica diminuição do comércio, investimento externo e na queda abrupta na procura de serviços, a par do movimento de pessoas e mercadorias bloqueado (o mercado de compras públicas e privadas ainda se encontra voltado para a aquisição de bens de origem estrangeira, embora desponham ténues sinais em sentido inverso), resultando manifestas dificuldades de manutenção dos postos de trabalho, como envolventes com efeitos inteiramente perniciosos na vida económico-social, cujas consequências são um desafio lamentável por fortalecer imenso o mercado informal¹⁹, à falta de

economia, avançou-se com uma plêiade de programas, entre eles, o PRODESI (Programa de Apoio à Produção, Diversificação das Exportações e Substituição das Importações; o PAPE (Plano de Acções de Promoção da Empregabilidade), disposto no Decreto Presidencial nº 113/19, de 16 de Abril.

¹⁹ Cabe assinalar que o país perdeu desde 2020 mais de 537 mil empregos formais, sendo estes os que realmente constam ou garantem maior estabilidade no mercado laboral. Com isso, a taxa de desemprego fixou-se em 30,6 % (4.747.622

outras soluções, num cenário já quase incapaz de afrontar as leis básicas de sobrevivência.

4. Aspectos significativos a considerar sobre o enfraquecimento da estabilidade do emprego

Em meio à pavorosa pandemia, tem papel secundário referir o poder de expressão contido nas normas sobre a estabilidade do emprego prevista na LGT, pois apresenta-se previsível a sua menor aplicabilidade enquanto durar o estado de calamidade pública, obviamente por se dar primacial lugar às alterações temporárias de fisionomia laboral (dispostas nas leis especiais) enlaçadas com crise sanitária e sócio-económica. Ainda assim, no intento de realçar uma ideia geral sobre o escopo de tais fórmulas legais na preservação dos empregos no período caracterizado como normal, manifesta-se de modo merecedor de nota a matéria disposta em sede dos direitos do trabalhador que proclama a necessidade de “ser-lhe garantida estabilidade no emprego” (al. c), artigo 43º), uma fórmula que por certo se espraia para todo o ordenamento *juslaboral* e neste ocupa um lugar de maior relevo, pois quando se pensa em estabilidade, pensa-se em relação contínua, por certo a mandar ter em conta o preceito constitucional que funda o trabalho como um direito (nº 1, artigo 76º da CRA) - inspirado na manutenção da dignidade humana²⁰

peças) no ano de 2020 e a informalidade absorve 80,8% dos empregos. Cfr. Jornal de Angola, Sexta-feira, 28 de Maio de 2021, ano 45, n.º 16367, p. 5.

²⁰ Para uma abordagem sobre a nova dogmática entre o contrato de trabalho e direitos fundamentais, cfr. José João Abrantes, Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, pp. 172-175. Em torno da relevância da constituição e dos direitos fundamentais dos trabalhadores, cfr. Bernardo da Gama Lobo Xavier, A Constituição portuguesa como fonte do direito do trabalho e os

(um superprincípio) -, colocando-se, igualmente, na sua órbita as tradicionais situações justificadoras da ruptura do contrato de trabalho (corpo do artigo 198º da LGT), obviamente em reverência ao critério da estabilidade do emprego²¹.

Mas como se percebe, a questão maior para o tema tem a sua lógica básica captada nos estritos efeitos da pandemia, como fundamento cardeal para o enfraquecimento da estabilidade do emprego, criando-se assim condições tendentes a admitir que a referida estabilidade passou a ter um formato diferente daquele fundado e centrado na LGT, por via das restrições à circulação dos trabalhadores e a consequente afectação sem precedentes do normal funcionamento das empresas (tanto naquelas de fracas receitas, como nas consideradas robustas financeiramente, optando-se inúmeras vezes nas últimas por manter a continuidade apenas de um leque menor de vínculos laborais através da junção de certos segmentos de actividade, extinguindo-se por via disso inúmeros postos de trabalho), uma situação que provoca inúmeros despedimentos em território nacional, embora não haja informação oficial compilada sobre o assunto, mas em termos claros a ruptura dos contratos de trabalho passou a ser tema recorrente na vida nacional, a par de uma solução recentemente regulamentada, o mecanismo da reforma antecipada, previsto no corpo do artigo 5º do

direitos fundamentais dos trabalhadores, em Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004, p. 163 ss; Jorge Miranda, Constituição Laboral ou do Trabalho, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p. 18 ss.

²¹ Nessa perspectiva, J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira realçam que o direito ao trabalho constitui um “pressuposto do próprio direito à vida, enquanto direito de sobrevivência”. Cfr. Constituição da República Anotada, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1984, p. 319.

Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro que aprova o regime jurídico sobre a protecção social na velhice, no âmbito do sistema de protecção social obrigatória.

Num exame directo a essa realidade, afirma-se que os arrasantes efeitos pandémicos sobre inúmeras empresas geram instabilidade com largas reacções negativas na manutenção dos vínculos de trabalho, sob um cenário de aligeiramento ou aceleração das formalidades e critérios negociais para o despedimento individual e colectivo por causas objectivas, fechando-se acordos em curto tempo (o regime que deve ser atendido consta dos artigos 210º ss. da LGT, nos quais se estabelece um procedimento próprio nem sempre compatível com a urgência que se exige de decisões em situação extraordinária, como acontece notadamente na situação de crise empresarial associada ao contexto pandémico, quando potencia apressadas soluções e menores exigências nos procedimentos junto dos serviços de Inspecção Geral do Trabalho, atreladas a alguma fraqueza das organizações sindicais diante da reconhecida pandemia)²², como alternativa destinada a evitar irreparáveis prejuízos financeiros para as empresas. Os entes empresariais em alargados apuros (frequentemente as micro e pequenas empresas), na generalidade, não têm alternativas para atenuar os despedimentos, tornando-se mesmo difícil fazer ajustes negociais nesse sentido, restando-lhes em razão das suas vulnerabilidades de variada ordem, a paralisação por tempo indefinido ou mesmo o

²² No caso referimo-nos à tramitação do processo, particularmente a constante dos artigos 211º, 212º, 216º 217º, 218º e 219º, todos da LGT, como mecanismos que favorecem negociações em conformidade com a legislação em vigor, embora se possa admitir, em nossa opinião, as práticas locais a título supletivo.

encerramento, sem soluções indemnizatórias ou, no mínimo, compensatórias para os trabalhadores, por sinal com salários estagnados em razão da tamanha crise pandémica, combinada com outros factores desabonatórios para o nosso tecido produtivo.

5. Reflexões finais

A temática relacionada com a estabilidade do emprego, em sede das medidas contundentes para amortizar o impacto da crise pandémica, determinaram a paralisação abrupta por imposição legal de inúmeras empresas ou forçaram a redução de forma temporal do número de trabalhadores em actividade laboral (suspenderam-se os contratos de trabalho para impedir a propagação do vírus, um procedimento transformado em arma de defesa nos tempos de pandemia), a par da redução temporária do período normal de trabalho.

Esta anormal situação entrou de maneira profunda o processo produtivo, num contexto social e económico-financeiro hipercomplexo, provocando inescapáveis efeitos negativos sobre a manutenção dos contratos de trabalho.

Com efeito, daqui abriram-se portas para o enfraquecimento da estabilidade do emprego que municiou inúmeros despedimentos e, à vista disso, mitigou-se um utensílio que se inspira em valores humanistas, quando deixou de ter um papel central por não se ter adoptado um remédio extraordinário assente num auxílio emergencial mínimo suportado pelo fundo nacional de solidariedade

e assistência²³ (nº 2, artigo 31º da Lei de Bases da Protecção Social - Lei nº 7/04, de 15 de Outubro), ou, ao menos, pelo fundo de garantia salarial²⁴ (uma alternativa mais modesta) - previsto no nº 4, artigo 176º da LGT, mas na pureza da verdade mantém-se apenas na letra da lei - a empregadores de natureza privada em convincente crise empresarial²⁵, com vista a garantir, temporariamente, uma compensação retributiva mensal mínima aos trabalhadores nestes dias cada vez mais intrincados - ainda não chegamos ao rescaldo da pandemia -, como uma ferramenta atenuadora dos despedimentos e de preservação dos empregos na forma de suspensão temporária dos contratos e redução da jornada de trabalho em carácter transitório (por certo constitui uma solução capaz de cortar nos custos salariais imediatos), mantendo-se deste modo uma magnitude de estabilidade do emprego (a estabilidade evidentemente não é absoluta) em níveis razoáveis, e ao mesmo tempo surge como um amortecedor capaz de atenuar as desigualdades sociais neste momento crítico.

À vista destas considerações, mostra-se evidente que a conformação da actual crise empresarial com a estabilidade do emprego reclama meticulosa e imediata atenção pelas largas repercussões em toda a extensão sobre a colectividade laboral e

²³ A título de particular referência, cabe que foi aprovado o Regulamento para a Gestão das Reservas Técnicas e Activos do Instituto de Segurança Social - Decreto Presidencial nº 297/20, de 19 de Novembro.

²⁴ Sobre o fundo de garantia salarial, cfr. João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, 2ª Edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 345-346.

²⁵ Ao encararmos este problema, cabe referir que a taxa de desemprego de longo prazo nos países da região austral de África atinge 15%-35% e prevê-se que entre 2015-2030 cerca de 16,5 milhões de pessoas estejam a procura de emprego. Cfr. *Dinâmicas do Desenvolvimento em África, Crescimento Emprego e Desigualdades*, AUC (2018), Addis Ababa/OECD Publishing, Paris, p. 97; em <https://doi.org/10.1787/9789264306301.pt> (acedido em 8 de Março de 2021).

mesmo sobre a vida nacional, sendo irrealista supor que na situação presente os trabalhadores possam ser tratados como peças acessórias na marcha de contenção da pandemia.

Enfim, numa forma básica, transparece a ideia de que a influência das novas peculiaridades resultantes da anómala situação pandémica, faz soar como possível esculpir a estabilidade do emprego mais ajustada aos tempos recorrentes, como mais um desafio às regras comuns sedimentadas na lei laboral vigente.

Bibliografia

ABRANTES, José João - Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Julho de 2005.

AMADO, João Leal - Contrato de Trabalho, 2ª Edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital - Constituição da República Anotada, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1984.

CARVALHO, António Nunes de - Suspensão ou redução de laboração em situação de crise empresarial, *in* Revista de direito e de estudos sociais, Coimbra: Atlântida, 2012 - A.53, (26 da 2.ª Série), n.º(s) 1-2 (Jan.-Jun. 2011), p. 119-161.

FERREIRA, Beatriz - Despedimentos Proibidos, trabalhadores em casa com salário a 100%, crédito ilimitado. Que apoios estão os outros países a dar? Observador, mar, 2020. Disponível em <http://observador.pt> (acedido em 06 de Março de 2021).

FERNANDES, António Monteiro - Direito do Trabalho, 13ª Edição, Almedina.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - Direito do Trabalho, Almedina, 2019.

LEITE, Jorge - Notas para uma teoria da suspensão do contrato de trabalho, em QL 9 (2002), nº 20.

MARTINEZ, Pedro Romano - Direito do Trabalho, 8ª Edição, Almedina, 2017.

MARTINS, Pedro Furtado - Cessação do Contrato de Trabalho, 3ª edição revista e atualizada, Código do Trabalho de 2012, Principia.

MIRANDA, Jorge - Constituição Laboral ou do Trabalho, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado do Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais, Almedina, 2019.

RENDINHA, Maria Regina Gomes - Da Cedência Ocasional de Trabalhadores, Anotação aos artigos 322º a 329º do Código do Trabalho de 2003, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - A Constituição portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores, em Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004.



BRASIL





THE PRINCIPLE OF REASONING OF JUDICIAL ORDERS AND ITS ENFORCEABILITY TO THE LABOR COURT SYSTEM*

Luiz Eduardo Gunther¹

Marco Antônio César Villatore²

Contents: - 1. The meanings of the words “motivation” and “reasoning” in Brazil - 2. The Brazilian constitutional provision in 1988; the scope of the expression “a judicial order is considered reasoned if” - the six items of §1 and §2 and §3 of art. 489 of the Brazilian CCP of 2015 - the question of enforceability to the labor court system.

Abstract:

The importance of the requirement of reasoning of judicial orders is such that the Federal Constitution of 1988 established that all trials of the Judicial Branch had to be public and all judicial orders had to be reasoned, under penalty of nullity. Must this court order be applied to the Labor Court System, taking into account the provisions of the Code of Civil Procedure which specified when a judicial order is not considered reasoned?

Key Words: judicial orders - the Labor Court System - the principle of reasoning.

* Article approved for publication after submission to double blind peer review.

¹ Post-Doctorate from PUCPR and Doctorate from UFPR. Labor Appellate Judge at the Labor Appellate Court, Region n. 9. Professor at “Centro Universitário Curitiba” - UNICURITIBA. Member of the Brazilian Academy of Labor Law - (“ABDT”). E-mail: luiz.gunther@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0002-0458-1362>.

² Post-Doctorate from UNIROMA II - Tor Vergata. Lawyer. Professor at “Federal University of Santa Catarina” - UFSC. Member of the Brazilian Academy of Labor Law and of the “Centro de Letras do Paraná”. Leader of the NEATES. E-mail: <marcovillatore@gmail.com>. <http://orcid.org/0000-0001-6365-6283>.

1. The meanings of the words “motivation” and “reasoning” in brazil

Day by day, in the Brazilian forensic practice, the expressions *motivation* and *reasoning* are used as if they were synonyms. Can one agree with that? Or do these words have different meanings?

In the multi-cited work by Piero Calamandrei, “Eulology of Judges”, the reasoning of the judgment is treated as “an aid to justice”. In order to be considered so, however, it must manage to accurately reproduce “in the manner of the topographical sketch the logical itinerary which the judge has traveled in reaching his destination”. This author explains that if the decision is erroneous, for the judge “it is a simple matter to trace his reasoning back to the point where he lost his way”³. In this book, the author questions: “how often is the written opinion a faithful reproduction of the judge’s train of thought?” He also asks: “how often is the judge in a position to disclose even to himself the motives which have led him to his decision?”⁴

In her Dicionário Jurídico (“Legal Dictionary”), Maria Helena Diniz explains the meanings of these two words in the Portuguese language. For procedural law, according to this author, motivation means “the set of foundations of fact and law, employed by the judge, which justify a judicial order”⁵. In order to explain the reasoning of the judgment, she states that it is “the base of the

³ CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução de Ary dos Santos. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1997. p. 143.

⁴ Ibidem. p. 143.

⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. v. 3. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 357.

decision-making part of the judgment”, that is to say, the “motivation of the judge’s conclusion concerning the issues of fact or law, in relation to the case at bar”⁶. It should be noticed that, in the entry *motivation* of a judicial order, the cited dictionary equals this word to the word *reasoning of a judicial order*⁷.

According to the Dicionário Jurídico da Academia Brasileira (Legal Dictionary of the Brazilian Academy”), the word *reason*, a female noun in the Portuguese language, derives from the Latin *fundamentum*, which means base. *Reasoning*, in the sense of procedural law, is “the essential requisite of the judicial order, in which the trier analyzes the questions of fact and law”⁸. This word is connected to another one, *motivation*, a male noun in the Portuguese language, derived from *motive*, an indicative of “the reason why a thing is done, from the effect to the cause”⁹.

In another Brazilian dictionary, by Pedro Nunes, the word *reasoning* refers to the act or effect of *giving the reasons*: the reasoning of the judgment. So, *to give the reasons* is “to justify, try to show, with strong reasons and support by the law, by the jurists’ opinion, by the case law, or by documents or some other evidence”. It also means *to expose*, “based on law and on evidence, the reasons for the proceeding, or for a claim, or for an answer”¹⁰. For this author, *motivation* has the same meaning as *reasoning*. Motivation corresponds to the indispensable second part

⁶ Ibidem, v. 2, p. 716.

⁷ Ibidem, v. 3, p. 357.

⁸ SIDOU, J. M. Othon. Dicionário jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 362.

⁹ Ibidem, p. 511.

¹⁰ NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. v. I. 9. ed. corrig., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 463.

of the judgment “in which the judge states the reasons, of fact and law, and the occurring circumstances, which determined his conclusion and led him to render his decision”¹¹.

Law is developed “through the balance of a double requirement”, according to Chaïm Perelman: a) on the one hand, a “systematic order”, that is, the preparation of a coherent order; b) on the other hand, a “pragmatic order”, in other words, the search for acceptable solutions by the medium, because “they conform to what it seems to be fair and reasonable”¹².

In addition, according to this author, one should not forget that court decisions should always satisfy “three different audiences”: a) on one side, the parties to the dispute; b) next, the legal professionals; c) and, at last, public opinion, “which will be expressed by the press and by the legislative reactions to the court decisions”¹³.

The one who decides, the Minister, the Justice or the Judge, “necessarily has to explain the reason for his decision”. The meaning of “presenting the reasons” is in “giving the reasons, of fact and law, through which the validity or invalidity of the claim is justified”. In this sense, it is not enough, or it is insufficient, that the legal authority writes “I deny the injunction”, or “being the legal presumptions absent, I vacate the injunction”. The so-called “implicit motivation” is not accepted, and it is required that the decision demonstrates “a logical, direct, explanatory and convincing reasoning of the conduct adopted”. For a decision to be

¹¹ Ibidem, v. II, p. 603.

¹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 238.

¹³ Ibidem. p. 238.

motivated, “the pure and simple mention to the documents of the action, to the witnesses or to the transcription of the lawyers’ arguments” is not enough. The decision will be considered reasoned or motivated only if “there exists a concrete analysis of all the elements and other evidence of the records, exhausting their substance and checking their form”¹⁴.

It should be emphasized that the guarantee of motivation comprises, specifically, the following:

1) the precedent of the judge’s choices regarding the individualization of the applicable rules and the legal consequences which derive from them; 2) the nexus of implication and coherence between such precedents; 3) the careful consideration of the arguments and evidence brought to the records.¹⁵ (own translation)

It is important to remember that the word *reasoning* means “not only to explain the legal/constitutional grounds of the decision”. When it is said that “all decisions should be justified”, this statement should be understood in the sense that “such a justification should make reference to reasons and offer arguments of a legal character”. The most important limit of decisions lies precisely “in the need for motivation/justification of what has been

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 946.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

said”. In other words, it can be said that it is “a real ‘shield’ against arbitrary trials”¹⁶.

Therefore, it is a question of ensuring to the parties the right to see that the trier examines “the issues of fact and law which have been raised, claiming from the judge careful consideration of the arguments and evidence brought”¹⁷.

It should always be highlighted that, because of that, “the motivation of the decision becomes the best point of reference to check if the activity of the parties was effectively respected”. Actually, it is in the configuration of the trier that the obligation to motivate becomes more relevant, since it is “in the field of evidence valuation that the judge has a greater scope of discretion”¹⁸.

Normally, it is stated that reasoning is especially addressed to the interested party itself about what has been decided. It should not be thought, however, that the addressee of the motivation is only the party. Such a principle is not that limited. In fact, it is considered “a guarantee for the State, the citizens, the judge himself and public opinion in general”¹⁹.

It is not only the winning party of the lawsuit that needs to know the reasons for the decision of the dispute. The losing party

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. (p. 1318-1326). p. 1324.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

¹⁸ Ibidem. p. 119.

¹⁹ PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 250.

also needs to know these grounds. According to Luiz Guilherme Marinoni and Sérgio Cruz Arenhart, "motivation is more important for the losing party than for the winning party". This happens not only because the losing party is the one that can appeal, but because it is the losing party that may not conform to the situation, and, hence, "needs to seek solace in the judicial justification"²⁰.

The third party, the public, has the right to know the reasoning of the judicial order, as well. It must be recognized, therefore, that motivation is addressed to third parties, too. It is destined to the public, which "has the right to know the exact reasons of the judge, besides being indispensable for the control of the judge's power"²¹.

Therefore, justifications are recommended to understand that the words *reasoning* and *motivation*, in the Portuguese language, can be used as if they were synonyms for the purpose of the requirement of the conclusion of judicial orders.

2. The brazilian constitutional provision in 1988

The importance of the theme of the requirement of reasoning in judicial orders is such that the Constitution of 1988 established that all trials of the bodies of the Judiciary Branch should be public and "all decisions shall be justified, under penalty of nullity" (item IX of art. n. 93 of the Brazilian Federal Constitution of 1988).

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 267-268.

²¹ Ibidem, p. 268.

There was a time in the history of Law in which the principle of motivation of judicial orders was treated like a technical guarantee of the procedure. “Endo-procedural purposes” were assigned to them, that is, they should “propitiate the cognizance of the judicial order to the parties, so that these could defend themselves in court, claiming for the examination of the legality and of the justice of a decision to the judiciary bodies”. However, in modern times, this principle is conceived as a “guarantee of a political order” or a “guarantee of the jurisdiction itself”. The routes have changed considerably, since now the “constitutional frame” is not only addressed to the parties and to the judges of second instance anymore, but “also to the community as a whole”. Thus, being the decision known, it can be verified “if the judge was unbiased in his decision, if he decided with subject cognizance of the suit”²².

Without any doubt, reasoning is the premise of the standing of judicial orders. The reasoning of decision-making acts is qualified as “the constitutional premise of effectiveness and efficacy of the decisions by the Judiciary Branch”. Meaning a gross misconduct of a constitutional nature, the infringement of the duty imposed by the Brazilian Constitution, art 93 IX, “affects the legal standing of the decision and generates, in an inexcusable way, the consequent nullity of the judicial order”²³.

It can be stated that, for sure, “the principle of motivation of judicial orders is a logical result of the clause of the due process of

²² BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 947.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 458.

law”. Even if such a principle was not incorporated in items IX and X of art. 93, “the requirement of its observance would derive from the interpretation of art n.5, LIV”. The Brazilian Constitution of 1988 prescribed that judicial orders should be motivated under the penalty of nullity because in a democratic state ruled by the law “the acts of the government cannot be issued to show contempt for the constitutional guarantees, among them impartiality and the freedom of judgment of the judge”²⁴.

When analyzing this constitutional provision (art. 93, IX), Luiz Guilherme Marinoni and Daniel Mitidiero explain that the duty of motivation of judicial orders is inherent to the Constitutional State and constitutes a “real evidence base of the right of the parties to adversary proceeding”. Because of that, “adversary proceeding, motivation and the right to fair procedure” are linked “in a very special way”. They emphasize that a judicial order without motivation misses two central characteristics: “the justification of the judicial rule for the case at hand and the capacity of guidance of social conducts”. In short, they lose “their own jurisdictional character”²⁵.

According to Lenio Streck’s clarifications, “it can be said that Law is not Moral; Law is not Sociology”. It can be said that, according to him, “Law is an interpretative concept and it is that which is emanated by the legal institutions”. This way, the issues related to Law necessarily find “answers in laws, in constitutional

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 946.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à motivação das decisões. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 665-666.

principles, in regulations and in precedents that have a constitutional DNA, rather than in the individual will of the law enforcer”²⁶.

Ronald Dworkin points out, in an eloquent way, that it does not matter what judges think about Law, but instead the fit and the justification of the interpretation of the legal practices they provide regarding the law of the political community²⁷.

The constitutional requirement of the obligation to state the reasons of all decisions means that “the trier will have to explain the reasons why they were issued”. It is considered, thus, “an authentic right to accountability, opposed to the respective duty to accounting”. This constitutional requirement, therefore, becomes an authentic fundamental duty²⁸.

There is no doubt, with regard to what is understood by the principle in item IX of article 93 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil: it constitutes a double guarantee, of a political order and of the jurisdiction itself. It is through grounded decisions, uncompromised with spurious interests, in a democratic state ruled by the law, that “the judicial activity is evaluated”. In this sense, the parties can check if their reasons

²⁶ STRECK, Lenio. *Crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 64.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 127-203.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao artigo 93*. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. (p. 1318-1326). p. 1324.

were respected and examined “by the judicial authority, with impartiality and sense of justice”²⁹.

When analyzing the motivation of the decision, several aspects are found, such as “the need for judicial notification, exercise of logics and intellectual activity of the judge”, in addition to “his submission, as a procedural act, to the state ruled by the law and to the constitutional guarantees written in the Constitution, art. 5”. As a consequence, they bring the requirement of “the judge’s impartiality, the publication of judicial orders, the legality of such decisions”. It can be seen, in this path, “the constitutional principle of the legal independence of the judge, who can decide according to his freedom of judgment, in so far as he motivates the reasons for his conclusion (principle of motivated free judgment)”³⁰.

It can be noticed, thus, that the incidence of the principle of the Constitution, regarding the requirement to state the reasons/motivate judicial orders, plays a major role in the judicial activity in a democratic state ruled by the law.

3. The scope of the expression “a judicial order is considered reasoned if - the six items of §1 and §§2 and 3 of art. 489 of the brazilian code of civil procedure of 2015 - the issue of enforceability to the labor law system

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 947.

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 290-291.

The theme of motivation/reasoning of decisions is very important for the credibility of the Judiciary Branch and for the guarantee of the democratic state ruled by law itself. The New Brazilian CCP shows the problem when specifying situations in which judicial orders are not considered reasoned. The questioning made is if the provision of §1 of art. 489 of the New CCP, in its items, is applied to the labor procedure.

In the system of free judgment, the need for motivation is imprecise, since “if the systems of legal evidence and of the intimate conviction of the judge are abandoned”, the judge has the “freedom to select and evaluate the elements of evidence to render a decision, but he should, compulsorily, justify his decision”³¹.

The idea of “motivation as a guarantee” is based on three essential points: a) the guarantee of an impartial and balanced performance of the judge; b) the guarantee of the control of legality of judicial orders; c) “the guarantee of the parties, as such a guarantee allows them to check” if the judge took into account the arguments and the evidence they produced³².

In addition, in labor procedure, by operation of the Constitution (art. 93, IX) and of the Civil Procedure (art. 131, CCP 73), it is understood that “the judge should motivate his decision, state its reasons, say why he has decided this way and not another”³³. This means that motivation “serves to check the arguments used by the

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

³² *Ibidem*. p. 198.

³³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 34. ed. atual. até 3/12/2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 379.

judge as reasons to decide”³⁴. If reasoning is not presented, “it cannot be known why the party is not entitled to the law, and so the party cannot disagree to be able to appeal”³⁵.

According Renato Saraiva, the judge should point his reasons to decide, in other words, present “the factors that contributed to the formation of his finding upon the analysis of the procedural questions, the claims of the parties and the evidence produced”³⁶. Such a scholar insists in the sense that “the judge should thoroughly examine all the questions raised by the parties, under the penalty of nullity due to the absence of judicial obligation”³⁷. He efficiently reports that, many times, the lack of analysis, by the judge, of all the questions raised by the litigants, may prevent the party from appealing to the Superior Courts “due to the imperative of pre-questioning, necessary to the access to the extraordinary instance, violating, thus, the principle of the opportunity to be heard”³⁸.

The Superior Labor Court faced this theme in one of its appellate decisions recording the “need to evaluate all the arguments regularly provided by the litigant parties, under the risk of nullity”. It states that complete relief is provided by answering “to all the regular arguments given by the litigants, and the trier cannot be confined to those arguments that led him to his conclusion”. Thus, the omission of the relevant points by the parties may lead to substantial loss, “not only because of the

³⁴ Ibidem, p. 379.

³⁵ Ibidem, p. 379.

³⁶ SARAIVA. Renato. Curso de direito processual do trabalho. 5. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 339.

³⁷ Ibidem, p. 339-340.

³⁸ Ibidem, p. 440.

possibility of success or failure, but also in view of the impositions of the developments of the functional jurisdiction”³⁹.

José Alexandre Barra Valente, in an aforementioned article, looked into the enforceability of §1 of article 489 of the Brazilian New Code of Civil Procedure to the labor procedure. He pointed out that, despite its important constitutional feature, such a provision cannot be applied to the labor procedure, which has “a specific legal provision that already deals with the theme (Brazilian Consolidation of Labor Laws, article 832, head provision)”. According to this author, this rule of the CLL perfectly fits into the “labor procedure system, based on differentiated and special relief, meant to assist labor rights, with strong bias on two premises - orality and simplicity”⁴⁰.

Art. 489, §1, of the Brazilian New CCP refers to the events in which a court order is not considered reasoned, “making the trier specify the decision and the respective reasoning before the specificities that are given to him”. “Standardized reasoning without presenting the arguments and the interpretations brought by the parties”⁴¹ will no longer be accepted.

The New CCP also innovates when it provides, in article 1022, sole paragraph, II, the use of motions for clarification “to make up

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª T. RR 684.428. Rel. Min. Conv. Alberto Luiz Bresciani Pereira - DJU 24.05.2001. p. 427.

⁴⁰ VALENTE, José Alexandre Barra. A fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo do trabalho. Revista Eletrônica do TRT9. v. 4. nº 39. abril de 2015. (p. 171-220). p. 217. Available at: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>>. Access on: 23.Sep.2016.

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325.

for an omission of a decision which incurs in any of the conducts described in art. 489, §1⁴².

The novelty of §1 of art. 489 establishes that the guarantee of the reasoning of judicial orders, “of a constitutional character, is not fully satisfactory if the reasoning does not meet the standards of quality”⁴³.

Item 1, of §1, of art. 489, states that any decision which “is limited to quoting or paraphrasing an act of law, without explaining its connection with the case at hand or with the issue decided” is not considered reasoned. When interpreting this new provision, in their work “Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo - Lei 13.105, de 16 de março de 2015”, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro and Rogério Licastro Torres de Mello state that:

According to the new law, it is considered that there is no reasoning in a judicial act that, purely and simply, repeats the law, with other words, without saying expressly why the rule is applied to the case at hand (art. 489, §1, I). Thus, if it is said, in the decision: the decision is X because the rule says Y, such a decision lacks reasoning, as there was no link between the text of the law said in other words - and the facts of the lawsuit.⁴⁴ (own translation)

⁴² Ibidem, p. 325.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 793.

⁴⁴ Ibidem, p. 794.

For Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart and Daniel Mitidiero, the scope of the rule of item I, of §1, of art. 489, highlights that “the need of individualization of the enforceable rules repeals the possibility for the judge to limit himself to quoting or paraphrasing an act of law”. The word *paraphrase* here means the simple re-elaboration of the legal text with other words. The authors point out that, for the individualization of enforceable rules, it is necessary to explain the reasons why the “applied rules can be used for the resolution of the case at hand”, that is, “to show the reasons why the rules should be applied”. In this sense, “the simple transcription of the legal text”, without mentioning the case at hand, “is not suitable for the individualization of the right that must be applied”⁴⁵.

When analyzing this same legal provision of the New CCP, Nelson Nery Junior and Rosa Maria de Andrade Nery say: “the text curbs the judge from using reasoning which would be suitable to ground any other decision”. In other words, exemplifying, the ready model has never been and now, more clearly and expressly, “will ever be tolerated as a reasoned decision”. In addition, the use of paraphrases, that is, “to transcribe the text of law by changing the words or their order in the sentence”, is banned, as well. Therefore, the decision, reasoned on the text of the law, should

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 443.

“mention the facts of the lawsuit which would be subjected to the incidence of the text of the law”⁴⁶.

Judicial motivation that would be suitable to justify any other motivation is not correct, as a decision of the Brazilian Federal Supreme Court shows:

The statement that the claim inferred by the party is “legally unfeasible, since it does not depict the truth of the legal compendiums” does not meet the constitutional requirement that all decisions by the Judiciary Branch are reasoned (Federal Constitution, art. 93, IX): statements which, according to the requirements, are used to justify any other judicial court, are not suitable for motivation.⁴⁷ (own translation)

Item II, of § 1, of article 489, considers unreasoned the judicial act that “employs indeterminate legal concepts, without explaining the concrete reason for their applicability to the case”. The rule refers to the cases in which the debate of the real lawsuit involves the attainment of vague terms, for instance, present “in indeterminate legal concepts and in general clauses”. As an example of an indeterminate legal concept, the one of the just cause “for the purpose of restitution of procedural time” (art. 223) can be mentioned. The general clause can be exemplified with art. 5: “all who, in any way, participate in the proceedings shall act in

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1155.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. RE 217631-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j: 9.9.1997, DJU 24.10.1997.

good faith”⁴⁸. If sense to the vague term is not granted and the reason why the case at hand is relevant is not shown, “the normative indetermination of the text does not allow that the rule that will be applied to the resolution of the issue disputed between the parties is individualized”⁴⁹.

Nelson Nery Junior and Rosa Maria de Andrade Nery explain that the text does not allow the “mere reference to indeterminate legal concepts, such as, for example, good faith, bad faith, just title, reasonable duration of the procedure, etc.” In these authors’ opinion, it is indispensable that judges completes the indeterminate concept, explaining, specifically and in the case at hand, what the mentioned expressions and doctrines are. They say that the mere indication of the indeterminate legal concept, “without a clarification on its enforceability to the case may lead to the nullity of the decision because of lack of reasoning”. They explain, however, that “concise reasoning cannot be confused with no reasoning”⁵⁰.

Brief motivation may mean a motivated decision, as the Federal Supreme Court in Brazil has already understood:

Reasoned decision: what the FC 93 IX requires is that the judge or the court gives the reasons for their findings, and it is not

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 443.

⁴⁹ Ibidem, p. 443-444.

⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1155.

required that the decision is widely reasoned, since a decision with motivation is a motivated decision.⁵¹ (own translation)

Regarding this situation, the oral history of the Labor Court System of Paraná records a unique case, of a brief decision that was sustained by the Court. It was being argued, in an employment dispute, before a Conciliation and Arbitration Board in the inland part of Paraná, whether the plaintiff was or was not employed. The decision stated: “the person who buys milk on the farm and, on his own risk, resells it in town, is not an employee”. Is such a decision satisfactorily motivated? Would it be an example of a brief decision? The Regional Appellate Labor Court examined the appeal presented in seventy pages and sustained the decision. Did the Court act correctly? The synthesis of a decision often generates doubts. In this case, it really seems that the decision was justified, in a reasoned/motivated way, because the plaintiff was not employed.

It must be highlighted that the indetermination of concepts “admits degrees”, and it is also evident that, the more unclear the concept in the applied rule to settle the case at hand is, certainly the more it will be necessary for the “judge to explain why he understood that the rule should focus on the factual event of the records”. Therefore, when based “on legal principles, on general

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. Ag. Rg RE 285052-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 11.06.2002, DJU 28.6.2002.

clauses and on rules that have, in their text, indeterminate concepts”, the reasoning of the judicial order should be dense⁵².

Item III, of §1, of article 489, does not consider reasoned the judicial order that “states reasons that could serve to support any other decision”. Such a rule is already present in items I and II, previously examined, considering non-motivated the decision that “would serve to justify any *decisum*, like for example, I grant the injunction because its preconditions are present”. There is no doubt that the reasoning “should be express and specifically related to the case that is being settled”. Under no circumstances a basic decision is admitted; this kind of decision means, according to common use, “something than can be used in different situations, without running the risk of making a serious mistake⁵³.”

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart and Daniel Mitidiero emphatically point out the “need of an effective dialog between the judge and the parties, given the logic argumentative character of the interpretation of the law”, which repels a decision that employs reasons that could be used to justify any other decision⁵⁴, and, therefore, is not well-grounded.

The prohibition in the text of the New CCP is exemplified, asserting that when a certain decision presents reasoning that can be used to justify any other, in fact it does not individualize the

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 794.

⁵³ Ibidem, p. 795.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

case at hand. For this reason, standardized answers, idealized to serve to any case indistinctly, “precisely by the absence of references to the specificities of the case, demonstrate the inexistence of consideration for the claim put forward by the party”. In short, regarding item III, with standard reasoning, “separated from any aspect of the case, the party is not heard, because its case is not considered”⁵⁵.

Item IV, of §1, of article 489, does not consider reasoned the judicial act that fails to “confront all the arguments put forward in the proceedings capable of, in theory, annulling the conclusion adopted by the judge”.

In considering that the decision is not motivated, when all the arguments deduced from the procedure are not confronted, the provision refers to the “arguments of fact and law that can lead the judge to decide otherwise”. In other words, if the arguments are not accepted, they should, compulsorily, be dismissed. Here it is a matter of taking into consideration the “contemporaneous notion of the principle of *audim alteram partem*”. It can no longer be admitted, as it used to be in the past, that the adversary proceeding is restricted to the activity of the parties, with “the opportunity to affirm and demonstrate the right they claim they have”. Now, the adversary proceeding is understood as presupposing the existence of “a neutral observer, in the sense of being unbiased, that watches the dialog between the parties (allegations + evidence) to decide afterwards”. When stating the

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444-445.

reasons of the decision, the judge demonstrates that he “has participated in the adversary proceeding”. The judge has the obligation to hear the parties, although he may not accept their allegations, since he can “decide with basis on grounds that were not mentioned by any of the parties (*iura novit curia*)”. Only in the records in which it was entered, a decision can (or cannot) be considered grounded. Apart from its *interna corporis* coherence, it is essential that the decision refers to external elements, “setting them aside, in order to even reinforce the correctness of the decision made”⁵⁶.

In the history of Law, there was a period when the adversary proceeding was understood as something concerning only the parties. Therefore, in this sense, it was said that the duty of motivation of judicial orders should not have, as a parameter, “the activity developed by the parties in court”, to assess the correction. Thus, it was considered to be sufficient that the jurisdictional authority demonstrated “the reasons which grounded the provision” for the decision to be considered motivated. It was only a matter of taking into account “an intrinsic criterion to assess the completeness of the duty of motivation”, in other words, “the non-contradiction between the propositions within the decision was enough”. This old understanding is in complete mismatch with the new view regarding the right to adversary proceedings. It must be remembered that the adversary proceeding means the right to influence, having as a counterpart, the “duty of debate - duty of

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 795.

consultation, of dialog, of consideration”. This way, it is assumed that “it is not possible to assess whether the influence was effective if there is not a judicial duty of refuting the reasoning raised by the parties”. This is the reason why, besides not being adversary, the reasoning also has its completeness ruled by an “extrinsic criterion - the consideration for the arguments developed by the parties in their procedural statements. Another important explanation clarifies that item IV, of §1, of article 489, does not aim at making the judge “confront every and any argument claimed by the parties in the proceeding”. Indeed, there must exist a dialog between the judge, of the Judiciary Branch, with the party, about the “arguments capable of determining, by themselves, the validity of the claim”, or, also, “of determining, by themselves, the cognizance, no cognizance, appeal or denial of an appeal”. All the other arguments, however, only need to be considered by the judge, with the aim of proving that “they are not capable of demonstrating a different conclusion from that one adopted by the trier”⁵⁷.

Nelson Nery Junior and Rosa Maria de Andrade Nery, in an analysis of item IV, of § 1, of art. 489, of the New CCP, point out that “if there is omission of the judge, who failed to analyze the constant reasoning of the claim of the party, there is omission susceptible to correction via motions for clarification”. Now, it is no longer permitted to refute motions for clarification “by claiming that the judge is not obliged to make a statement on every point of

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 445-446.

the proceeding”. Therefore, the judge has to make a statement on all the points raised by the parties, and “which are capable of altering the conclusion adopted in the decision”. Nonetheless, the cited authors distinguish brief reasoning from insufficient reasoning. In their opinion, “the judge does not have the obligation to answer to all the arguments of the parties”, but he has the duty to “examine the questions that may serve as essential reasoning to accept or dismiss the claim of the plaintiff”. They also mention that, with basis on item I, article 1022, of the New CCP, “adversary motivation gives reason for the moot party to object motions for clarification⁵⁸.”

Item V, of §1, of article 489, does not consider reasoned the judicial act that “limits itself to making reference to precedents without identifying their determining grounds nor demonstrating that the case at hand fits that reasoning”. Such a rule is considered “substantially identical to the one of item I”, or, in other words, “when a rule is applied to the case at hand, the reasons that make the rule suitable to settle that case at hand should be explained”. Likewise, when applying a precedent, “the legal interpretation adopted by the precedent and drafted in the precedent” is taken into account. This way, “the relation of relevance to the case at hand”⁵⁹ must be stated in the reasoning of the decision.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1155-1156.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796.

The requirement of the New CCP is that the reference to a court precedent, (binding or simple), should be accompanied by “the analysis of the facts and of the law of the claim, which conformed to that precedent”. The same requirement is in item I, of §1, of art. 489. The judge should refer to “the circumstances of the case at hand to explain their connection with the precedent”. It is not sufficient to refer to, mention the precedent, it is “not the circumstance that characterizes the decision as well-grounded”. Therefore, as in any simple reference to the text of the law, the mere reference to the precedent means that it is a “null decision due to lack of reasoning” (FC, 93, IX)”⁶⁰.

When interpreting item V, of §1, of article 489, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart and Daniel Mitidiero specify that those problems derived from “the use of a precedent without due justification of the identity or similarity between the cases” are also “problems connected to the absence of identification of the applicable rules to the case at hand”⁶¹.

The last item of § 1, item VI, of article 489, considers that a judicial order is not reasoned when it “fails to observe the precedent or the case law raised by the party, without showing the existence of a distinction between said precedent the matter adjudged, or that said understanding had been overturned”.

To some extent, it is possible to consider that the reasons of item VI are also included in item V, that is, when the case law, or

⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.156.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

the precedent, raised by the party, is not considered, “the reasons why it was set aside should be explained”. There are two possibilities: either it is not an analogical case, “or the legal interpretation in the precedent or case law should not be granted because it is surpassed”⁶².

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart and Daniel Mitidiero point, in item VI, just like they did with regard to item V, problems connected with the absence of the identification of the applicable rules to the case at hand, that is to say, derived from the omission of a justification capable of distinguishing “between the rendered case and the case mentioned as a precedent, or capable of showing the overturning of the precedent claimed by the party, but not applied”⁶³.

Nelson Nery Junior and Rosa Maria de Andrade Nery add very pertinent remarks with regard to the possibility of not applying a binding precedent and the control of constitutionality. They point out that the application of the binding precedent is neither immediate nor automatic, “since the exercise of interpretation is necessary”. They emphasize that the judge, given the general and abstract character of the binding precedent of the Federal Supreme Court, may or may not apply it, since, such as the law, it is also “general and abstract and have compulsory compliance and application (CF, 5, III)”. However, in order not to apply the binding

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

precedent of the FSC to the case at hand, it is necessary to set its constitutionality aside. Otherwise, the judge is obliged to perform it and apply it. At the moment this incidence is set aside, the judge will recognize that it is “an unconstitutional text of the law”⁶⁴. Nelson Nery Junior, in a book he wrote alone, mentions binding precedent n. 5 of the FSC, which establishes that: “the lack of technical defense by a lawyer in the disciplinary administrative proceeding does not violate the Constitution”. He considers this precedent unconstitutional because it damages human dignity (FC, 1, III), the right of action (FC, 5, XXXV), the due process of law (FC, 5, LIV), the opportunity to be heard (FC, 5, LV) and the right to a lawyer (FC, 133). For this reason, he states that this precedent “cannot produce effects on administrative and judicial proceedings”. So, either the administrative trier (administrative proceeding) or the judge (judicial proceeding) would be in charge of the concrete and diffuse control of the constitutionality of binding precedent n. 5 and, when finding it unconstitutional, they should not apply it⁶⁵.

Regarding the non application of a case law or a simple court precedent, Nelson Nery Junior and Rosa Maria de Andrade Nery consider that “the binding of the judge in the events provided in CCP 927, III, IV and V is unconstitutional, since it is not expressly authorized by the FC, as it would be according to the law, for such

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1156.

⁶⁵ Idem. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 254 - 255.

a binding not to occur”. In effect, the head provision of article 927 of the New CCP establishes that judges and courts should note: a) the decisions of the Federal Supreme Court in the concentrated control of constitutionality; (I); b) binding precedents (II); c) bench decisions in the incident of assumption of competent jurisdiction or in the incident of the resolution of multiple claims on the same point of law or in the decision of multiple appeals on the same point of law (III); d) precedents of the Federal Supreme Court on constitutional matters and of the Superior Court of Justice on infra-constitutional matters (IV); e); - the guidelines of the full bench or of the special body to which they are bound(V). These authors also mention that, with regard to the precedent of the FSC, in order to bind judges and courts, “it was necessary to edit a Constitutional Amendment including the FC 103-A (EC 45/2004)”. Likewise, they consider the constitutional amendment requirable “to authorize the Judiciary Branch to legislate”. They highlight that, only in the events provided in the CCP 927 I and II, the binding is possible, “since, for that, there is an express constitutional authorization (FC 102, § 2 and 103-A head provision)”⁶⁶.

Due to the fact that the specific provisions of the New CCP on judicial reasoning are a novelty, it is considered important to bring the jurists’ explanations about the so-called “lack of motivation”, which could be expressed in at least three different situations:

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1156 e 1835.

a) when the judge omits the reasons of his conclusion: b) when the judge indicates them making an evident logical-juridical mistake, so that the premises from which he extracted his decision may be considered *sicut non essent* - lack of intrinsic motivation; or c) when, even though the opinion seems to be motivated in its context, the judge has omitted the examination of a decisive fact for the court to have the impression that, if the judge had examined it, he would have reached a different conclusion - lack of extrinsic motivation.⁶⁷ (own translation)

Regarding lack of extrinsic motivation, which is characterized “when the judge fails to consider evidence or decisive issues of fact or law for the trial”, in such an event, the trials have “overruled the judgment for irreconcilable nullity”⁶⁸.

Art. 489, §2, establishes that, “in the event of clashing rules, the judge must justify the subject and general criteria of the considerations made, stating the reasons that permit interference in the rule that was set aside and the factual assumptions that substantiate the conclusion”. Different rule-making purposes may point to diverse and even opposing solutions, for the resolution of certain cases, according to the example of §2 of article 489. The New CCP calls this phenomenon “clashing rules”. Although the Code talks about consideration, “it may be the case that the normative conflict may be settled with the employment of proportionality”. In the event of consideration, the judge has to justify the subject and

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 119.

the general criteria, stating "the reasons that permit interference in the rule that was set aside and the factual assumptions that substantiate the conclusion". In the event of proportionality, "the judge must revoke the relationship between the means and the end and argumentatively justify fit and need"⁶⁹.

Nelson Nery Junior and Rosa Maria Andrade Nery emphatically explain that there is inappropriateness "in the reference to the consideration technique", in §2 of article 489, leading to the interpretation that "each and every antinomy can be settled by this means". As they pinpoint, this technique was developed and maintained "for the resolution of conflicts between fundamental rights and between constitutional principles, which are not settled by the rules of the classical legal hermeneutics". Therefore, such a provision must be interpreted only "in the sense that it refers to the rules related to fundamental rights and constitutional principles"⁷⁰.

In pluralist societies, such as the one we live in, the guideline of § 2 has its role, since more and more "The Judiciary may face complex issues that require dense reasoning". In some situations, it is considered indispensable to "decide which principle should prevail over others, many times, of the same hierarchy". This can be exemplified with two cases tried by the Full Bench of the Federal Supreme Court: a) ADPF 132/RJ, on the guarantee of equal rights for homo-affective unions; b) ADPF 54/DF, on the

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 449.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1156 e 1157.

decriminalization of therapeutic anticipation of childbirth in the event of an anencephalic embryo⁷¹.

Article 489, §3, says that: "The judicial decision must be interpreted on the basis of the combination of all its elements and in conformity with the principle of good faith". This is an "interpretative rule of the judicial acts", which must be understood "according to the set of elements that they contain and in accordance with the principle of good faith". Such a provision corresponds to §2 of article 322 of the NCCP, "which is about the claim". Correlating claim and judgment is inevitable, as it has already been said that the former is a draft of the latter, "when the claim is granted"⁷².

Some criticism to this text is that "if there is no consistency between the background, *ratio decidendi* and the order imposed by the judgment, there is no way the judgment can be duly interpreted." Thus, "the provision of interpretation upon the combination of the elements of the decision" seems obvious, becoming even more unnecessary with regard to the judgment, "since its constituent elements were not randomly indicated by the legislator". The head provision of article 489 of the NCCP is condemned to uselessness when it ignores "one of these factors in the interpretative process". Concerning good faith, it is considered a "fundamental reference to all those that participate in the process"; however, strictly speaking, the inclusion in the legal text

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796-797.

⁷² Ibidem, p. 797.

is unnecessary. Evidently, the interpretation of the judicial act should not be guided by the distortion of what has been said by the judge, since this “would characterize malicious defense for the alteration of the truth of the facts (CCP, 80, II)”⁷³.

At the end of this topic, it can be considered that the six items of § 1 of article 489 of the NCCP can, and must, be applied to the labor court system. With regard to §2, it can be applied when concerning fundamental rights and constitutional principles. And, although unnecessary, §3 reinforces the relevance of interpreting the judicial order “from the combination of all its elements”, and also taking notice of good faith, as well. The provision may justify itself only as a warning.

4. The understanding of the superior labor court, the brazilian enfam (“the national school of training and improvement of magistrates”), regional appellate labor courts of regions n.10 and n.18 and the xviii brazilian conamat (national congress of labor court magistrates) on the theme

Resolution n. 203 of the Superior Labor Court, of 15.03.2016, edited Normative Instruction n.39, which provides, in a non-exhaustive way, on the rules of the Code of Civil Procedure of 2015 which are applicable and inapplicable to the Labor Procedure. Article n.1 of this instrument considers the CCP of 2015 “subsidiarily applicable to the Labor Procedure, when there is

⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1157.

omission and so far as it is compatible with the rules and principles of the Labor Procedural Law”. For this guideline, it employs the content of articles 769 and 889 of the Brazilian Consolidation of Labor Laws and art. 15 of Law n. 13.105 of 17.03.015⁷⁴.

Concerning the theme of this article, in face of omission and compatibility, Normative Instruction n. 39/2016 of the Superior Labor Court considers art. 489 (reasoning of judgment) applicable to the Labor Procedure, as stated in its art. 3, item IX. However, it emphasizes, in art. 15, that the compliance with the legal requirement of the reasoning of judicial orders (NCCP, §1 of art. 489), in relation to the Labor Procedure, must observe certain premises, which are explained in detail, as follows:

Premise number one (item 1 of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): in accordance with articles 332 and 927 of the NCCP, adapted to the Labor Procedure, for the purpose of items V and VI of §1 of art. 489, it is considered precedent only:

- a) the bench decision entered by the FSC or by the SLC in the hearing of multiple appeals on the same point of law (CLL, article 896-B and NCCP, art. 1046, § 4);
- b) an understanding based upon the incident of the resolution of multiple claims on the same points of law and fact or on the assumption of competent jurisdiction;
- c) the decision of the Federal Supreme Court in the concentrated control of constitutionality;

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução TST nº 203, de 15 de março de 2016. Revista LTr, v. 80, nº 03, março de 2016, p. 365-368.

d) the prevailing legal interpretation in the Regional Appellate Labor Court, and not in conflict with the precedent or a precedent guideline of the SLC (CLL, art. 896, § 6);

e) the decision of the full bench or of the special body to standardize the court case law to which the judge is bound or to the SLC.

Premise number two (item II of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): in accordance with art. 489, § 1, items V and VI of the NCCP, only the FSC precedents, a precedent guideline, the precedent of the SLC and the precedent of the Brazilian TRT not in conflict with the precedent or a precedent guideline of the SLC, which contain explicit reference to the determinant reasoning of the decision (*ratio decidendi*) will be considered as precedents.

Premise number three (item III of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): the decision that does not consider issues whose examination was affected upon a previous analysis of the subordinate action does not violate art. 489, § 1, item IV of the NCCP.

Premise number four (item IV of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): art. 489, § 1, of the NCCP, does not oblige the judge or the Court to confront the legal grounds claimed by the party, when they were examined in the commencement of compulsory precedents or in the determinant grounds of the precedent.

Premise number five (item V of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): the decision that applies the legal interpretation upon a precedent (according to item I) does not need to confront the grounds already analyzed in the leading case, being sufficient, for the purpose of compliance with the requirements in art. 489, § 1,

of the NCCP, the factual and legal correlation between the case at hand and that one analyzed in the incident of concentrated termination.

Premise number six (item VI of art. 15 of the NI 39/2016 of the SLC): in accordance with items V and VI of art. 489, § 1, of the NCCP, it is the duty of the party to identify the determinant grounds or to show the existence of a distinction between the said precedent the matter adjudged or that said understanding had been overturned, whenever the party claims a precedent⁷⁵.

As a result of the Seminar entitled “The Judicial Branch and the New Code of Civil Procedure”, the Brazilian EFAM (“National School of Training and Improvement of Magistrates) disclosed 62 precedents. In relation to the theme examined (art. 489 of the NCCP), the following are mentioned:

Precedent 7: The bench, whose grounds have not been explicitly adopted as reasons to decide, does not constitute a binding precedent.

Precedent 8: The precedents must reproduce the determinant grounds of the precedent.

Precedent 9: It is the duty of the party, in accordance with art. 489, § 1, V and VI, of the CCP/2015, to identify the determinant grounds or to show the existence of a distinction between the said precedent the matter adjudge, or that said understanding had been overturned, whenever the party claims a precedent.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução TST nº 203, de 15 de março de 2016. Revista LTr, v. 80, nº 3, março de 2016 (p. 365-368), p. 366-367.

Precedent 10: Brief reasoning is not confused with the absence of reasoning and does not bring about the nullity of the decision if all the issues are confronted, whose termination, in theory, influences the decision of the cause.

Precedent 11: The precedents that items V and VI of § 1 of art. 489 of the CCP/2015 refer to are only those ones mentioned in art. 927 and in item IV of art. 332.

Precedent 12: (item III of art. 15 of NI 39/2016 of the SLC): the decision that does not consider issues whose examination was affected upon a previous analysis of a subordinate action does not violate the withdrawable rule of item IV of § 1 of art. 489 CCP/2015.

Precedent 13: Article 489, § 1, IV of CCP/2015 does not oblige the judge to confront the legal grounds claimed by the party when they have already been confronted in the commencement of compulsory precedents.

Precedent 19: The decision that applies the legal interpretation upon multiple claims on the same point of law does not need to confront the grounds already analyzed in the leading case, being sufficient, in accordance with the requirements in art. 489, § 1, of the CCP/2015, the factual and legal correlation between the case at hand and that one analyzed in the incident of concentrated termination.

Precedent 20: The claimed reasoned in theory approved in an incident of resolution of repetitive claims must be granted, respecting the adversary proceeding and the opportunity to be

heard, unless it is a case of distinction or that said understanding had been overturned by the court of jurisdiction.

Precedent 40: It is for the appellant to show that the argument considered omitted is capable of annulling the conclusion adopted by the trier.

Precedent 42: The nullity will not be declared if the effective prejudice because of the absence of an analysis of an argument put forward by the party is not shown⁷⁶.

The Regional Appellate Labor Court of Region n. 10 (Brasília-DF) and its Escola Judicial (EJUD 10) (“Judicial School”), in turn, also approved Precedents on the enforceability of the NCCP to the Labor Procedure. Those which are applicable to the theme being discussed are, as follows:

Precedent 30: NEED FOR THE REASONING OF DECISIONS. The provision in items II and III of § 1, of art. 489 of CPC (no reasoning of the decision upon the unexplained use of indeterminate legal concepts and of absolutely general motivation) is applied to the labor procedure because they represent events of complete absence of reasoning.

Precedent 31: EXTRAVAGANT REQUIREMENTS OF REASONING. VIOLATION TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY. INCOMPATIBILITY WITH THE SIMPLICITY OF THE LABOR PROCEDURE. The provision in items I, IV, V and VI of § 1 of art. 489 of the CCP is not applied to the labor procedure, because it violates the principle of proportionality (unnecessary and inadequate requirement),

⁷⁶ BRASÍLIA. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário o Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Available at:< <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Access on: 3.may.2016.

because of the incompatibility with the simplicity of the labor procedure (CLL, art. 769) and, in the case of item VI, also for violating the principle of the independence of the judge.⁷⁷

The Regional Appellate Labor Court of Region n. 18 and its “Judicial School”, in the Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil (“First Journey on the New Code of Civil Procedure”) also edited Precedents. Those related to the theme of reasoning/motivation of judicial acts are, as follows:

Precedent n. 12: DISCIPLINE OF THE REASONING. CCP, ART. 489 § 1 AND FC ART. 93, IX. CONSTITUTIONAL DUTY. SUFFICIENT REASONING: CLEAR, PRECISE AND DETAILED. The greatest premise of the Code of Civil Procedure is observing the Constitution, so that an infra-constitutional law does not have the power to alter the meaning of the constitutional rules, as a matter of hierarchy. The duty of stating the reasons is constitutional (art. 93, IX) and the FSC has already decided that it is not necessary to refute, in detail, all the claims and evidence. The reasoning, which can be concise, will be sufficient when it is clear -on the analysis of law, detailed - regarding the case on trial and precise - when it indicates, with accuracy, the adequacy of the facts to the law.

Precedent n. 13: EVEN IF IT IS CONSIDERED CONSTITUTIONAL, THE PROVISION OF THE NEW CCP THAT REQUIRES EXHAURIENT REASONING OF THE JUDGMENT , WITH THE CONFRONTATION OF ALL THE ARGUMENTS RAISED IN THE PROCEEDING BY THE PARTIES IS CLEARLY REVEALED INAPPLICABLE TO THE LABOR PROCEDURE. Item

⁷⁷ BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Enunciados sobre a aplicabilidade do CPC ao Processo do Trabalho. Disponível em: <<http://escolajudicial.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 3.mai.2016.

IV, of § 1, of article 489, of the New CCP, when requiring exaurient reasoning of the judgment, is inapplicable to the labor procedure, either for the inexistence of normative omission, before the head provision of article 832, of the CLL, or for the flagrant incompatibility with the principles of simplicity and of speed, which guide the labor procedure, being enough, therefore, the classical sufficient reasoning of the judgment⁷⁸.

The XVIII Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho (“Brazilian Congress of Labor Magistrates), which took place in Salvador-BA, from April 27 to April 30, 2016, in its Commission n.4, which dealt with the Independence of the Judiciary and Judicial Activism in the Light of the New CCP, approved headnotes with regard to the subject mentioned here.

As for the Normative Instruction of the SLC and its scope, a main headnote was approved, agglutinating two precedents, whose meaning, in short, is that: “THE EDITION OF A NORMATIVE INSTRUCTION BY THE SUPERIOR LABOR COURT, ABOUT THE ENFORCEABILITY OF THE PROVISIONS OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE TO THE LABOR PROCEDURE, DOES NOT BIND THE JUDGES AND THE REGIONAL APPELLATE COURTS, PRODUCING AN EFFECT OF MERE RECOMMENDATION, SINCE THE OTHERWISE WOULD VIOLATE THE PRINCIPLES OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDGES AND OF THE FREEDOM OF JUDGMENT”⁷⁹.

⁷⁸ GOIÁS. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil. Available at: <<http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>>. Access on: 3.may.2016.

⁷⁹ BRASÍLIA. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA. 18º CONAMAT. Salvador-BA, 27 a 30 de abril de 2016. Teses da Comissão 4 - Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à Luz do Novo CPC. Available

Concerning the reasoning of the judgment and the New CCP, the headnote suggested by the AMATRAS 3, 4 and 15 was approved, with the following content: “1. THE RULE OF ART. 489 OF THE NCCP IS NOT APPLICABLE TO THE LABOR PROCEDURE, IN VIEW OF THE PROVISION IN ART. 93, IX, OF THE FC AND IN ARTS. 769 C/C 832 OF THE CLL. 2. THE CLL HAS ITS OWN RULES ON THE REQUIREMENTS OF THE JUDGMENT IN THE SCOPE OF THE LABOR PROCEDURE (ARTICLES 832 AND 852-I). 3. THEREFORE, THERE IS NO LITERAL OMISSION REGARDING THE ESSENTIAL ELEMENTS OF THE JUDGMENT, INCLUDING THE REASONING. INSTEAD, THERE IS AN EXHAUSTIVE TREATMENT IN THE TEXT OF THE CONSOLIDATION OF LABOR LAWS, WHICH HAS NOT BEEN SURPASSED BY TIME (ONTOLOGICAL GAP) OR HAS BECOME INCOMPATIBLE WITH CONSTITUTIONAL OR LEGAL PRINCIPLES (AXIOLOGICAL GAP)”⁸⁰.

In essence, these are the main contributions offered by the Superior Labor Court, the Brazilian ENFAM (“National School of Training and Development of Magistrates”), the Regional Appellate Labor Courts of Regions n.10 (Brasília) and n.18 (Goiás), and the XVIII CONAMAT.

Evidently, the theme will still give rise to many reflections and will be examined critically by jurists and by courts, but from the very beginning the guidelines presented may contribute to the application (or not!) of the novel §1 of art. 489 of the NCCP, which expressly regulates the theme of reasoning of judicial acts.

at: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>. Access on: 4.may.2016.

⁸⁰ Idem.

References

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª T. RE 217631-GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., j: 9.9.1997, DJU 24.10.1997.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 2ª T. Ag. Rg RE 285052-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 11.06.2002, DJU 28.6.2002.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. 2ª T. RR 684.428. Rel. Min. Conv. Alberto Luiz Bresciani Pereira - DJU 24.05.2001. p. 427.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução TST nº 203, de 15 de março de 2016. **Revista LTr**, v. 80, nº 03, março de 2016, p. 365-368.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução TST nº 203, de 15 de março de 2016. **Revista LTr**, v. 80, nº 3, março de 2016 (p. 365-368), p. 366-367.

BRASÍLIA. **Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA**. 18º CONAMAT. Salvador-BA, 27 a 30 de abril de 2016. Teses da Comissão 4 - Independência da Magistratura e Ativismo Judicial à Luz do Novo CPC. Available at: <<http://www.conamat.com.br/listagem-teses-aprovado.asp?ComissaoSel=4>>. Access on: 4.May.2016.

BRASÍLIA. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**. Seminário o Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Available at: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Access on: 3.May.2016.

BRASÍLIA. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Enunciados sobre a aplicabilidade do CPC ao Processo do Trabalho. Available at: <<http://escolajudicial.trt10.jus.br/>>. Access on: 3.May.2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.[Eulology of the Judges]. Tradução de Ary dos Santos. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1997.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. v. 3. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GOIÁS. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Primeira Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil. Available at: <<http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2015/07/relatorio-final.pdf>>. Access on: 3.May.2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à motivação das decisões. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 34. ed. atual. até 3/12/2012. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. (p. 1318-1326).

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 93. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. (p. 1318-1326). p. 1324.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**: novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. v. I. 9. ed. corrig., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Método, 2008.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

STRECK, Lenio. **Crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VALENTE, José Alexandre Barra. A fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo do trabalho. **Revista Eletrônica do TRT9**. v. 4. nº 39. abril de 2015. (p. 171-220). p. 217. Available at: <<http://www.>

mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>. Access on: 23.Sep. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



TRABALHO DOMÉSTICO E DISCRIMINAÇÃO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE CULTURA E VALOR NUMA CATEGORIA FEMININA DE TRABALHO*

DOMESTIC WORK AND DISCRIMINATION: SOME CONSIDERATIONS ABOUT CULTURE AND VALUE IN A FEMALE CATEGORY OF WORK

Mônica Sette Lopes¹

Marília Pacheco²

Sumário - 1. Introdução - 2. Valor, discriminação e trabalho doméstico - 3. Os vestígios dos dias - 4. A cultura e os vícios do olhar - 5. Considerações finais - 6. Referências bibliográficas

Resumo:

A discriminação do trabalho doméstico no Brasil revela-se na cultura, que é a apropriada, historicamente, pela regulação legislativa das relações dessa categoria majoritariamente feminina. A pesquisa, de que se originou esse breve estudo, toma como referência um pequeno livro da década de 1960 e a forma como ele trata essas mulheres como trabalhadoras domésticas.

Palavras-chave: Trabalhador doméstico, condição feminina, costume, discriminação.

Abstract:

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Professora associada da Faculdade de Direito da UFMG. Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargadora, aposentada, do Tribunal Regional da 3ª Região. Doutora em filosofia do direito.

² Mestranda em Direito na UFMG e pesquisadora vinculada ao CNPq.

The discrimination of domestic work in Brazil is revealed in culture, which is historically appropriate deeply by the legislative regulation of the relations of this majority female category. The research, which originated this brief study, takes as reference a small book from the 1960s and the way it treats these women as domestic workers.

Keywords: Domestic worker, female condition, custom, discrimination.

“O mordomo é sempre o culpado” (Adágio popular)

1. Introdução

Os leitores de romances policiais clássicos sabem que não é verdade o sentido proposto pela frase que abre este pequeno texto: quando culpado, ele é, na verdade, alguém que se faz de mordomo para entrar na casa, à vista de uma questão mal resolvida que vem de seu passado e de suas relações. Muito raramente o mordomo, o verdadeiro mordomo, esse trabalhador doméstico, é o culpado.

A frase, por si, não representa a discriminação e o tratamento aviltante que esse ofício experimenta na realidade brasileira marcada por traços interseccionais importantes. Mas, a presunção da culpa a recair sobre o mordomo faz refletir sobre o porquê dessa pressuposição e sobre como ela se apresenta à categoria dos domésticos no Brasil, ou melhor, como se apresenta à categoria das *domésticas*, já que por aqui ainda se trata de um trabalho majoritariamente feminino.

As fontes que se usaram para a pesquisa buscaram, portanto, desvendar essa sempre *culpa* das empregadas domésticas, fator que se liga diretamente a um quadro de discriminação que se expande como um dado da cultura (das falas, das palavras, dos insultos e, sobretudo, das ações) e que foi carregada para a legislação, em sua

acepção mais formal, e para a interpretação teórica. Assim, o que se procurou demonstrar, de forma provavelmente ligeira demais, é a invisibilidade de um tipo de trabalho ancestral e a assimilação muito natural desse desvalor.

Para iniciar, porém, colhe-se uma assertiva que expõe mais claramente o tópico que constitui o problema que circunda as conjecturas feitas a seguir. É uma fala menos literária, mais crua, que denota um modo de compreender a trabalhadora doméstica e dá concretude à dimensão da discriminação que envolve esse ofício:

“Me perdoem se for preconceito, mas essas médicas cubanas têm uma cara de empregada doméstica.”³

Esse *post* no *Facebook* pode sintetizar o elemento da cultura que norteia a concepção ou o valor atribuído ao trabalho doméstico.

As domésticas situam-se no ponto mais baixo da estratificação das profissões. *Ter cara de empregada doméstica* significa, numa primeira perspectiva, não ter formação, não poder ser outra coisa, com um atavismo que beira o determinismo lombrosiano. O comentário que se volta para as profissionais cubanas recebidas no programa *Mais Médicos*⁴ continuava: “Será que são médicas mesmo? [...] Médico, geralmente, tem postura, tem cara de médico, se impõe a partir da *aparência*...” Domésticas não podem ser médicas. *Médicas rejeitadas* assemelham-se às domésticas, justamente por *não tem cara de médicas*. Além de serem as culpadas de sempre, é

³ Declaração feita por uma jornalista nas redes sociais em 2013, com ampla divulgação. Disponível em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2013/08/jornalista-diz-que-medicas-cubanas-parecem-empregadas-domesticas.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁴ Programa do Governo Federal pelo qual médicos e médicas cubanas vieram trabalhar no Brasil em postos de saúde, especialmente em locais com carência de profissionais.

na invisibilidade que vivem suas realidades. Portanto, o que de fato significa ter “*cara de doméstica*” no Brasil? Qual o valor atribuído a esse trabalho?

Ter “*cara de doméstica*” implica ser mulher, negra e, pela remuneração, pobre, o que também corrobora a ideia de que este é um trabalho sem valor. Implica conviver com a naturalização de uma atividade a que não são destinados os direitos que se reconhecem aos trabalhadores subordinados urbanos, rurais, avulsos⁵.

Segundo os dados da Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)⁶, em 2018, 14,6% das mulheres brasileiras ocupadas concentravam-se em atividades remuneradas no trabalho doméstico, enquanto, entre os homens, essa realidade constituía menos de 1%. Na categoria, 63% das pessoas eram negras e a média salarial naquele ano atingiu R\$877,00, ou seja, abaixo do valor do salário-mínimo que, em 2018, era R\$954,00.

E isso revela uma faceta muito persistente de discriminação. Mesmo sendo uma atividade humana de todos os tempos, ela sempre foi subalterna e mal remunerada. Sempre implicou descaso com o volume das horas de trabalho. Sempre foi considerado um trabalho menor.

O trabalho doméstico não compõe um ofício recente. Ao contrário, ele se espalha na história humana, mesmo que não seja objeto de grandes estudos - uma história vivida nos cantos, uma micro-história. Na literatura, é fácil perceber a sua presença por

⁵ Esse é o quadro aceito, na base normativa vigente, até a Emenda Constitucional 72, de 02.04.2013.

⁶ A pesquisa pode ser consultada no repositório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

meio de personagens mais ou menos importantes. E isso se diz isso sem desprezar a força das contingências históricas da realidade brasileira, com o alcance que é necessário sempre reconhecer à vivência da escravidão.

O interesse da pesquisa, que antecedeu a escrita desse texto, é o de fazer algumas indagações justamente sobre o alcance da discriminação do trabalho doméstico no Brasil, como elemento da normalização, da teoria do direito e, sobretudo, da cultura que está na base da produção jurídica. Para fazê-lo, foram percorridas fontes na literatura e no cinema, tudo partindo de um pequeno livro encontrado ao acaso: Maria Paula Fleury de Godoy. *Nós e elas*. A ele se chegará no último tópico como a fixar a demonstração às claras de todos os subentendidos, de tudo o que é encoberto pela invisibilização das circunstâncias das relações de trabalho doméstico.

2. Valor, discriminação e trabalho doméstico

No dicionário⁷, a palavra *discriminação* - ato ou efeito de discriminar - é posta como “ação ou efeito de separar, segregar, por à parte” e, numa derivação de sentido “tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância, preconceito”, o que ganha conotação própria na rubrica como termo jurídico:

⁷ Consultou-se o *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, versão 1.0.10, São Paulo: Objetiva, mar 2006.

“ato que quebra o princípio de igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas”.

Partir dos dicionários constitui um lugar comum na busca de sentido das palavras e pode ser uma estratégia simplista demais. No entanto, ela pode levar mais rapidamente às nuances do que se procura conhecer e, com isso, facilitar o processo de assentamento do sentido.

O processo de separar não se executa sem o constante olhar para o conteúdo das partes que se distinguem. Essa pode ser uma explicação para a insistência com que a ideia de *(des)valor* se espalhou ao longo do texto. É um reflexo dos achados no movimento da pesquisa. É um reflexo do que se infere do processo de assimilação dos fatos (e dos interesses-valores) pelo direito, no que concerne ao trabalho doméstico.

Nessa lógica, é na origem da Consolidação das Leis do Trabalho - doravante CLT, que a quebra no percurso de igualação, essa discriminação, se demonstra de modo mais franco, até porque foi aceita com naturalidade pelos teóricos do direito do trabalho de então e dos que lhes sucederam nas décadas seguintes (homens de seu tempo e da cultura dele).

A letra a do art. 7.º da CLT normalmente ensejava apenas uma leitura superficial nas análises enciclopédicas feitas dos dispositivos. Não havia a internalização da grandeza da disparidade do processo de definição de direitos e de deveres. A restrição no alcance de direitos não era percebida, não era valorável. A CLT não se aplicava “aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo

geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

O teor do dispositivo reproduz a distinção do trabalho doméstico, sem se considerar o custo da economia doméstica. É um *discreme* que revela uma escala nas opções axiológicas em relação ao trabalho prestado no âmbito da casa. A absorção ou tradução no plano da regulação jurídica do trabalho urbano, que se formulou em 1943, consumou uma perspectiva situada de distribuição de justiça, de definição da modulação do interesse na previsão legal em tudo depreciativa e negadora de qualquer possibilidade de igualação a outras formas de trabalho, em especial ao trabalho urbano.

Não é imprópria essa trama das ideias de discriminação e de valor na composição dos quadros normativos. No artigo intitulado *Valor: realidade, ficção e projeção da realidade*, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena antes de cuidar do trabalho e do direito do trabalho, inclusive com passagem pela projeção marxista, perpassa os parâmetros e os critérios de avaliação (ou de valoração):

“Sucedem que mesmo *parâmetros* e *critérios* são também e obviamente objeto de *avaliação*, são sujeitos de *ponderabilidade* [...], o que conduz o conceito para faixas de relatividade e de arbítrio, de subjetividades ondeantes por sobre uma tênue linha de mal percebida objetividade”⁸.

A *objetividade* pretendida na escolha valorativa feita na composição da CLT e na avaliação de seus impactos, para fazer uso

⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Valor: realidade, ficção ou projeção da realidade. In: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 109-125, p. 117.

anacrônico de uma das modelagens da legística, imiscui-se na cultura, conjuminando temporalidades e espacialidades da vivência e dos rescaldos da escravidão entranhada e entramada como fator da compreensão da medida avaliativa do trabalho no contexto brasileiro.

Talvez isso explique os entendimentos a justificarem a exclusão do trabalho doméstico da irradiação de direitos da CLT na década de 1940. Talvez isso esteja na base das concepções ontológicas que configuram o trabalho doméstico e seu exercício preponderante por trabalhadoras no feminino.

A natureza não-econômica, principal fundamento para se posicionar o trabalho doméstico fora das bases de incidência da CLT, era vista sob o prisma exclusivo do que não se destinava à venda, ao comércio, ao lucro. A ideia era de que o trabalho da casa, o cuidado da casa não produziam riqueza. E isso era confundido com um desvalor, a sustentar a distinção, como se fosse igual o custo daquilo que se faz em casa (lavar, passar, cozinhar) e dos serviços que se compram na rua (a roupa lavada e passada, a comida pronta).

O ponto que mais agudamente chama atenção nessa segregação legal do trabalho doméstico está nos comentários dos juristas que explicaram a CLT.

Avançados na defesa dos trabalhadores, conscientes da relevância dos princípios e de sua inserção no campo maior de uma evolução de proteção jurídica daquele tempo, a constatação era de que as trabalhadoras domésticas não eram iguais ou igualáveis. A limitação do tempo trabalhado, o salário-mínimo, os benefícios que foram se implantando no casuísmo das relações a partir dos anos 1950

(gratificação natalina, o repouso semanal, o próprio FGTS), nada disso se destinava a uma faixa muito significativa de trabalhadoras no Brasil. Os artífices do pensamento teórico sobre o direito do trabalho estavam presos no espírito de um tempo, como estamos hoje também sujeitos à observação e a crítica daqueles que vierem a nos estudar no futuro. Não se trata de julgá-los pelo que não pensaram ou pelo que pensaram. Não há relevância em instilar uma uchronia que os avalie pelo que não viram no horizonte interpretativo que os envolvia. A questão é refletir, nessa rápida passagem por alguns textos mais próximos de 1943, sobre o que nós deixaremos sobre a compreensão do direito em geral e do trabalho doméstico em especial.

Pode-se começar por Russomano, que, em obra de 1954, demonstrava incômodo e fez a crítica, mas escalando um aspecto de diferenciação:

“O *empregado doméstico*, pelo fato de ser doméstico, está excluído da Consolidação das Leis do Trabalho, o que não deixa de criar algumas injustiças.

A natureza do seu serviço pressupõe, é claro, uma regulamentação especial; essa regulamentação, porém, está tardando”⁹.

A distinção estava ligada ao fato de o trabalho ocorrer num lugar determinado que é o ambiente doméstico. O entendimento de que seria necessária uma regulamentação especial marcou a exclusão da atividade doméstica, de qualquer espécie, até a Emenda

⁹ RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Manual popular de direito do trabalho*: ilustrado com formulários. Rio de Janeiro: José Konfino, 1954, p. 20.

Constitucional 72/2013. Ela impõe-se também no uso de *continuidade* em vez de *não-eventualidade* como pressuposto da relação de emprego doméstica¹⁰, como se houvesse uma diferença na necessidade com que se exige a presença da empregada doméstica na casa nos dias que lhe cabe comparecer. Como se sua ausência fosse assimilada de modo mais brando do que a ausência da empregada do comércio, da indústria, do meio rural etc.

Russomano fez uma abordagem bem interessante, ao dizer, contrariando a linha argumentativa mais comum, que “toda atividade que visa à criação de bens ou à prestação de serviços que satisfaçam necessidades constitui *atividade econômica*”¹¹. À vista disso, diz ele, o serviço da cozinheira, “do jardineiro, da mucama, do “garçon”, etc.” tem conteúdo econômico¹².

O tema continuou sendo abordado em outras de suas obras de em que enfrenta mais diretamente a questão de se atribuir ao trabalho doméstico, natureza *não econômica*:

“Quanto aos domésticos a lei usou de palavras impróprias, quando disse que são assim considerados os que desempenham serviços de natureza não econômica. Todas as tarefas desenvolvidas pelos mesmos visam à satisfação de necessidades e, portanto, têm um fundo econômico. Dessa forma, melhor fora adotar, como critério

¹⁰ Diferentemente da previsão do art. 3.º da CLT, o art. 1.º da LC n.º 150, de 01.06.2015, dispõe: “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma *contínua*, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei”.

¹¹ RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Manual popular de direito do trabalho*: ilustrado com formulários. Rio de Janeiro: José Konfino, 1954, p. 20.

¹² RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Manual popular de direito do trabalho*, pp. 20-21.

fundamental para definição dos empregados domésticos, dois fatos: a) o local da prestação de serviços; b) a finalidade da operação trabalhista”¹³.

A reação de Russomano deu-se em relação a uma posição marcada que nega valor econômico à atividade doméstica, como se vê abaixo, com Cesarino Júnior:

“O art. 7.º, determinando os casos de exclusão da aplicabilidade dos preceitos da Consolidação deveria - em primeiro lugar - vir logo depois do art. 1.º que declara qual o seu campo de aplicação. Por outro lado, pensamos que estas exclusões deviam ser relativas tão somente aos trabalhadores domésticos, visto como visando as leis sociais estabelecer o reino da Justiça Social nas relações entre o Capital e o Trabalho não justifica a sua aplicação nos domínios da economia puramente familiar, onde as relações entre amos e domésticos têm preponderantemente um caráter de benevolência e de intimidade, que exclui a intervenção do Estado”¹⁴.

A posição de Sussekind não era diversa e, ao comentar as razões da exclusão das domésticas¹⁵, insistiu em que a atividade não é lucrativa¹⁶.

Na versão de 1943, da obra que veio a se transformar nas Instituições de Direito do Trabalho, que nutriu os estudos de tantos

¹³ RUSSOMANO, Mozart Víctor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Konfino, 1965, p. 123.

¹⁴ CESARINO JÚNIOR, A. F. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 91.

¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, pp. 152-156.

¹⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*, p. 154.

dos interessados na matéria, Sussekind, Dorval Lacerda e Segadas Viana dão o contexto teórico para a distinção:

“Não é diferente do modo de sentir do economista citado, a opinião da grande maioria dos tratadistas de direito do trabalho, inclusive Juan Hinojosa, Barassi e Afonso Sermonti, que se apoiam, também, no fato de serem de caráter pessoal, reguladas pela amizade e pela benevolência, as relações entre o doméstico e o patrão”¹⁷.

Apesar de não ser correto impor um julgamento das escolhas terminológicas das passagens consultadas e das citadas, sem uma pesquisa mais profunda que não tem espaço no que aqui se propõe, é aconselhável, com os olhos de hoje, uma ponderação sobre algumas das escolhas linguísticas. Pode ser que isso acentue os riscos que todos (ainda) corremos.

Mucama, amizade, economia puramente familiar, intimidade, relações entre amos e domésticos, benevolência nas relações entre doméstico e patrão. Termos e expressões que denotam o espírito e os estigmas de uma cultura de discriminação, que, no Brasil, é também discriminação de gênero e de raça. Simultaneamente, representam o contexto da própria realidade periférica do ponto de vista das anomalias de distribuição e de acesso a riqueza e a políticas públicas relativas às várias dimensões vivenciais de direitos humanos (saúde, educação, moradia, transporte etc.), essa imensidão de necessidades que devem ser apropriadas pelo direito em seus muitos âmbitos de aplicação.

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo, LACERDA, Dorval de, VIANA, J. de Segadas. *Direito Brasileiro do Trabalho*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1943, v. 1, p. 66.

A origem dessas várias facetas de *desvalor* remete aos tempos coloniais, em que esse trabalho era desempenhado por escravas domésticas, as escravas de dentro de casa, que incorporavam posição diferenciada dos demais escravos.

No dicionário, mais uma vez, faz-se o destaque para a origem brasileira e da África Portuguesa da palavra *mucama*: “escrava ou criada negra, ger[almente] jovem, que vivia mais próxima dos senhores, ajudava nos serviços caseiros e acompanhava sua senhora em passeios” ou “ama-de-leite dos filhos de seus senhores”¹⁸.

A linguagem utilizada, que revela o padrão cultural introjetado em seus falantes, etiqueta o trabalho doméstico quase que como um trabalho escravo feminino, pautado na sujeição da empregada doméstica, *mucama*, ao seu empregador, *amo*, descritos de forma naturalizada e com uma problematização tópica que pouco (ou nada) questionava padrões francamente aceitos. As opções terminológicas, aliás, são um dos aspectos mais assustadores nas constatações que se verão a seguir quando da apropriação do texto de Maria Paula Fleury de Godoy, porque desenovelam o que de subliminar se alastra nos valores com que se concebia (concebe?) o trabalho doméstico.

A empregada doméstica, a *mucama* dos tempos antigos, costuma ser apresentada *como quase da família*. Aí situa-se o lastro para a categorização dos juristas como sendo essa uma relação de *amizade*, de *benevolência*. Contudo, por mais afetividade que possa haver nessa internalização na esfera privada, *íntima*, da família, a atividade não distingue a trabalhadora das outras empregadas

¹⁸ A acepção foi extraída do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Versão eletrônica 1.0.10, no verbete *mucama*.

urbanas. Trata-se apenas de mais uma modalidade de trabalho, legítimo, importante, gerador de riqueza, com conteúdo econômico relevante, que se realiza por meio de um contrato, com prestações e contraprestações. Não é, nunca foi, nem será uma relação baseada no mero prazer de servir¹⁹.

A discriminação legal do trabalho doméstico, que se desnuda na tradução resultante da redação da letra a do art. 7.º da CLT e da interpretação majoritária dada pelos juristas, revela e reforça uma cultura de desvalorização, de desimportância, de exclusão sem lastro na facticidade, que deriva de uma superestrutura social, pautada em relações de poder patriarcais que serviram e servem para a modulação do capitalismo *à brasileira*. Em sua peculiaridade, nele se preservam estruturas ancestrais, como o desprezo pela educação e pela formação para o trabalho, ao mesmo tempo em que se mantém o trabalho doméstico como destino único de uma vasta faixa da população feminina, um *exército de reserva* preservado na margem da formação e da preparação pela educação. Uma cultura tão arraigada, que aos juristas dos anos de implantação da CLT, ainda que comprometidos com a proteção jurídica efetiva do trabalho subordinado, passou despercebido o valor intrínseco do trabalho doméstico e da força de trabalho essencialmente feminina.

¹⁹ LOPES, Mônica Sette. “O feminino e o trabalho doméstico: paradoxos da complexidade”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n.º 189, pp. 81-93, jan./mar. 2011, p. 86.

3. Os vestígios dos dias

O título dessa seção retoma a versão em português de um filme inglês que trata das relações profissionais de um mordomo, interpretado por Antony Hopkins²⁰. A expressão *vestígios do dia* serve, aqui, para reprisar a relevância do domínio do conhecimento do cotidiano no processo da narrativa sobre a vivência dos direitos, especialmente na esfera do trabalho doméstico.

No filme, o personagem vivido por Anthony Hopkins, que por muitos anos trabalhou como mordomo numa casa de campo, relembra seus dias e seu devotamento aos fazeres do ofício e a um desempenho profissional da mais alta responsabilidade e qualificação.

Se, por um lado, há uma completa consciência da importância do seu trabalho, por outro lado, ele não permite vida pessoal. Ser aquele mordomo, com o grau mais elevado de fidelidade e de devotamento, não deixou lugar para qualquer experiência pessoal ou afetiva que lhe fosse própria. O seu tempo era para o trabalho. Não havia medida para outra destinação.

Certamente há outros filmes mais próximos da realidade brasileira para retratar o trabalho doméstico na perspectiva da discriminação. *A que horas ela volta*²¹ desvela uma empregada doméstica demonstrando que os cuidados podem se desdobrar em relações de afeto, mas são substancialmente manifestações de um ofício, cujo caráter profissional deve ser considerado

²⁰ *Vestígios do Dia (Remains of the day)* Direção de James Ivory. 1994.

²¹ *A que horas ela volta*. Direção de Anna Muylaert. 2015.

prioritariamente. O mesmo enredo vem em *Histórias cruzadas*²² focalizando, sob a perspectiva semelhante, a vida de trabalhadoras domésticas negras, no sul do Estados Unidos, nos anos 1960, submetidas ao racismo e à segregação e, concomitantemente, criando vínculos de afeto com as crianças das famílias para as quais trabalhavam, sem qualquer reconhecimento.

Em comum aos três filmes, a dificuldade da fruição de tempo fora do trabalho. Para absorver isso do ponto de vista do trabalho doméstico, não se pode descurar de que toda a limitação de tempo de jornada na CLT, volta-se para a garantia de descanso e de distanciamento (o intervalo intrajornada, as férias, o repouso semanal, os feriados, a 11 horas entre jornadas). Aceitou-se por muito tempo e muito naturalmente que domésticas estivessem excluídas desse regime de regulação.

Também, em comum, tem-se a relevância dos cuidados entregue pelos trabalhadores, a importância de seus (a)fazeres para o curso dos dias e a consciência responsável do papel que cada um desempenha (seja no controle de serviços de representação complexos, seja, no que é o mais ordinário, nos cuidados das casas e das pessoas de uma família, entre as quais estão as crianças e os adolescentes).

Deixando um pouco o cinema, a literatura permite compreender o desvalor do trabalho doméstico no Brasil atentando as suas particularidades de um passado escravagista. Um livro em especial merece ser destacado: *Um defeito de cor*, de Ana Maria Gonçalves, um romance histórico muito interessante para a introdução nas

²² *Histórias cruzadas* (The help). Direção Tate Taylor. 2011.

várias nuances do trabalho dos escravos, especialmente das escravas domésticas.

Em várias passagens, explica-se a diferença da escrava que trabalhava dentro da casa, daqueles que trabalhavam na roça.

“Talvez, se eu tivesse ficado trabalhando apenas na casa-grande e morando na senzala pequena, não teria sabido realmente nada sobre a escravidão e a minha vida não teria tomado o rumo que tomou. Mesmo para uma criança de dez anos ou talvez principalmente para uma criança de dez anos, era enorme a diferença entre os dois mundos, como se um não soubesse da existência do outro”²³.

A menina que veio para o Brasil com oito anos, a personagem da história, havia inicialmente trabalhado na casa-grande, para fazer companhia à sinhazinha.

É certo que se trata de literatura, mas é o traço com a história, na obra que deliberadamente “mistura ficção com realidade”²⁴ que se tem o efeito da constatação de que a escravidão são muitas e de que os escravos são de muitas maneiras e são sempre pessoas, mesmo quando a cultura e a lei não reconheçam isso.

Negros no estúdio do fotógrafo: Brasil, segunda metade do século XIX, de Sandra Sofia Machado Koutsoukos, é outro livro bem instigante, pelas variadas projeções de análise. É sempre arriscado esse processo de escolha em meio a tantas possibilidades. A consciência da parcialidade nas opções do intérprete é francamente reconhecida. A autora fez sua tese de doutoramento em multimeios

²³ GONÇALVES, Ana Maria. *Um defeito de cor*. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020, p. 111.

²⁴ GONÇALVES, Ana Maria. *Um defeito de cor*, p. 949.

a partir de fotos de negros na segunda metade do século XIX. O material serve para a tessitura de referências históricas que vão além das imagens. Para o que interessa no tema aqui proposta, o capítulo sobre as amas é em tudo instigante. Não porque o aprisionamento pela escravidão resvale das fotos, mas porque além disso há desdobramentos de facticidade em espectros bem variados e até surpreendentes. Se há afeto entre as amas e as crianças brancas que estão junto delas, se é coerente vesti-las à moda europeia (que não é delas), se há questões de higiene focadas pela medicina do tempo, tudo isso está lá aberto a novas conjecturas nas possibilidades infinitas da pesquisa²⁵.

Mas pode ser que a parte que mais conjecturas permita com os paradoxos da familiaridade, do caráter heteróclito e ambíguo das relações de trabalho doméstico sejam os anúncios de jornal colacionados²⁶:

“*Jornal do Commercio*, segunda feira, 17 de março de 1828

Na rua d’Alfândega n. 138, vende-se huma escrava nova com cria, e com muito bom leite, e por commodo preço; quem a mesma quizer dirija-se à dita casa para ajustar”²⁷.

“*Jornal do Commercio*, quarta feira, 21 de março de 1832

Quem quiser alugar uma preta para ama de leite, ou para o serviço de huma casa de *portas a dentro*, tem bons costumes, bom leite, carinhosa e fiel, procure na rua dos Inválidos n. 128”²⁸.

²⁵ Cf. KOUTSOUKOS. Sandra Sofia Machado. *Negros no estúdio do fotógrafo: Brasil, segunda metade do século XIX*. Campinas/SP: Unicamp, 2010, pp. 136-204.

²⁶ KOUTSOUKOS. Sandra Sofia Machado. *Negros no estúdio do fotógrafo*, pp. 142-158.

²⁷ Op, cit., p. 142.

²⁸ Op. cit., p. 143.

Nos anúncios se veem as características do trabalho doméstico. Um ofício de portas a dentro com a pretensa inserção no seio da família e em suas relações íntimas, a que se referiu na menção aos filmes acima, mas a que falta o reconhecimento do valor “como bem de vida economicamente tutelado, mas tendo como centro de atração jurídico-social a pessoa do prestador”, valoração que, na perspectiva da história e dos interesses que nela se entretecem sempre ocorre por “vias difíceis, precárias”²⁹.

As palavras também propiciam uma intrigante gama de apropriações. A mulher escrava tem *cria*, como os animais, termo usado em vários dos anúncios e, como acentua Koutsoukos, relevante como elemento para avaliar a sua condição. Mantê-la ou não com seu filho era um dilema que poderia interferir na qualidade dos cuidados. Nem todas seriam tão *carinhosas* e *fiéis*, tão dóceis se separadas dos próprios filhos.

Nesse ponto destacam-se duas faces antagônicas, ambivalentes dentro de uma mesma vida: a pessoalidade da mulher escrava e seu trabalho valoroso, o qual, por outro lado, não é reconhecido publicamente como tal e imposto a ela com crueldade de um sistema que não lhe admitia o exercício da escolha e da vontade. O problema, portanto, não é do trabalho, mas do modo como ele é tratado pela cultura e, como desdobramento dela, pela lei.

A separação entre a escrava e seu filho, leva a um contexto mais recente que é contado a partir de um artigo jornalístico, preparado

²⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Valor: realidade, ficção ou projeção da realidade. In: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 109-125, p. 124.

antes da Emenda Constitucional 72/2013, de Eliane Brum³⁰. Nele tem-se o paradoxo que vivem as mulheres que, como empregadas domésticas, deixam seus filhos, são culpadas pelo fracasso no cuidado destes, ao mesmo tempo em que são contratadas e se dedicam arduamente para cuidar dos filhos de outras mulheres, as patroas, que saem para trabalhar. São mulheres partidas, as *mães vivas de uma geração morta*:

“São elas que fazem os serviços que nós, homens e mulheres de classe média, não queremos fazer. São elas que varrem nossas ruas, limpam nossas empresas, a redação de jornais e revistas, lavam os banheiros, servem cafezinhos, preparam nossa comida. São elas, muitas vezes que cuidam dos nossos filhos enquanto ignoram o paradeiro dos seus”³¹.

Comentando esse texto havia a seguinte afirmação:

“Estrangeiras no seu país, imigrantes na senda da história do direito e suas linhas de proteção, mesmo quando não sejam mais as que foram *buscadas no interior*, estas mulheres não têm direito a uma lei igual para a disciplina de seu trabalho, ainda que se situem na faixa da dependência que é característica do direito do trabalho e da origem de suas regras. Ainda que a diferença entre *elas* e *nós*, as mulheres que estamos do outro lado, possa ser notícia de primeira página de jornal. Seus direitos não cabem na proteção porque todos lutaram. No caso delas, o argumento do custo da mão de obra e de

³⁰ BRUM, Eliane. *Mães vivas de uma geração morta*. In: BRUM, Eliane. *O olho da rua: uma repórter em busca da literatura da vida real*. São Paulo, Globo, 2008, pp. 201-218.

³¹ BRUM, Eliane. *O olho da rua: uma repórter em busca da literatura da vida real*. São Paulo, Globo, 2008, p. 241. O texto foi extraído do comentário feito ao artigo originariamente publicado (*Mães vivas de uma geração morta*), analisando os moveis que levaram a ele e a impressão que os fatos deixaram na jornalista.

seus encargos, da má formação para o trabalho atua já na formação da lei como um impedimento a que ela se ajuste ao sentido geral de igualação”³².

Numa releitura sucinta, na emergência do “modelo de delegação”³³, em que com o crescimento de mulheres em profissões de nível superior e em cargos executivos, há a necessidade de se delegar a outras mulheres as tarefas domésticas e familiares, o que saltou foi a expressão *elas* e *nós*. Isso porque essas eram exatamente as palavras que dão título ao livro encontrado por acaso.

4. A cultura e os vícios do olhar

Aqui começa a parte que justifica a necessidade de dizer na escrita desse artigo. Aqui está o ponto de deflagração do desejo da pequena pesquisa que o antecedeu e da redação do texto percorrendo passagens talvez dissonantes numa tentativa de levar o olhar do leitor para vários ambientes em que se pode descortinar, no recôndito, a cultura que imprime o (des)valor do trabalho doméstico. Não se trata de um absoluto, de uma grande constatação. É uma fresta, pelo pequeno vasado (olho mágico) que pode permitir o vislumbre das histórias dos vestígios dos dias que cabe trazer a lume.

Naquele dia, a tarefa era de dar destino aos livros da biblioteca de alguém que falecera. Separar, distribuir, tornar útil, limpar o

³² LOPES, Mônica Sette. “O feminino e o trabalho doméstico: paradoxos da complexidade”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n.º189, p.81-93, jan./mar. 2011, p. 87.

³³ HIRATA, Helena; KERGOAT Danièle. “Novas configurações da divisão sexual do trabalho”. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n.º 132, p.595-609, set./dez. 2007, p.604.

espaço e, por que não, organizar a saudade. E no meio das muitas possibilidades o que chama a atenção nem sempre é o esperado.

Ele estava lá no meio de grandes clássicos, de autores formativos. Planiol, Ripert. A coleção integral de Pontes de Miranda. 12,5 cm x 18 cm. 69 páginas. Letra de tamanho maior do que o usual. Espaçamento entre linhas maior do que o usual. Na capa, o fundo vermelho. O rosto de uma mulher negra de perfil. Um lenço na cabeça. E o título: *Nós e elas*.

Nada indicava que ele tenha sido lido.

Não há como decifrar como ele chegou àquela estante na edição de 1969, produzida na Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerais, na Cidade Universitária, sem registro de editora. A introdução está datada de 1965.

E o que o tirou do comum dos vários outros, o que fez com que ele se ressaltasse entre os demais, foi a imersão que seu texto permitiu numa imagem espreitada da relação com as empregadas domésticas.

Nós e elas, sendo *nós* as donas de casa e *elas* as domésticas. A explicação vem na *orelha*:

“É que a Autora, mãe de família, numerosa, viveu, como dona de casa, uma experiência que não é dela apenas, mas de todos quantos já foram partes ou testemunhas das peripécias causada pela variada fauna das domésticas”³⁴.

Fauna é um primeiro termo usado para essa analogia das empregadas domésticas com animais. Mas outros viriam. Raça, uma

³⁴ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*. Belo Horizonte: s/ed. 1969.

“infeliz”³⁵. Na descrição da aparência física, “um monstrengo”³⁶, “sacy com duas pernas, bem pretinha, cabelo de picumã”³⁷. Na disposição para aprender, “superburra”³⁸ ou “burra, dessa burrice maciça, invulnerável, compacta, indestrutível”³⁹.

Mesmo quando a ação, em si, era positiva, alfabetizar a empregada, o conteúdo era expresso de modo desairoso: “ensinar meu saci a soletrar”⁴⁰.

Não se pode imaginar outro ofício em que essas referências se pudessem fazer com tanta naturalidade. E ela significa uma adesão do ponto de vista da cultura, um lugar comum na assimilação ou na situação dessa categoria de trabalhadoras.

A textualidade dessa compreensão espalha-se por todo o livro:

“Infelizmente, sou apenas uma ínfima parcela da legião sofredora das injustiçadas patroas que, dia a dia, hora a hora, sentem diminuir-lhes o prestígio, sentem fugir-lhes a autoridade.

Eu posso apenas contar com toda a veracidade estas historinhas de uma raça que está desaparecendo.

Pobres de nós donas de casa! Precisamos de nos capacitar de que a máquina de lavar roupa, a enceradeira, o liquidificador, o batedor de bolos e outros engenhos domésticos breve serão auxiliares com que realmente podemos contar nesta eterna e inglória luta doméstica, porque ELAS vão ser funcionárias, secretárias, datilógrafas, artistas de rádio, cinema e televisão...”⁴¹

³⁵ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 17.

³⁶ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 42.

³⁷ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 56.

³⁸ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 53.

³⁹ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 56.

⁴⁰ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 58.

⁴¹ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, pp. 9-10.

A trabalhadora doméstica estava àquela altura fora da margem de regulação pelo direito do trabalho. Ela estava, como já dito, fora da CLT pela expressa previsão da letra a do art. 7.º. A obrigatoriedade de anotação de sua CTPS só veio com a Lei n.º 5.859/72. A de pagamento do salário mínimo, só com a Constituição brasileira de 1988. A limitação de jornada com o pagamento de horas extras só se implantou com a Emenda Constitucional 72/2013, regulamentada pela Lei Complementar n.º 150/2015.

Não se trata de supor que as trabalhadoras fossem perfeitas, que não cometessem faltas, que tivessem formação para aquela atividade. A questão é que todos os erros são atribuídos à categoria como um todo, a *culpa* imputada às domésticas. A elas, como espécie.

Próximo dos 20 anos da CLT, Russomano retomou a questão da falta de regulação do trabalho doméstico:

“Essa atitude simplista [exclusão do trabalho doméstico da CLT] é injusta. Todos conhecemos os abusos dos empregados domésticos, a sua irresponsabilidade e os riscos do empregador, obrigado a aceitá-los sem conhecê-los, dentro de sua própria casa no convívio de todos. Mas, o que não nos parece humano e razoável é, em face disso, excluí-los da proteção mínimo assegurada a todos os que trabalham.

Se correremos os olhos pela Consolidação, não encontraremos nela um só dispositivo que dê qualquer direito aos domésticos. Nenhum instituto trabalhista lhe é favorável, nem mesmo os institutos atinentes à duração do trabalho e às férias anuais”⁴².

⁴² RUSSOMANO, Mozart Víctor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Konfino, 1965, p. 123.

O texto começa com a menção aos “abusos dos empregados domésticos, a sua irresponsabilidade e os riscos do empregador, obrigado a aceitá-los sem conhecê-los, dentro de sua própria casa no convívio de todos”. A época da escrita é próxima à da redação e do lançamento de *Nós e elas*, de Maria Paula Fleury de Godoy.

Mesmo reconhecendo a lacuna regulamentar, concernente à categoria das domésticas, ainda excluída da CLT, mesmo passados 20 anos, e sem qualquer regra que estabelecesse alguma forma de proteção, inclusive quanto à contagem do tempo de serviço para aposentadoria, nem mesmo Russomano consegue escapar por completo dos traços da discriminação, ao fazer a generalização de todas as faltas na categoria ou na atividade como um todo. Igualam-se todas as trabalhadoras domésticas, ainda não passíveis de serem chamadas de empregadas, porque o status jurídico não lhes atingia.

Há situações, entre as trazidas em *Nós e elas*, em que, de fato, se pode ver a configuração de falta grave que autorizaria a dispensa por justa causa, configurados os pressupostos da tipificação, caso o art. 482 da CLT se aplicasse aos trabalhadores domésticos, o que só se estabeleceu com a entrada em vigor da Lei Complementar n.º 150/2015 por seu art. 27.

Um casal voltou para casa antes do horário previsto e encontrou a trabalhadora doméstica com a camisola *do dia* da esposa e deitada na cama do casal⁴³. A patroa voltou de uma longa viagem e encontrou sua casa em estado de completo abandono, móveis cobertos de pó, assoalho sujo, cozinha na mais completa desordem⁴⁴. Poderiam essas

⁴³ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 13.

⁴⁴ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, pp. 24-25.

situações serem tipificadas como incontinência de conduta (art. 482, letra b da CLT)? Ato de indisciplina ou de insubordinação (art. 482, letra h da CLT)? Desídia no desempenho das respectivas funções (art. 482, letra e da CLT)?

Não se pode projetar nas empregadas domésticas uma qualidade e uma perfeição dos atos que não caracteriza nenhuma das categorias profissionais. Há a prática de falta grave. Há a configuração dos pressupostos para a dispensa por justa causa. Mas essa não é uma regra, que se imponha como inerente na atividade, da mesma forma que tampouco se pode afirmar que todos os empregadores praticam falta grave (art. 483 da CLT).

Por outro lado, aquilo que no trabalhador brasileiro é uma questão grave e recorrente, a falta de formação técnica, nos trabalhadores domésticos se transforma no jocoso, no risível. É assim na história da moça, vinda do interior, como tantas, que leva a maionese ao forno para assar⁴⁵.

Para a ausência de conhecimento do ofício pela origem na cidade pequena aponta-se um lado positivo e não se pensa na preparação formal para esse trabalho (ou para qualquer outro):

“Além do mais, criada no interior em um lugarejo que era quase uma roça, não estava contaminada pelos defeitos que possuíam as empregadas da cidade”⁴⁶.

A categoria das domésticas parece também ser vista sob um perfil típico, a *mulher negra*. A descrição de tantas delas não deixa dúvida sobre o mais arraigado dos preconceitos e da discriminação:

⁴⁵ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, pp. 15-16.

⁴⁶ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 22.

“grande, forte, quase gorda, com mãos possantes e braços de açougueiro, tinha o aspecto agradável de pessoa boa para trabalhar”⁴⁷.

Enquanto isso, uma senhorita de pele clara e com aspectos da *aristocracia* não deveria se voltar ao trabalho doméstico:

“Já desanimava, quando, uma bela manhã, batem à porta.

Era uma senhorita clara e esguia, impecável em uma saia tergal, com um discreto conjunto banlon, harmonizando-se com a bonita bolsa. Não trazia um lenço à cabeça, nem esses horrendos pechisbeques que as domésticas adoram. Aquela usava apenas um bonito relógio de ouro no pulso aristocrático. [...]

Chamava-se Jane. Queria trabalhar.

Com aquele nomezinho de protagonista de romance e aquele todo de senhorita da sociedade, como dar-lhe os pesados encargos de uma doméstica para todo o serviço?”⁴⁸.

Nessa relação entre *nós* e *elas*, as donas de casa reproduzem o padrão de dominação masculina para com suas empregadas. É uma consequência natural a ser sustentada. Para as empregadoras parece ser aceitável a imposição de um trabalho sem um mínimo de garantias. Não se reconhecem as outras como iguais na luta por direitos. Pelo contrário, elas “são as ‘inimigas necessárias’, cada vez mais inimigas, cada vez mais necessárias, cada vez mais caras, cada vez mais raras”⁴⁹.

⁴⁷ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 33.

⁴⁸ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, pp. 65-66.

⁴⁹ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 9.

Reconhecem, contudo, que o trabalho doméstico pelo qual são responsáveis e que por sua vez delegam para *elas* é tão cansativo, com tantas tarefas simultâneas a serem realizadas. Penoso, árduo porque demanda muito esforço físico, com tarefas a perder de vista “camas para fazer, casa para arrumar, jardim para aguar, quintal para varrer”⁵⁰. Esse ofício de responsabilidade única da mulher, por ser, na tradição acumulada da cultura, mais condizente com os *atributos* femininos, faz as donas de casa procurarem por um reforço, “queria apenas um Cireneu que me ajudasse a carregar a cruz de trabalhadeira doméstica”⁵¹.

Nas 69 páginas no pequeno opúsculo, as palavras e as expressões de desprezo extremo pelas profissionais que se ocupam do cuidado se espalham sem qualquer contextualização, sem qualquer preocupação com uma generalização que evita a compreensão de um cenário que é sempre mais complexo, de uma história de exclusão que se inicia pela rejeição na outorga de direitos.

A forma da escrita deixa claro que se está expressando uma versão de senso comum, como dizer assim é o trabalho doméstico, assim é a trabalhadora doméstica, no exercício desse ofício de natureza benevolente, amistosa, como uma dádiva para quem pode exercê-lo e um suplício àqueles a quem se destina a prestação de serviços.

A questão que fica e não será possível de resposta aqui pode ser: Mudou algo desde 1965/1969?

⁵⁰ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 17.

⁵¹ GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*, p. 18.

5. Considerações finais

É corrente que nas considerações finais deva vir um alinhado dos aspectos tratados no texto. Não seria adequada a grandiloquência de uma conclusão, com o sabor de definitividade que está longe dos desates que se implantam no tema proposto. Mas aqui, para responder a indagação posta acima, a resposta talvez não seja um nada, não seja uma negação em absoluto da mudança. O mais adequado é que ela seja, como sempre, o reconhecimento da imperfeição, do contínuo no trato das coisas na dinâmica do direito com seu sempre por-fazer.

A cultura não mudou. E se o direito pode ser um megafone para a implantação das mudanças, elas não se dão como uma relação singela de causa e efeito. Não há automatismos. Não se trata de uma operação silogística.

Na narrativa que *os vestígios do dia* emoldam, persiste a invisibilidade e os desvarios da realidade a reproduzir o aprisionamento, a recusa na assimilação espontânea do direito a ter direitos. Sem uma real mudança na sociedade, o direito, por si, não muda a forma como enxergamos o trabalho doméstico.

O direito não é capaz de transformar o desvalor em valor na concretude. As empregadas domésticas continuam sendo sempre *culpadas*.

E para mostrar o sem fim da questão, para, nas considerações finais, deixar bem registrados os vários capítulos outros que ainda

teremos que escrever se queremos por o dedo na ferida e realmente mudar o estado das coisas, deve ser suficiente reproduzir a manchete do jornal dos dias de escritura desse texto: “Mulher negra é resgatada em casa de família em MG em condições análogas à escravidão”⁵².

Referências bibliográficas

BRUM, Eliane. *O olho da rua: uma repórter em busca da literatura da vida real*. São Paulo, Globo, 2008.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

GODOY, Maria Paula Fleury de. *Nós e elas*. Belo Horizonte: s/ed. 1969.

GONÇALVES, Ana Maria. *Um defeito de cor*. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

HIRATA, Helena; KERGOAT Danièle. “Novas configurações da divisão sexual do trabalho”. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n.º 132, p.595-609, set./dez. 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua*. Brasília, 2019. Disponível em:

⁵² Folha de São Paulo. 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/12/mulher-negra-e-resgatada-e-m-casa-de-familia-em-mg-em-condicoes-analogas-a-escravidao.shtml>. Acesso: 28 jan.2021.

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9538/1/td_2528.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

JORNALISTA diz que médicas cubanas parecem ‘empregadas domésticas’. *G1*, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2013/08/jornalista-diz-que-medicas-cubanas-parecem-empregadas-domesticas.html>. Acesso em: 21 set. 2020.

LOPES, Mônica Sette. “O feminino e o trabalho doméstico: paradoxos da complexidade”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n.º189, p.81-93, jan./mar. 2011.

KOUTSOUKOS. Sandra Sofia Machado. *Negros no estúdio do fotógrafo: Brasil, segunda metade do século XIX*. Campinas/SP: Unicamp, 2010.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. *O empregado e o empregador no direito brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Konfino, 1965.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Manual popular de direito do trabalho: ilustrado com formulários*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1954.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

SUSSEKIND, Arnaldo, LACERDA, Dorval de, VIANA, J. de Segadas. *Direito Brasileiro do Trabalho*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1943.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Valor: realidade, ficção ou projeção da realidade. In: VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, pp. 109-125.



ANÁLISE JURÍDICA SOBRE IMPACTOS DE NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS EM PROCESSOS DE RECRUTAMENTO*

*LEGAL ANALYSIS ABOUT THE IMPACTS OF NEW DIGITAL
TECHNOLOGIES IN RECRUITMENT PROCESSES*

Thaís de Oliveira Martins¹

Sumário - 1. Introdução - 2. Dever de informação - 3. Proteção de dados pessoais - 4. Dever de não discriminação - 5. Conclusão - Referências bibliográficas

Resumo:

Em uma sociedade marcada pelo surgimento e constante evolução das novas tecnologias da informação e comunicação, não há dúvidas quanto ao fato de que elas vieram para ficar. O processo de recrutamento, então, não ficou de fora da incidência dessas tecnologias digitais que, por um lado, apresentaram inúmeras vantagens; mas, por outro, tornaram-se uma grande ameaça aos direitos do candidato a emprego, gerando a necessidade de se garantir um equilíbrio. Nesse contexto, o presente artigo torna-se relevante para a sociedade hodierna, tendo em vista que o assunto transcende a realidade da sociedade, “invadindo” o espaço acadêmico, provocando novos questionamentos que precisam ser estudados, analisados e debatidos. Dessa feita, será realizada uma análise jurídica sobre os impactos das novas tecnologias digitais em processos de recrutamento; abordando, portanto, o dever de informação, de proteção de dados e de não discriminação. Tal estudo nos remeteu à conclusão de que há um elevado nível de proteção garantido pelo ordenamento jurídico nacional e comunitário, mas é preciso que seja desenvolvida uma proteção, também, em nível de representação coletiva para que essa tenha maior eficácia em termos práticos. Para tanto, visando a chegar a

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Advogada, mestranda em ciência jurídica - especialidade Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

esse resultado, foi feita uma análise dos princípios e da legislação que envolvem a proteção de direitos passíveis de violação no âmbito do recrutamento, comparando-os com exemplos práticos e doutrina existente sobre o tema.

Abstract:

In a society characterized by the rise and continuous evolution of new information and communication technologies, one thing is a fact: they are here to stay. The recruitment processes were not excluded from the impact of these digital technologies, contributing with countless advantages, although simultaneously behaving as a critical threat to the rights of candidates applying, leading to the need to ensure a balance. In this context, the present article is relevant for today's society, since the subject transcends the reality of society, permeating the academic sphere, raising new questions that need to be researched, analyzed, and debated. Following, a legal analysis on the impacts of new digital technologies on recruitment processes will be conducted, addressing the duty of information, data protection and non-discrimination. This study has led us to the conclusion that there is a high level of protection guaranteed by the national and community legal systems, although protection must also be developed at the level of collective representation to be more effective in practical terms. To achieve this outcome, an analysis of the principles and legislation involving the protection of rights that may be violated in the scope of recruitment was performed, comparing them with practical examples and existing doctrine on the subject.

1. Introdução

Com o surgimento e a evolução das novas tecnologias da informação e comunicação, as modalidades de recrutamento sofreram inúmeras alterações. O ato frequente de entregar currículos em papéis diretamente a empresas que processavam os mesmos de forma manual, presencial e individual foi progressivamente substituído por redes sociais profissionais, plataformas de cadastramento de currículos e um processamento auxiliado por algoritmos, que passaram a facilitar toda a atividade.

Na nova sociedade informática, as tecnologias digitais se tornaram um recurso frequente em todas as fases do processo de seleção de trabalhadores, independentemente se essa seleção é feita de forma direta pelo contratante ou pelo setor de recursos humanos (RH). É possível identificarmos a presença de meios tecnológicos, por exemplo, desde o momento em que uma assistente virtual ajuda a responder a questões do candidato no momento de inscrição no processo seletivo, até a seriação de candidatos por meio de algoritmos que cruzam informações do perfil considerado ideal para o posto de trabalho com as competências, formações e experiências do candidato. Esses e diversos outros procedimentos² têm contribuído para tornar o processo mais célere, eficaz e com menos custos operacionais.

Esse cenário pode ser visualizado concretamente, por meio do estudo realizado pelo Centro de Relações Laborais³ que analisa os impactos da chamada economia digital no trabalho e no emprego dentro do território português nos últimos cinco anos. Como resultado, no âmbito específico do recrutamento, concluiu-se que, apesar de a técnica de recrutamento mais usada ainda ser a entrevista presencial, 39% das empresas já usam as redes sociais (*Linkedin, Facebook* etc.) como técnica de recrutamento, sendo a 3^a

² São outros exemplos: consulta a perfis on-line do candidato, pesquisa de potenciais interessados em base de dados on-line, mapeamento de um perfil ideal para o posto de trabalho, avaliação de comportamentos e competências dos candidatos, entrevistas por vídeo com mecanismos de reconhecimento facial.

³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *A Economia Digital e a Negociação Coletiva*, Centro de Relações Laborais, 2019, p. 92. Disponível em: https://www.crlaborais.pt/documents/1018_2/341209/Estudo/d_0ffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486.

no *ranking*. Ademais, com a digitalização, 68% dos entrevistados assinalaram o impacto das redes sociais no recrutamento.

Entretanto, apesar de o cenário parecer extremamente benéfico e promissor, muitas são as questões que se põem diante da facilidade do acesso à informação dos candidatos e da atividade exclusiva dos algoritmos. Colocam-se, como exemplos, a dificuldade em garantir que o algoritmo seja justo, já que a subjetividade do recrutador pode ser passada para o algoritmo, ou o mesmo pode criar outro parâmetro não pensado, a falta de transparência no processo automatizado e a exposição do trabalhador a novas formas de violação de direitos.

Tendo em vista esse contexto, o presente trabalho visa a realizar uma análise jurídica dos impactos de novas tecnologias em processos de recrutamento, em especial, quanto ao dever de informação, à proteção de dados pessoais e ao dever de não discriminação.

O presente *paper* argumenta que a legislação comunitária combinada com a nacional apresenta um amplo arcabouço protetivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores. No entanto, em termos práticos, é necessária uma proteção em nível de representação coletiva para que o recrutamento digital seja desenvolvido dentro dos limites legais. Para tanto, visando a chegar a esse resultado, foi feita uma análise dos princípios e da legislação os quais envolvem a proteção de direitos passíveis de violação no âmbito do recrutamento, comparando-os com exemplos práticos e com doutrinas existentes sobre o tema.

Este artigo encontra-se dividido em três tópicos. No primeiro, trataremos dos impactos das novas tecnologias digitais no processo de recrutamento quanto ao dever de informação do empregado. No

tópico seguinte, trabalharemos as discussões que rondam o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) e têm aplicação prática no recrutamento, especificamente, consentimento, prazo de conservação dos dados, definição de perfis e decisões automatizadas, bem como uso das redes sociais. Na sequência, analisaremos o dever de não discriminação também no processo de recrutamento. Por fim, as considerações finais irão explorar o argumento aqui esboçado.

2. Dever de Informação

Na fase pré-contratual, com fundamento no princípio da boa-fé (artigo 102.º do Código do Trabalho), o dever de informação previsto no artigo 106.º e seguintes do Código do Trabalho deve ser observado. Esse dever incidirá tanto para o empregador (artigo 106.º, n.º 1 do Código do Trabalho), quanto para o trabalhador (artigo 106.º, n.º 2 do Código do Trabalho)⁴. Isso porque se trata de um contrato sinalagmático em que, tanto na formação, quando na execução, há deveres recíprocos, nomeadamente no que respeita a informação a ser prestada pelas partes⁵.

É importante ressaltarmos que o artigo 106.º, n.º 1 e 2 do Código do Trabalho, ao prever esse dever recíproco, traz conceitos jurídicos

⁴ Anota PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 473-474 que, inicialmente, o dever de informação advinha da Diretiva n.º 91/533/CE que foi transposta pelo Decreto Lei n.º 5/94, prevendo somente o dever de informação do empregador sobre condições aplicáveis ao contrato de trabalho, decorrendo o dever de informação do trabalhador do princípio geral da boa fé na sua aplicação à formação dos contratos (artigo 227.º do Código Civil). Somente no Código do Trabalho de 2003 foi estabelecido explicitamente esse dever recíproco que se manteve no atual Código do Trabalho.

⁵ Conforme PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 474.

indeterminados quando menciona que o dever de informação incide para o empregador, sobre “aspectos relevantes do contrato de trabalho”⁶ e, no caso do empregado, sobre “aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral”.

Fica claro, na leitura do artigo supracitado, que o dever de informação segue objetivos distintos para as partes, porém não há uma limitação explícita a esse dever. Ao se referir a “aspectos relevantes”, o legislador deixa uma margem de imprecisão a ser vencida pelo intérprete, que não deve ignorar a vulnerabilidade do candidato decorrente da disparidade de poderes existente entre empregador e trabalhador.

Essa situação de vulnerabilidade, no processo de recrutamento, pode ser facilmente ilustrada quando, de um lado, visualizamos o candidato ao posto de trabalho e, do outro, a entidade empregadora. O primeiro vivencia a situação de poder não ser o escolhido pelo empregador e necessita, para a sua subsistência, do rendimento que aquele cargo oferece. A segunda, com o objetivo de selecionar o melhor candidato para a vaga, recolhe o máximo de informações possíveis e acaba por invadir, em muitos casos, a vida privada do candidato. Isso justifica, portanto, uma maior limitação às informações prestadas pelo candidato em comparação às do empregador.

⁶ Cabe ao empregador prestar todas as informações necessárias para a prossecução da atividade, tanto as que dizem respeito ao conteúdo do contrato, como as que se relacionam com a sua execução. Não iremos aprofundar, no presente *paper*, o estudo sobre o dever de informar do empregador, tendo em vista que as NTIC não afetaram, de forma relevante, esse direito. Para aprofundamento do assunto, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, pp. 477-482.

Dessa forma, no que diz respeito ao dever de informar do candidato a emprego, o artigo 106.º, n.º 2 do Código do Trabalho deverá ser interpretado em conjunto com os artigos 16.º e 17.º do Código do Trabalho que tratam sobre a reserva da intimidade da vida privada e a proteção de dados pessoais. Devem ser levados em consideração, ainda, os direitos fundamentais constitucionais e os direitos da personalidade previstos no Código Civil nos artigos 70.º e seguintes⁷.

O empregador, então, não poderá exigir que o candidato a emprego preste informações relativas à sua vida privada, à sua saúde ou a um eventual estado de gravidez (artigo 17.º, n.º 1 do Código do Trabalho)⁸, estando vetado, no decorrer de uma entrevista ou de um questionário on-line, inquirir, por exemplo, sobre convicções políticas e religiosas, etnia⁹, gravidez ou planeamento familiar. No entanto, caso essa informação constitua um requisito objetivo estritamente necessário e justificado para o desempenho da

⁷ Destaca MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 141.

⁸ Também corroboram com a proteção à vida privada do candidato, a proibição do empregador de exigir a realização ou apresentação de testes e exames médicos a candidatos a emprego para comprovação de condições físicas ou psíquicas, salvo quando tenha por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou situações previstas no artigo 17.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho (artigo 19.º, n.º 1 do Código do Trabalho). Além disso, é proibido, em qualquer caso, exigir da candidata teste de gravidez (artigo 19.º, n.º 2 do Código do Trabalho) e realização de testes genéticos durante a formação e execução do contrato de trabalho, ainda que com consentimento do trabalhador (artigo 13.º da lei 12/2005).

⁹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Dever de Informação no Contrato de Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1 e 2, ano XLIV (XVII da 2.ª série), Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 20 e ss., diz que, na França, é expressamente proibido questionar os candidatos a emprego sobre convicção política, religiosa e etnia.

atividade¹⁰, é possível que sejam requeridas tais informações ao candidato.

São casos que evidenciam a exceção explanada, a exigência de certificado criminal a seguranças de empresa, a requisição de informações a candidatos a vaga de motorista sobre sua capacidade de visão e dependência alcoólica. Além da exigência de exames de doenças contagiosas a enfermeiros¹¹. Observa-se que, em todos os casos, a informação requerida afeta diretamente o exercício da atividade, gerando certa incompatibilidade. Logo, os limites do dever de informação devem ser analisados caso a caso.

Se perdurarem dúvidas com relação à licitude da inquirição mesmo após o caso concreto ter sido confrontado com as normas mencionadas no presente tópico, deve ser levado em consideração que o direito à reserva da vida privada e o direito à igualdade de tratamento têm a categoria de direito fundamental. Portanto, as restrições que lhes são impostas devem ser reduzidas ao mínimo de acordo com o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa¹².

Analisado isso, caso o empregador atue ilicitamente, insistindo em perguntas que invadam a vida privada do candidato, este pode se recusar a responder sem que incida qualquer sanção. No entanto, na prática, a situação não se põe com tamanha simplicidade. O silêncio, inevitavelmente, comprometerá a oportunidade de emprego, afastando o candidato do processo de seleção, pois, de fato, a falta

¹⁰ Anota MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, p. 141.

¹¹ Exemplos apresentado por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 476.

¹² Observa MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, p. 145.

de resposta ou a contestação ao questionamento serão, certamente, entendidas pelo empregador como um indício de que a resposta não lhe seria vantajosa, originando, desde logo, práticas discriminatórias.

Portanto, para evitar a eliminação do candidato no processo seletivo, a doutrina, em sua maioria, tem defendido o “direito” à mentira¹³. Apesar de parecer contraditório ao princípio da boa-fé contratual, a prática pode ser utilizada quando for a única forma de preservar sua esfera privada e posição negocial, sem que seja possível o empregador alegar quebra do dever de lealdade por apresentação de informação falsa¹⁴, uma vez que se trata de um pedido de informação ilícito e o empregador não pode se beneficiar do mesmo.

A solução apresentada pela doutrina, por anos, pareceu resolver o problema das inquirições ilícitas, no entanto, com as novas tecnologias da informação e comunicação, o questionamento que antes era feito, diretamente, aos empregados no momento das

¹³ Conforme JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los limites del poder de control empresarial*, Madrid, 1988, p. 91; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra, 2007, p. 343; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho”, in, *Reformas do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 186; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, p. 142; JOÃO LEAL AMADO, *O Contrato de Trabalho*, p. 181; SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, 2007, pp. 255-261. Além de ampla doutrina, o Tribunal da Relação de Lisboa também se posicionou favoravelmente no proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4, de 18 de Abril de 2012, em que julgou ilegítima a inquirição relativa à atividade profissional do cônjuge ou familiares do trabalhador. No entanto, posiciona-se contrariamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 285-286, afirmando que, por imposição do princípio da boa fé, a mentira parece ser inadmissível.

¹⁴ Conforme MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, pp. 141 e 142.

entrevistas presenciais, deu lugar a uma enorme recolha de dados que, em razão da *Big Data*, podem ser usados conjuntamente. Vejamos, por exemplo, se ao invés de o empregador questionar a candidata se ela está grávida, ou se tem interesse em engravidar; ele, por meio de algoritmos, passasse a buscar, nas redes sociais da mesma, essa informação por intermédio das páginas que ela segue ou compartilha, ou ainda dos comentários realizados e dos conteúdos curtidos; isso faria com que não houvesse uma comunicação direta com a candidata.

Nos EUA, por exemplo, há empresas especializadas em realizar o chamado *employment background check*, ou seja, sem que os candidatos saibam, essas empresas dedicam-se a apurar os seus hábitos de vida, bairro em que cresceram, a existência de cadastros criminais, de dívidas em banco e até sobre o uso controlado ou não do cartão de crédito. A partir disso, com base em algoritmos, montam o perfil dos candidatos com todas as informações. Nessa nova perspectiva, não depende mais de o candidato prestar a informação, mas, sim, do conteúdo que o mesmo dispõe na internet ou das informações encontradas em cadastrados de empresas a que se encontre vinculado, tornado os meios supracitados menos eficazes.

Dessa forma, apesar de não existir, no ordenamento jurídico português, uma norma específica para esses casos, o artigo 17.º do Código do Trabalho, que trata da proteção dos dados pessoais, é capaz de tutelar o empregado nessas situações; e, uma vez verificada a atuação ilícita da entidade empregadora, esta pode vir a incorrer em responsabilidade pré-contratual por violação do princípio da boa-

fé na formação do contrato de trabalho, conforme artigo 102.º do Código do Trabalho e do artigo 227.º do Código Civil.

3. Proteção de Dados Pessoais

É inevitável, em um processo de recrutamento, que sejam colocados à disposição e tratados, pela entidade empregadora, inúmeros dados pessoais como CV, certificados de formação, candidaturas, notas de entrevistas, assim como dados pessoais sensíveis. Ocorre que, com o desenvolvimento das TIC, a possibilidade de utilização indevida e abusiva dos dados pessoais dos candidatos ficou muito maior, criando novos desafios importantes em matéria de privacidade e proteção de dados.

Então, com intuito de garantir uma proteção mínima, foi elaborado o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD). O referido Regulamento entrou em vigor no dia 25 de maio de 2016 e previa um período transitório de dois anos para a sua total aplicação que aconteceu no dia 25 de maio de 2018, sendo o referido lapso temporal destinado às organizações para que possam se adaptar às novas regras.

O RGPD reservou, exclusivamente, no art. 88.º, um espaço para desenvolver o tratamento dos dados em contexto laboral no qual ressaltou que os “Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais

específicas¹⁵ para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores”, nomeadamente para efeitos de recrutamento que é o foco do presente *paper*, mas também na execução do contrato de trabalho e demais matérias elencadas, exemplificativamente, no art. 88.º, n.º 1 do RGPD. Essas normas desenvolvidas pelos Estados-Membros têm de ser notificadas à Comissão Europeia e “devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados”.

Com esse poder que o RGPD conferiu ao legislador nacional, o tratamento de dados deve ser articulado com a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que assegura a execução do Regulamento no ordenamento jurídico interno. Em contexto laboral, o art. 28.º da referida lei assegura que o empregador trate os dados pessoais dos trabalhadores de acordo com as finalidades e limites estabelecidos pelas normas do Código do Trabalho, legislação complementar e outros regimes setoriais, com as especificidades que constam no referido artigo. Quanto ao Código do Trabalho, é válido ressaltarmos a ampla proteção sobre matérias que implicam o tratamento de dados pessoais do trabalhador previstos nos seus artigos 17.º a 22.º.

Nesse contexto de proteção de dados em âmbito laboral, trataremos de temas relevantes para o processo de recrutamento,

¹⁵ Segundo JOANA VASCONCELOS, “RGPD e Contratação Coletiva”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020, p.42 quando o legislador usa o termo “mais específicos”, significa que as normas legais e convencionais não de ser forçosamente mais favoráveis ao trabalhador, residindo a especificidade da sua disciplina no reforço da garantia dos respetivos direitos e liberdades face ao que resulta do RGPD.

iniciando com a questão sobre o consentimento dado pelo candidato a emprego para o tratamento de seus dados. Vejamos, portanto.

O art. 4.º, n.º 11, do RGPD define consentimento como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹⁶. É exatamente a partir do termo “livre” que se desenvolve toda a problemática do consentimento no processo de recrutamento. Isso porque, como já mencionado pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º (GT29)¹⁷, se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, sem se sentir fraudado, coagido ou intimidado a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, o consentimento não constituirá fundamento jurídico válido¹⁸.

Ademais, ao avaliar se o consentimento é dado livremente, importa ter em conta a situação específica em que a execução de um contrato ou a prestação de um serviço deve estar subordinada ao consentimento, conforme descrito no artigo 7.º, n.º 4 do RGPD¹⁹.

¹⁶ O conceito básico de consentimento permanece idêntico ao da Diretiva 95/46/CE, sendo o consentimento um dos fundamentos legais em que o tratamento de dados pessoais tem de se basear, conforme artigo 6.º do RGPD.

¹⁷ Grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas à proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018 (data de aplicação do RGPD), data em que deixou de existir e foi substituído pelo Comité Europeu de Proteção de Dados.

¹⁸ Apontamento realizado pelo Grupo de Trabalho do artigo 29.º no seu Parecer 15/2011, sobre a definição de consentimento (WP 187), p. 14.

¹⁹ Segundo o GT29, em sua orientação relativa ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679 adotado em 28 de novembro de 2017 e com última redação revista e adotada em 10 de abril de 2018, p. 6, o artigo 7.º, n.º 4 do RGPD trouxe termos não exaustivos como “designadamente”, a fim de não excluir outras inúmeras situações que se enquadram nessa disposição. Então, qualquer elemento que constitua pressão ou influência desadequada sobre o titular dos dados e que o impeça de exercer, livremente, a sua vontade tornará o consentimento inválido.

Procura-se assegurar que a finalidade do tratamento dos dados pessoais não está camuflada, nem agregada à execução de um contrato ou à prestação de um serviço para os quais esses dados pessoais não são necessários, presumindo que o consentimento não é dado de livre vontade.

É o caso, por exemplo, da entidade empregadora que solicita permissão para acessar as redes sociais pessoais do candidato a emprego, sendo que nenhum dado ali presente é relevante para a execução do contrato e a sua recusa poderá impactar negativamente, o que nos põe diante de uma situação em que o consentimento não pode ser considerado livre. O mesmo não acontece quando é solicitado o tratamento das informações relativas ao salário e conta bancária para que os ordenados possam ser pagos, pois há uma relação direta e objetiva entre o tratamento dos dados e a finalidade da execução do contrato.

Corroborar, ainda, a impossibilidade do tratamento de dados autorizados por meio de consentimento no contexto laboral, o disposto no considerado 43 do RGPD que trata sobre o desequilíbrio de poder. O referido considerado assegura que o consentimento deve ser dado de livre vontade, portanto, em casos de manifesto desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, o consentimento não constituirá fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais.

Dessa forma, quando analisamos a relação entre candidato e empregador, visualizamos, facilmente, esse cenário, pois se trata de uma relação nitidamente desigual em que o candidato se encontra em uma posição de vulnerabilidade e, dificilmente, negará ao

empregador o tratamento dos seus dados pessoais sem se sentir prejudicado no processo de recrutamento. Portanto, não restam dúvidas, de acordo com os termos já analisados, que é improvável a existência de uma manifestação de vontade realmente livre por parte do candidato ao posto de trabalho²⁰.

No entanto, pode haver situações excepcionais em que é possível ao empregador demonstrar que o consentimento foi dado livremente. Atendendo ao desequilíbrio de poder entre candidato ao posto de trabalho e entidade empregadora, estes só podem dar o seu consentimento livremente quando o ato de dar ou recusar o consentimento não produzir nenhuma consequência negativa conforme já mencionado.

Nesses casos, defende-se que, ao invés do consentimento individual do candidato a emprego, deve ser usado, como fundamento de licitude para o tratamento de dados pessoais, o respeito pelo princípio da finalidade, observando sempre o princípio da proporcionalidade. Isso porque, ainda que o consentimento do trabalhador tenha sido prestado, se o tratamento não respeitar esses princípios, ou seja, se não for pertinente, necessário, ou não tiver finalidade lícita, será sempre ilícito²¹.

²⁰ Posiciona-se o GT29, em sua orientação relativa ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, p. 7, no sentido de que é considerada problemática a questão de os empregadores procederem ao tratamento de dados pessoais dos seus trabalhadores atuais ou futuros com base no consentimento, uma vez que é improvável que esse consentimento seja dado de livre vontade, pois, em regra, a sua recusa vem acompanhada de medo ou risco real de consequências negativas. Relativamente à maior parte deste tratamento de dados no local de trabalho, o fundamento legal não pode nem deve ser o consentimento dos trabalhadores, devido à natureza da relação entre empregador e trabalhador.

²¹ Nesse mesmo sentido, TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020, p. 28.

Feitas essas considerações, não podemos ignorar o artigo 28.º, n.º 3 da Lei 58/2019 que trata, também, sobre o consentimento. Contudo, o referido artigo parece não ter a melhor redação e trouxe algumas questões que vieram a ser discutidas pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd). Vejamos.

O artigo 28.º, n.º 3 da Lei 58/2019 estabelece que “salvo norma legal em contrário, o consentimento do trabalhador não constitui requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais se: do tratamento resultar uma vantagem²² jurídica ou económica para o trabalhador”, ou se esse tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular de dados.

Como se pode observar na primeira parte da referida norma (alínea a), esta acaba por ser incompatível com os dispositivos já aqui tratados, especificamente o artigo 4.º, n.º 11 do RGPD e o considerado 42/43, pois, apesar de ser consolidado o entendimento de que o consentimento individual em âmbito laboral não deve ser considerado com fundamento jurídico válido por não estar verdadeiramente livre em razão da própria natureza da atividade, existem casos excepcionais em que a manifestação do candidato a emprego não apresenta qualquer risco para os seus direitos e interesses.

²² Ressalta TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho”, p. 30 que o termo “vantagem” deve ser entendido como uma verdadeira vantagem inequívoca e considerável, já que o legislador não apresentou nenhuma noção da mesma e há muitas dúvidas sobre a verdadeira liberdade do consentimento prestado por um trabalhador e, ainda mais, por um candidato.

Dessa forma, a CNPD decidiu por desaplicar a norma por considerar uma restrição excessiva do direito fundamental à autodeterminação informacional ou à proteção dos dados enquanto direito ao controle dos seus próprios dados, para além do que é necessário à salvaguarda dos direitos e interesses dos trabalhadores²³.

Quanto à segunda parte da norma (alínea b) que remete para o artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD), não há grandes questionamentos a serem levantados, uma vez que o tratamento dos dados necessários para a execução do contrato ou de diligências pré-contratuais serão, em regra, impostos por lei, sendo irrelevante o consentimento do titular dos dados²⁴.

Diante do que foi exposto, concluímos que, no âmbito de um processo de recrutamento marcado por tecnologias digitais, essa restrição ao uso do consentimento como fundamento jurídico para tratamento dos dados se mostra relevante para a proteção dos direitos da personalidade do candidato. Isso porque se trata de um meio para inviabilizar que o recrutador manipule dados considerados sem relevância para o acesso ao cargo em questão.

Em outras palavras, diante da irrelevância do consentimento, o tratamento dos dados deverá ocorrer com fundamento no interesse legítimo da entidade empregadora, na necessidade dos dados para o

²³ Deliberação 2019/494, de 3 de setembro de 2019, da CNPD, p. 5v.

²⁴ JOANA VASCONCELOS, “RGPD e Contratação Coletiva”, p. 44 desperta, ainda, certa estranheza para o fato de que o legislador transpôs para a Lei 58/2019 apenas uma das duas hipóteses de licitude do tratamento de dados aplicáveis no âmbito da relação laboral, deixando de fora o artigo 6.º, n.º 1, alínea c) do RGPD que assegura ser lícito o tratamento de dados quando “necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica e a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito”.

recrutamento e, ainda, no princípio da finalidade. Dessa forma, torna-se necessária a análise de cada caso concreto, assim como ocorre no dever de informação do empregado como já analisado.

Quanto ao princípio da finalidade (artigo 5.º, n.º 1 do RGPD) acima mencionado, é importante tecermos alguns comentários, já que se trata de um princípio basilar da proteção de dados. Então, desde já, cumpre ressaltar que esse princípio orienta que o recolhimento de dados pessoais seja realizado para cumprir finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratado posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Isso porque, a entidade empregadora não pode, simplesmente, recolher dados pessoais para fins indefinidos.

Outrossim, os dados recolhidos/tratados devem ser exatos, atualizados e indispensáveis para o cumprimento da finalidade pretendida. Além disso, é preciso que esses dados também estejam seguros e sejam conservados apenas pelo tempo estritamente necessário para execução da finalidade. Assim sendo, a finalidade pretendida pela entidade empregadora tem de ser legítima, ou seja, deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico e respeitar os preceitos fundamentais²⁵.

Depois do que foi até aqui analisado sobre o consentimento do candidato a emprego, cabe investigarmos o período de conservação dos dados pessoais apresentados em decorrência de uma candidatura. Cumpre ressaltar, inicialmente, que a candidatura pode ser apresentada de forma espontânea ou em decorrência do anúncio

²⁵ Conforme TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho”, p. 31.

de uma vaga a emprego específica divulgada pela entidade empregadora ou empresa de recrutamento que a represente. Isso se mostra relevante, porque o artigo 5.º, n.º 1, alínea e) do RGPD, conforme já mencionado, assegura que os dados disponibilizados devem ser conservados durante o período necessário para alcançar as finalidades em que incide o tratamento²⁶.

Corroborando a norma acima citada, o considerado 39 do RGPD destaca que “é necessário assegurar que o prazo de conservação dos dados seja limitado ao mínimo” e que “a fim de assegurar que os dados pessoais sejam conservados apenas durante o período considerado necessário, o responsável pelo tratamento deverá fixar os prazos para o apagamento ou a revisão periódica”.

Buscando compreender o que seria entendido como “período necessário”, essa diferença nas formas de apresentação de candidatura se torna relevante, pois entendemos que o período considerado necessário para alcançar a finalidade pretendida será diferente, sendo maior no caso das candidaturas espontâneas. Entretanto, não podemos ignorar, ao delimitar esse período necessário, a desatualização rápida dos dados que foram disponibilizados pelo candidato. Consideremos, por exemplo, uma plataforma de recrutamento que recolhe CV de pessoas à procura de emprego e os conserva durante vinte anos sem tomar quaisquer medidas para mantê-los atualizados, isso certamente constituirá um problema. O período de conservação mencionado não nos parece ser proporcional à finalidade de encontrar emprego para uma pessoa a

²⁶ O artigo 21, n.º 1 da Lei 58/2019 também assegura a conservação dos dados pessoais por prazo necessário para a prossecução da finalidade, em caso de ausência de norma legal ou regulamentar do Estado, como é o caso.

curto/médio prazo. Além disso, o fato de não haver atualizações nos CV em intervalos regulares torna algumas das pesquisas inúteis para o candidato após um determinado período de tempo. Dessa forma, o GT29 tem defendido que os dados recolhidos durante o processo de recrutamento devem ser eliminados assim que se torne claro que uma oferta de emprego não será realizada ou não foi aceita pela pessoa em causa²⁷.

Com fundamento no exposto, por mais que não haja uma posição unânime, entendemos que o período entendido como necessário para alcançar a finalidade, no caso das candidaturas para vagas específicas, é o período que durar o processo de recrutamento e seleção. Sendo admitido, ainda, que, desde que haja concordância das partes, os dados disponibilizados na candidatura sejam conservados pelo período de um ano contado do momento da disponibilização, com vista a uma nova oportunidade de emprego²⁸. Já nos casos de candidaturas espontâneas, o período de um ano parece-nos suficiente, visto que o reconhecimento de um prazo maior, consequentemente, acarretaria em desatualizações dos dados presentes no CV²⁹.

²⁷ Parecer 2/2017 sobre tratamento de dados no local de trabalho do Grupo de Trabalho do artigo 29.º, p. 13.

²⁸ O Conselho da Europa, Recomendação CM/Rec (2015) 5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral, ponto 13.2, anota que, nos casos em que o empregador pretenda conservar os dados com vista a uma nova oportunidade de emprego, o titular dos dados deverá ser informado desse facto e de lhe ser dada a possibilidade de se opor a esse tratamento posterior.

²⁹ Elucidamos que esses prazos indicados não devem ser confundidos com o prazo de cinco anos, previsto no artigo 32.º do Código do Trabalho, para manter o registo dos processos de recrutamento efetuados.

Ressalta-se que o prazo acima mencionado não ignora o direito de retificação (artigo 16.º do RGPD) nem de apagamento (artigo 17.º, n.º 1, alínea a) do RGPD) que assiste ao titular dos dados.

Outro tema de extrema relevância é quanto ao acesso do recrutador aos dados pessoais do candidato presentes nas redes sociais³⁰. Atualmente, de acordo com estudo realizado pelo Eurostat³¹, a porcentagem de empresas que utilizaram a mídia social para recrutar funcionários triplicou de 9% em 2013 para 28% em 2019. Além disso, 56% das empresas da União Europeia admitiram acessar as redes sociais dos candidatos para validá-los ao posto de trabalho.

Essa prática de acesso ao perfil do candidato nas redes sociais, em regra, é muito utilizada pelo empregador para obter informações inacessíveis por meio de elementos contidos no CV e demais documentos anexos ao mesmo. Isso pode ser bastante positivo para certos candidatos que fazem uso das redes sociais para se autopromoverem; e, assim, aumentarem as oportunidades de emprego; mas, para outros, pode ser prejudicial e invasivo de privacidade. Em Nova Iorque, por exemplo, uma ONG excluiu um candidato por ter entendido que seria uma pobre aquisição para a organização; pois, ao verificar sua página pessoal no *Facebook*, o recrutador encontrou diversos relatos sobre casos amorosos do candidato, além de seu interesse por filmes violentos. Outro exemplo pode ser visualizado nos EUA, em um recrutamento para psiquiatra

³⁰ Essas redes sociais podem ser de caráter pessoal (ex.: *Facebook/Instagram*), informacional (ex.: *Twitter*) ou profissional (ex.: *Linkedin/Instagram*).

³¹ EUROSTAT, *Social media - statistics on the use by enterprises*. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Social_media_statistics_on_the_use_by_enterprises#Social_media.2C_a_business_paradigm_shift.

de um hospital, em que uma das candidatas que tinha o melhor currículo não foi contratada porque o gestor de RH, responsável pelo recrutamento, para além de analisar o CV, resolveu realizar uma pesquisa nas redes sociais e encontrou fotos consideradas inapropriadas³².

Esse tipo de situação ocorre porque o recrutador recolhe diversas informações nas redes sociais provenientes não só das publicações diretas do candidato, mas também dos *likes* que posta em publicações alheias, dos grupos a que pertence, dos usuários que segue, entre outras ações. Isso leva o recrutador a montar um perfil comportamental do candidato com dados considerados sensíveis da vida do mesmo que se encontram disponíveis na internet de forma pública.

Ocorre que essas informações disponibilizadas nas redes sociais, além de estarem sujeitas a diversas interpretações e à possibilidade de serem retiradas do contexto, assumem uma característica de permanência, apesar de não serem estáticas e necessitarem de uma constante atualização, o que nem sempre ocorre. Dessa forma, a informação usada para fundamentar decisões, quando permitido, pode estar desatualizada ou até mesmo errada, o que torna o resultado da análise de perfis inconsistente.

Diante disso, entendemos que, apesar do RGPD prever o direito ao esquecimento e a admissibilidade do consentimento do

³² Exemplo apresentado por TERESA COELHO MOREIRA, “To Be or Not To Be Digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos”, in, *Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-Laborais*, Editora Coimbra, Coimbra, 2015, p. 634. Para além desses, também é narrado pela autora o caso de uma empresa norte-americana que recusou um estágio a uma estudante de 19 anos após ter descoberto o perfil dela em uma rede social onde tinha uma fotografia segurando uma garrafa de vodka.

trabalhador apenas nos casos em que a recusa não cause medo ou risco real de consequências negativas, o acesso às redes sociais no processo de recrutamento deveria, em regra geral, restringir-se apenas às de caráter profissional. Isso porque, o fato do perfil nas redes sociais estar publicamente disponível, não permite que os empregadores tratem os dados ali encontrados sem que haja um fundamento jurídico, tal como um interesse legítimo.

Nesse sentido, em um primeiro momento, a entidade empregadora que está realizando o processo de recrutamento deve observar se está diante de um perfil pessoal ou profissional, haja vista que essa informação é relevante para a admissibilidade jurídica da inspeção dos dados. Ressalta-se que, quando se trata de um perfil profissional, é comum que o candidato já indique no próprio CV a existência do mesmo. Ademais, para que esses dados sejam recolhidos, é preciso que seja identificado, no caso concreto, dois elementos, quais sejam, a necessidade e a pertinência para o desempenho da função à qual se candidataram³³. Cabe aplicarmos aqui o mesmo entendimento do dever de informação do empregado previsto no artigo 17.º, n.º 1 do Código do Trabalho.

Dessa forma, levando-se em consideração um perfil nas redes sociais que trate apenas de questões pessoais e aborde inúmeros dados sensíveis do candidato, não se vislumbra hipótese de recolha de todos os elementos necessários justificadores do tratamento dos dados ali presente. Portanto, em regra geral, deveria ser vetado o acesso às redes sociais do candidato em um processo de recrutamento, com ressalva das usadas para fins profissionais.

³³ Conforme GT29, Parecer 2/2017, p. 13.

Outrossim, cabe chamarmos atenção para as hipóteses de candidatos com perfis privados, pois tudo o que foi até aqui analisado estava disponível a um *click*, sem que houvesse preocupação com a privacidade dos dados. Ressalta-se, então, que, nesses casos, a privacidade do candidato será superior, e o empregador não poderá de forma lícita recolher os seus dados pessoais, tendo acesso apenas ao que for considerado público e ao que seja necessário para avaliar a aptidão do candidato para o posto de trabalho em causa³⁴.

Dessa forma, é vetado ao empregador exigir ou solicitar a um candidato qualquer meio de acesso a um perfil privado, nomeadamente por meio de solicitação de *login* e *password* e, até mesmo, de pedido de amizade nas redes sociais. Isso, apesar de aparentemente óbvio, foi uma prática recorrente em empresas norte-americanas e levou os EUA a editarem uma norma, a chamada *Social Networking Online Protection Act*, que proíbe essa prática e estipula uma multa de até 10.000,00 dólares em caso de violação da regra estabelecida. O GT29 também se posicionou no sentido de que não existe qualquer fundamento jurídico para a realização da referida prática³⁵.

Contudo, se o empregador, mesmo com todo o aparato legal, insistir em acessar o perfil privado do candidato a emprego por meio de práticas enganosas ou clandestinas, caberá responsabilidade pré-contratual (artigo 102.º do Código do Trabalho), podendo essa prática ser sancionada, também, civil e criminalmente³⁶.

³⁴ Anota TERESA COELHO MOREIRA, “To Be or Not To Be Digital: o controlo das redes sociais on-line dos candidatos”, p. 641.

³⁵ Nota GT29, Parecer 2/2017, p. 13.

³⁶ Nesses termos, TERESA COELHO MOREIRA, “To Be or Not To Be Digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos”, p. 641.

Por fim, cumpre salientar a impossibilidade de realização de processos de recrutamento totalmente automatizados, isto é, que sejam capazes de traçar perfis e/ou tomar decisões sem que haja interferência humana. Nesse sentido, o considerado 71 e, em termos semelhantes, o artigo 22.º do RGPD asseguram que “o titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar”.

Contudo, a decisão automatizada será permitida³⁷ nos casos em que se mostre realmente necessária³⁸ (artigo 22.º, n.º 2, alínea a) do

³⁷ Também será permitida a tomada de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, nos casos autorizados pelo direito da União ou dos Estados-Membros a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados, ou mediante consentimento explícito do titular dos dados (artigo 22.º, n.º 2, alíneas b) e c) do RGPD). Quanto a essa última hipótese, considerar o que foi até aqui tratado sobre consentimento.

³⁸ Nota o GT29, em sua Orientação sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679, pp. 25-26, que

RGPD) para o cumprimento de diligências no processo de recrutamento. Hipoteticamente, essa situação pode ser visualizada, por exemplo, no caso de uma empresa de grande porte muito almejada que, ao divulgar uma vaga de emprego, recebe um elevado número de candidaturas. Nesse cenário, a empresa poderá considerar que não é viável identificar os candidatos adequados sem recorrer previamente a tecnologias de inteligência artificial (IA) que realizem o processo de forma automatizada, com intuito de excluir as candidaturas incompatíveis.

Ressalta-se que essa proteção prevista no RGPD se mostra extremamente relevante no contexto de recrutamento tecnológico desenvolvido na sociedade hodierna. Isso porque, com as inúmeras tecnologias que se põem à disposição do recrutador e a disponibilidade generalizada de dados pessoais encontrados na internet e a partir de dispositivos da Internet das Coisas (IoT), tornou-se mais fácil criar perfis e tomar decisões automatizadas.

No entanto, o que parece trazer apenas vantagens para a entidade empregadora como aumento da eficiência e economias de recursos, trouxe também um impacto significativo nos direitos e nas liberdades dos candidatos a emprego. Impacto esse que vem sendo contido com a impossibilidade de definições de perfis e decisões automatizadas, conforme previsto no RGPD.

Feitas todas essas considerações, conclui-se que os recrutadores devem levar sempre em consideração a irrelevância do consentimento para tratamento dos dados pessoais dos candidatos a

o responsável pelo tratamento deve ser capaz de demonstrar que esse tipo de tratamento é necessário, avaliando se seria possível adotar um método menos intrusivo para a privacidade.

emprego, fundamentando o tratamento/recolha dos dados, conforme já analisado, em fundamentos jurídicos válidos. Ademais, é de suma importância que o tratamento desses dados ocorra de forma transparente. Portanto, caberá às empresas de RH ou entidades empregadoras serem proativas na informação prestada aos candidatos (artigo 5.º, n.º 2 do RGPD)³⁹ sobre como funcionará a recolha/tratamento dos dados, indicando quais serão tratados, os motivos, as tecnologias usadas, entre outras informações necessárias para que esse candidato possa conhecer/avaliar a existência da proteção de dados, dando a possibilidade do mesmo recusar esse tratamento.

Por fim, ressalta-se que, considerado ilícito o tratamento dos dados do candidato, o empregador pode sofrer qualquer uma das sanções previstas no artigo 58.º, n.º 2 do RGPD, que podem ser aplicadas isoladamente ou combinadas entre si. Dentre as sanções previstas, destaca-se a aplicação de coimas no valor de até 20.000.000 euros ou, no caso de empresas, até 4% do seu volume de negócios anual a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior⁴⁰.

³⁹ Esse dever de informação da entidade empregadora sobre o tratamento de dados dos candidatos consiste em um meio desenvolvido para reequilibrar a relação de trabalho, evitando a assimetria na informação sobre as condições de trabalho e, portanto, protegendo o trabalho por essa via.

⁴⁰ Para maiores aprofundamentos sobre os valores impostos como coima, verificar artigo 83.º, n.º 5 do RGPD e artigo 37.º, n.º 1 e 2 da Lei n.º 58/2019, bem como JOANA MAGINA, “Fundamentos de licitude de tratamento de dados pessoais em contexto laboral”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020, p. 51.

4. Dever de Não Discriminação

Uma questão de grande relevância e, talvez, o maior desafio no momento em que as tecnologias têm tornado o processo de recrutamento menos transparente, é o dever de não discriminação entre os vários candidatos a emprego.

Trata-se de um dever fundamentado no princípio da igualdade (artigo 13.º e 58.º, n.º 1 da Constituição) que pode ser observado, genericamente, nos artigos 23.º e seguintes do Código do Trabalho, bem como no artigo 23.º, n.º 2 do DUDH e na Convenção n.º 111 de 1985 da OIT. Essa proibição incide sobre o tratamento diverso entre dois casos idênticos em razão de algum fato discriminatório, por exemplo, a ascendência, idade, sexo, orientação sexual, entre outros previstos do artigo 24.º, n.º 1 do Código do Trabalho⁴¹, pressupondo sempre e necessariamente um juízo de comparação.

Essa discriminação pode ocorrer de forma direta, quando o candidato a emprego está expressamente sujeito a um tratamento menos favorável do que a outra pessoa em situação comparável (artigo 23.º, n.º 1, alínea a) do Código do Trabalho), ou de forma indireta, quando critérios, disposições ou práticas aparentemente neutras prejudicarem um grupo de candidatos (artigo 23.º, n.º 1, alínea b) do Código do Trabalho)⁴².

⁴¹ Essa norma dispõe de um rol meramente exemplificativo, conforme expresso na letra do preceito.

⁴² MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, p.153, exemplifica a discriminação indireta com a exigência de um requisito acadêmico uniforme para a contratação que, sendo aparentemente neutro, tenha efeitos, proporcionalmente diferentes nos trabalhadores de uma determinada etnia, que não têm, por via de regra, o mesmo grau acadêmico.

No âmbito do recrutamento, é o artigo 24.º do Código do Trabalho⁴³ que se dedica a concretizar os preceitos constitucionais relativos à igualdade⁴⁴ e não discriminação, pois sua aplicação abrange, sem reservas, não apenas os trabalhadores propriamente ditos, mas também os candidatos. Assim, o âmbito de aplicação da norma abrange, ainda, os atos e negócios jurídicos praticados nos preliminares da formação do contrato de trabalho⁴⁵.

Ressalta-se que, não será considerado ato discriminatório o comportamento que apresente uma justificativa plausível e determinante para o exercício da atividade profissional em virtude da natureza da atividade ou contexto de sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional (artigo 25.º, n.º 2 do Código do Trabalho). São consideradas justificáveis, por exemplo, a idade (artigo 25.º, n.º 3 do Código do Trabalho), as formações necessárias e a destreza para o desempenho da tarefa⁴⁶.

Além da justificação relacionada com a natureza da atividade ou do contexto, também não existirá discriminação nas medidas de ações positivas temporariamente definidas em lei, em que se beneficia certo grupo de candidatos ao posto de trabalho (artigo 27.º do Código do Trabalho). Isso, porque as medidas de ação positiva

⁴³ O referido artigo garante a transposição parcial de algumas regras gerais contidas nas diretivas comunitárias n.º 75/177/CEE, de 10 de fevereiro de 1975; n.º 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, alterada pela diretiva n.º 2002/73/CEE, de 23 de setembro de 2002; n.º 2000/43/CE, de 29 de julho de 2000 e n.º 2000/78/CEE, de 27 de novembro de 2000.

⁴⁴ Essa igualdade garantida constitucionalmente não se refere apenas à igualdade formal, mas também material que é e conducente ao conceito de igualdade de oportunidades.

⁴⁵ Anota GUILHERME MACHADO DRAY em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, Editora Almedina, 13.ª edição, Coimbra, 2020, p. 174.

⁴⁶ Exemplos elencados por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p.

visam a promover a igualdade substancial, por meio de um tratamento desigual como forma de compensar desigualdades de oportunidade e de tratamento que persistem na vida social.

Ressalta-se que, mesmo nesses casos excepcionais, a restrição ao princípio da igualdade deve ser reduzida ao mínimo, ou seja, deve ser limitada ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos segundo critérios de proporcionalidade e adequação (artigo 18.º, n.º 2 da Constituição)⁴⁷.

Feitas essas considerações, observamos que, ao inserirmos as TICs no processo de recrutamento, em um primeiro momento, imaginamos que as mesmas serão extremamente benéficas, tornando o processo mais justo e menos subjetivo; reduzindo, assim, diversas formas de discriminação. No entanto, não podemos considerar que os algoritmos sejam completamente neutros, pelo contrário, eles podem refletir o preconceito de quem os programa, ou o próprio algoritmo, baseando-se em dados históricos armazenados, pode prosseguir com discriminações estruturais.

Esse cenário pode ser visualizado no caso da Amazon.com que ganhou grande repercussão internacional após a empresa, em 2015, reconhecer que o sistema desenvolvido para recrutar candidatos discriminava mulheres nas funções de desenvolvedor de software e outros cargos técnicos na empresa. Isso porque o sistema de IA, que revisava rapidamente os currículos e pontuava os candidatos, foi desenvolvido a partir da base de arquivos com perfis dos candidatos selecionados nos últimos 10 anos, os quais, em sua maioria, foram

⁴⁷ Conforme MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, p. 153.

homens; um reflexo do domínio masculino em toda a indústria da tecnologia. Com isso, a IA aprendeu que os homens eram preferíveis e começou a discriminar as mulheres, classificando aqueles como melhores e penalizando os currículos que contivessem a palavra “mulher”⁴⁸.

Observa-se, então, que, na verdade, a tecnologia em si mesma é neutra, mas as pessoas que a utilizam não são e, por isso, por intermédio da linguagem que é transmitida ao algoritmo, é possível, conscientemente ou não, discriminar grupos de pessoas que, em regra, já enfrentam problemas de desigualdade. Nesse contexto, TERESA MOREIRA defende que é possível melhorar, consideravelmente, a discriminação por algoritmos se a TIC for desenvolvida desde o início por meio de uma aproximação com os direitos humanos, inserindo a defesa da igualdade e da proibição da discriminação, de transparência e de sustentabilidade⁴⁹. Deve-se buscar uma tecnologia que desenvolva a igualdade desde a concepção e por defeito, semelhante ao previsto no artigo 25.º do RGPD.

Em outras palavras, as empresas de RH ou entidades empregadoras são incentivadas a aplicar medidas técnicas e organizativas nas fases iniciais de criação da tecnologia responsável pelo tratamento dos dados, de forma a garantir os princípios da

⁴⁸ Conforme BEATRIZ DE F. R. REIS / VIVIAN M. C. GRAMILHO, “A Inteligência Artificial no Recrutamento de Trabalhadores: o Caso Amazon Analisado Sob a Ótica dos Direitos Fundamentais”, in, *XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, vol. I, 2019, pp. 4-5.

Ao tomar conhecimento do erro, a companhia promoveu edições no programa, contudo, dada a incerteza em relação a possíveis falhas e discriminações futuras quanto à classificação dos candidatos, a empresa decidiu por abandonar o projeto.

⁴⁹ Anota TERESA COELHO MOREIRA, “Igualdade de Género no Trabalho 4.0”, in, *Estudos APODIT 5 - Igualdade nas Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2019, p. 65.

privacidade, da proteção dos dados, da igualdade e não discriminação desde o início. Além disso, as empresas também devem garantir que os dados pessoais sejam tratados com a mais elevada proteção da privacidade, para que, caso haja algum defeito na tecnologia desenvolvida, os dados não sejam disponibilizados de forma a gerar qualquer tipo de discriminação ou alcançar um número de pessoas que não seja desejável.

A título de exemplo, imaginemos uma empresa que desenvolve um software que busca junto ao *LinkedIn* e demais sites na internet possíveis candidatos para vagas disponíveis em uma empresa. Ao se desenvolver essa tecnologia, é de suma importância que sejam muito bem especificados os dados que serão requisitos para a vaga, a fim de que não sejam criados critérios discriminatórios, bem como não haja invasão na esfera privada dos futuros candidatos. Nesse caso, a minimização dos dados deve também ser tida em conta.

Para além do artigo 25.º do RGPD, o considerado 78 do Regulamento também corrobora⁵⁰ com o argumento garantindo que “a defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares

⁵⁰ Além dos elementos já trazidos, o Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial (GPAN IA) nas Orientações Éticas para uma IA de confiança, de 08 de abril de 2018, no mesmo sentido, assegura que os métodos para garantir que os valores, desde a conceção, oferecem ligações precisas e explícitas entre os princípios abstratos que o sistema é obrigado a cumprir e as decisões de aplicação específicas. A ideia de que o cumprimento das normas pode ser incorporado na conceção do sistema de IA é fundamental para esses métodos. As empresas são responsáveis por identificar o impacto dos seus sistemas de IA desde o início, bem como as normas que esses sistemas devem cumprir para evitar impactos negativos. Diferentes conceitos desde a conceção são já amplamente utilizados, como, por exemplo, os de privacidade e de segurança desde a conceção. Tal como referido acima, para conquistar a confiança, a IA necessita de ter processos, dados e resultados seguros, e deve ser concebida de modo a resistir, solidamente, a dados e ataques antagónicos. Deverá incluir um mecanismo de paragem à prova de falha e permitir que o funcionamento seja retomado após uma paragem forçada.

relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais exige a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas, a fim de assegurar o cumprimento dos requisitos do presente regulamento. Para poder comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento deverá adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito”.

Diante do que foi aqui analisado, é possível observarmos que o dever de não discriminação não pode ser deixado de lado, devendo ser posto em consideração em conjunto com os princípios da privacidade e proteção dos dados pessoais, para que não sejam tomadas decisões discriminatórias. Aqui, em específico, referimo-nos ao dever de não discriminação, mas cabe ressaltar que pode ser tratado qualquer princípio constitucionalmente garantido, haja vista que a tecnologia deve ser desenvolvida como facilitadora e otimizadora do processo, porém não como violadora de direitos.

No entanto, apesar de toda a garantia vislumbrada e a ética exigida das empresas, provavelmente, estaremos diante de uma orientação utópica, tendo em vista que a tecnologia é desenvolvida pela parte mais forte da relação jurídico laboral que possui o poder econômico. As empresas de desenvolvimento tecnológico contratadas pelas entidades empregadoras, na prática, não possuem qualquer preocupação com os direitos fundamentais do candidato a emprego, mas apenas refletem o poder da entidade empregadora em várias de suas manifestações. Isso pode ser observado na falta de

transparência, violação de dados pessoais e condutas discriminatórias, por exemplo.

Uma situação que explana bem essa consideração feita é a reclamação do *Electronic Privacy Information Center* apresentada à Comissão Federal de Comércio, nos EUA, contra a HireVue, companhia de desenvolvimento de tecnologias cujo objetivo é otimizar os processos de contratação de pessoal. Dentre as tecnologias desenvolvidas pela empresa, foi destacada a de reconhecimento facial usada em entrevistas preditivas por vídeo que tem o objetivo de ranquear as entrevistas. Essa tecnologia analisa cerca de 25 mil dados, a partir da escolha de palavras, voz e expressões faciais dos candidatos.

Na referida reclamação, argumenta-se que o uso dessa tecnologia constitui uma prática desleal e enganosa, uma vez que a empresa faz uso de algoritmos secretos, recusando-se, portanto, a divulgar os critérios de seleção de seu algoritmo e a dar *feedbacks* dos motivos da eliminação aos candidatos não selecionados. A reclamação fundamenta-se, ainda, no fato de que os algoritmos de contratação são mais propensos a serem tendenciosos por padrão^{51/}
52.

⁵¹ Anota BRUNA DINIZ FRANQUEIRA, *Como a Inteligência Artificial Reforça a Discriminação de Gênero no Ambiente de Trabalho*, Rio de Janeiro, 2019, pp. 42 e ss.

⁵² Diante desse contexto de uso da tecnologia de maneira irrestrita, nos EUA, é possível visualizar, por um lado, estados estabelecendo legislações mais protetivas como é o caso de Illinois que aprovou o “*Artificial Intelligence Video Interview Act*” que determinava que os empregadores que gravassem entrevistas de vídeo e utilizassem a IA para análise das mesmas, deveriam: notificar os candidatos do uso da IA para análise dos vídeos, fornecer informações sobre como a IA funciona e avaliar as características gerais, bem como requerer o consentimento do candidato. Se o candidato a emprego se recusar, o empregador não poderá avançar com ele. A lei também diz que uma vez que um candidato

Diante disso, entendemos que todas as medidas protetivas apresentadas no RGPD são extremamente importantes para a proteção dos direitos fundamentais dos candidatos ao posto de trabalho. Contudo, isoladamente, essas podem não apresentar uma eficácia tão elevada, quanto esperada. Por conseguinte, defendemos que, em complemento à proteção conferida pelo legislado, deva ser garantida uma proteção a ser exercida pela representação coletiva dos trabalhadores, com especial relevo pelas associações sindicais⁵³.

Atualmente, apesar da importância, não é comum verificarmos a presença de representações coletivas no processo de recrutamento. Essa afirmação pode ser confirmada pelo estudo realizado pelo Centro de Relações Laborais⁵⁴ que, ao questionar sobre a

tenha solicitado a exclusão do vídeo, os empregadores têm 30 dias para cumprir. Por outro lado, o estado da Califórnia incentiva o uso da IA com intuito de eliminar o viés discriminatório através da Resolução denominada “*Bias and discrimination in hiring reduction through new technology*”.

Em âmbito federal, o Estado editou a Lei de Responsabilidade Algorítmica de 2019. A lei regularia o uso da IA e plataformas similares e exigiria que os usuários as auditassem por seus impactos sobre a precisão, justiça, parcialidade, discriminação, privacidade e segurança e para corrigir quaisquer questões.

⁵³ ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, in, Revista de derecho social, n.º 84, 2018, p. 84, defende a ideia do desenvolvimento de uma governança coletiva dos direitos de proteção dos dados dos trabalhadores, a ser exercida pelos sindicatos. Essa governança coletiva, segundo o autor, deve ir além da proteção meramente judicial, abarcando, também, a possibilidade de definir regras por meio das negociações coletivas, bem como a oportunidade dos representantes sindicais de elaborar propostas para a melhoria da legislação vigente. Assim, os métodos para salvaguardar o direito à proteção de dados e, conseqüentemente, outros direitos fundamentais dos trabalhadores, podem ser estabelecidos com o auxílio dos sindicatos, que passam a ter o poder não só de exercer determinados direitos em nome dos trabalhadores, mas também de verificar a forma com que é realizado o uso das informações, se foram obtidas e processadas lícitamente, e assim, controlar os processos de seleção, avaliação e demissão, para que sejam mais justos.

⁵⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *A Economia Digital e a Negociação Coletiva*, Centro de Relações Laborais, 2019, p. 93. Disponível em:

participação dos trabalhadores nos processos de recrutamento, só obtiveram duas respostas positivas: uma informando da audição do sindicato, pelo Ministério da Educação, no regime de concursos de professores, e outra, dando nota do envolvimento dos trabalhadores no processo de seleção e contratação de novos trabalhadores (empresa do setor hoteleiro). Ademais, também foi colocada a questão do envolvimento dos representantes dos trabalhadores, no entanto, no mesmo sentido, considerou-se que essa intervenção é praticamente inexistente (num total de 45 respostas, só 3 foram positivas, duas do lado empregador e uma do lado trabalhador).

De fato, é de suma importância que esse cenário seja alterado e que as representações coletivas dos trabalhadores se ponham mais atentas ao acompanhamento dos processos de recrutamento, bem como nas especificidades dos algoritmos usados, para que não seja desenvolvido nenhum tipo de medida discriminatória, nem seja tomada nenhuma decisão automatizada, por exemplo. Ademais, reiteramos aqui a possibilidade já prevista pelo artigo 88.º do RGPD de, na ordem interna de cada Estado-Membro, as convenções coletivas estabelecerem normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores.

Dessa forma, acreditamos que, por meio da articulação da legislação nacional e da comunitária, é possível estabelecer, de forma bastante positiva, as formas de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. No entanto, na prática, conforme

https://www.crlaborais.pt/documents/101_82/341209/E_studo/d0ffbafd-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486.

analisado, exige-se a necessidade de um órgão próximo à atividade empresarial que seja capaz de verificar o cumprimento dos preceitos estipulados e também apresentar contratações coletivas, uma vez que a tecnologia pode se mostrar uma grande rival dos direitos dos candidatos a emprego quando não usada nos moldes delimitados, além de ser de difícil descoberta o seu desrespeito às normas.

Portanto, a combinação da legislação com a proteção em âmbito coletivo pode se mostrar eficiente em termos teóricos e práticos para compor a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Feitas essas considerações, uma vez identificada a conduta discriminatória, o candidato deve indicar, em sua alegação, com relação à qual o trabalhador se sentiu discriminado. Todavia, incidirá sob o empregador o ônus de provar que a diferença de tratamento não se funda em um fator discriminatório (artigo 25.º, n.º 5 do Código do Trabalho).

Ocorre que, o candidato a emprego, dificilmente, conseguirá identificar que foi eliminado do processo de recrutamento em função de um critério discriminatório. Em um primeiro momento, imagina-se que houve apenas um candidato mais bem qualificado. Verificar que uma exclusão teve, por único fundamento, um fator discriminatório e que não sucedeu qualquer outra situação intimamente relacionada, por exemplo, com a natureza da atividade a desempenhar, mostra-se extremamente delicado e representa a principal dificuldade das ações referentes à matéria de discriminação⁵⁵.

⁵⁵ GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho - sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

Em razão disso, o preceito acima analisado se preocupou em consagrar a inversão do ônus da prova previsto no artigo 342.º do Código Civil, pois o contrário poderia revelar-se insuficiente para alcançar o princípio geral da igualdade e não discriminação na relação jus-laboral. De acordo com essa norma, cabe ao empregador a prova de que a exclusão ou tratamento desvantajoso conferido ao candidato não é irrazoável, arbitrário nem discriminatório, tendo, para tanto, uma justificação plausível⁵⁶.

Acrescentamos, ainda, que a proteção exercida pelos sindicatos da categoria se mostra com grande relevo, também, na identificação da conduta discriminatória, cabendo aqui, portanto, aplicação total do que já foi aqui disposto sobre o assunto.

Quando a violação ao dever de não discriminação é confirmada, será constituída contra ordenação muito grave (artigo 25.º, n.º 8 do Código do Trabalho) e o empregador incorrerá em responsabilidade civil, conferindo ao lesado o direito a ser indenizado pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos (artigo 28.º do Código do Trabalho). Isso ocorre porque, uma vez violado o princípio da igualdade, configura-se atentado à dignidade humana o que é juridicamente intolerável.

Ressalta-se que, nesse caso de não contratação em razão de condutas que atentem contra o princípio da igualdade e não discriminação, o empregador não fica obrigado a contratar o

⁵⁶ Anota GUILHERME MACHADO DRAY em PEDRO ROMANO MARTINEZ et al., *Código do Trabalho Anotado*, Editora Almedina, 13.º edição, Coimbra, 2020, p. 180.

candidato para o cargo, pois a relação jurídico-laboral é marcada pelo caráter *intuitu personae* que inviabiliza esse tipo de solução⁵⁷.

5. Conclusão

Em uma sociedade marcada pelos avanços constantes da tecnologia, não há mais dúvidas quanto ao fato de que elas vieram para ficar. As TIC, hoje, apresentam inúmeras possibilidades e oportunidade de otimização de processos e de adaptação às necessidades de cada indivíduo. No processo de recrutamento, então, não foi diferente. É possível encontrarmos a manifestação das TIC nas entrevistas feitas on-line, na triagem de CV feita por *softwares*, na divulgação de uma vaga de emprego por meio de redes sociais profissionais e, até mesmo, na busca por perfis considerados apropriados para a vaga por meio de IA.

Contudo, ao mesmo tempo em que devemos buscar aprimorá-las e usufruir dos benefícios que nos proporcionam, é preciso que o Direito do Trabalho não fique à margem desses avanços e proteja os direitos fundamentais dos trabalhadores. Haja vista que, tendencialmente, essas TIC podem vir a violar dados pessoais, gerar discriminação, além de inúmeras outras possibilidades negativas.

Diante desse contexto, tornou-se necessário encontrar um equilíbrio entre a garantia dos direitos do candidato ao emprego,

⁵⁷ Acrescenta PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 385, que nesse caso, não se trata de uma reintegração do trabalhador relativamente a um contrato individual de trabalho pré-constituído, porque a exclusão do trabalhador ocorre antes de concluída qualquer relação jurídico-laboral. Nessas hipóteses, nunca chega a existir um contrato individual de trabalho, pelo que se rejeita a possibilidade da entidade patronal se ver compelida a admitir ao seu serviço o trabalhador ilicitamente excluído.

especificamente no processo de recrutamento, e o gozo dos benefícios oferecidos por essas tecnologias. Assim, conforme analisado, no âmbito do dever de informação, o Código do Trabalho, nos artigos 16.º e 17.º, dedica-se a estabelecer uma limitação do mesmo, inviabilizando questionamentos que invadam a vida privada do candidato a emprego.

Na sequência, observamos a proteção prevista nos princípios e demais regras do RGPD, destacando a irrelevância do consentimento em decorrência da natureza da relação jurídica existente entre candidato a emprego e entidade empregadora; devendo, assim, o tratamento dos dados ocorrer com fundamento no princípio da finalidade, observando sempre o princípio da proporcionalidade.

Para além disso, destacamos também a proibição da definição de perfis e tomada de decisões automatizadas (considerado 71 e artigo 22.º ambos do RGPD), ou seja, sem a presença humana. Isso se mostra de importância vital, pois é desse contexto que, em regra, decorre a falta de transparência e o desenvolvimento de inúmeras possibilidades de práticas discriminatórias, apesar de ambas serem protegidas legalmente.

Somado a tudo isso, o RGPD prevê que os empregadores desenvolvam a sua tecnologia desde a conceção e por defeito (considerado 78 e artigo 25.º ambos do RGPD), exigindo, portanto, uma postura ética que evite a violação de direitos.

Assim, observamos que, mesmo diante desses desafios impostos pelas TIC, um elevado nível de proteção é garantido pela combinação das normas nacionais com as normas comunitárias. Porém, torna-se necessário, a termos práticos, que seja realizada uma proteção, em

caráter mais específico, pelas representações coletivas, em especial as associações sindicais, que já possuem amparo legislativo para tal.

6. Referências Bibliográficas

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, in, *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018.

BEATRIZ DE F. R. REIS / VIVIAN M. C. GRAMILHO, “A Inteligência Artificial no Recrutamento de Trabalhadores: o Caso Amazon Analisado Sob a Ótica dos Direitos Fundamentais”, in, *XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, volume I, 2019.

BRUNA DINIZ FRANQUEIRA, *Como a Inteligência Artificial Reforça a Discriminação de Gênero no Ambiente de Trabalho*, Rio de Janeiro, 2019.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Deliberação n.º 2019/494*, de 03 de setembro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA, *Recomendação CM/Rec (2015) 5 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre o tratamento de dados pessoais no contexto laboral*.

EUROSTAT - *Social media - statistics on the use by enterprises*. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Social_media_statistics_on_the_use_by_enterprises#Social_media.2C_a_business_paradigm_shift.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - *Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679*, de 28 de novembro de 2017, última redação revista e adotada em 10 de abril de 2018, 17/PT, WP259 rev.01.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - *Orientação sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, de 03 de outubro de 2017, última redação revista e adotada em 06 de fevereiro de 2018, 17/PT, WP251 rev.01.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS - *Parecer 2/2017 sobre o tratamento de dados no local de trabalho*, de 08 de julho de 2017, 17/PT, WP249.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Parecer 15/2011 sobre a definição de consentimento*, de 13 de julho de 2011, 17/PT, WP187.

GRUPO INDEPENDENTE DE PERITOS DE ALTO NÍVEL SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (GPAN IA), *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*, de 08 de abril de 2018, KK-02-19-841-PT-N.

GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho - sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

JOANA MAGINA, “Fundamentos de licitude de tratamento de dados pessoais em contexto laboral”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020.

JOANA VASCONCELOS, “RGPD e Contratação Coletiva”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *A Economia Digital e a Negociação Coletiva*, Centro de Relações Laborais, 2019. Disponível em: <https://www.crlaborais.pt/documents/10182/341209/Estudo/d0ffbafe-f9e4-42eb-aad7-7a3e21038486>.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, volume II, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019.

PAULA MEIRA LOURENÇO, “Dever de Informação no Contrato de Trabalho”, in, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 1 e 2, ano XLIV (XVII da 2ª série), Editora Almedina, Coimbra, 2003.

PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, *Código do Trabalho Anotado*, 13.º edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.º edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019.

TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas questões sobre RGPD e as relações de trabalho”, in, *Estudos APODIT 6 - O Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2020.

TERESA COELHO MOREIRA, “Igualdade de Género no Trabalho 4.0”, in, *Estudos APODIT 5 - Igualdade nas Relações de Trabalho*, Editora AAFD, Lisboa, 2019.

TERESA COELHO MOREIRA, “To Be or Not To Be Digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos”, in, *Para Jorge Leite - Escritos Jurídico-Laborais*, Editora Coimbra, Coimbra, 2015.



MOÇAMBIQUE





O PROCEDIMENTO DE DESPEDIMENTO COLETIVO POR MOTIVOS ESTRUTURAIS, TECNOLÓGICOS OU DE MERCADO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO*

*THE COLLECTIVE FIRING PROCEDURE FOR STRUCTURAL,
TECHNOLOGICAL OR MARKET REASONS, IN THE MOZAMBIKAN
LEGAL ORDER*

Stela Santos¹

Sumário: - 1. O despedimento coletivo com justa causa, por motivos económicos: questões gerais. - 2. Os pressupostos do procedimento. - 3. O procedimento de despedimento coletivo; - 3.1. A iniciativa do procedimento; - 3.2. O envolvimento dos trabalhadores afetados; - 3.3. A defesa dos afetados. - 4. Mecanismos de controlo do procedimento de despedimento coletivo; - 4.1. Controlo formal; - 4.2. Controlo substantivo e valorativo; - 4.3. Ónus da prova. - 5. O controlo jurisdicional; - 5.1. Questões gerais; - 5.2. Vícios no procedimento e a sua impugnação. - 6. Algumas questões inevitáveis sobre o procedimento de despedimento coletivo; - 6.1. O trabalhador pode questionar o facto de ter sido ele o abrangido pelo despedimento coletivo, e não outro colega? - 6.2. O

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Católica de Moçambique; Pós-graduada em Direito dos Transportes pela Universidade Zambeze em cooperação com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; e em Ciência Política, Relações Internacionais e Governança pela Universidade Católica de Moçambique, em cooperação com a Universidade Católica Portuguesa. É atualmente doutoranda em Direito, no Programa de Doutoramento da Universidade Zambeze, em cooperação com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Universidade de S. Paulo, e Universidade Eduardo Mondlane, Docente Universitária, e Advogada.

procedimento de despedimento que se inicia como coletivo, perde essa qualificação, se a empresa no âmbito deste procedimento chegar a acordo para a cessação dos respetivos contratos de trabalho com todos os trabalhadores menos com um? - 6.3. Será necessário a existência de critérios para a escolha de trabalhadores a abranger no procedimento de despedimento coletivo? - 6.4. O legislador devia condicionar a aplicação da medida do despedimento coletivo? - 7. Conclusões. - 8. Referências Bibliográficas. - 9. Jurisprudência citada.

Resumo:

A Constituição da República de Moçambique (**CRM**), reconhece no n.º 1 do seu artigo 84, o direito ao trabalho. Como um dos seus corolários, consagra-se, depois no n.º 3 do seu artigo 85, o direito à segurança no emprego, remetendo-se para a lei, a tipificação dos casos e procedimentos, ao abrigo dos quais os trabalhadores poderão ser alvo de despedimento. Significa que a tutela da segurança no emprego é um dos aspetos basilares na estruturação dos Estado de Direito moçambicano, que assenta na garantia de que os despedimentos são só admissíveis nos casos especialmente previstos por lei, e de acordo com o procedimento adequado. Debruço-me neste artigo, sobre a sua admissibilidade, e sobre o procedimento devido, no ordenamento jurídico moçambicano.

Abstract:

The Constitution of the Republic of Mozambique (**CRM**) recognizes, in your n.º 1 of its article 84, the right to work. As one of its corollaries, it is enshrined, later in n.º 3 of its article 85, the right to job security, referring to the law, the classification of cases and procedures, under which workers may be target of dismissal. It means that the protection of job security is one of the basic aspects in the structuring of the Mozambican rule of law, which is based on the guarantee that dismissals are only admissible in the cases specially provided for by law, and in accordance with the appropriate procedure. In this article, I focus on its admissibility, and on the due process, in the Mozambican legal system.

1. O despedimento coletivo com justa causa, por motivos económicos: questões gerais

O princípio constitucional da segurança no emprego integra o capítulo IV “Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais”, do Título III da Constituição da República de Moçambique (**CRM**), em cujos termos, o trabalhador só pode ser despedido nos termos da

lei. Trata-se, de acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho, sobre um normativo idêntico na Constituição portuguesa de 1976, de um “princípio vigoroso do ponto de vista do conteúdo, assegurando uma ampla tutela aos trabalhadores em matéria de estabilidade do vínculo laboral”².

Contudo, de acordo com Bernardo da Gama Lobo Xavier, o direito à segurança no emprego “entendido como proibição dos despedimentos, não é um direito absoluto”, move-se em “espaço rarefeito”, e “conflitua com outros valores de expressão constitucional”, á semelhança de todos os restantes direitos ou valores constitucionalmente reconhecidos, ou consagrados.

É importante, para o mesmo Autor, que “o valor da segurança no emprego” se compatibilize com o “valor do próprio emprego e com outro princípio constitucional de grande importância que de forma indireta garante, a manutenção do emprego ao trabalhador: o princípio da livre iniciativa dos agentes económicos”³.

A primeira e, provavelmente, a mais importante dimensão deste direito à segurança no emprego traduz-se na proibição dos despedimentos sem justa causa, sendo esse aspeto que o referido n.º 3 do artigo 85 da CRM destaca expressamente: “O trabalhador só pode ser despedido nos casos e nos termos estabelecidos na lei”. O significado desta garantia é evidente, encontrando-se desde logo banida do ordenamento jurídico, a cessação discricionária (*ad nutum*) do contrato de trabalho, por parte da entidade

² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais* (4ª Ed.), Almedina, Coimbra, 2012, p. 767.

³ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 274.

empregadora⁴. Ou seja, uma vez obtido um emprego, “o trabalhador tem direito a mantê-lo, salvo justa causa, não podendo a entidade entregadora pôr-lhe fim por sua livre vontade”⁵.

Tendo em consideração que esta proibição vincula diretamente as entidades públicas e privadas, conforme estabelece o artigo 56, n.º 1, da CRM, tratando-se de direitos fundamentais, o direito à segurança no emprego, tem também uma dimensão positiva, pois o legislador ordinário está constitucionalmente vinculado, não apenas a criar instrumentos legais que densifiquem esse princípio, no sentido de garantir de que esta proibição constitucional seja observada, como também a reduzir os espaços de “injustificada precariedade” das relações laborais⁶.

Dada a sua natureza de direito fundamental, o direito ao trabalho e à segurança no emprego, a primeira operação metódica que há que levar a cabo, é averiguar se esta remissão para a lei se traduz numa autorização constitucional de “restrição”, ou se, diferentemente, se trata de uma “remissão conformadora”⁷. É meu entendimento que estamos perante uma mera remissão conformadora, que se impõe ao legislador, e que significa apenas a

⁴ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo*, p. 276.

⁵ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, Anotação V ao art.º 53.º da CRP, p. 707.

⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Anotação X ao art.º 53.º da CRP, p. 711.

⁷ Entendendo-se aqui por normas legais restritivas “aquelas que limitam ou restringem posições que, prima facie, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais; diferentemente, as normas legais conformadoras, em sentido estrito, “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental”. Sobre a distinção, v. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 1247-1249.

necessidade da lei para “garantir” o exercício deste direito fundamental à segurança no emprego⁸.

Nesse sentido, a Lei n.º 23/2007 de 1 de Agosto- Lei do Trabalho (LT) - prevê expressamente como formas de cessação do contrato de trabalho: (a) a caducidade⁹; (b) o acordo revogatório¹⁰; (c) a denúncia por qualquer das partes; e (d) a rescisão por qualquer das partes contratantes com justa causa¹¹. Esta enumeração prevista no artigo 124 n.º 1 da LT é taxativa, o que significa que as partes não podem criar novas formas de cessação para além das previstas na lei. Se as partes pudessem convencionar outras formas de cessação da relação de trabalho, seria aqui, necessariamente, colocado em causa o referido direito à segurança no emprego.

Depois, ao nível da rescisão do contrato de trabalho com justa causa, a citada LT estabelece no n.º 4 do seu artigo 127, os pressupostos de facto, e de direito, que podem constituir justa causa de despedimento, remetendo depois, para o artigo 130 da mesma lei, a delimitação destes conceitos: (a) a manifesta inaptidão do trabalhador para o serviço ajustado, verificada após o período probatório; (b) a violação culposa e grave dos deveres laborais pelo trabalhador; (c) a detenção ou prisão que, devido à natureza das funções do trabalhador, seja suscetível de prejudicar o normal funcionamento dos serviços; e (d) a rescisão do contrato

⁸ Neste sentido, v. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1249.

⁹ v. art.º 125 da LT.

¹⁰ v. art.º 126 da LT.

¹¹ v. art.º 127 da LT.

por motivos económicos da empresa, que podem ser de natureza tecnológica, estrutural ou de mercado.

Se, em termos gerais, a justa causa tem essencialmente a ver com conduta das partes, quando falamos em despedimento coletivo, o que está em causa, são “despedimentos destinados a reduzir o número de trabalhadores, atingindo um conjunto deles, independentemente da sua identidade concreta”¹². Nos termos do artigo 132 da LT, sempre que a rescisão com aviso prévio por iniciativa do empregador abranger, de uma só vez, mais de dez trabalhadores, estaremos diante de um procedimento de despedimento coletivo.

Diferencia-se assim, por um lado, da figura da caducidade coletiva dos contratos de trabalho por motivo de encerramento da empresa; diferencia-se, por outro, da cessação do contrato de trabalho por extinção de posto de trabalho, porque diferente desta, implica que seja abrangida uma pluralidade de trabalhadores¹³.

A causa deste despedimento tem de consistir em “circunstâncias da empresa”, que justifiquem essa redução de trabalhadores. No essencial, o empregador, por motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado e para melhorar a competitividade, sanear a empresa ou reorganizá-la, pode cessar um, ou mais contratos de trabalho, desde que o faça com aviso prévio (artigo 130 n.º 1 da LT).

Essas situações devem ser suficientemente fundadas em causas adequadamente determináveis, por exemplo, pela necessidade de

¹² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Anotação VIII ao art.º 53.º da CRP, p. 710.

¹³ Cfr. PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª Edição, Principia, Cascais, 2012, p. 114.

automatizar um determinado sector, e submetidas a um apropriado procedimento de controlo, não bastando, por isso, a decisão da entidade empregadora.

Os interesses que o legislador pretendeu aqui salvaguardar, ao consagrar a norma em análise, foi a clara intenção de tutelar os interesses da empresa, porque não é concebível que uma empresa insista em manter trabalhadores, correndo o risco de falir, apenas para manter postos de trabalho.

2. Os pressupostos do procedimento

Quanto aos pressupostos de facto e de direito que podem constituir justa causa de despedimento, o pressuposto fundamental para o despedimento coletivo assenta na verificação de um excesso de postos de trabalho na empresa, face aos seus objetivos de eficácia e eficiência, ou mesmo de sustentabilidade.

Assim, a LT prevê na 1.^a parte do n.º 1 do seu artigo 130, que o empregador possa iniciar o procedimento de despedimento coletivo, com base na verificação - alternativa - de pressupostos “estruturais, tecnológicos ou de mercado” (artigo 130 n.º 1, 1.^a parte), delimitando depois, no n.º 2 do citado artigo 130 da LT, (a) os motivos estruturais aos que se reportam à necessidade de reorganização ou reestruturação da produção, da mudança de atividade ou da falta de recursos económicos e financeiros da empresa; (b) os motivos tecnológicos, aos que resultam da introdução de nova tecnologia, de novos processos ou métodos de trabalho ou da informatização de serviços; e (c) os de mercado, os

que resultam das dificuldades de colocação dos bens ou serviços no mercado ou com a redução da atividade da empresa.

Em bom rigor, em face dos motivos legítimos admitidos pela LT, estamos em presença de uma situação de alteração de circunstâncias, isto é, em que a situação da empresa se alterou, para uma situação diferente da existente no momento da contratação, seja em virtude da sua necessidade de reorganização ou reestruturação, seja ela motivada por uma mudança de atividade, ou pela falta de recursos económicos e financeiros; seja pela introdução de novas tecnologias ou métodos de trabalho; seja ainda em virtude de uma perda de mercado, que, em qualquer das circunstâncias, justifiquem o seu “*downsizing*”.

Não basta, porém, a verificação destes pressupostos, é ainda necessário, como requisito substancial, que esse *downsizing* da empresa “se mostre essencial à [sua] competitividade, [ao seu] saneamento económico, [ou à sua] reorganização administrativa ou produtiva” (artigo 130 n.º 1, *in fine*, da LT).

Podemos concluir, neste ponto, que o procedimento do despedimento coletivo poderá ser iniciado, não apenas em situações que a empresa se encontre em situação de crise, que justifique o seu saneamento económico, mas também em situações que imponham o seu aumento de competitividade, ou de reorganização administrativa ou produtiva, e que, em qualquer caso, essa medida de redução de pessoal se repute de virtualmente idónea/eficaz e necessária/essencial, ou condição *sine qua non*, para garantir a sua sustentabilidade.

Resolvida esta questão, poder-se-á colocar uma outra: será apenas em situações de crise efectiva que se justifica iniciar um procedimento de despedimento coletivo, ou poder-se-á admitir também esta medida, nos casos de previsibilidade/eminência de uma crise?

Acabámos de ver que o procedimento é admitido também nas situações que imponham o aumento de competitividade da empresa, ou da sua reorganização em termos administrativos ou de produção. Pelo que, por maioria de razão, parece ser de admitir também o desencadear de um procedimento de despedimento coletivo, nos casos de previsibilidade ou eminência de crise, que justifique por antecipação, promover a sua reorganização ou reestruturação. Em todo o caso, colocar-se-á sempre um problema de prova, uma vez que as crises, ou a sua probabilidade, devem ser demonstradas e provadas.

3. O procedimento de despedimento coletivo

Segundo Bernardo da Gama Lobo Xavier o despedimento coletivo assume-se como um minidebate tripartido sobre o emprego, e reflete uma ideia de concertação, em que estão presentes os interesses dos lesados, os globais da empresa (e dos trabalhadores remanescentes) e o interesse público¹⁴.

Quanto ao procedimento, este está previsto no artigo 133 da LT, o qual deve ser articulado com o artigo 130 da referida LT.

¹⁴ V. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo*, pp. 436 e ss.

A lei prevê, no artigo 127 n.º 6, que são aplicáveis às diversas formas de cessação do empregador que alegue justa causa, as formalidades previstas no artigo 131 que sejam aplicáveis. Não se deve ignorar o artigo 124 n.º 3, que refere a necessidade de documento escrito para a produção de efeitos da cessação.

Para tal, o empregador é obrigado a seguir as formalidades previstas nos artigos 131 e 133 da LT.

Os critérios para a indemnização dos trabalhadores abrangidos pelo procedimento encontram-se elencados no artigo 130 n.º 3, e correspondem a uma diminuição dos valores de indemnização em relação à anterior Lei¹⁵, que era bem mais vantajosa para o trabalhador.

No entanto, no que concerne ao cálculo da indemnização, é preciso ter em conta que caso o contrato tenha iniciado a sua vigência ao abrigo da lei anterior aplicar-se-á o regime transitório previsto no artigo 270 n.º 4 da LT.

Os efeitos da nulidade da rescisão do contrato [(artigo 124 n.º 1 alíneas a), c) e d)] estão previstos no artigo 135 n.ºs 2,3 e 4 da LT.

3.1. A iniciativa do procedimento

O início do procedimento de despedimento coletivo implica poder demonstrar, com base num juízo de prognose, é certo, a existência de um nexo de causalidade entre a cessação do contrato de trabalho e a competitividade, o saneamento económico, reorganização administrativa ou produtiva da empresa.

¹⁵ Cfr. art. 68 da Lei nº 8/98 de 20 de Junho.

Não nos podemos esquecer que os motivos avançados pela lei, têm de ser apreciados em função da empresa, no contexto atual ou futuro da sua atuação. Daí a referência legal à previsibilidade objectiva dos motivos, bastando para isso um juízo de prognose (nexo) puramente empresarial, assente na liberdade de gestão da empresa, que compete essencialmente aos gestores e administradores das empresas¹⁶.

Nos termos do artigo 130 n.º 2 da LT, podemos concluir que o legislador pretendeu auxiliar o intérprete dando uma noção de motivos de mercado, estruturais e tecnológicos; trata-se evidentemente de uma indicação meramente exemplificativa de aspetos integrantes dos referidos motivos que se reconduzem a fundamento económico, pois, mesmo os motivos tecnológicos hão de ter uma base económica¹⁷. Querendo isto dizer que o legislador, embora tendo sido, de certa forma, exaustivo, não teve a pretensão de esgotar todas as hipóteses, desde que reconduzíveis a este leque de motivos aqui apresentados.

Cabe à entidade empregadora o impulso do procedimento, assim como os critérios quanto aos concretos trabalhadores a atingir no despedimento coletivo, uma vez que, salvo melhor opinião, a lei não atribui quaisquer critérios para este efeito¹⁸.

A abertura do procedimento compete igualmente ao empregador, que deverá sempre fundamentar a necessidade de o

¹⁶ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 1068.

¹⁷ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 1068.

¹⁸ Sobre a sindicabilidade dos critérios do empregador, ou a falta dela, cfr. FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, “Observações acerca da Selecção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo”, in *Questões Laborais*, XV II (N.º 35- 36), 2010, pp. 83-101.

desencadear, e comunicar ao trabalhador, e às outras entidades responsáveis, esta necessidade, conforme resulta dos n.ºs 1 e 2 do artigo 133 da LT.

3.2. O envolvimento dos trabalhadores afetados

Os trabalhadores abrangidos, e os trabalhadores não afetados pelo procedimento de despedimento coletivo dever-se-ão envolver no processo de negociação e consulta com o empregador, embora a lei não o preveja, dispondo apenas que esses deverão ser informados, o que, salvo melhor opinião, não tem grande lógica, uma vez que eles são os maiores interessados no início do procedimento.

As Estruturas Representativas dos Trabalhadores (ERTs), são também envolvidas neste processo, sendo aqui chamadas a exercer um papel preponderante no processo de consulta, processo esse, que não deverá exceder 30 (trinta) dias, e que deverá versar sobre os fundamentos do despedimento coletivo, a possibilidade de o evitar, ou a de tentar minimizar os seus efeitos, bem como as medidas necessárias para atenuar as consequências desse despedimento para os trabalhadores afetados (v. artigo 133 n.º 3 da LT), tentando desta forma atingir um maior grau de consenso.

Além dos trabalhadores abrangidos, e das ERTs, deverão ser também envolvidos na instrução do procedimento de despedimento coletivo, os serviços do Ministério que tutela a área do Trabalho, que deverá exercer, por isso, um papel essencial neste processo, uma vez que o empregador, ao iniciar o procedimento de

despedimento coletivo, deverá comunicar essa intenção à Inspeção de Trabalho (artigo 133 n.º 1 da LT).

Feita essa comunicação, fica ainda o empregador obrigado a prestar quaisquer esclarecimentos que venham a ser solicitados pela Inspeção de Trabalho (artigo 131 n.º 3 da LT), embora, depois, a lei não preveja qualquer sanção pelo incumprimento desta medida por parte do empregador.

Durante o decorrer deste procedimento e embora a lei não o refira, entendo que o trabalhador pode solicitar informações adicionais à entidade empregadora¹⁹, já que mais não seja, para obter elementos suficientes para se poder pronunciar, válida e eficazmente sobre o processo, em sede de impugnação, ou providência cautelar de suspensão da decisão.

3.3. A defesa dos afetados

Como já referido, o trabalhador pode sempre solicitar informações adicionais à entidade empregadora, sobre o procedimento de despedimento coletivo, mas não pode, no entanto, questionar sobre a decisão do empregador em iniciar o procedimento de despedimento coletivo, ao pretender encerrar ou não a empresa ou um sector da empresa, já que este ato constitui um simples ato de gestão empresarial. Sem querer aqui colocar em causa o papel social que a empresa pode/deve representar para a coletividade, o que é um facto, é que, qualquer empresa visa, essencialmente, o lucro e, por conseguinte, a sua rentabilidade.

¹⁹ No âmbito dos artigos 69 (direito de impugnação) e 79 (direito de petição, queixa e reclamação) da CRM.

Questão diferente consiste em saber se poderá o trabalhador questionar, porquê ele, e não outro, a ser abrangido pela medida? Questão a que procurarei dar resposta, mais adiante.

Interessa agora indagar sobre os mecanismos de controlo deste tipo de procedimento.

4. Mecanismos de controlo do procedimento de despedimento coletivo

4.1. Controlo formal

A lei obriga a que o empregador, neste procedimento, cumpra com certas formalidades e obedeça certos prazos, mas não especifica o que acontecerá se o empregador não as cumprir²⁰. O que acontecerá se o empregador não prestar todas as informações necessárias à Inspeção de Trabalho? Ou se não cumprir com o prazo estabelecido na lei? O procedimento torna-se inválido, ou não produz efeito? Poder-se-á colocar, ainda, a questão de saber, se a falta de comunicação ao Ministério que tutela a área do trabalho torna o procedimento inválido? Não me parece, já que a lei apenas se refere a uma comunicação, ou seja, não me parece que se espere qualquer ato por parte da entidade tutelar. Se isto for assim, como estou convicta que é, será que faz alguma diferença que esta comunicação seja feita antes ou depois do início do procedimento de despedimento coletivo? Preferia deixar esta questão em aberto.

²⁰ Cfr. nº 1 do art.º 133 e os nº 2 e 3 do art.º 131 todos da LT.

4.2. Controlo substantivo e valorativo

A lei não atribui quaisquer critérios sobre quais os trabalhadores que poderão ou deverão ser abrangidos pelo despedimento coletivo. Mas poderão existir alguns Regulamentos Internos, e Instrumentos de Regulamentação Coletiva de Trabalho (IRCTs) que disponham sobre essa matéria. Se assim for, e se esses critérios dispostos nesses instrumentos forem mais favoráveis ao trabalhador, deverão ser esses os critérios a ser aplicados, tendo aqui em conta o princípio do *favor laboratoris*, atenuando-se desta forma, a discricionariedade que a lei aparentemente permite.

4.3. Ónus da prova

Em regra, o ónus da prova pertence a quem invoca um direito²¹, questão que não deixa lugar a grandes hesitações por parte da jurisprudência²². Contudo, nesse aspeto, a LT foi muito clara: “o ónus de prova da existência dos motivos estruturais, tecnológicos e de mercado cabe ao empregador” (artigo 134 da LT). Portanto, o ónus da prova da falta de recursos económicos, ou de mercado, ou a necessidade de reestruturação/conversão da empresa caberá sempre ao empregador.

²¹ Cfr. o art.º 342 do Código Civil.

²² “Havendo um processo a correr os seus termos regulares, em que uma das partes invoca a existência de um facto, incumbe-lhe sempre provar os factos constitutivos do direito alegado sob pena de o tribunal não conhecer o pedido formulado - vide o n 1 do artigo 342 do Código Civil”. Neste sentido, sobre o ónus da prova, v. Acórdãos do Tribunal Supremo de Moçambique de 25 de Abril de 2001 relativo aos Processos n.ºs 137/2000 de 25 de Abril de 2001, e 218/89 de 16 de Dezembro de 1992 disponíveis em <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudencia/acordaos-do-tribunal-supremo>.

Mas pode acontecer a existência de uma situação "fictícia" de inversão do ónus da prova, isto é, situações em que o trabalhador terá de apresentar fundamentos que demonstrem a falta, ou a não existência de fundamentos que justifiquem o início do procedimento de despedimento coletivo. No entanto, não se deve confundir esta obrigação, ou o dever que o trabalhador tem de apresentar fundamentos como uma situação de inversão do ónus da prova²³; no entanto, o ónus da prova continua a pertencer ao empregador, e se este não fizer esta demonstração não obterá o direito de concluir o procedimento de despedimento coletivo.

5. O controlo jurisdicional

5.1. Questões gerais

Disse já, que o despedimento coletivo, além de se fundamentar em motivos de mercado, estruturais e tecnológicos, é também uma decisão de gestão empresarial. E uma gestão de empresa implica uma gestão sã e eficiente. É, portanto, ao empresário, que caberá decidir se, por exemplo, quer automatizar as linhas de produção, reduzindo, conseqüentemente, o pessoal, ou se quer encerrar uma secção (ainda que economicamente viável - quando pretenda restringir às suas atividades)²⁴.

Não caberá, por isso, ao tribunal, apreciar o mérito destas decisões "de gestão", porque, no limite, o empresário é livre de empreender até um caminho ruinoso; o tribunal só tem de verificar

²³ Cfr. art.º 344 do Código Civil.

²⁴ v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 1069.

se o empresário está, ou não, a agir em abuso desse direito, ou se o motivo alegado para iniciar o procedimento de despedimento coletivo não terá sido ficticiamente criado²⁵.

Sobre este aspeto, afirma Pedro Furtado Martins, que o controlo judicial dos critérios de seleção será aceitável, para aferir da procedência da motivação (por exemplo, encerrando-se uma secção e selecionando-se trabalhadores não afetos a tal estrutura, situação em que o despedimento seria, em princípio, ilícito, por improcedência da motivação económica)²⁶, mas já não para controlar o critério fixado em si - por exemplo, para aferir se deveria ter sido utilizado o critério da antiguidade em vez da produtividade²⁷.

Acresce ainda que, a intromissão do Tribunal na apreciação do mérito das decisões empresariais que justificaram, ou não, a decisão de gestão empresarial que culminaram com o despedimento, poderá ser tida por inconstitucional, por violar direitos constitucionalmente reconhecidos, como seja o direito fundamental de propriedade privada, na sua vertente de liberdade empresarial, a liberdade económica e de iniciativa²⁸.

Com a intervenção do Tribunal, na apreciação dos fundamentos que levaram ao início do procedimento de despedimento coletivo, os direitos fundamentais do empresário, acima referidos, estariam doravante a ser gravemente vulnerados²⁹.

²⁵ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, p. 1069.

²⁶ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, p. 45.

²⁷ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, pp. 449 e ss.

²⁸ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo*, p. 264, e os artigos 82 e 97 da CRM.

²⁹ Sobre o poder cognitivo dos tribunais sobre esta questão, cfr. o Acórdão do Tribunal Supremo de Moçambique, Processo nº 115/1997, disponível em:

No número 6 do artigo 130 da LT, o legislador prevê que compete às autoridades judiciais, ou aos órgãos de mediação e arbitragem, declarar o recurso abusivo ou a inexistência das razões determinativas da aplicação do regime de despedimentos coletivos, fundados em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado. Estranhamente, o legislador exclui aqui o órgão que tutela a área de trabalho. Mais estranho ainda se torna esta norma, a partir do momento que a obrigatoriedade de todos os conflitos laborais, antes de serem submetidos à arbitragem ou aos tribunais de trabalho, terem de ser obrigatoriamente submetidos à mediação, conforme consagra (ainda) o número 1 do artigo 184 da LT, apesar de ter sido já declarada inconstitucional³⁰, embora em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Contudo, apesar da “precariedade” deste juízo concreto de inconstitucionalidade produzir apenas efeitos *inter partes* (cfr. art.º 73 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, Lei orgânica do Conselho Constitucional), a comunidade jurídica tem vindo a assumir efeitos de força obrigatória geral, tendo em consideração que, quando notificadas, as empresas e os trabalhadores comparecem apenas se estiverem interessados numa solução extrajudicial do conflito.

Concluindo, e sempre salvo melhor opinião, não compete ao Tribunal (ou aos órgãos de mediação e arbitragem), apurar sobre a validade ou não do motivo que deu origem ao início do procedimento. Competirá a estes, apenas, averiguar sobre a

<http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudencia/acordao-do-tribunal-supremo> (acesso em 29.06.2013).

³⁰ V. Acórdãos do Conselho Constitucional de Moçambique, n.º 3/CC/2011, de 7 de Outubro, e n.º 3/CC/2017, de 25 de Julho, disponíveis em <http://www.cconstitucional.org.mz/eng/Jurisprudencia> (acesso em 10.11.2017).

existência ou não de abuso de direito do empregador, ao criar situações fictícias³¹, para o início desse procedimento.

5.2. Vícios no procedimento e a sua impugnação

O trabalhador tem seis meses, a partir da data de notificação, para impugnar a decisão do procedimento de despedimento coletivo em que foi abrangido e afetado (artigo 135 n.º 4 da LT). Findo este prazo o seu direito caduca³².

O prazo para a interposição de impugnação do despedimento coletivo começa a contar a partir do momento em que o trabalhador toma conhecimento da decisão, isto é, a partir do momento em que o trabalhador é notificado pela empresa da decisão de ter sido abrangido no procedimento de despedimento coletivo (artigo 135 n.º 4 da LT)³³.

No entanto, caso alguma regra formal do procedimento não tenha sido cumprida, o procedimento será nulo, sendo os efeitos dessa nulidade os previstos no artigo 135 n.º 2 da LT, o que tem como consequência, a reintegração do trabalhador no posto de trabalho, e o pagamento das remunerações vencidas entre a data da cessação do contrato e a da sua efectiva reintegração, até ao

³¹ Cfr. art.º 334 do Código Civil.

³² Neste sentido, sobre o prazo para interposição da acção de impugnação de despedimento, v. os Acórdãos do Tribunal Supremo de Moçambique, nos Processos, n.º 121/2000, n.º 129/2001 e n.º 89/2002, disponíveis em <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudncia/acordao-do-tribunal-supremo> (acesso em 29.06.2013).

³³ Neste sentido, v. Acórdão do citado Tribunal Supremo de Moçambique, no processo n.º 34/2001, disponível em <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudncia/acordao-do-tribunal-supremo> (acesso em 29.06.2013).

máximo de seis meses, deduzido o valor que o trabalhador, eventualmente, tenha recebido, a título de indemnização no momento do despedimento.

6. Algumas questões inevitáveis sobre o procedimento de despedimento coletivo

6.1. O trabalhador pode questionar o facto de ter sido ele o abrangido pelo despedimento coletivo, e não outro colega?

Salvo melhor opinião, e sem pôr em causa uma certa margem de discricionariedade do empregador³⁴, o trabalhador tem o direito de questionar, o porquê de ter sido ele o abrangido na medida do despedimento, e não um outro colega. Desde logo, pelos direitos que o assistem enquanto trabalhador. Depois, como cidadão, titular de direitos e liberdades fundamentais. Ainda que essa escolha possa estar implícita nesse concreto despedimento, por exemplo, se a secção onde este trabalhava for encerrada. Mesmo assim, porque nada obsta à sua mobilidade, o trabalhador continuará a ter o direito de pedir maiores esclarecimentos, já que mais não seja, porque só assim poderá efetuar uma defesa eficaz num eventual processo.

³⁴ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo*, p. 451.

6.2. O procedimento de despedimento que se inicia como coletivo, perde essa qualificação, se a empresa no âmbito deste procedimento chegar a acordo para a cessação dos respetivos contratos de trabalho com todos os trabalhadores menos com um?

Não me parece que perca, porque no início do procedimento havia uma pluralidade de trabalhadores que seriam abrangidos por uma medida de despedimento coletivo baseada nesses mesmos fundamentos; pelo facto de alguns trabalhadores chegarem a acordo com o empregador (por exemplo, por acordo revogatório, artigo 126 da LT), o despedimento que se iniciou como coletivo não perde essa qualificação. Porque houve um mesmo fundamento no início do procedimento que era comum a todos eles, ou seja, continua a ser uma cessação promovida pelo empregador no âmbito do procedimento de despedimento coletivo.

6.3. Será necessário a existência de critérios para a escolha de trabalhadores a abranger no procedimento de despedimento coletivo?

É minha opinião que sim; este facto serviria para evitar a discricionariedade nos trabalhadores a abranger no procedimento de despedimento coletivo, há uma necessidade de o legislador criar critérios, tais como a antiguidade do trabalhador na empresa ou no

posto de trabalho; esses critérios serviriam como limites à atuação do empregador³⁵.

6.4. O legislador devia condicionar a aplicação da medida do despedimento coletivo?

Salvo melhor opinião, não parecem restar dúvidas de que esta podia ser uma solução, para evitar, ou pelo menos diminuir, as situações de despedimento coletivo. Neste sentido, o legislador poderia, melhor, deveria condicionar a aplicação do despedimento coletivo, ao ensaio prévio de outras soluções igualmente idóneas, ou virtualmente idóneas, mas menos gravosas para os trabalhadores abrangidos, por exemplo, a redução da prestação de trabalho, a reconversão e/ou reclassificação profissional do trabalhador, reformas antecipadas ou pré-reformas, com vista a converter, de facto, este mecanismo, numa espécie de *ultima ratio* da atuação do empregador.

7. Conclusões

Depois de, internamente, o empregador ter ponderado, e tomado a decisão de iniciar um procedimento de despedimento coletivo (que é também uma decisão de gestão empresarial), e depois de ter tomado a decisão sobre quais os sectores, ou sobre quais os trabalhadores a serem abrangidos, deverá proceder às

³⁵ Sobre esta questão, cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo*, pp. 449-452.

comunicações previstas no artigo 133, conjugado com o artigo 131 da LT.

Feitas as comunicações devidas, segue-se a fase negocial, em que se prestam informações, negociando o empregador com a estrutura representativa dos trabalhadores, a obtenção de um acordo que vise minorar o âmbito do despedimento.

O Ministério que tutela a área do Trabalho intervém neste processo, visando-se com isso assegurar a regularidade da sua instrução substantiva e procedimental, assim, como promover a (possível) conciliação dos interesses do empregador e dos trabalhadores, com vista a obtenção de um maior grau de consenso.

Terminada a fase negocial, a decisão caberá sempre ao empregador. Optando pelo despedimento, deverá comunicar a sua decisão por escrito, a cada um dos trabalhadores abrangidos, indicando-lhes o motivo, e a data da cessação do contrato. Contudo, o procedimento de despedimento coletivo só produzirá o efeito extintivo do vínculo laboral, decorrido o prazo de aviso prévio, e pagas as devidas compensações.

No n.º 3 do artigo 130 encontram-se enunciados os direitos dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento coletivo. Salvo melhor opinião, os direitos aí enunciados apenas abrangem os trabalhadores efectivamente despedidos, mas já não aqueles que, no decurso do procedimento negocial, tenham celebrado um acordo de revogação com o empregador nos termos do artigo 126 da LT.

Nos termos do n.º 4 do artigo 130, a lei dispõe sobre a possibilidade de o contrato individual ou dos IRCTs, prever(em) uma base de cálculo de indemnização mais favorável ao trabalhador.

Nesse caso, de acordo com princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, deverá ser essa a base de cálculo a aplicar.

Depois, o procedimento do despedimento coletivo será sempre resultado de uma decisão interna de gestão, e não caberá ao trabalhador questionar tal decisão e muito menos ao tribunal, porque o empregador, para além de o ser, é também um empresário, que na prossecução dos seus interesses visa, essencialmente, e pela natureza das coisas, o lucro. Não pareceria ter qualquer logica, obrigar o empregador a arcar com trabalhadores desnecessários, tendo prejuízos, apenas para evitar o desencadeamento de um procedimento de despedimento coletivo.

Por fim, embora as normas da LT sejam tendencialmente mais favoráveis ao trabalhador, o certo é que nos casos de despedimento coletivo não o são: a lei não apresenta quaisquer critérios de seleção dos trabalhadores a serem abrangidos pelo procedimento em análise; não abre espaço para que o trabalhador questione porque foi ele abrangido pelo procedimento, e não outro (s); e se a empresa não cumprir com as formalidades das comunicações ao órgão que tutela a área do Trabalho, confrontamo-nos com uma norma incompleta, já que o seu incumprimento não acarreta qualquer tipo de sanção.

8. Referências Bibliográficas

8.1. Legislação

- Constituição da República de Moçambique (**CRM**);
- Lei orgânica do Conselho Constitucional, Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto (**LOCC**);
- Código Civil de 1966 (**CC**);
- Lei do Trabalho, Lei n.º 23/2007, de 1 de Agosto (**LT**).

8.2. Jurisprudência

8.2.1. Jurisprudência Constitucional

Acórdãos do Conselho Constitucional de Moçambique, n.º 3/CC/2011, de 7 de Outubro, e n.º 3/CC/2017, de 25 de Julho, disponíveis em <http://www.cconstitucional.org.mz/eng/Jurisprudencia> (acesso em 10.11.2017).

8.2.2. Jurisprudência do Tribunal Supremo de Moçambique

Acórdãos do Tribunal Supremo de Moçambique, proferidos nos Processos n.º 115/1997; n.º 121/2000; n.º 34/2001; n.º 129/2001; e n.º 89/2002, disponíveis em <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/jurisprudencia/acordao-do-tribunal-supremo> (acesso em 29.06.2013).

8.3. Doutrina

- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA Vital: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2002;
- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- MARTINS, Pedro Furtado, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a edição, Principia, Cascais, 2012;
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho. Parte II - Situações Laborais Individuais*, 4.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2012;
- SILVA, Filipe Fraústo da, *Observações acerca da Selecção Social no Procedimento de Despedimento Colectivo. Questões Laborais*, XV II (N.º 35- 36) 2010, pp. 83-101;
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *O Despedimento Coletivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000.





PORTUGAL





O SEGURO DO RENDIMENTO DO TRABALHO E O MODELO SOCIAL EUROPEU - OS DESAFIOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

THE INSURANCE OF INCOME FROM WORK AND THE EUROPEAN SOCIAL MODEL - THE CHALLENGES OF THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION

Apelles J. B. Conceição ¹

Sumário - 1. A nova questão social - 2. Direitos sociais no quadro dos direitos fundamentais - 3. O projecto social europeu - A Europa Social - 4. A carta social de 2000 - 5. O Pilar Europeu dos Direitos Sociais de 2017 - 6. Mutações da actividade profissional e trabalho digno - 7. O impacto da revolução tecnológica

Resumo:

O texto pretende dar nota da relevância da instituição e presença do Direito Social e da sua adaptabilidade a um mercado do trabalho em mutação acelerada num quadro de “comportamentos de optimização social” criador de uma enorme diversidade de arranjos contratuais que se pretende compatíveis com a dignidade do trabalho. Primeiro, perante a extensão do impacto das transformações da relação de trabalho e dos parâmetros da empregabilidade, referenciamos as tentativas de internacionalização destas questões: projectos de elaboração de um “código internacional do trabalho” e de um *modelo social europeu*, evidenciando, neste caso, os potenciais contributos das *cartas sociais europeias* para a eventual composição deste modelo. De seguida, tendo presente o quadro normativo convencional, elencamos algumas das mais “criativas relações de trabalho disfarçado”, geradoras de trabalho não declarado que distorcem a verdade económica e social, seguindo de perto algumas iniciativas de ajustamento do direito interno dos Estados, nomeadamente o caso português.

¹ Advogado.

Abstract:

The text aims to give note of the relevance of the institution and the presence of Social Law and its adaptability to an accelerated changing labour market in a framework of "social optimisation behaviors" that create a huge diversity of contractual arrangements that are intended to be compatible with the dignity of work. First, in view of the extent of the impact of the changes in the employment relationship and the parameters of employability, we refer to the attempts to internationalise these issues: drafts of the elaboration of an "international labour code" and a European social model, highlighting, in this case, the potential contributions of the European social letters to the possible composition of this model. Next, bearing in mind the conventional regulatory framework, we listed some of the most "creative relationships of disguised work", generating undeclared work that distort economic and social truth, following closely some initiatives to adjust states' domestic law, in particular the case Portuguese.

Justificação do tema

Na sequência do artigo sobre “Liberdade de Circulação de Trabalhadores e Segurança Social na União Europeia” ² e a propósito da recente Proclamação Interinstitucional sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais ou Declaração de Gotemburgo, de 17 de Novembro de 2017 ³, o Direito Social Internacional na sua vertente de aproximação de legislações nacionais e de convergência de políticas sociais vai continuar a ocupar este espaço de recensão e avaliação dos conteúdos doutrinários e das soluções propostas pelos textos publicados e da sua consagração normativa.

A razão de tal insistência deve-se à necessidade de, apontadas as soluções jurídicas dos modelos de coordenação (trabalho anterior) onde os níveis de convergência normativa são mantidos a níveis mínimos - só se harmoniza o necessário para fazer funcionar a

² V. Revista Internacional de Direito do Trabalho, n.º 1, Jan 2021.

³ JO C 428, de 13/12/2017.

coordenação⁴ - e, perante fenómenos de desterritorialização, globalização e uberização⁵ da economia resultante de arranjos contratuais, utilizar os instrumentos internacionais normativos⁶ no seu papel de efectiva harmonização internacional correctiva das legislações nacionais⁷ - compatibilização dos vários sistemas jurídicos

⁴ Na medida em que, como sabemos, em matéria de segurança social, os Estados-membros mantêm-se competentes para definir e organizar os seus sistemas de segurança social (acórdão Duphar, de 07/02/1984 - Proc. C-238/82), limitando-se a União a editar as regras que permitem determinar o Estado competente em caso de conflito (acórdão Sante Pasquini, de 19/06/2003, proc. C-34/02) - actual n.º 4 do art.º 153.º (ex-art.º 137.º) do TFUE.

⁵ Quanto às questões jurídico-laborais levantadas pela UBER, se a recentíssima jurisprudência dos tribunais do Reino Unido, dada a conhecer pela imprensa, no sentido da sua qualificação como trabalho por conta de outrem, se consolidar também no continente europeu, então a expressão uberização perderá toda a razão de ser.

⁶ Relembremos que os instrumentos normativos, os chamados *tratados de unificação*, visam promover o desenvolvimento das legislações nacionais de segurança social. Os Estados que os ratificam obrigam-se a instaurar um sistema de segurança social que assegure aos indivíduos uma protecção conforme a norma posta por estes instrumentos. Implicam uma reciprocidade de compromissos entre Estados e facilitam a coordenação dos sistemas nacionais.

Contrapõem-se funcionalmente aos *instrumentos de coordenação*.

Outros tendem apenas ao estabelecimento de estatutos internacionais - caso, no âmbito Organização das Nações Unidas (ONU), dos estatutos dos refugiados (Convenção de 28 de Julho de 1951 e Protocolo de Nova Iorque, de 31 de Janeiro de 1967) e dos apátridas (Convenção de Nova Iorque, de 28 de Setembro de 1954).

Trata-se de instrumentos concluídos no quadro de uma organização internacional não criadores de direitos subjectivos mas de normas a integrar nas legislações dos Estados que aderem a estes instrumentos ou que os ratificam (quando for o caso), visando promover o desenvolvimento e a compatibilização jurídica das várias legislações nacionais de segurança social.

Trata-se, em regra, de convenções internacionais (Direito Internacional Público) elaboradas e aprovadas no âmbito de organizações internacionais para promoção das legislações nacionais conforme normas postas por estes instrumentos, vinculando os Estados aderentes. Para os mais significativos ver listagem de instrumentos normativos no anexo ao artigo “Breve Nota sobre a Livre Circulação de Trabalhadores e Segurança Social na União Europeia”, Revista Internacional do Trabalho n.º 1.

⁷ A harmonização (jurídica) implica certas mudanças nas normas ou sistemas para criar entre elas as similitudes necessárias ao equilíbrio de relações que se pretende garantir. Quanto ao objecto, a harmonização visa a aproximação das disposições que permanecem nacionais.

nacionais - para que os trabalhadores não sejam privados da protecção social a que têm direito como objectivo estratégico da OIT⁸.

Nesta matéria continua a ser importante o chamado “diálogo dos juízes” agora quanto à aplicação do direito da União Europeia e de Direito Internacional Convencional pelas jurisdições nacionais, designadamente em razão dos princípios do efeito directo e do primado pois, perante as jurisdições europeias, depende do valor que elas reconhecem às convenções internacionais. O Tribunal dos Direitos do Homem faz regularmente referência às convenções da OIT; o Tribunal de Justiça da União Europeia refere-se aos princípios de direito internacional ou a outras normas europeias para

⁸ Aliás no sentido apontado no sexto considerando da Recomendação n.º 198 da OIT e enquadrado no princípio do trabalho digno (*decent work*).

Não podemos ignorar a relevância do designado *método aberto de coordenação* (MAC) que representa um quadro de mera cooperação entre os Estados-membros da UE a favor da convergência de políticas nacionais, com vista à realização de determinados objectivos comuns. No âmbito deste método intergovernamental, os Estados-membros da UE são avaliados pelos outros Estados da União (*peer pressure*), competindo à Comissão unicamente uma função de vigilância. Só que as regras que daí decorrem não sendo vinculativas (*soft law*) não afectam o quadro normativo aplicável: não exigem introdução ou alteração de disposições legislativas.

O MAC intervém em domínios da competência dos Estados-membros como emprego, protecção social, inclusão social, educação, juventude e formação.

O MAC baseia-se, essencialmente, nos seguintes elementos:

- i) identificação e definição comum de objectivos (adoptados pelo Conselho);
- ii) definição de instrumentos de aferição comuns (estatísticas, indicadores, linhas directrizes);
- iii) *benchmarking*, ou seja, a comparação dos desempenhos dos Estados-membros da UE e a troca de boas práticas (sob o controlo da Comissão).

fundamentar a sua análise e decisão⁹, mesmo que não faça uma utilização extensiva¹⁰.

Ou seja, o reconhecimento das diferentes normas internacionais e europeias pelo conjunto das jurisdições permite, assim, nomeadamente pela *técnica da interpretação conforme*¹¹, fazer convergir as normas sociais e a protecção que visam. Aliás, a maior parte destes direitos são reconhecidos a todos os níveis e protegidos por todas as jurisdições¹².

Relativamente à relevância das declarações políticas e os instrumentos internacionais que designamos de declarativos¹³,

⁹ Podemos citar os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça:

- Acórdão Blaizot, de 2 de Fevereiro de 1988 (C-24/86) - referência expressa ao artigo 10.º da Carta Social Europeia;

- Acórdão Defrenne, de 15 de Junho de 1978 (C-149/77) - referência à Convenção n.º 111 da OIT;

- Acórdão G. Schultz-Hoff et Singer, de 20 de Janeiro de 2009 (C-350/06 e C-520/06) - referência ao artigo 5.º da Convenção n.º 132 da OIT.

¹⁰ Nesta matéria ver ROBIN-OLIVIER, S., *Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe*, Droit Social, 2016.

Adiante voltaremos a esta matéria.

¹¹ Exemplo de aplicação desta técnica pelo Tribunal de Justiça da União: Acórdão HK Danmark, de 11/04/2013, Proc. C-335/11 e C-337/11 - aplicação às pessoas com deficiência das regras de não discriminação da Convenção das Nações Unidas relativa aos Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹² Quanto à relevância dos princípios de direito internacional podem ver-se: acórdão Defrenne, de 15/06/1978, proc. C-149/77 - referência à Convenção 111 da OIT; acórdão G Schultz-Hoff et Singer, de 20/01/2009, Proc. C 350/06 e C 520/06 - referência ao artigo 5.º da Convenção n.º 132 da OIT.

¹³ a) declarações políticas puramente proclamatórias sem valor jurídico mas geradores de impulsos no sentido da aceitação dos seus conteúdos doutrinários - e.g.: *Carta do Atlântico* (1941), *Declaração de Santiago do Chile* (1942), *Declaração de Filadélfia* (1944)...

b) instrumentos declarativos

O instrumento declarativo deve entender-se como uma declaração de princípio, constituída por uma enumeração mais ou menos generosa de ideais a atingir, reconhecendo direitos sem no entanto precisar o seu conteúdo. Tem como única ambição a melhoria das legislações nacionais e tende essencialmente a elevar os níveis de protecção social. Em regra, tem um valor mais moral que jurídico, caso da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (apenas no âmbito

aparentemente menores, devemos ter bem presente que sempre tiveram e continuam a constituir uma sólida base doutrinária. Na verdade, parafraseando Louis Barthou, relator geral da Comissão da Câmara Francesa de Deputados, na sessão de 5 de Agosto de 1919, a propósito da alegada timidez do Tratado de Versailles¹⁴ “a certas ideias basta serem exprimidas de certa maneira e em certos lugares para ganhar o mundo”¹⁵.

Quanto às circunstâncias que justificam este tema, ou seja, à actualidade das preocupações a nível europeu resultante da presença de tensões criadas por fraude à lei em matéria de mobilidade dos trabalhadores (abuso da liberdade de circulação) e das empresas¹⁶ e a confrontação das diferentes fontes do direito social, convida a repensar o quadro de intervenção deste direito para evitar eventuais efeitos perversos da concorrência desleal dos eufemisticamente designados “comportamentos de optimização

que nos ocupa) e da própria *Carta das Nações Unidas, Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores* (1989), *Pilar Europeu dos Direitos Sociais* (2017).

¹⁴ Quando alguns ambicionavam um verdadeiro Código Internacional do Trabalho, conforme veremos a propósito da Declaração de Berna.

¹⁵ Referido por PÈRRIN, Guy, *Origines du Droit International de la Sécurité Sociale*, *Révue Française des Affaires Sociales*, Paris, n.º 35, 1981.

¹⁶ Deve ter-se presente o chamado *Relatório do Grupo Supiot* (relatório encomendado ao Prof. Alain Supiot), aliás objecto de edição própria entre nós - SUPIOT, Alain, et alii, *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 - teve como objectivo efectuar uma análise transversal e construtiva sobre o futuro do emprego e do Direito do Trabalho num quadro comunitário, intercultural e interdisciplinar.

Por seu lado, como sabemos a OIT atenta à “*relações de trabalho disfarçadas*” aprovou, em 31 de Maio de 2006, a *Recomendação n.º 198* - relativa à relação de trabalho (pela sua relevância reproduzida no anexo II) - nomeadamente definindo critérios para a caracterização do “trabalho independente (ou por conta própria) economicamente dependente de uma única entidade”. Ou seja, a presença de determinados indicadores como a percentagem de rendimento que o trabalhador obtém junto de uma mesma entidade, critério acolhido pelo direito português para efeitos do ajustamento da protecção social dos trabalhadores independentes para efeitos de segurança social (veremos mais adiante).

social”¹⁷ e, assim, a necessidade de adequação do direito social às preocupações de eficiência das novas circunstâncias económicas¹⁸.

É neste contexto de algum vazio normativo mas numa perspectiva de responsabilidade social das empresas que surge a proposta de uma regulação autónoma no quadro transnacional fora da acção do Estado pelo recurso a mecanismos de auto-regulação (*soft law*), nomeadamente pela celebração de acordos-quadros internacionais e elaboração de códigos de conduta¹⁹.

Reportamos, afinal, o (indesejável ?) acantonamento do direito social nos sectores económicos mais tradicionais enquanto partes inteiras da nova economia ameaçam escapar-lhe seja por dúvida, desinteresse, tolerância ou assumida concessão (ou transferência) para um conceito alargado de responsabilidade (social) das empresas (RSE).

¹⁷ Normalmente não desacompanhados de práticas de *programação fiscal agressiva*.

Determinante de *dumping* social, entendido como “práticas intencionalmente abusivas e evasão da legislação europeia e nacional vigentes... que permitem o desenvolvimento de uma concorrência desleal, pela minimização ilegal dos custos do trabalho e de funcionamento e geram violações nos direitos e a exploração dos trabalhadores”, conforme caracterização da Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de Setembro de 2016 (JO C 204, de 13.06.2018, pp 11 e ss).

Veja-se o exemplo da utilização indevida da figura do destacamento, objecto de avaliação no n.º 1 desta Revista no trabalho “A Lei n.º 29/2017 e o combate à fraude no destacamento de trabalhadores na União Europeia”, de Francisco Liberal Fernandes, pp. 809 e ss.

¹⁸ Nesta matéria ver a intervenção de Jean-Marc Sauvé no Conselho de Estado francês em 14 de Outubro de 2016 em <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-droit-social-et-la-norme-internationale>

¹⁹ Ver:

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.

1. A nova questão social²⁰

a. Os percussores

Para além de algumas ideias então mais utópicas que realizáveis de internacionalização da protecção social do trabalho industrial²¹ (século XIX) (nomeadamente do suíço Daniel Legrand, 1783-1859²²), foi devida a Jacques Necker (1732-1804)²³ a constatação de que a questão social (ou questão operária) era uma questão de âmbito internacional, mas foi Edouard Ducpétiaux (1801-1868)²⁴ o primeiro

²⁰ A questão social inicialmente colocada como a da intervenção ou não do Estado perante o conjunto de problemas sociais (condições de trabalho, protecção social) resultantes das relações capital / trabalho ou empresa / trabalhador, surgidos com a implantação e o desenvolvimento do industrialismo no século XIX; hoje, assumida a intervenção do Estado, subsiste como a capacidade do Estado em garantir a coesão social entre pessoas (a *nova questão social*).

²¹ Que agora designariamos de mutualização dos encargos sociais.

²² Considera o abandono do operário idoso como uma das oito grandes pragas da indústria moderna e propõe o alargamento dos benefícios das caixas de poupança a todas as localidades e instituir caixas de reforma para os operários idosos de maneira a desenvolver a acção tutelar da lei internacional a adoptar pelos governos dos países industriais sobre todos os períodos da vida do operários e da sua família, contrariando a tendência perniciosa da indústria...

Segundo JACCARD, Pierre in *História Social do Trabalho das Origens até aos Nosso Dias*, Livros Horizonte, Lisboa, 1959, p. 311, a sede da OIT em Genebra dever-se-ia a uma homenagem aos esforços que o governo suíço fez para corresponder aos antigos votos de Daniel Legrand.

²³ Na sua obra “*De l’importance des opinions religieuses*” (1788) aborda a questão da harmonização internacional a propósito do descanso semanal mas abrangendo matéria de protecção social sublinhando que “...Une telle institution est devenue un acte précieux de bienfaisance; envers cette classe nombreuse des habitants de la terre, et a qui l’ont rend si peu: envers cette classe infortunée dont la jeunesse et l’âge mûr sont dévorés par les riches, et que l’on abandonne à elle-même, quand le moment est venu, où elle n’a plus de forces que pour prier e pour verser des larmes”.

²⁴ Partilhava da mesma ideologia de bem-estar social saída do despotismo esclarecido e transformado na sua concepção pela filosofia das Luzes e da Revolução Francesa, propondo como solução adequada a conclusão de acordos internacionais não entre empregadores mas entre Estados.

a justificar a necessidade da adopção de instrumentos internacionais (acordos entre Estados) aptos a garantir a “assistência e previdência social para os operários doentes e feridos e para a reforma dos trabalhadores inválidos”.

b. Conferência de Berlim

O início dos pequenos passos da “longa marcha” da ascensão dos direitos sociais ao nível dos direitos civis e políticos parece poder situar-se na Conferência de Berlim (15 a 20 de Março de 1890²⁵) organizada por iniciativa do imperador da Alemanha Guilherme II (1859-1941)²⁶.

Na verdade, integrada na preocupação mais vasta da necessária harmonização internacional do direito social (nomeadamente problemas da duração e das condições de trabalho) surge a questão bem mais complexa da extensão da harmonização internacional do direito social ao novo instituto seguro social.

Dado o avanço alemão em matéria de seguro social pois este instituto havia sido criado precisamente na Alemanha (1883 - 1889²⁷) pelo chanceler Otto von Bismarck, sob a influência do *socialismo*

Na sua obra “*De la condition physique et morale des jeunes ouvriers et des moyens de l’améliorer*”, Bruxelas, 1843, justifica: “...Il est impossible de fonder, comme quelques-uns le voudraient, l’oeuvre de l’amélioration de la classe ouvrière exclusivement sur l’assentiment et le concours désintéressé des chefs d’industrie; c’est à la société tout entière, c’est à l’État qui la représente a prendre l’initiative de cette oeuvre et a la mener à bonne fin”.

²⁵ Um ano antes da promulgação da 1ª encíclica social, a *Rerum Novarum* do papa Leão XIII, por alguns considerada “a magna carta dos operários”.

²⁶ Iniciativa, aliás, felicitada pelo papa Leão XIII (o papa dos trabalhadores).

²⁷ Lei de 13 de Junho de 1883 - seguro doença; Lei de 6 de Julho de 1884 - seguro de acidentes de trabalho; Lei de 22 de Junho de 1889 seguro invalidez e velhice.

*catedrático*²⁸ de Gustav von Schmoller (1838-1917), professor na Universidade de Halle, depois Estrasburgo e Berlim, Adolf Wagner (1835-1917), professor na Universidade de Berlim, e Victor Adler (1852-1918)²⁹, professor na Universidade de Friburg, ideólogos da Associação para a Política Social, nascida em 13 de Outubro de 1873, no congresso de Eisenach, produtora das análises teóricas de carácter económico e sociológico que conduziram à adopção das primeiras legislações de seguro social.

c. Tratado de Versailles³⁰

O desfecho dos 2 grandes conflitos militares europeus do século XX foi acompanhado de grande labor doutrinário na área do Direito Social Internacional que conduziu à realização de grandes avanços sociais.

²⁸ Designação atribuída às teses exprimidas em 1872 no Congresso de Eisenach tratando-se sobretudo de professores partidários da propriedade privada e impregnadas da filosofia de Hegel. Também designada de socialismo de Estado: o Estado devia proteger os trabalhadores contra a exploração de que são vítimas por parte da sociedade saída da revolução industrial assim como desempenhar um papel na organização e na racionalização da produção e da produção das riquezas. G. Schmoller redigiu o Manifesto e A. Wagner (tal como Dupont-White em França) persuadido de que a actividade pessoal do indivíduo deve manter-se como base da vida económica, propunha nos “Fundamentos da Economia Política” (1876) a passagem da economia nacional de organização individualista a organização comunitária, preconizando uma espécie de redistribuição graças a um sistema fiscal adequado que evitaria a acumulação ilimitada de riquezas privadas num pequeno número de mãos (intervencionismo de Estado com abandono do individualismo liberal).

²⁹ Em 1888 retomou a tese desenvolvida por Gustav Schönberg, desde 1871, de que havia chegado o momento de passar do comércio às questões sociais nos tratados internacionais.

³⁰ Assinado em 28 de Junho de 1919, cujos artigos 387.º a 428.º instituíram a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na verdade, o Tratado de paz de Versailles em 1919 representou um marco - a instituição da Organização Internacional do Trabalho.

Embora a final o texto do tratado aprovado corresponda à versão inglesa, não deixa de ser relevante a tentativa de guarnecer o tratado de paz com os instrumentos jurídicos internacionais indispensáveis ao desenvolvimento do Direito Social Internacional, nomeadamente a Carta de Berna tão laboriosamente preparada.

A *Carta de Berna*, com o objectivo da sua incorporação no Direito Internacional pela Sociedade das Nações, no momento da conclusão da paz, para aplicação pelos diversos países, representaria o lançamento das bases de uma *regulamentação internacional do trabalho* por inserção de cláusulas mínimas de protecção operária no tratado de paz, a fim de prevenir os efeitos nefastos da concorrência internacional sobre os trabalhadores. O que não veio a acontecer.

Constituindo uma declaração de princípios aprovados em Fevereiro de 1919 pela Conferência Sindical Internacional, no âmbito das conclusões das reuniões de Leeds e de Berna, dela sobressai a famosa afirmação segundo a qual o *trabalho, que é a função mais nobre nas sociedades modernas, não deve ser uma mercadoria*³¹ além de comportar as propostas das garantias relativas à igualdade de tratamento de trabalhadores estrangeiros e nacionais com

³¹ Que, como sabemos, viria a ser integrada pela *Declaração de Filadélfia*, de 10 de Maio de 1944, como o primeiro dos princípios fundamentais em que se baseia a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Sobre este tema ver SUPLOT, Alain, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, *Révue Internationale du Travail*, n.1, Março, 2021.

A Declaração de Filadélfia actualmente constitui o anexo à Constituição da OIT.

Declaração, aliás, cujos princípios foram reforçados pela alínea a) do n.º 1 da *Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, de 18 de Junho de 1998 (anexo revisto em 15.06.2010).

manutenção de direitos a reparação em caso de acidente de trabalho, doença, protecção à infância e à maternidade, assim como a elaboração de um código internacional da gente do mar³².

d) Os instrumentos fundadores³³ e a sua ambiguidade - Pós-guerra 1939-1945

O social torna-se objectivo de guerra (Carta do Atlântico, de 14 de Agosto de 1941) e objectivo da manutenção da paz (Tratado de Paris que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, 1952) abrindo caminho à elaboração dos primeiros instrumentos internacionais em matéria de direitos sociais.

Assim, enquanto ainda na década de 40 se faz a proclamação dos *direitos civis e políticos* - direitos, liberdades e garantias³⁴:

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de Dezembro de 1948 (no âmbito da ONU);

- Estatuto do Conselho da Europa, Londres, 5 de Maio de 1949;

- Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Roma, 4 de Novembro de 1950 (no âmbito do Conselho da Europa);

³² Parcialmente transcrita em PÈRRIN, Guy, op. cit. p. 195. Digna de figurar nos actuais textos sociais internacionais.

³³ Conforme a perspectiva em que estejamos situados, textos fundadores podem ser: os cronologicamente primeiros, os que firmaram posições doutrinárias importantes, os que primeiro consagraram normativamente direitos subjectivos a prestações sociais.

³⁴ A referência à competência social quando existente é geral, isto é, a sua aceitação não implica exigência de alterações normativas específicas.

Só na década de 60 a proposta da realização dos direitos sociais, no âmbito dos *direitos económicos, sociais e culturais*, são objecto dos instrumentos internacionais adequados³⁵:

- Carta Social Europeia, Turim, 18 de Outubro de 1961 (no âmbito do Conselho da Europa)³⁶;

- Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966 (no âmbito da ONU);

Para alguns, para além das implicações e exigências financeiras das políticas sociais, a presença de uma “ambiguidade constitutiva”³⁷ - entre a protecção universal ou apenas a dos trabalhadores - representa uma séria perturbação na legitimação das suas próprias posições perante esta dualidade³⁸. Porém, não podemos deixar de compreender a necessária dose de silêncio quanto a esta questão na elaboração destes documentos em matéria de opção de modelos de protecção, que se sucedem no tempo dada a diversidade de grau de

³⁵ Embora desprovidos de aplicação directa - dependem da aprovação de normas posteriores.

Obviamente que não estamos a ignorar o papel das Recomendações da OIT n.ºs 67 (garantia dos meios de existência) e 69 (cuidados médicos) de 1944, e muito menos a adopção da Convenção n.º 102 da OIT, de 28 de Junho de 1952, relativa à norma mínima de segurança social (objecto de desenvolvimento por eventualidades por convenções posteriores), ou a assinatura do Código Europeu de Segurança Social, de 16 de Abril de 1964 (revisto em 06/11/1990), que lhe correspondeu ao nível do Conselho da Europa, que constituem já verdadeiras leis-quadro de base de aplicação e desenvolvimento dos sistemas de segurança social ao nível de cada Estado em razão dos princípios aceites até então ao nível internacional.

³⁶ Revista em 03/05/1996 com exigências crescentes.

³⁷ Expressão com que a doutrina francesa gosta de caracterizar a dualidade modelo laborista ou profissionalista / modelo universalista - veja-se: BEC, Colette, *La Sécurité Sociale pour une Société Solidaire*, Vie Sociale, n.º 10 (2015).

³⁸ Veja-se a vã tentativa de extrair destes instrumentos uma indicação específica do modelo de segurança social a seguir, em LEAL, António da Silva - “O Direito à Segurança Social”, AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, volume I, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979, pp.353 a 359.

acolhimento de cada um dos modelos por parte de cada um dos Estados.

2. Os direitos sociais no quadro dos direitos fundamentais³⁹

a. Quanto abordamos a questão dos direitos fundamentais em matéria social, designadamente os direitos sociais (ou mais vastamente os direitos económicos, sociais e culturais⁴⁰), a inscrever num qualquer objectivo de política social constata-se, que no século XX, foram objecto de uma progressão diferenciada no tempo relativamente aos direitos civis e políticos. Vejamos porquê⁴¹:

i) Os direitos civis e políticos (ou direitos, liberdades e garantias, expressão que os nossos constitucionalistas preferem) são proclamados como regras jurídicas (liberdade, igualdade,

³⁹ Na área social a distinção entre direitos e princípios tem de ser objecto de uma atenção especial pois nem sempre aparece com a nitidez desejável.

⁴⁰ Direitos de segunda geração ou “direitos de bem-estar”, na expressão de ONORA, O’Neill, em *Faces of Hunger, An Essay on Poverty, Justice and Development*, Londres, Allen & Unwin, 1986, no sentido da eliminação das privações sociais.

Conforme o nível de satisfação das necessidades sociais, as obrigações decorrentes destes direitos são graduáveis em perfeitas e imperfeitas por SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 502.

⁴¹ Seguindo de perto LAROQUE, Pierre, *La Charte Sociale Européenne*, Droit Social, n.º 3, Março de 1979.

Em matéria de direitos fundamentais, ver, nomeadamente:

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2009, 4ª edição;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 1991, pp 505 e ss.;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pp. 92 e ss;

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 340 e ss.

propriedade) e como direitos naturais basta constatá-los, sendo financeiramente inócuos ⁴²;

Os direitos sociais são essencialmente concretos são menos princípios de direito que regras de acção e não são a qualquer título direitos naturais; pelo contrário repousam sobre a constatação de que a ordem natural das coisas é injusta. Impõem a necessidade para o homem de agir sobre a natureza para a modificar. A sua consagração está ligada à recusa de admitir a sujeição do homem às leis naturais, pelo menos na ordem económica e social e à confiança nas possibilidades do progresso técnico, da acção humana sobre a ordem das coisas, acompanhada do correspondente “caderno de encargos” ⁴³.

ii) os direitos civis e políticos são direitos individuais. Inicialmente excluem mesmo toda a legitimidade de agrupamentos, de acções colectivas. O homem para ser livre deve permanecer só face ao homem. Se mais tarde e cada dia mais se inclui a liberdade de associação ela aparece também como o direito individual do homem de formar ou não formar grupos, de entrar ou não entrar em tais grupos e deles se retirar a todo o tempo para escapar às obrigações que daí podem resultar;

Os direitos sociais são em grande parte direitos colectivos:

- direitos da família, as realidades sociais deram consciência de que o nível de vida, a segurança, as oportunidades do grupo familiar não são dissociáveis do nível de vida, da segurança, das

⁴² Para a sua institucionalização basta “que os governos, bem como o resto das pessoas, nos deixem em paz...” na expressão de CRANSTON, Maurice, *Are There Any Human Rights?*, Daedalus, 1983, citado por SEN, Amartya, *op. cit.*, p. 504.

⁴³ Envolvendo não a sua mera institucionalização mas questões de viabilidade financeira.

oportunidades do grupo familiar que o indivíduo faz viver e de que é parte integrante;

- direitos colectivos dos trabalhadores - direito sindical, direito à greve, com as obrigações como contrapartida inevitável. Cada um é consciente de que os problemas modernos do trabalho não podem encontrar soluções puramente individuais. Só através do grupo e pelo grupo que no plano material e moral o trabalhador pode aceder na sociedade ao lugar ao qual aspira.

iii) os direitos civis e políticos são concebidos como direitos absolutos tendo um valor universal no tempo e no espaço. São direitos naturais ligados ao homem tido como tal na sua individualidade, a sua “nudez”;

Os direitos sociais são em regra de carácter relativo. Correspondem a um certo momento da evolução técnica, económica e social, a um certo estado da civilização. Valem unicamente para os trabalhadores assalariados das empresas industriais e comerciais do mundo contemporâneo. Não tinham significação há dezenas de anos; e não terão porventura amanhã. O conteúdo e as consequências dos direitos sociais variam no espaço e no tempo.

iv) os direitos civis exprimem-se como um regresso ao estado de natureza são essencialmente estáticos;

Os direitos sociais em constante evolução têm um carácter dinâmico; são por eles mesmos um factor de progresso social.

v) os direitos civis e políticos, as liberdades públicas, são proclamadas contra o Estado, contra a colectividade;

Os direitos sociais não podem ser realizados senão pela colectividade. Implicam um esforço positivo da colectividade: o

direito aos cuidados médicos supõe uma organização médica e sanitária; o direito à educação supõe as instituições de ensino; o direito a um rendimento decente e garantido (no âmbito da designada *justiça distributiva*⁴⁴) supõe uma política activa de redistribuição (horizontal ou vertical) de rendimentos⁴⁵, instituições de assistência e de segurança social. Os direitos dos trabalhadores supõem intervenções positivas da colectividade nas relações entre empregadores e assalariados (intervencionismo de Estado) na medida

⁴⁴ A realização da justiça comutativa pode não exigir necessariamente a intervenção do Estado: veja-se o exemplo das associações mutualistas, onde o papel do Estado se situa ao nível do reconhecimento institucional da sua actividade para fins administrativos, prudenciais e fiscais.

Nesta matéria ver:

HESPANHA, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2009, pp 168 e ss, que recua ao Evangelho de S. Mateus (parábola dos trabalhadores da última hora);

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 4ª edição, 1961, traduzido e prefaciado pelo Prof. Cabral de Moncada em 1933, do texto da edição de 1932 (a 1ª edição remonta a 1914), da qual se extrai a proposta de fusão do direito público e do direito privado num direito social de um novo género, da passagem do direito individualista ao direito social (igualdade relativa no tratamento das pessoas segundo as suas necessidades específicas - “discriminação positiva”, como agora diríamos) no seguinte passo (retomando a distinção estabelecida por Aristóteles): “A justiça é apenas o reflexo ideológico do mercado com o seu *do ut des*; acha-se destinada a desaparecer um dia com a economia individualista e mercantil. Certamente, esta justiça de que aqui se trata, é unicamente a do direito privado, ou seja a comutativa. Se nos libertarmos do «estreito horizonte do direito civil» (Marx) e do princípio da justiça comutativa, conseguiremos proclamar o domínio exclusivo duma outra espécie de justiça, que é a distributiva, própria do direito público, ou conseguiremos - por outras palavras - não só a conversão de todo o direito em direito público, como a transformação do actual direito individualista num *direito social*...” p. 225 do vol. I.

Sobre o conceito de Direito Social em Gustav Radbruch ver BOUËDEC, Natalie Le, *Le concept de «droit social»*: Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar em <https://journals.openedition.org/asterion/497>.

⁴⁵ A redistribuição horizontal de rendimentos pode compreender uma justiça comutativa (*do ut des*) tornada obrigatória com fundamento na incapacidade organizativa dos seus destinatários.

dos seus meios e das suas capacidades financeiras (a “reserva do possível”⁴⁶);

vi) Os direitos sociais inscrevem-se na reacção contra a filosofia económica e política individualista do século XIX. Implicam que o bem-estar, a segurança, o futuro de cada um, não são mais unicamente, nem talvez essencialmente olhados como responsabilidade individual mas uma responsabilidade colectiva. Para a sua realização não basta proclamá-los ou inscrevê-los na lei, é preciso um esforço positivo de criação contínua, é preciso uma política social.

b. A caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais

A profusão de instrumentos normativos, normalmente de natureza meramente proclamatória, que se socorrem da expressão “direitos fundamentais”, nomeadamente ao nível da UE, confunde naturalmente os menos atentos.

Na verdade a qualificação de direitos, nomeadamente os sociais, como fundamentais também se mantém na competência exclusiva dos Estados, resultando dos seus dispositivos constitucionais.

Podemos afirmar que, em matéria de qualificação dos direitos que quiséssemos inscrever como verdadeiros direitos fundamentais num qualquer instrumento internacional, estamos situados ao nível do patamar de 1919 - da carta de Berna - o quadro está traçado,

⁴⁶ Entendido com “aquilo que os indivíduos podem razoavelmente exigir da comunidade” (Andrade, op. cit. p. 376) porque não há milagres de multiplicação dos meios disponíveis.

porém a sua integração numa verdadeira regulamentação internacional do social tem de esperar...

Veja-se o caso português onde a indeterminação do conteúdo dos preceitos constitucionais relativos a direitos derivados a prestações contribui para a sua descaracterização como verdadeiros *direitos subjectivos públicos*. Para Vieira de Andrade estamos perante meras *pretensões jurídicas* enquanto o seu conteúdo não está determinado; quando a lei executa estes preceitos constitucionais consolidando-se como direitos subjectivos perdem a natureza de direitos fundamentais constitucionais, excepto nos seus conteúdos mínimos associados ao mínimo de existência condigna⁴⁷.

3. O projecto social europeu - A Europa Social

À realização de uma Europa Social, como Estado Social⁴⁸, não basta a existência de declarações de direitos mas uma vontade de acção comum, a vontade de ultrapassar as diferenças entre os Estados-membros para se entenderem sobre o esforço colectivo, a vontade, no domínio social, de uma construção europeia⁴⁹.

⁴⁷ Andrade, op. cit. pp. 364 e 377.

Ver designadamente os acórdãos do TC n.º 232/91, 349/91, 62/02, 177/02...

⁴⁸ Ou, mais vastamente, como Estado-providência.

Só uma nota de actualidade: em Janeiro de 2007 a presidência alemã tinha no seu programa a redefinição da qualidade de trabalho o que foi objecto de reunião dos Ministros do Emprego e Assuntos Sociais e de carta de alguns dos ministros para o relançamento da Europa Social, revalorizando a componente social da construção europeia.

⁴⁹ Tendo sempre presente o espírito liberal que modelou a construção europeia, alinhado com os modelos de economia de mercado dos seus principais parceiros comerciais - EUA e Japão.

Incluir a política social no domínio das competências da União Europeia fez parte da inicial preocupação do eixo França / Alemanha e dos restantes 4 Estados fundadores⁵⁰, porém o debate sobre a dimensão social da Europa - a cidadania social europeia⁵¹ - assume dimensão diferente a partir dos anos 1980 após a integração do Reino Unido, República da Irlanda e Dinamarca (1973) e da perspectiva de alargamento à Grécia (1981), Espanha e Portugal (1986), dadas as grandes disparidades de estágio de desenvolvimento económico e social⁵² que os caracterizava e tornava praticamente irrealizável

⁵⁰ São dramáticas as manifestações de euforia nesta matéria na década de 50 descritas por DELPÉRÉE, A, *Y a-t-il une politique sociale européenne*, *Révue Belge de Sécurité Sociale*, nº 11, 12, 1967, p. 1557 e ss., apoiadas numa interpretação audaciosa dos textos do Tratado de Paris constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), pretendendo ignorar o deficit social já bem presente: a única preocupação social explícita era o emprego.

Para este autor a questão da existência de uma Europa Social é uma questão relativa: tem a ver com a dimensão e profundidade que se pretenda. Se a ambição for reduzida podemos encontrar com facilidade sinais claros da sua presença; se a ambição for desmedida nunca lá se chega...

⁵¹ “Implica para todas as pessoas a mesma capacidade de participar de forma plena e activa na vida socioeconómica da comunidade, assentando esta capacidade em direitos garantidos pelo Estado. Reflecte a participação individual na vida das instituições, incluindo, quando for caso disso, uma participação no processo e tomada de decisão.” SUPLOT, Alain, et alii, *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 226.

Mais genericamente, nos termos do artigo 21.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *cidadania* implica o direito de cada pessoa participar nos assuntos públicos do país em que reside.

Quanto a *cidadania europeia* “implica que cada residente no território da União pode participar activamente e sem qualquer discriminação na vida democrática, política, social e cultural do Estado-membro em que reside e exercer todos os direitos e liberdades fundamentais políticos, civis, económicos, culturais e sociais reconhecidos pela União Europeia” nos termos do ponto 93. da Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de Fevereiro de 2014, sobre a situação dos direitos fundamentais da União Europeia (JO C 285, de 29.08.2017).

⁵² Ver dados em LEIBFRIED, S., *La Communauté Européenne et les Possibilités d’Instituer un État-Providencia*, *Révue Belge de Sécurité Sociale*, n.º 4, 1993, p. 864.

qualquer tentativa de harmonização social material⁵³, sendo previsíveis assinaláveis impactos negativos destes alargamentos no princípio da coesão social dos Estados-membros⁵⁴.

Segundo Delpérée⁵⁵, a dificuldade de integração da matéria social nas políticas da União deve-se a um contexto europeu adverso⁵⁶:

- desaparecidas as preocupações dos anos 40 (a guerra, o desemprego, as condições económicas...) sucedeu-lhe uma ausência ou insuficiência de inspiração e de justificação doutrinal relativas à satisfação das necessidades do homem ao nível nacional e ao nível europeu;

- importância da manutenção do facto nacional: se nos vários Estados os problemas não são os mesmos e as prioridades também não, porquê centralizar as decisões?

- insuficiência das disposições institucionais - as questões sociais inscritas nos tratados não são apresentadas com a dignidade das questões económicas e políticas;

- desinteresse das estruturas sindicais - a crescente animosidade sindical pela “questão europeia”;

⁵³ No sentido de equivalência do nível económico das prestações (LYON CAEN, Gérard et Antoine, *Droit social international et européen*, Dalloz, Paris, 1993, 8ª edição, p. 320).

⁵⁴ Entendido como princípio fundamental das políticas da UE que obriga a uma constante e contínua aproximação dos salários e da protecção em matéria de segurança social garantida a todos os trabalhadores, locais ou em situação de mobilidade, no sentido de uma acrescida convergência social fundamental para a prosperidade e o esforço da procura interna em toda a União.

⁵⁵ Op. cit. p. 1561 e ss.

⁵⁶ Para além do deficit democrático apontado por HESPANHA, op. cit. pp. 331 e ss.

- falta de vontade política - a deliberada opção pela não utilização dos mais vastos poderes inscritos nos tratados.

Mesmo assim, num contexto de renovação dos objectivos da dimensão social da Europa⁵⁷ a tentativa da construção de uma carta social^{58/59} conduz à elaboração da *Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores*⁶⁰, em Dezembro de 1989, mera declaração política sem força obrigatória⁶¹ e, assim, sem qualquer utilidade prática, pois além de restringir o seu âmbito aos trabalhadores não conduz a qualquer alteração institucional quanto às restritas competências iniciais na área social da então Comunidade Económica Europeia.

Porém relativamente aos que não desistem de procurar soluções para uma integração, Liebfried⁶² dá-nos nota de algumas propostas:

⁵⁷ E da “criação de uma marca social europeia” conforme sugestão de parecer do CESE (JO C 76, de 14.03.2013).

⁵⁸ Não no sentido interno de instrumento de diagnóstico e planeamento estratégico com a informação mais relevante quanto à rede de serviços e equipamentos sociais de um determinado território; mas de enumeração de princípios de direito internacional ou supranacional aplicáveis na área social, expressão iniciada com a Carta Social Europeia, em 1961.

⁵⁹ Muito longe do código uniforme de segurança social para os Estados-membros: a formalização do Estado social europeu que alguns propunham.

⁶⁰ O texto da Carta está reproduzido em anexo.

A enumeração de direitos é objecto de aceitação expressa no artigo 151.º do TFUE como “direitos fundamentais”.

Como sabemos, inicialmente assinada por 11 dos 12 Estados-membros de então (O Reino Unido então não assinou - a sua política social é mais de origem convencional do que de origem estatal: os sindicatos e os patrões ingleses não iram abandonar a um executivo europeu os poderes que nunca abandonaram a favor do seu parlamento ou do seu governo. O peso das *Trade Unions* terá sido decisivo - só em 1998 foi feita a assinatura).

⁶¹ Nas palavras de Jacques Délors “Declaração solene, fixa os grandes princípios em que se baseia o nosso modelo europeu do direito do trabalho, e, de um modo mais geral, o papel do trabalho na nossa sociedade. Consagra uma estrutura básica de direitos sociais que serão garantidos e aplicados, conforme os casos, ao nível dos Estados-membros ou ao nível da Comunidade Europeia, no quadro das suas competências”.

⁶² Op. cit. pp. 886 e ss.

- o 13º estado⁶³ (Danny Pieters) - estado “*pós-coordenação*”, visa um sistema de seguro social europeu (SSSE) autónomo, global, contributivo e unitário, apenas aplicável aos trabalhadores migrantes⁶⁴;

- a serpente social europeia (SSE) (Michel Dispersyn e Danny Pieters) inspira-se na serpente monetária europeia - alinhamento por cima via redistribuição fiscal no interior dos Estados-membros, com partilha dos orçamentos sociais europeus: quaisquer variações da protecção média para cima ou para baixo relativamente aos parâmetros acordados seriam objecto da adequada correcção do sistema.

4. A carta social de 2000 - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁵

Entretanto, indiferente a tais movimentos doutrinários, foi proclamada, em 7 de Dezembro de 2000, em Nice a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*⁶⁶, integrada em 2008 pelo

⁶³ Quando a hipótese foi formulada (1991) era 12 os Estados-membros.

⁶⁴ Assumida claramente a “bifurcação” seguro / assistência, referida por LEIBFRIED, op. cit. p. 891 - a saúde e os serviços sociais seriam competência dos Estados-membros; a segurança do rendimento do trabalho seria uma competência da federação (da União).

Aliás só quanto ao âmbito material se distancia de algumas recentes propostas de cartão de segurança social europeu e de um subsídio de desemprego europeu...(respectivamente, Resolução do Parlamento Europeu de 19.01.2017, sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais - JO C 242, de 10.07.2018 e Parecer do Comité Económico e Social sobre sistemas de segurança social e de protecção social sustentáveis na era digital - JO C 129, de 11.04.2018, ponto 3.6.).

⁶⁵ Assumida como de relevância máxima na matéria que nos ocupa, porém, dado o volumoso número de obras publicadas e decisões jurisprudenciais existentes acerca deste instrumento jurídico, limitamo-nos a uma brevíssima nota inversamente proporcional à sua relevância.

⁶⁶ Texto na versão consolidada: JO C 202, de 7.06.2016.

Tratado de Lisboa no direito primário da UE⁶⁷ - art.º 6.º do Tratado da UE - enunciando os direitos sociais e económicos, apesar de não criar novas atribuições ou competências para a União, nem alterar as atribuições e competências definidas pelos tratados, pretende criar novas responsabilidades às instituições com poder de decisão e de execução e aos Estados-membros no que se refere à aplicação da legislação da União a nível nacional, fazendo com que as disposições da Carta se tornem directamente executáveis pelos tribunais europeus e nacionais⁶⁸.

A Carta Europeia de 2000, embora integrada no direito primário da UE, não se pode dizer que tenha efeito directo próprio na medida em que quando invocada aparece sempre acompanhada das correspondentes normas de direito derivado (regulamento ou directiva).

A política social⁶⁹ manter-se-á ainda no domínio por excelência dos poderes nacionais⁷⁰, mas integrando uma das chamadas políticas

Quanto às anotações, designadamente quanto aos antecedentes e fundamentos, ver JO C 303, de 14.12.2007 pp. 17 e ss.

⁶⁷ Mas mantendo o texto em documento autónomo.

⁶⁸ Quanto ao âmbito do artigo 51.º da Carta ver, nomeadamente, OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Petrony, Lisboa, 2018.

⁶⁹ Como sabemos a política social tem como objecto as condições de existência das pessoas e como objectivo a procura do bem-estar individual e colectivo pela supressão de certas desigualdades e pela melhoria do nível de vida material, moral e psicológico, tendo a sua expressão num orçamento social e recorrendo ao planeamento relativamente ao crescimento dos rendimentos individuais e equipamentos sociais colectivos, reclama estruturas adequadas aos níveis local, regional, nacional.

⁷⁰ Com excepção dos funcionários da União Europeia que têm regime próprio (artigos 72.º e ss. do Regulamento n.º 31/CEE e 11/CEE, JOCE, de 14.06.1962, com versão consolidada no JO UE) e os consórcios europeus - será o caso da Airbus - onde a responsabilidade social pública é transferida para as empresas que protegem os seus trabalhadores contra todos os riscos e de cuja gestão retiram importantes dividendos de motivação no desempenho dos seus trabalhadores.

sectoriais comunitárias: a política regional europeia, visando a redução das assimetrias regionais, que abrange questões de ordem económica, social e cultural.

5. O Pilar Europeu dos Direitos Sociais⁷¹

a. Os antecedentes impulsionadores de uma nova carta social europeia

i) Contributo da OIT

Em Maio de 2012 a OIT pela *Recomendação n.º 202* - relativa às *norma mínima de segurança social* -, estipulava “que as normas mínimas de protecção social devem incluir, pelo menos, as seguintes garantias básicas de segurança social:

Também os barqueiros do Reno, seja qual for a sua nacionalidade, são exclusivamente abrangidos pelo Acordo Internacional de Segurança Social dos Barqueiros do Reno, assinado em Genebra, em 27.07.1950, sob os auspícios da OIT e, entretanto, revisto pelo Acordo de Genebra, de 30 de Novembro de 1979, celebrado no âmbito da aplicação da Convenção de Mannheim, de 17 de Outubro de 1868, revista para a navegação do Reno, tendo por órgão executivo uma Comissão Central para a Navegação do Reno com sede em Estrasburgo composta por representantes dos Estados signatários do acordo. Vincula os Estados ribeirinhos do Reno (Alemanha, França, Holanda, e Suíça), Bélgica e Reino Unido, garante um sistema próprio de coordenação internacional que, para LYON-CAEN, quanto ao conteúdo se trata de verdadeiras convenções colectivas profissionais internacionais negociadas pelos empregadores e sindicatos. (op. cit. p. 157).

⁷¹ Recordemos que em parecer de iniciativa o Conselho Económico e Social Europeu (JO C 332, de 8/10/2015) distingue 4 pilares da arquitectura da União Europeia:

- 1.º - pilar monetário e financeiro;
- 2.º - pilar macroeconómico e microeconómico;
- 3.º - pilar social;
- 4.º - pilar político.

a) acesso a um conjunto de bens e serviços definidos a nível nacional, que constituam cuidados de saúde essenciais, incluindo a assistência à maternidade, e que cumpram os critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade;

b) segurança básica em matéria de rendimento para as crianças, equivalente, pelo menos, a um nível mínimo definido a nível nacional, que garanta o acesso à alimentação, à educação, a cuidados e a outros bens e serviços necessários;

c) segurança básica em matéria de rendimento, equivalente, pelo menos, a um nível mínimo definido a nível nacional, para pessoas em idade activa sem capacidade para obter um rendimento suficiente, em particular em caso de doença, desemprego, maternidade e deficiência; e

d) segurança básica em matéria de rendimento para as pessoas idosas, equivalente, pelo menos, a um nível mínimo definido a nível nacional;”⁷²

Assim, qualquer iniciativa na área social deveria ter em conta estes mínimos e procurar garantir que estes aspectos de base da protecção social fossem plenamente garantidos e, de preferência, superados em todos os Estados-membros.

ii) No âmbito da UE

Em 17 de Setembro de 2015, o Comité Económico e Social Europeu promove a elaboração de um parecer de iniciativa sobre os

⁷² Considerando I da Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Janeiro de 2017, sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais - JO C 242, de 10/07/2018.

princípios para sistemas de prestações sociais eficazes e fiáveis para o *modelo social europeu*⁷³. Este documento de referência, além de enumerar os princípios subjacentes aos sistemas de protecção social eficazes e fiáveis “com vista a uma convergência e um *nivelamento por cima das normas sociais*”⁷⁴, elenca as bases da política social europeia - os direitos humanos, os ensinamentos retirados das guerras mundiais, o princípio da economia social de mercado, as necessidades de uma economia eficiente e de luta contra a pobreza - e reafirma os objectivos de coesão social do art.º 3.º do TUE e os objectivos de política social do art.º 151.º do TFUE e, com a legitimidade técnica que lhe é reconhecida, promove a ampliação do âmbito de alguns conceitos fundamentais tais como:

- modelo social europeu - expressão de uma comunidade cultural e de valores única que associa a democracia e o Estado de Direito à responsabilidade social e à solidariedade;
- segurança social - sistema de seguros sociais paritários e/ou públicos e/ou seguros mutualistas que cumprem uma função nos regimes de segurança social regulados pela legislação social ou por convenções paritárias;
- prestação social - todos os tipos de prestações, incluindo serviços e prestações pecuniárias nos sectores social e da saúde;

⁷³ Publicado no JO C 13, de 15/01/2016.

⁷⁴ Os “princípios para os sistemas de protecção social” enumerados no ponto 4 do parecer, embora não tenham sido objecto de uma recomendável sistematização mas dada a sua relevância e enquadramento doutrinário de que estão acompanhados estão transcritos no anexo III.

A atracção pela enumeração mais ou menos vasta de princípios sem qualquer arrumação sistemática está presente também na actual Lei da Segurança Social - artigo 5.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

- serviços sociais - prestações fornecidas por administrações estatais e locais, seguros sociais, empresas sociais independentes, organizações de solidariedade social e empresas de diferentes configurações jurídicas;

iii) por seu lado, o Parlamento Europeu pela sua Resolução de 19 de Janeiro de 2017, já formalmente sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais⁷⁵, traçando ambiciosas e generosas metas para uma Europa Social⁷⁶ exortava “a Comissão a basear-se na revisão do acervo social e das políticas sociais e de emprego da UE, bem como nos resultados da consulta pública de 2016, para apresentar propostas relativas a um Pilar Europeu dos Direitos Sociais que *não se limite a uma declaração de princípios ou boas intenções*, mas reforce os direitos sociais graças a instrumentos concretos e específicos (legislação, mecanismos de elaboração de políticas e instrumentos financeiros)⁷⁷;

- surtindo um impacto positivo na vida das pessoas, a curto e médio prazo;

⁷⁵ JO C 242, de 10/07/2018.

⁷⁶ Aliás no seguimento da Declaração de Roma, de 25 de Março de 2017, referida no ponto 7) do preâmbulo da Proclamação Interinstitucional:

“Os dirigentes de 27 Estados-Membros e do Conselho Europeu, o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia comprometeram-se, no âmbito da *Agenda de Roma*, a trabalhar no sentido de uma *Europa social*. Este compromisso assenta nos princípios do crescimento sustentável, da promoção do progresso económico e social e da coesão e convergência, preservando simultaneamente a integridade do mercado interno; numa União que tenha em conta a diversidade dos sistemas nacionais e o papel fundamental dos parceiros sociais; numa União que promova a igualdade entre mulheres e homens, bem como os direitos e a igualdade de oportunidades para todos; numa União que lute contra o desemprego, a discriminação, a exclusão social e a pobreza; numa União onde os jovens tenham acesso à melhor educação e formação e possam estudar e encontrar trabalho em todo o continente; numa União que preserve o nosso património cultural e promova a diversidade cultural” (sublinhado nosso).

⁷⁷ O realce por parágrafos é nosso.

- facilitando o apoio à construção europeia no século XXI;
- defendendo eficazmente os objectivos sociais dos Tratados;
- apoiando os sistemas sociais nacionais;
- reforçando a coesão, a solidariedade e a *convergência ascendente* dos resultados económicos e sociais;
- garantindo uma protecção social adequada;
- reduzindo as desigualdades;
- permitindo a realização de progressos há muito aguardados a nível da redução da pobreza e da exclusão social;
- facilitando os esforços nacionais de reforma através de avaliações comparativas; e
- contribuindo para melhorar o funcionamento da União Económica e Monetária (UEM) e do mercado único da UE;”.

b. A Declaração de Gotemburgo

A resposta a este desafio surge com mais uma “carta social”: a Proclamação Interinstitucional sobre o Pilar Europeu dos Direitos Sociais ou Declaração de Gotemburgo, de 17 de Novembro de 2017⁷⁸, fundada no primado dos direitos fundamentais da UE.

O pilar dos direitos sociais aparece como uma emergência integrada na necessidade de garantir a proposta de maior *convergência social ascendente* a fim de atingir os objectivos definidos no texto da Resolução do Parlamento Europeu e fixados, nomeadamente, nos artigos 9.º (cláusula social horizontal) e 151.º (política social) do TFUE.

⁷⁸ JO C 428, de 13.12.2017.

Porém, conforme o parecer do Comité Económico e Social, de Abril de 2018⁷⁹, sobre o financiamento do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, veio claramente reafirmar:⁸⁰ “o *Pilar Social é uma declaração de intenções políticas*, na medida em que não existe um roteiro claro para a sua execução. Assim, o Pilar Social continua incompleto, carecendo do reconhecimento de novos direitos e obrigações...”⁸¹ e sem aplicabilidade directa.

6. Mutações da actividade profissional e trabalho digno (*decent work*)⁸²

a. Novas formas de emprego

A manifesta timidez e insuficiência dos instrumentos apontados para obtenção de soluções práticas para as questões levantadas pelas mutações e aparecimento de novas formas contratuais do exercício da actividade profissional, sobretudo nos sectores tecnológicos, quanto à necessidade de adequação do direito social (trabalho e

⁷⁹ JO C 262, de 25.07.2018.

⁸⁰ O que, aliás, já tinha sido reconhecido (JO C 81, de 02.03.2018).

⁸¹ Não deixando, mesmo assim, de constituir um óptimo instrumento de utilização política.

⁸² Embora encontremos a referência a “trabalho decente”, a expressão “trabalho digno” reflecte com maior precisão o que pretendemos extrair do seu conteúdo. Ver também: DELAUTRE, Guillaume et alii, *Le Travail décent dans une économie mondialisée: Quelques leçons des initiatives publiques et privées*, OIT, 2021.

Vamos restringir esta avaliação ao modelo europeu embora não se ignore a perspectiva global da “agenda do trabalho digno no mundo”, objecto aliás, entre outros, da Comunicação da Comissão “Promover um trabalho digno para todos”, de 24.05.2006 COM(2006) 249 final e do relatório da OIT *The changing nature of jobs - Wold Employment and Social Outlook*, 2015.

protecção social) a estas novas realidades, conduz-nos a outras referências documentais, tais como:

i) o designado *Relatório do Grupo Supiot* (1999) (relatório encomendado ao Prof. Alain Supiot), aliás objecto de edição própria entre nós⁸³ que teve como objecto a análise transversal e construtiva sobre o futuro do emprego e do Direito do Trabalho num quadro comunitário, intercultural e interdisciplinar e conduziu à enumeração das “exigências democráticas trazidas pelo direito social para o domínio socioeconómico” (igualdade, liberdade, segurança individual e direitos colectivos);

ii) a *Recomendação da OIT n.º 198*, de 31 de Maio de 2006, relativa à relação de trabalho⁸⁴, atenta às “*relações de trabalho disfarçadas*”, nomeadamente definindo critérios para a caracterização do “trabalho independente (ou por conta própria) economicamente dependente” de uma única entidade”, pela presença de determinados indicadores como a percentagem de rendimento que o trabalhador obtém junto de uma mesma entidade⁸⁵;

iii) o Livro Verde - Modernizar o Direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI, aliás objecto de avaliação não muito abonatória no parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESE), de 30 de Maio de 2007⁸⁶;

⁸³ SUPIOT, Alain, et alii, *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

⁸⁴ Pela sua relevância reproduzida no anexo II.

⁸⁵ Como veremos, critério acolhido pelo direito português para efeitos do ajustamento da protecção social dos trabalhadores independentes.

⁸⁶ JO C 175, de 27.07.2007.

iv) o Livro Branco sobre o Futuro do Trabalho - também objecto de avaliação de Parecer do CESE⁸⁷;

v) vários outros pareceres do CESE⁸⁸ identificando as *zonas cinzentas* resultantes de novas formas de contratualização do exercício da actividade profissional que escapam aos actuais critérios de qualificação da relação jurídico-laboral onde a intervenção é considerada necessária.

Têm afinal um elemento comum: todos concorrem para a tendência da avaliação da diversidade das questões colocadas numa perspectiva única centrada no trabalho digno e na protecção social adequada para todos os que exercem actividade profissional independentemente da qualificação jurídica da actividade.

b. A dignidade do trabalho

A vertente económico-social do princípio da dignidade da pessoa humana consagrada, entre nós, no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, “legitimando a imposição de deveres de

Parecer que aliás lembrou, além da essencialidade da consideração dos conteúdos do Relatório do Grupo Supiot, quer o Relatório Win Kok, de Novembro de 2003, sobre flexibilidade e segurança no mercado de trabalho, quer as conclusões do Conselho EPSCO de 30 de Novembro e 1 de Dezembro de 2006, sobre *trabalho digno para todos*.

⁸⁷ JO C 367, de 10.10.2018.

⁸⁸ A frequente referência aos conteúdos de pareceres do Comité Económico e Social Europeu (CESE) deve-se ao facto de estes constituírem, em regra, verdadeiros relatórios de levantamento e análise da situação social na União Europeia, dando nota da avaliação de soluções e desejáveis boas práticas encontradas, indutora de uma cultura de desenvolvimento do estudo e procura de equilíbrio na relação economia / social.

protecção especiais” e “constituindo um *standard* de protecção universal que obriga à adopção de convenções e medidas internacionais...”⁸⁹ e “impondo “condições materiais de vida capazes de assegurar liberdade e segurança às pessoas”⁹⁰ constitui a travessa da sociedade e manifesta-se, por exemplo, como fundamento dos direitos subjectivos públicos.

i) Parâmetros do trabalho digno

O trabalho digno como emanção do princípio da dignidade constitui um factor central para o alcance dos Objectivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pelas Nações Unidas, em especial o objecto 8: “promover o crescimento económico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e *trabalho digno* para todos”;

A construção dos conteúdos do trabalho digno - os direitos no trabalho - passa pela “promoção de oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerada condição fundamental para a superação da pobreza, a redução de desigualdades sociais e garantia de governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”;

⁸⁹ Sobre a dignidade da pessoa humana ver, nomeadamente, CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª edição revista, Volume I, pp.198 a 200.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, Tomo I, p. 54.

ii) Efeitos no direito interno dos Estados - modernizar o direito social (Direito do Trabalho e previdência social)⁹¹.

Ora os objectivos assim traçados exigem que os mecanismos utilizados pelo direito interno dos Estados necessariamente abandonem os critérios jurídico-laborais tradicionais para salvaguarda dos direitos dos trabalhadores a uma protecção social adequada face aos potenciais efeitos ablativos indesejados dos *arranjos contratuais* referidos no 6.º considerando da *Recomendação da OIT n.º 198*, relativa à relação de trabalho e enumerados no parecer do Conselho Económico e Social “Livro Verde - Modernizar o Direito do Trabalho para enfrentar os desafios do século XXI”⁹².

Podemos elencar algumas das situações já objecto de “transposição”⁹³ de soluções apontadas quer pela Recomendação da OIT n.º 198 quer por outros documentos avulsos, no caso português - quanto às *relações de trabalho disfarçadas* geradoras de trabalho não declarado e *dumping* social, englobamento de todas as actividades profissionais e resposta à criação de novas formas de emprego:

⁹¹ Outro dos aspectos em que esta modernização deve continuar a ser feita é de natureza cultural quanto ao afastamento da “estranha percepção dos redactores das normas entenderem-nas como propriedade sua”, percebendo-se, até, uma certa sucessão dinástica na titularidade das mesmas. Quanto à situação na previdência social admitimos que possa ter resultado não apenas da penúria doutrinária e jurisprudencial nesta área do Direito (apesar das vozes bem sonantes do Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia e Dr. António da Silva Leal), mas do volume e densidade das intervenções interpretativas através do um “*direito circulatório*” com origem nos serviços centrais do Estado (e não só) - alguns milhares de “circulares normativas” que autoritariamente por despacho “comandavam” os procedimentos das instituições com fundamento no (já então controverso) artigo 202.º do Decreto n.º 45266, de 23 de Setembro de 1963.

⁹² JO C 175, de 27.07.2007.

⁹³ Expressão que parece adequada dada a proximidade entre a função e o mecanismo da *transposição* das directivas UE e o efeito pretendido para as recomendações da OIT (alínea b) do ponto 6 do artigo 19.º da Constituição da OIT).

- trabalho intermitente⁹⁴ (também ocasional ou sazonal) típico de alguns sectores como o turismo, a restauração e a agricultura, exigindo um certo grau de flexibilidade não acrescenta qualquer particularidade quanto à natureza da relação jurídica; contribuindo, porém, fortemente para o trabalho não declarado pela forma do seu exercício - regime de protecção social adaptado pelos artigos 92.º e ss. do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC), aprovado pela Lei n.º 119/2009, de 16 de Setembro;

- rotatividade excessiva⁹⁵ - penalização da contribuição social - artigo 52.º-A do CRC⁹⁶;

- relação de trabalho fragmentada (relações triangulares e subcontratação) - equiparação das empresas de trabalho temporário⁹⁷ (1.º contratante) a entidade empregadora, designadamente pela responsabilização da correspondente contribuição - artigo 27.º n.º 2 do CRC⁹⁸;

⁹⁴ Figura relativamente próxima do trabalho de muito curta duração com regime de protecção previsto nos artigos 80.º e ss. do CRC.

⁹⁵ Questão levantada no ponto 9.3. do Parecer do Conselho Económico e Social, de 25.05.2016, sobre mutações das relações laborais (JO C 303, de 19.08.2016).

⁹⁶ Esta medida aguarda regulamentação específica.

⁹⁷ Ou, mais genericamente, o intermediário do mercado de trabalho (*umbrella companies*) ou de partilha de trabalhadores (*co-employment agencies*).

⁹⁸ Aliás o Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão AFMB Ltd, de 16.07.2020 (C-610/18) definiu jurisprudência quanto à questão do empregador formal / empregador de facto, priorizando a situação de facto, no sentido de que o empregador é a empresa que exerce a autoridade efectiva (no caso sobre o condutor de veículos pesados de transporte rodoviário) *suporta de facto o encargo salarial* correspondente e dispõe do poder efectivo de o despedir e não a empresa com a qual o referido condutor celebrou um contrato de trabalho (o empregador formal).

- trabalhadores por conta própria ou trabalhadores independentes economicamente dependentes (os “falsos recibos verdes”):

i) o legislador não altera a relação jurídica contratualmente constituída mas introduz uma medida de efeito equivalente ao contrato de trabalho - faz acrescer uma contribuição específica, variável em função do grau de dependência, da responsabilidade da entidade contratante quanto à eventualidade cessação de actividade profissional (desemprego, na lei) - artigo 140.º, 141.º n.º 2, 155.º n.º 3, 167.º e 168.º do CRC - e o correspondente subsídio - Decreto-Lei n.º 65/2012, de 15 de Março;

ii) na situação de acumulação de trabalho por conta de outrem e prestação de serviços à mesma entidade empregadora (ou mesmo grupo empresarial) - o legislador vai mais longe: não admite o “desdobramento” contratual da actividade e converte a relação jurídica de prestação de serviços em relação de trabalho por conta de outrem presumindo por integração uma única relação de trabalho por conta de outrem - artigo 129.º do CRC;

- empresários em nome individual (ENI), titulares de estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL) e respectivos cônjuges, e membros de órgão estatutários de pessoas colectivas (MOE's)⁹⁹ - independentemente da situação jurídica pré-existente, aproxima-a da relação de trabalho por conta de outrem pela instituição da eventualidade cessação de actividade

⁹⁹ Aliás, relativamente aos MOEs, parcialmente em sobreposição com o regime protecção social substitutivo dos membros do conselho de administração das sociedades anónimas, previsto nos artigos 402.º e 433.º n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais.

(desemprego, na lei) - respectivamente artigo 141.º n.º 3 e artigo 65.º n.º 2 ambos do CRC - com o subsídio correspondente - Decreto-Lei n.º 12/2013, de 25 de Janeiro;

- por outro lado ainda, se o que está em causa é a inclusão de toda a população activa no sistema de protecção social¹⁰⁰, andou bem o legislador quando, no âmbito do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, optou pela supressão de uma definição de trabalhador independente, contrariamente a quadros normativos anteriores¹⁰¹.

Na verdade, além da definição em direito não ser recomendada (*omnis definitio in jure civile periculosa est*), ao legislador, na sua função de ordenar o sistema previdencial, não cabe caracterizar e muito menos definir regras próprias de outras áreas do Direito, deixando, deste modo, caminho aberto para o livre exercício dos arranjos contratuais mais adequados à eficiência económica pretendida - a não perturbação do direito dos que o desejam de boa fé¹⁰² - cujos efeitos poderão implicar alterações normativas que

¹⁰⁰ Não apenas o modelo de emprego convencional (os clássicos trabalhadores por conta própria) mas novas formas de relações laborais com estatuto profissional pouco definido (zonas cinzentas) - trabalho atípico - que antes pertenciam à economia informal, como trabalhadores da economia da partilha, trabalhadores externalizados em linha (*crowd employment*) (emprego fora do local de trabalho) ou contrato zero-horas (sem especificação de horário de trabalho), de modo a garantir direitos sociais não apenas dos sectores tradicionais, mas também das novas formas de emprego (ou de vários empregos com múltiplos empregadores) da *economia da partilha e da economia das plataformas em linha* que externalizam custos e evitam as regulamentações aplicáveis.

¹⁰¹ Neste ponto discordamos da posição do Comité Económico e Social expressa no seu parecer de 21.03.2013 “Abuso do estatuto de trabalhador por conta própria” (JO C 161, de 06.06.2013).

¹⁰² Tratando-se, em regra, de profissionais altamente qualificados e experientes (profissionais livres) que prestam serviços a clientes ou fornecedores com saberes e aptidão também para a gestão dos riscos que correm, nomeadamente os sociais: a omnipresença do Estado pode tornar-se incómoda (daí

socialmente lhes respondam, cabendo, deste modo, aos serviços apenas verificar se o arranjo contratual em causa efectivamente dissimula a existência de trabalho oculto, mas sem sujeição a qualquer conceito prévio¹⁰³.

7. O impacto da revolução tecnológica / a transformação digital do mundo do trabalho¹⁰⁴

A rápida transformação do mercado do trabalho conduz-nos a pretender “alcançar um equilíbrio entre a promoção dos benefícios económicos e sociais da evolução tecnológica e a garantia da protecção necessária para os trabalhadores, os consumidores e as empresas evitando ao mesmo tempo que sejam cometidos abusos

muito do insucesso dos regimes obrigatórios para este grupo)... preferem a adesão a regimes flexíveis e não obrigatórios que possam controlar e de que possam dispor livremente; está no seu ADN.

¹⁰³ Quanto ao modelo maltês que o parecer do CESE de 21.03.2013, já referido, considera exemplar no ponto 4.3., não se trata propriamente de uma definição mas de um conjunto de critérios cuja verificação afasta a existência de “trabalho por conta própria”, quando todos e cada um deles aponta, digamos assim, para uma “delimitação de linha de fronteira” entre trabalho por conta de outrem e “trabalho por conta própria”.

Aliás é histórica a dificuldade em fixar uma definição de trabalhador independente - veja-se RONSOLANI, Vincenzo, *A Segurança Social para os Trabalhadores Independentes*, Relatório da Associação Internacional da Segurança Social, Setembro / Outubro de 1964, pp. 21 e ss.

A identificação legal dos grupos de trabalhadores cuja actividade profissional é relevante para o enquadramento em regime próprio (profissionais livres, empresários em nome individual, prestadores de serviços...) constitui a técnica seguida para ultrapassar a questão da definição.

¹⁰⁴ Para lá da palavra de ordem “tudo verde, tudo digital”...

Para as questões éticas ver ROYAKKERS, Lambèr et alii, *Ethics and Information Technology*, 2018.

como forma de contornar práticas laborais justas”¹⁰⁵ indutoras de *trabalho não declarado*.

a. O novo mercado de trabalho

O acelerado desenvolvimento do trabalho nómada, (trabalhadores móveis) nas áreas das tecnologias de informação e comunicação (TIC), ou seja, a possibilidade de o trabalhador ser contactado para fins profissionais em qualquer momento e em qualquer lugar, permite aos empregadores colher os benefícios da externalização do trabalho - redução de custos e fuga à regulamentação aplicável às situações de trabalho clássico - além de suprimir para o trabalhador as fronteiras espaciais e temporais entre vida profissional e pessoal e favorecer o isolamento social, dificulta a aplicação das regras da tributação e a garantia de um trabalho digno.

Nesta matéria relembremos os objectivos da OIT:

“La Conférence reconnaît l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du Travail de seconder la mise en oeuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser:

(a) la plénitude de l'emploi et l'élévation des niveaux de vie;

¹⁰⁵ Ponto 2.1. do Parecer do CESE “Mutações das relações laborais e respectivo impacto na manutenção de um salário digno, e repercussões da evolução tecnológica no sistema de segurança social e no direito do trabalho” (JO C 303, de 19.08.2016).

(b) l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun”¹⁰⁶;

No mesmo sentido, para o Comité Económico e Social Europeu uma qualquer transição justa para um mundo de trabalho digitalizado deveria respeitar “os valores europeus do pleno emprego, o progresso social, um *elevado nível de protecção* e a redução da pobreza e das desigualdades”¹⁰⁷.

Para o que propõe o reforço das competências individuais e o favorecimento do acesso às prestações dos sistemas de segurança social fazendo apelo quer à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quer às prioridades proclamadas pelas instâncias europeias no âmbito do Pilar dos Direitos Sociais e nas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

Na verdade, as mutações dos postos de trabalho decorrentes da automatização, da digitalização e da inteligência artificial¹⁰⁸ exigem não apenas “competências criativas e cognitivas elevadas (em

¹⁰⁶ Ponto III da Declaração de Filadélfia.

¹⁰⁷ Entra aqui o conceito de *ergonomia cognitiva* como “novo domínio de investigação que visa a adopção de medidas em prol de uma utilização de tecnologias inteligentes centrada no ser humano” - parecer do CESE sobre “Os conceitos da UE para a gestão da transição num mundo do trabalho digitalizado - Contributo importante para um livro branco sobre o futuro do trabalho” (JO C 367, de 19.10.2018).

¹⁰⁸ *Inteligência artificial* (IA) entendida como o “conjunto das tecnologias destinadas a realizar por via informática tarefas cognitivas tradicionalmente realizadas pelo ser humano” ou como “uma disciplina que visa a utilização de tecnologias digitais para criar sistemas capazes de reproduzir, de forma autónoma, as funções cognitivas humanas, nomeadamente a apreensão de dados, uma forma de compreensão e de adaptação (resolução de problemas, raciocínio e aprendizagem automática)”.

termos de literacia¹⁰⁹, numeracia¹¹⁰ e resoluções de problemas complexos) mas também capacidades de gestão, de comunicação e de aprendizagem”, introduzindo novos riscos (*taylorismo digital*) e novas oportunidades no mercado do trabalho, põe em evidência não apenas um novo parâmetro de empregabilidade¹¹¹ mas também a adaptabilidade dos regimes de protecção social (renovação dos modelos sociais?).

b. Em matéria de novas formas de trabalho são três as áreas da protecção social mais expostas aos seus efeitos, os designados pilares do sistema de segurança social: seguro de pensões, seguro de saúde e seguro de desemprego dos quais se conhecem as seguintes propostas de ajustamento¹¹²:

¹⁰⁹ Nos termos das Conclusões do Conselho, de 26 de Novembro de 2012, sobre literacia (JO C 393, de 19.12.2012) engloba competências básicas de leitura e de escrita para compreender, utilizar e avaliar com espírito crítico as diversas formas de informação, incluindo as imagens e textos escritos, impressos e electrónicos, e abrange:

literacia de base - conhecer letras, palavras e estruturas de texto necessárias para ler e escrever a um nível que proporcione autoconfiança e motivação para prosseguir a aprendizagem;

literacia funcional - capacidade de ler e escrever a um nível que permita evoluir e funcionar em sociedade, em casa, na escola e no trabalho;

literacia mediática - capacidade de se mover no mundo das novas tecnologias;

literacia múltipla - capacidade de fazer uso das competências de leitura e de escrita para produzir, compreender, interpretar e avaliar com espírito crítico informações escritas. É uma base para poder participar no mundo digital e para efectuar escolhas com conhecimento de causa em matéria de finanças, saúde, etc.

¹¹⁰ Entendida como competências básicas em matemática e ciências.

¹¹¹ Os postos de trabalho do futuro e os que serão mais reconhecidos e mais bem remunerados são os do domínio das ciências, tecnologias, engenharia e matemática (CTEM) em particular no sector das tecnologias de informação (TI), evidenciando cada vez mais as “superestrelas versus os perdedores”...

¹¹² Parecer do CESE sobre “Sistemas de segurança Social e de protecção social sustentáveis na era digital” (JO C 129, de 11.04.2018).

i) pensões - perda de autonomia financeira destas prestações - porque o financiamento do sistema de pensões por contribuições sociais não é propriamente suficiente tornou-se regra o recurso a outras fontes de financiamento para continuar a garantir a aparência do funcionamento do mecanismo financeiro do princípio da solidariedade intergeracional¹¹³, exige um considerável alargamento da base de incidência contributiva tradicional para além da mera remuneração do trabalho;

ii) saúde - garantir que os sistemas nacionais de saúde - o sistema público de seguros de saúde - abranjam todos os que exercem qualquer actividade profissional remunerada mesmo que não identificada com os modelos tradicionais;

iii) desemprego - instituição de um regime de seguro que funcione a nível da UE, financiado por todas as empresas da UE¹¹⁴ e introdução de normas mínimas europeias nos regimes nacionais de desemprego.

c. A tributação da economia digital

Outra das questões que não vamos aqui desenvolver mas apenas apontar é a da necessidade e viabilidade de contribuições sociais

¹¹³ Sobre esta questão ver obra colectiva coordenada por SILVA, Jorge Pereira e RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *Justiça entre Gerações. Perspectivas interdisciplinares*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

Aliás objecto de debate da Conferência sobre o Futuro da Europa no âmbito da União Europeia a que se refere a recentíssima Declaração Comum, de 10 de Março de 2021 (JO C 91, de 18.03.2021).

¹¹⁴ Nada tendo que ver com o instrumento aprovado no âmbito da Covid 19 - Regulamento 2020/672, de 19 de Maio de 2020 - apoio temporário para atenuar os riscos de desemprego numa situação de emergência (SURE).

sobre os dividendos da digitalização (das remunerações do capital - do lucro diferencial obtido com a introdução das novas tecnologias - contribuições sociais sobre a remuneração do capital (dividendos, lucros) para fins de justiça comutativa, pois para realizar a justiça distributiva cabe, entre nós, exclusivamente ao aparelho fiscal fazê-lo.

Ora, a proposta de redistribuição dos benefícios da digitalização ou dos dividendos da digitalização pode trazer de novo a discussão que há uns anos rodeou a questão da instituição da *taxa Tobin*¹¹⁵: para além das desvantagens conhecidas (acréscimo de burocracia, desmotivação para a modernização da economia...), acrescentarão vantagens e fundamentos que justifiquem a instituição de mais uma contribuição social que especificamente corresponda ao peso das eventuais “perdas sociais” que possam acompanhar as novas tecnologias? Alguma engenharia financeira nova se conheça, no caso destinada à compensação social dos arranjos contratuais de adaptação à novas realidades do mercado, cujas consequências financeiras não recaiam a final (efeito de repercussão fiscal) sobre o consumidor (o trabalhador)?

¹¹⁵ Quanto à “lógica” proposta feita em 1972 pelo economista americano (escola do novo keynesianismo) James Tobin (1918-2002) - professor na Universidade de Yale de 1950 a 1988 e Prémio Nobel da Economia (1981), pela sua “análise dos mercados financeiros e suas relações com as decisões de despesas, empregos, produção e preços” - da instituição de uma taxa de 0,1% sobre todas as transações monetárias para erradicar a pobreza nos países subdesenvolvidos, ver CHESNAIS, François, *Tobin or not Tobin*, Campo da Comunicação, Porto, 2000.

ANEXO I

Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores¹¹⁶

OS CHEFES DE ESTADO OU DE GOVERNO DOS ESTADOS-MEMBROS
DA COMUNIDADE EUROPEIA REUNIDOS EM ESTRASBURGO, AOS 9 DE
DEZEMBRO DE 1989

Considerando que os Estados-membros reconhecem, nos termos do artigo 117.º do Tratado CEE, a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, de modo a permitir a sua igualização no progresso;

Considerando que, na linha das conclusões dos Conselhos Europeus de Hanôver e de Rodes, o Conselho Europeu de Madrid reconheceu que, no âmbito da construção do mercado único europeu, se deve conferir a mesma importância aos aspectos sociais e aos aspectos económicos e que, por consequência, ambos devem ser desenvolvidos de uma forma equilibrada;

Considerando as resoluções do Parlamento Europeu de 15 de Março de 1989, de 14 de Setembro de 1989 e de 22 de Novembro de 1989 e o parecer do Comité Económico e Social de 22 de Fevereiro de 1989;

¹¹⁶ No âmbito da então CEE.

Reproduz-se por se desconhecer a sua publicação no Jornal Oficial da Comunidade Europeia de então e dada a confusão com outras “cartas sociais” - Carta Social Europeia (de 1961 e revista em 1996) (Tratado internacional no âmbito do Conselho da Europa) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.

Considerando que a concretização do mercado interno constitui o meio mais eficaz para criar empregos e assegurar o máximo bem-estar na Comunidade; que o desenvolvimento e a criação de empregos devem constituir a primeira das prioridades na concretização do mercado interno; que compete à Comunidade enfrentar os desafios do futuro no plano da competitividade económica, tendo em conta nomeadamente os desequilíbrios regionais;

Considerando que o consenso social contribui para o reforço da competitividade das empresas, de toda a economia, e para a criação de empregos; que, nesta perspectiva, ele constitui uma condição essencial para assegurar um desenvolvimento económico continuado;

Considerando que a realização do mercado interno deve favorecer a aproximação no progresso das condições de vida e de trabalho, assim como a coesão económica e social da Comunidade Europeia, evitando as distorções da concorrência;

Considerando que a realização do mercado interno deve levar a melhorias no domínio social para os trabalhadores da Comunidade Europeia, designadamente no que se refere à livre circulação, às condições de vida e de trabalho, à saúde e à segurança no local de trabalho, à protecção social, à educação e à formação;

Considerando que, para assegurar a igualdade de tratamento, é necessário lutar contra todas as formas de discriminação, designadamente as baseadas no sexo, na cor, na raça, nas opiniões e nos credos e que, num espírito de solidariedade, importa lutar contra a exclusão social;

Considerando que compete aos Estados-membros garantir que os trabalhadores de países terceiros e os membros das suas famílias, a residir legalmente num Estado-membro da Comunidade Europeia, possam beneficiar de um tratamento de natureza comparável àquele de que beneficiam os trabalhadores do Estado-membro em questão no que se refere às condições de vida e de trabalho;

Considerando a necessidade de buscar inspiração nas convenções da Organização Internacional do Trabalho e na Carta Social Europeia do Conselho da Europa;

Considerando que o Tratado, alterado pelo Acto Único Europeu, contém normas que estabelecem a competência da Comunidade, no que se refere nomeadamente à livre circulação dos trabalhadores (artigos 7.º, 48.º a 51.º), à liberdade de estabelecimento (artigos 52.º a 58.º), ao domínio social, nas condições previstas nos artigos 117.º a 122.º — nomeadamente no que se refere à melhoria da segurança e da saúde no meio de trabalho (artigo 118.º-A), ao desenvolvimento do diálogo entre parceiros sociais ao nível europeu (artigo 8.º-B), à igualdade das remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos na realização do mesmo trabalho (artigo 119.º) —, aos princípios gerais de aplicação de uma política comum de formação profissional (artigo 128.º), à coesão económica e social (artigos 130.º-A a 130.º-E) e, mais genericamente, à aproximação das legislações (artigos 100.º, 100.º-A e 235.º); que a aplicação da carta não poderá acarretar o alargamento das competências da Comunidade tal como se encontram definidas no Tratado;

Considerando que a presente carta tem por objectivo, por um lado, consagrar os progressos já realizados no domínio social pela acção dos Estados-membros, dos parceiros sociais e da Comunidade;

Considerando que, por outro lado, a carta pretende afirmar de forma solene que a realização do Acto Único deve ter totalmente em conta a dimensão social da Comunidade e que, neste contexto, é necessário garantir, aos níveis adequados, o desenvolvimento dos direitos sociais dos trabalhadores da Comunidade Europeia, especialmente dos trabalhadores assalariados e dos trabalhadores independentes;

Considerando que, nos termos das conclusões do Conselho Europeu de Madrid, há que definir claramente o papel respectivo das normas comunitárias, das legislações nacionais e das relações convencionais;

Considerando que, em virtude do princípio da subsidiariedade, as iniciativas a tomar relativamente à aplicação destes direitos sociais são da responsabilidade dos Estados-membros e das entidades que os constituem e, no âmbito das suas competências, da responsabilidade da Comunidade Europeia; que essa aplicação pode revestir a forma de leis, convenções colectivas ou práticas já existentes aos vários níveis adequados e requer em inúmeros domínios o envolvimento activo dos parceiros sociais;

Considerando que a proclamação solene dos direitos sociais fundamentais a nível da Comunidade Europeia não pode justificar, aquando da sua aplicação, uma regressão relativamente à situação actualmente existente em cada um dos Estados-membros,

ADOPTARAM A SEGUINTE DECLARAÇÃO, QUE CONSTITUI
A «CARTA COMUNITÁRIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS
DOS TRABALHADORES»:

Título I - Direitos sociais fundamentais dos trabalhadores

Livre circulação

1. Todos os trabalhadores da Comunidade Europeia têm direito à livre circulação em todo o território da Comunidade, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

2. O direito à livre circulação permite a todo e qualquer trabalhador o exercício de toda e qualquer actividade profissional na Comunidade segundo o princípio da igualdade de tratamento, no que se refere ao acesso ao trabalho, às condições de trabalho e à protecção social no país de acolhimento.

3. O direito à livre circulação implica igualmente:

- a harmonização das condições de residência em todos os Estados-membros, nomeadamente para fins de reagrupamento familiar;
- a supressão dos obstáculos resultantes do não reconhecimento de diplomas ou de qualificações profissionais equivalentes;
- a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores fronteiriços.

Emprego e remuneração

4. Todas as pessoas têm direito à liberdade de escolha e de exercício de uma profissão, nos termos das disposições que regem esta última.

5. Todos os empregos devem ser remunerados de forma justa.

Para o efeito, e de acordo com as regras próprias de cada país, é necessário que:

- seja garantida aos trabalhadores uma remuneração equitativa, ou seja, uma remuneração que lhes permita um nível de vida decente;

- os trabalhadores sujeitos a um regime de trabalho diferente do contrato a tempo inteiro e de duração indeterminada beneficiem de um salário de referência justo;

- os salários não possam ser objecto de retenção, penhora ou cessão a não ser em conformidade com as disposições nacionais; tais disposições deverão prever medidas que garantam ao trabalhador a manutenção dos meios necessários para assegurar o seu sustento e o da sua família.

6. Todas as pessoas devem poder beneficiar gratuitamente dos serviços públicos de colocação.

Melhoria das condições de vida e de trabalho

7. A concretização do mercado interno deve conduzir a uma melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores na Comunidade Europeia. Este processo efectuar-se-á pela aproximação no progresso dessas condições, nomeadamente no que se refere à duração e organização do tempo de trabalho e às formas de trabalho para além do trabalho de duração indeterminada tais como o trabalho de duração determinada, o trabalho a tempo parcial, o trabalho temporário, o trabalho sazonal.

Esta melhoria deve implicar, nos casos em que tal for necessário, o desenvolvimento de certos aspectos da regulamentação do trabalho, designadamente os relacionados com os processos de despedimento colectivo ou as falências.

8. Todos os trabalhadores da Comunidade Europeia têm direito ao repouso semanal e a férias anuais pagas, cuja duração deve ser aproximada no progresso, de acordo com as práticas nacionais.

9. As condições de trabalho de todos os assalariados da Comunidade Europeia devem estar definidas na legislação, numa convenção colectiva, ou num contrato de trabalho, de acordo com as regras próprias de cada país.

Protecção social

De acordo com as regras próprias de cada país:

10. Todos os trabalhadores da Comunidade Europeia têm direito a uma protecção social adequada e devem beneficiar, qualquer que seja o seu estatuto e a dimensão da empresa em que trabalham, de prestações de segurança social de nível suficiente.

As pessoas excluídas do mercado de trabalho, quer porque a ele não tenham podido ter acesso quer porque nele não se tenham podido reinserir, e que não disponham de meios de subsistência devem poder beneficiar de prestações e de recursos suficientes, adaptados à sua situação pessoal.

Liberdade de associação e negociação colectiva

11. Os empregadores e os trabalhadores da Comunidade Europeia têm o direito de se associar livremente com vista a constituir organizações profissionais ou sindicais da sua escolha para a defesa dos seus interesses económicos e sociais.

Todos os empregadores e todos os trabalhadores têm a liberdade de aderir ou não aderir a essas organizações, sem que tal lhes acarrete qualquer prejuízo pessoal ou profissional.

12. Os empregadores ou as organizações de empregadores, por um lado, e as organizações de trabalhadores, por outro, têm o direito

de negociar e de celebrar convenções colectivas, nas condições previstas nas legislações e nas práticas nacionais.

O diálogo entre parceiros sociais a nível europeu, que deve ser desenvolvido, pode conduzir, se estes o considerarem desejável, a relações convencionais, nomeadamente no plano interprofissional e sectorial.

13. O direito de recorrer a acções colectivas em caso de conflito de interesses inclui o direito de greve, sob reserva das obrigações decorrentes das regulamentações nacionais e das convenções colectivas.

A fim de facilitar a resolução dos conflitos de trabalho, deve-se favorecer, de acordo com as práticas nacionais, a instituição e a utilização, aos níveis adequados, de processos de conciliação, mediação e arbitragem.

14. A ordem jurídica interna dos Estados-membros determinará em que condições e em que medida os direitos previstos nos artigos 11.º a 13.º são aplicáveis às forças armadas, à polícia e à função pública.

Formação profissional

15. Todos os trabalhadores da Comunidade Europeia devem poder ter acesso à formação profissional e beneficiar dela ao longo da sua vida activa. Nas condições de acesso a essa formação não é admissível qualquer discriminação baseada na nacionalidade.

As autoridades públicas competentes, as empresas ou os parceiros sociais devem, cada um na esfera das suas competências, instituir dispositivos de formação contínua e permanente que permitam a qualquer pessoa reciclar-se, designadamente beneficiando de licenças para formação, aperfeiçoar-se e adquirir novos conhecimentos, tendo em conta nomeadamente a evolução técnica.

Igualdade de tratamento entre homens e mulheres

16. Deve ser garantida a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. A igualdade de oportunidades entre homens e mulheres deve ser desenvolvida.

Para este efeito, devem intensificar-se, onde necessário, as acções destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, nomeadamente no acesso ao emprego, remuneração, protecção social, educação, formação profissional e evolução de carreiras.

Há igualmente que desenvolver medidas que permitam aos homens e às mulheres conciliar as suas obrigações profissionais e familiares. Informação, consulta e participação dos trabalhadores

17. A informação, a consulta e a participação dos trabalhadores devem ser desenvolvidas segundo regras adequadas e tendo em conta as práticas em vigor nos diferentes Estados-membros.

Tal é válido nomeadamente nas empresas ou grupos com estabelecimentos ou empresas situados em vários Estados-membros da Comunidade Europeia.

18. A informação, a consulta e a participação referidas devem ser accionadas em tempo útil, nomeadamente nos seguintes casos:

- aquando da introdução nas empresas de mudanças tecnológicas que tenham consequências importantes para os trabalhadores no que se refere às condições de trabalho e à organização do mesmo;

- por ocasião de reestruturações ou de fusões de empresas que afectem o emprego dos trabalhadores; por ocasião de processos de despedimento colectivo; quando os trabalhadores, especialmente transfronteiriços, forem afectados por políticas de emprego aplicadas pela empresa em que estiverem empregados.

Protecção da saúde e da segurança no meio laboral

19. Todos os trabalhadores devem beneficiar de condições satisfatórias de protecção da saúde e da segurança no meio onde trabalham.

Devem ser tomadas medidas adequadas para prosseguir a harmonização no progresso das condições existentes neste domínio.

Estas medidas terão nomeadamente em conta a necessidade de formação, informação, consulta e participação equilibrada dos trabalhadores no que se refere aos riscos corridos e às medidas tomadas para suprimir ou reduzir tais riscos.

As disposições relativas à instauração do mercado interno devem contribuir para esta protecção.

Protecção das crianças e dos adolescentes

20. Sem prejuízo de regras mais favoráveis aos jovens, nomeadamente das que assegurem, pela formação, a sua inserção profissional, e salvo derrogações limitadas a certos trabalhos leves, a idade mínima de admissão ao trabalho não deve ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, e nunca inferior a 15 anos.

21. Todos os jovens que estejam empregados devem receber uma remuneração equitativa, em conformidade com as práticas nacionais.

22. Devem ser tomadas as medidas necessárias à adaptação das regras de direito de trabalho aplicáveis aos jovens trabalhadores, a fim de que as mesmas dêem resposta às exigências do desenvolvimento e às necessidades de formação profissional e ao acesso ao trabalho desses jovens.

Nomeadamente, a duração do trabalho dos trabalhadores com menos de dezoito anos deve ser limitada - - sem que essa limitação possa ser contornada pelo recurso a horas extraordinárias — e o trabalho nocturno deve ser proibido, exceptuando-se o caso de certos empregos determinados pelas legislações ou pelas regulamentações nacionais.

23. Os jovens devem poder beneficiar, no termo da escolaridade obrigatória, de uma formação profissional inicial com duração que lhes permita adaptarem-se às exigências da sua futura vida profissional; no caso dos jovens trabalhadores, essa formação deve efectuar-se durante o horário de trabalho.

Pessoas idosas

De acordo com as regras próprias de cada país:

24. Atingida a reforma, todos os trabalhadores da Comunidade Europeia devem poder beneficiar de recursos que lhes assegurem um nível de vida decente.

25. Todas as pessoas que tenham atingido a idade da reforma mas que não tenham direito à pensão e que não disponham de outros meios de subsistência, devem poder beneficiar de recursos suficientes e de uma assistência social e médica adaptada às suas necessidades específicas.

Pessoas deficientes

26. Todas as pessoas deficientes, quaisquer que sejam a origem e a natureza da sua deficiência, devem poder beneficiar de medidas adicionais concretas tendentes a favorecer a sua integração profissional e social.

Estas medidas de melhoria devem nomeadamente aplicar-se à formação profissional, à ergonomia, à acessibilidade, à mobilidade, aos meios de transporte e à habitação, em função das capacidades dos interessados.

Título II - Aplicação da carta

27. A garantia dos direitos sociais fundamentais da presente carta bem como a aplicação das medidas sociais indispensáveis ao bom funcionamento do mercado interno no âmbito de uma estratégia de coesão económica e social são mais particularmente da responsabilidade dos Estados-membros, em conformidade com as práticas nacionais, designadamente por meio da legislação e das convenções colectivas.

28. O Conselho Europeu convida a Comissão a tomar, o mais rapidamente possível, as iniciativas que fazem parte das suas competências previstas no Tratado, com vista à adopção de instrumentos jurídicos para a efectiva aplicação dos direitos que são da competência da Comunidade, por forma a acompanhar a realização do mercado interno.

29. A Comissão elaborará anualmente, no decurso do último trimestre de cada ano, um relatório sobre a aplicação da carta pelos Estados-membros e pela Comunidade Europeia.

30. O relatório da Comissão será enviado ao Conselho Europeu,
ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social.

ANEXO II

Employment Relationship Recommendation, 2006 (Nº. 198)

Preamble

The General Conference of the International Labour Organization,

Having been convened at Geneva by the Governing Body of the International Labour Office, and having met in its Ninety-fifth Session on 31 May 2006, and

Considering that there is protection offered by national laws and regulations and collective agreements which are linked to the existence of an employment relationship between an employer and an employee, and

Considering that laws and regulations, and their interpretation, should be compatible with the objectives of decent work, and

Considering that employment or labour law seeks, among other things, to address what can be an unequal bargaining position between parties to an employment relationship, and

Considering that the protection of workers is at the heart of the mandate of the International Labour Organization, and in accordance with principles set out in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998, and the Decent Work Agenda, and

Considering the difficulties of establishing whether or not an employment relationship exists in situations where the respective

rights and obligations of the parties concerned are not clear, where there has been an attempt to disguise the employment relationship, or where inadequacies or limitations exist in the legal framework, or in its interpretation or application, and

Noting that situations exist where contractual arrangements can have the effect of depriving workers of the protection they are due, and

Recognizing that there is a role for international guidance to Members in achieving this protection through national law and practice, and that such guidance should remain relevant over time, and

Further recognizing that such protection should be accessible to all, particularly vulnerable workers, and should be based on law that is efficient, effective and comprehensive, with expeditious outcomes, and that encourages voluntary compliance, and

Recognizing that national policy should be the result of consultation with the social partners and should provide guidance to the parties concerned in the workplace, and

Recognizing that national policy should promote economic growth, job creation and decent work, and

Considering that the globalized economy has increased the mobility of workers who are in need of protection, at least against circumvention of national protection by choice of law, and

Noting that, in the framework of transnational provision of services, it is important to establish who is considered a worker in an employment relationship, what rights the worker has, and who the employer is, and

Considering that the difficulties in establishing the existence of an employment relationship may create serious problems for those workers concerned, their communities, and society at large, and

Considering that the uncertainty as to the existence of an employment relationship needs to be addressed to guarantee fair competition and effective protection of workers in an employment relationship in a manner appropriate to national law or practice, and

Noting all relevant international labour standards, especially those addressing the particular situation of women, as well as those addressing the scope of the employment relationship, and

Having decided upon the adoption of certain proposals with regard to the employment relationship, which is the fifth item on the agenda of the session, and

Having determined that these proposals shall take the form of a Recommendation;

adopts this fifteenth day of June of the year two thousand and six the following Recommendation, which may be cited as the Employment Relationship Recommendation, 2006.

I. NATIONAL POLICY OF PROTECTION FOR WORKERS IN AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

1. Members should formulate and apply a national policy for reviewing at appropriate intervals and, if necessary, clarifying and adapting the scope of relevant laws and regulations, in order to guarantee effective protection for workers who perform work in the context of an employment relationship.

2. The nature and extent of protection given to workers in an employment relationship should be defined by national law or practice, or both, taking into account relevant international labour standards. Such law or practice, including those elements pertaining to scope, coverage and responsibility for implementation, should be clear and adequate to ensure effective protection for workers in an employment relationship.

3. National policy should be formulated and implemented in accordance with national law and practice in consultation with the most representative organizations of employers and workers.

4. National policy should at least include measures to:

(a) provide guidance for the parties concerned, in particular employers and workers, on effectively establishing the existence of an employment relationship and on the distinction between employed and self-employed workers;

(b) combat disguised employment relationships in the context of, for example, other relationships that may include the use of other forms of contractual arrangements that hide the true legal status, noting that a disguised employment relationship occurs when the employer treats an individual as other than an employee in a manner that hides his or her true legal status as an employee, and that situations can arise where contractual arrangements have the effect of depriving workers of the protection they are due;

(c) ensure standards applicable to all forms of contractual arrangements, including those involving multiple parties, so that employed workers have the protection they are due;

(d) ensure that standards applicable to all forms of contractual arrangements establish who is responsible for the protection contained therein;

(e) provide effective access of those concerned, in particular employers and workers, to appropriate, speedy, inexpensive, fair and efficient procedures and mechanisms for settling disputes regarding the existence and terms of an employment relationship;

(f) ensure compliance with, and effective application of, laws and regulations concerning the employment relationship; and

(g) provide for appropriate and adequate training in relevant international labour standards, comparative and case law for the judiciary, arbitrators, mediators, labour inspectors, and other persons responsible for dealing with the resolution of disputes and enforcement of national employment laws and standards.

5. Members should take particular account in national policy to ensure effective protection to workers especially affected by the uncertainty as to the existence of an employment relationship, including women workers, as well as the most vulnerable workers, young workers, older workers, workers in the informal economy, migrant workers and workers with disabilities.

6. Members should:

(a) take special account in national policy to address the gender dimension in that women workers predominate in certain occupations and sectors where there is a high proportion of disguised employment relationships, or where there is a lack of clarity of an employment relationship; and

(b) have clear policies on gender equality and better enforcement of the relevant laws and agreements at national level so that the gender dimension can be effectively addressed.

7. In the context of the transnational movement of workers:

(a) in framing national policy, a Member should, after consulting the most representative organizations of employers and workers, consider adopting appropriate measures within its jurisdiction, and where appropriate in collaboration with other Members, so as to provide effective protection to and prevent abuses of migrant workers in its territory who may be affected by uncertainty as to the existence of an employment relationship;

(b) where workers are recruited in one country for work in another, the Members concerned may consider concluding bilateral agreements to prevent abuses and fraudulent practices which have as their purpose the evasion of the existing arrangements for the protection of workers in the context of an employment relationship.

8. National policy for protection of workers in an employment relationship should not interfere with true civil and commercial

relationships, while at the same time ensuring that individuals in an employment relationship have the protection they are due.

II. DETERMINATION OF THE EXISTENCE OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

9. For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.

10. Members should promote clear methods for guiding workers and employers as to the determination of the existence of an employment relationship.

11. For the purpose of facilitating the determination of the existence of an employment relationship, Members should, within the framework of the national policy referred to in this Recommendation, consider the possibility of the following:

(a) allowing a broad range of means for determining the existence of an employment relationship;

(b) providing for a legal presumption that an employment relationship exists where one or more relevant indicators is present;
and

(c) determining, following prior consultations with the most representative organizations of employers and workers, that workers with certain characteristics, in general or in a particular sector, must be deemed to be either employed or self-employed.

12. For the purposes of the national policy referred to in this Recommendation, Members may consider clearly defining the conditions applied for determining the existence of an employment relationship, for example, subordination or dependence.

13. Members should consider the possibility of defining in their laws and regulations, or by other means, specific indicators of the existence of an employment relationship. Those indicators might include:

(a) the fact that the work: is carried out according to the instructions and under the control of another party; involves the integration of the worker in the organization of the enterprise; is performed solely or mainly for the benefit of another person; must be carried out personally by the worker; is carried out within specific working hours or at a workplace specified or agreed by the party requesting the work; is of a particular duration and has a certain continuity; requires the worker's availability; or involves the provision of tools, materials and machinery by the party requesting the work;

(b) periodic payment of remuneration to the worker; the fact that such remuneration constitutes the worker's sole or principal source of income; provision of payment in kind, such as food, lodging

or transport; recognition of entitlements such as weekly rest and annual holidays; payment by the party requesting the work for travel undertaken by the worker in order to carry out the work; or absence of financial risk for the worker.

14. The settlement of disputes concerning the existence and terms of an employment relationship should be a matter for industrial or other tribunals or arbitration authorities to which workers and employers have effective access in accordance with national law and practice.

15. The competent authority should adopt measures with a view to ensuring respect for and implementation of laws and regulations concerning the employment relationship with regard to the various aspects considered in this Recommendation, for example, through labour inspection services and their collaboration with the social security administration and the tax authorities.

16. In regard to the employment relationship, national labour administrations and their associated services should regularly monitor their enforcement programmes and processes. Special attention should be paid to occupations and sectors with a high proportion of women workers.

17. Members should develop, as part of the national policy referred to in this Recommendation, effective measures aimed at removing incentives to disguise an employment relationship.

18. As part of the national policy, Members should promote the role of collective bargaining and social dialogue as a means, among others, of finding solutions to questions related to the scope of the employment relationship at the national level.

III. MONITORING AND IMPLEMENTATION

19. Members should establish an appropriate mechanism, or make use of an existing one, for monitoring developments in the labour market and the organization of work, and for formulating advice on the adoption and implementation of measures concerning the employment relationship within the framework of the national policy.

20. The most representative organizations of employers and workers should be represented, on an equal footing, in the mechanism for monitoring developments in the labour market and the organization of work. In addition, these organizations should be consulted under the mechanism as often as necessary and, wherever possible and useful, on the basis of expert reports or technical studies.

21. Members should, to the extent possible, collect information and statistical data and undertake research on changes in the patterns and structure of work at the national and sectoral levels,

taking into account the distribution of men and women and other relevant factors.

22. Members should establish specific national mechanisms in order to ensure that employment relationships can be effectively identified within the framework of the transnational provision of services. Consideration should be given to developing systematic contact and exchange of information on the subject with other States.

IV. FINAL PARAGRAPH

23. This Recommendation does not revise the Private Employment Agencies Recommendation, 1997 (Nº. 188), nor can it revise the Private Employment Agencies Convention, 1997 (Nº. 181).

ANEXO III

Princípios para os sistemas de prestações sociais¹¹⁷

“4.1. Princípio da protecção mínima: Assegurar prestações sociais de base em regime subsidiário, nomeadamente, para a garantia da subsistência/rendimento mínimo das pessoas que não auferem rendimentos suficientes através, por exemplo, do emprego, da pensão de reforma ou de outras prestações sociais. Isto requer o desenvolvimento de indicadores comuns para as prestações sociais de base. O apoio financeiro para a garantia da subsistência deve cobrir, pelo menos, os custos reais de alimentação, alojamento, vestuário, água, energia e cuidados de saúde primários.

4.2. Princípio da necessidade: Desenvolver e disponibilizar serviços sociais e de saúde modernos e profissionais para as diversas situações problemáticas: por exemplo, para as famílias, pessoas com deficiência, doentes, desempregados, famílias monoparentais, crianças, pessoas que prestam cuidados a familiares, refugiados, jovens com défice de desenvolvimento, pais com problemas na educação dos filhos, prestação de cuidados no domicílio e outros serviços domésticos, assistência em caso de sobre-endividamento, de comportamentos de dependência, de falta de habitação e de problemas psicossociais. Alguns dos serviços sociais eficazes são o aconselhamento, acompanhamento, orientação, seguimento,

¹¹⁷ Ponto 4 do Parecer de iniciativa do Comité Económico e Social sobre “Princípios para sistemas de prestações sociais eficazes e fiáveis”, de 17 de Setembro de 2015 (JO C 13, de 15.01.2016, p. 44).

Foram retiradas as notas de pé de página e alguns sublinhados a bold.

prestação de cuidados pessoais, capacitação e educação, tratamento curativo e terapia. Visto existirem múltiplas razões para o desemprego e ser necessário evitar espirais descendentes que culminem em pobreza, há que adoptar medidas activas e com garantia jurídica para apoiar uma reinserção rápida no mercado de trabalho, bem como garantir um subsídio digno a todas as pessoas à procura de emprego até que se concretize essa inserção, nomeadamente os jovens trabalhadores à espera de encontrar o seu primeiro emprego ou as mulheres que pretendem retomar o trabalho após uma longa interrupção na carreira.

4.3. Princípio da adequação: Definir claramente as finalidades das prestações sociais no domínio da política social, por exemplo, igualdade de oportunidades e equidade intergeracional, inclusão activa, equilíbrio das desvantagens, conciliação da vida profissional e familiar, segurança contra os riscos inerentes à vida, prevenção, intervenção em situações de crise, participação no mercado de trabalho e na sociedade, provisões para a velhice, capacitação das pessoas, etc. Aliado a isto, cabe determinar de forma adequada no âmbito da legislação social os tipos de prestações: por exemplo, prestação pecuniária e/ou serviço, tratamento ambulatorio ou hospitalar, etc. Pretende-se alcançar um equilíbrio entre o direito à autodeterminação do utente e o objectivo de tornar as prestações sociais eficazes.

4.4. Princípio da acessibilidade: Assegurar a acessibilidade local, temporal, financeira e não discriminatória das prestações sociais e,

em especial, dos serviços sociais. Um financiamento solidário e sustentável, transparência na oferta das prestações e uma garantia jurídica concreta com possibilidades de queixa e recurso são factores que promovem a acessibilidade. Quando exista a obrigação do pagamento de suplementos, deve ser equilibrada do ponto de vista social e não deve produzir efeitos inibidores do acesso. Controlos burocráticos para averiguar a necessidade concreta de assistência podem ser contraproducentes no caso de certas prestações, como a ajuda contra a dependência ou problemas psicossociais. Deve haver uma oferta activa de prestações aos utentes, em particular de serviços de aconselhamento e prevenção.

4.5. Princípio da proporcionalidade: As prestações devem ser adequadas e consideradas necessárias consoante o tipo e o âmbito. As decisões discricionárias e a legislação social devem ter isto em consideração. Os recursos despendidos devem estar numa relação de proporção razoável com o resultado que se espera de uma prestação social. As obrigações legais do cidadão no que toca à utilização de prestações sociais ou a outras condutas, bem como a relação entre direitos e obrigações, devem igualmente respeitar o princípio da proporcionalidade.

4.6. Princípio da solidariedade: O financiamento das prestações sociais deve basear-se essencialmente em sistemas de segurança social solidários e em sistemas fiscais justos e solidários. Um financiamento solidário deve incluir tanto quanto possível todos os grupos da sociedade e classes sociais, o que reforça a fiabilidade, a

aceitação e a sustentabilidade do financiamento. O trabalho não declarado e a evasão fiscal prejudicam os sistemas de protecção social. Perante a evolução da demografia e da economia, parece sensato recorrer a todos os tipos de receitas, incluindo, por exemplo, os rendimentos de capitais. Uma melhor coordenação dos sistemas fiscais e de financiamento na UE pode melhorar a base de financiamento. O investimento privado, donativos, o empenhamento cívico e religioso e a utilização de recursos provenientes de fundações são bons complementos ao financiamento regular, embora não possam assegurar direitos nem infraestruturas.

4.7. Princípio da auto-responsabilização: Os candidatos a emprego e as pessoas com dificuldades de inserção profissional, etc., devem ser apoiados através de serviços sociais e sistemas de incentivos, a fim de conseguirem sustentar-se total ou parcialmente pelos seus próprios meios. Os cidadãos devem poder beneficiar de uma cobertura complementar no âmbito de acordos paritários complementares ao sistema público, negociados e geridos sem fins lucrativos. Um apoio profissional no desenvolvimento de qualificações profissionais e de competências pessoais, tais como capacidade de comunicação, competências sociais e aptidões para o dia-a-dia, é frequentemente condição essencial para obter uma capacidade suficiente de auto-responsabilização e responsabilidade social. No que toca à protecção da saúde individual, os regimes de segurança social poderiam promover um estilo de vida saudável através da oferta de acções de prevenção, de medidas de incentivo e de uma melhor protecção dos consumidores.

4.8. Princípio da participação: Cada prestação deve contribuir, individualmente ou em combinação com outras prestações, para a participação dos cidadãos na sociedade. Esta participação na sociedade abrange também a participação profissional, cultural e política, bem como a participação na prosperidade social.

4.9. Princípio da estrutura: Uma organização adequada da relação jurídica e financeira entre utentes, serviços sociais — públicos ou independentes, consoante o sistema —, organismos públicos de protecção social ou seguros sociais. Quando os serviços sociais independentes são integrados nos sistemas públicos de prestações sociais, por exemplo, através da legislação social e do financiamento, a prestação desses serviços e, em especial, o seu financiamento e a sua acessibilidade devem cumprir os princípios aqui enumerados. Esses serviços sociais devem ser financiados numa base solidária e regulados pela legislação social de maneira a poderem disponibilizar prestações de elevada qualidade a toda a população.

4.10. Princípio da autodeterminação do utente: Os utentes não são objectos, mas sim coprodutores do auxílio prestado e cidadãos com direito às prestações. Devem poder escolher, no âmbito de um orçamento adequado, entre diversas formas de prestações, como, por exemplo, um tratamento ambulatorio ou hospitalar, e outras, como o apoio ao domicílio. O tipo de assistência adequado depende da situação individual, das necessidades concretas de assistência

profissional, a serem avaliadas por especialistas com formação, e da vontade de cada pessoa, bem como das circunstâncias locais. Nos casos em que os serviços sociais independentes são integrados nos sistemas públicos de prestações sociais, nomeadamente, através da legislação social e do financiamento, os utentes devem poder escolher entre diversos serviços.

4.11. Princípio da segurança jurídica: Garantia jurídica das prestações, eventualmente através da legislação social ou de instrumentos jurídicos semelhantes dos Estados-Membros, que gozem de fundamentação democrática. As regulamentações no âmbito da legislação social devem conter os seguintes elementos: direitos legais, cláusulas discricionárias, obrigações de colaboração dos utentes, descrição das condições aplicáveis às prestações, das possibilidades de queixa ou recurso, da supervisão pública dos fornecedores privados de prestações públicas se for o caso, das normas de qualidade e garantias de acesso, da obrigatoriedade de infraestruturas, do modo de financiamento, etc. É necessário garantir o estatuto jurídico e os direitos legais dos utentes, pelo menos, para as prestações sociais e serviços de saúde de base. Em alguns tipos de prestações, as decisões discricionárias podem permitir ter mais em conta as circunstâncias. O bem-estar das pessoas vulneráveis deve ser especialmente protegido por lei. Os serviços sociais independentes carecem de um estatuto jurídico protegido e de um acesso não discriminatório ao fornecimento de prestações, desde que não se trate de monopólios. Em alguns Estados-Membros, a posição da política social é reforçada pela

inclusão de uma obrigação do Estado social nas bases constitucionais, assegurando assim a disponibilização de prestações sociais de base, mesmo em tempo de crise.

4.12. Princípio da defesa do interesse geral: Modelos de empresas e de organizações especialmente orientados para o bem comum e favoráveis à participação, tais como organizações sem fins lucrativos, empresas sociais, serviços públicos, associações, certos tipos de fundações e cooperativas, organizações de utentes e outros intervenientes da sociedade civil devem beneficiar de condições financeiras e jurídicas adequadas. O financiamento de organizações com fins lucrativos activas neste domínio através dos impostos ou das contribuições para a segurança social requer um debate aprofundado no âmbito da política social, controlos adequados e, pelo menos, um enquadramento para a distribuição dos lucros.

4.13. Princípio da transparência: A utilização de recursos públicos pelos serviços sociais e pelas administrações públicas deve ser transparente. As bases jurídicas, as razões subjacentes a decisões relativas às prestações e à adjudicação de contratos, etc., devem estar acessíveis ao público.

4.14. Princípio do funcionamento em rede: A realidade do dia a dia, a alteração dos percursos de vida, novas estruturas familiares, o envelhecimento e as migrações exigem serviços integrados e que funcionem em rede. Há que evitar a segregação, a exclusão e a discriminação.

4.15. Princípio da equidade: Os utentes, os organismos de protecção social e os serviços sociais devem ter direitos e obrigações regulados e aplicáveis por lei. As disposições previstas para a imposição de sanções ou pagamento de indemnizações em caso de incumprimento das regras devem ser aplicáveis não só aos utentes mas também aos organismos públicos de protecção social.

4.16. Princípio da qualidade: Os serviços sociais devem estar associados a medidas de garantia da qualidade. A avaliação das necessidades, o planeamento e a execução de medidas devem basear-se em conhecimentos no domínio das ciências sociais e em informação técnica especializada. A prestação de serviços personalizados deve ser reforçada através de acções de formação, profissionalização e remunerações e condições de trabalho adequadas no quadro da autonomia de negociação colectiva. O enquadramento de qualidade para os serviços de interesse geral na Europa pode servir de modelo para as recomendações da UE relativas aos serviços sociais. Sempre que for útil, a título de complemento, cabe promover o recrutamento e a instrução de voluntários.

4.17. Princípio da coordenação: Deve ser melhorado o processamento de casos transfronteiras no que se refere às prestações da segurança social e da protecção social. Neste contexto, há que ter em conta a capacidade das entidades pagadoras e dos contribuintes do sistema fiscal e do sistema de segurança social, bem como respeitar o princípio da solidariedade social e da

proporcionalidade. Deve evitar-se um encargo unilateral sobre sistemas nacionais que sejam particularmente eficientes.”

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹⁸

- Acórdão Defrenne, de 15/06/1978 (C-149/77) - referência à Convenção 111 da OIT
- Acórdão Duphar, de 07/02/1984 (C-238/82) - em matéria de segurança social, os Estados-membros mantêm-se competentes para organizar os seus sistemas de segurança social
- Acórdão Blaizot, de 02/02/1988 (C-24/86) - referência expressa ao artigo 10.º da Carta Social Europeia
- Acórdão Sante Pasquini, de 19/06/2003 (C-34/02) - a União limita-se a editar as regras que permitem determinar o Estado competente em caso de conflito de legislação aplicável
- Acórdão G Schultz-Hoff et Singer, de 20/01/2009 (C-350/06 e C-520/06) - referência ao artigo 5.º da Convenção n.º 132 da OIT
- Acórdão HK Danmark, de 11/04/2013 (C-335/11 e C-337/11) - aplicação às pessoas com deficiência das regras de não discriminação da Convenção das Nações Unidas relativa aos Direitos das Pessoas com Deficiência
- Acórdão AFMB Ltd, de 16.07.2020 (C-610/18) - irrelevância do empregador formal face ao empregador de facto

¹¹⁸ A pesquisa dos textos dos acórdãos deve ser feita pelo número do processo no site da jurisprudência da União Europeia em <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt>

Bibliografia

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2009, 4ª edição

BEC, Colette, *La Sécurité Sociale pour une Société Solidaire*, Vie Sociale, n.º 10, 2015

BOUËDEC, Natalie Le, *Le concept de «droit social»: Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar* em <https://journals.openedition.org/asterion/497>

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

CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa* anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4ª edição revista, Volume I

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 1991

CHESNAIS, François, *Tobin or not Tobin*, Campo da Comunicação, Porto, 2000

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

CRANSTON, Maurice, *Are There Any Human Rights?*, Daedalus, 1983

DELAUTRE, Guillaume et alii, *Le Travail décent dans une économie mondialisée: Quelques leçons des initiatives publiques et privées*, OIT, 2021

DELPÉRIÉE, A, *Y a-t-il une politique sociale européenne*, *Révue Belge de Sécurité Sociale*, n.º 11, 12, 1967

GREBER, Pierre-Yves, *Les fondements juridiques des prestations de sécurité sociale en droit international, européen et national: utilité, solidité, limites*, *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, 2004, n.º 32

HESPANHA, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2009

JACCARD, Pierre, *História Social do Trabalho das Origens até aos Nossos Dias*, Livros Horizonte, Lisboa, 1959

LAROQUE, Pierre, *La Charte Sociale Européenne*, *Droit Social*, n.º 3, Março de 1979

LEAL, António da Silva, *O Direito à Segurança Social*, AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, volume I, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979

LEIBFRIED, S., *La Communauté Européenne et les Possibilités d'Instituer un État-Providence*, *Révue Belge de Sécurité Sociale*, n.º 4, 1993

LYON CAEN, Gérard et Antoine, *Droit social international et européen*, Dalloz, Paris, 1993, 8ª edição

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, Tomo I

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Petrony, Lisboa, 2018

ONORA, O'Neill, *Faces of Hunger, An Essay on Poverty, Justice and Development*, Londres Allen & Unwin, 1986

PÉRRIN, Guy, *Origines du Droit International de la Sécurité Sociale*, *Révue Française des Affaires Sociales*, Paris, n.º 35, 1981

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Arménio Amado Editor Sucessor, Coimbra, 4ª edição, 1961

ROBIN-OLIVIER, S., *Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe*, *Droit social*, 2016

RONZOLANI, Vincenzo, *A Segurança Social para os Trabalhadores Independentes*, Relatório da Associação Internacional da Segurança Social, Setembro / Outubro de 1964, pp. 21 e ss.

SAUVÉ, Jean-Marc, em <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-droit-social-et-la-norme-internationale>

SEN, Amartya, *A Ideia de Justiça*, Almedina, Coimbra, 2012

SILVA, Jorge Pereira e RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *Justiça entre Gerações. Perspectivas interdisciplinares*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017

SUPIOT, Alain, et alii, *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
(Relatório do Grupo Supiot)

SUPIOT, Alain, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, *Révue Internationale du Travail*, n.1, Março, 2021



DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA REVOGAÇÃO UNILATERAL DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA POR INICIATIVA DO TRABALHADOR

(IN)ADMISSIBILITY OF THE UNILATERAL TERMINATION OF THE NON-COMPETE PACT AT THE INITIATIVE OF THE WORKER

Benjamim Mendes¹

Sara Leitão²

Sumário - 1. Enquadramento - 2. Liberdade de trabalho - 3. O regime do artigo 81.º do Código Civil - 3.1. A limitação voluntária dos direitos de personalidade - 3.2. A possibilidade de revogação unilateral da limitação - 3.3. Consequência da revogação - o dever de indemnizar a contraparte - 4. A aplicação do regime do artigo 81.º do Código Civil ao pacto de não concorrência - 4.1. Teses em confronto - 4.2. Posição adotada - 5. Conclusões - Bibliografia - 1. Doutrina - 2. Jurisprudência

Resumo:

O presente estudo procura ajuizar da possibilidade de o trabalhador promover a desvinculação unilateral do pacto de não concorrência, previsto no artigo 136.º do Código do Trabalho, enquanto limitação voluntária a um direito de personalidade, nos termos do disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, hipótese que tem sido genericamente admitida pela Doutrina e Jurisprudência, sendo disso exemplo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004. Partindo de uma breve referência à liberdade de trabalho e de uma análise do regime do referido artigo 81.º, ponderaremos a adequação da sua aplicação ao pacto de não concorrência, atendendo aos interesses em causa e às especificidades deste

¹ Advogado, Sócio da DLA Piper ABBC.

² Advogada, Associada da DLA Piper ABBC. Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (IDT) e membro do Instituto de Direito do Trabalho.

último, que se assume como exceção à nulidade das cláusulas limitadoras da liberdade de trabalho após a cessação da relação juslaboral.

Abstract:

This study aims to analyze the possibility of the worker promoting the unilateral termination of the non-compete pact, provided for in article 136 of the Labour Code, as a voluntary limitation to a personality right, pursuant to the provisions of article 81, no. 2, of the Civil Code, a hypothesis that has been generally accepted by the Doctrine and Jurisprudence, an example of which is the Ruling of the Constitutional Court no. 256/2004. Starting from a brief reference to freedom of work and an analysis of the regime of said article 81, we will consider the adequacy of its application to the non-compete pact, taking into account the interests in question and the specificities of the latter, which is assumed as an exception to the invalidity of clauses limiting the freedom to work after the termination of the employment contract.

1. Enquadramento

Embora vigore, na ordem jurídica nacional, um princípio de proibição de pactos destinados à limitação da liberdade de trabalho do trabalhador³, enquanto expressão da liberdade de trabalho, consagrada no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição⁴, no quadro da especificidade que caracteriza a relação laboral, assente na fidúcia e na confiança recíprocas, a lei admite, de forma expressa, para salvaguarda dos interesses do empregador, que as partes

³ O artigo 136.º, n.º 1, do Código do Trabalho, estabelece a nulidade das cláusulas de contrato de trabalho ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato. Adicionalmente, o artigo 138.º do mesmo diploma prescreve a nulidade de acordos entre empregadores que proibam a admissão de trabalhadores que a eles prestem ou tenham prestado trabalho, ou que determinem o pagamento de uma indemnização em caso de admissão.

⁴ Como refere BERNARDO LOBO XAVIER, a liberdade de trabalho manifesta-se na proibição da vinculação perpétua, herdada do liberalismo e da consciência de que uma tal vinculação se assemelharia à escravatura, e no estabelecimento de condicionalismos à limitação do exercício do direito ao trabalho depois da cessação do contrato (BERNARDO LOBO XAVIER et. al., *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020, p. 626).

estabeleçam limites à liberdade de trabalho dos trabalhadores depois da cessação do contrato de trabalho, mediante o cumprimento de determinados pressupostos.

Exemplo paradigmático deste tipo de convénios é o pacto de não concorrência, previsto e regulado no artigo 136.º do Código do Trabalho⁵, cuja utilidade é há muito reconhecida⁶.

O artigo 136.º do Código do Trabalho proclama, no seu n.º 2, a licitude da “limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho”, preenchidos determinados pressupostos, a saber, a redução do acordo a escrito, a suscetibilidade de a atividade a desenvolver causar prejuízo ao empregador e a atribuição de uma compensação ao trabalhador.

Nos restantes números, o artigo 136.º limita-se a prever as consequências, no plano da compensação a atribuir ao trabalhador, da declaração de ilicitude do despedimento ou da resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em ato ilícito do empregador (n.ºs 3 e 4), e a alargar o limite máximo de duração do

⁵ Sobre o pacto de não concorrência e o seu regime, cfr., na manualística, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1039, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 19.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 356 e ss., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 387 e ss., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 668 e ss., e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II - Situações Laborais Individuais, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1026 e ss..

⁶ Conforme referia RAÚL VENTURA, da dificuldade de distinção entre a preparação profissional do trabalhador e o segredo industrial “resulta o particular interesse das cláusulas destinadas a proibir ou a dificultar a concorrência, depois de extintas as relações jurídicas de trabalho e que constituem modalidade das cláusulas restritivas do exercício da profissão, comércio ou indústria (RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 10, n.ºs 1 e 2, 1950, p. 359).

pacto de não concorrência para três anos no caso de trabalhador afeto ao exercício de atividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência (n.º 5).

O regime legal do pacto de não concorrência - e dos demais pactos limitadores da liberdade de trabalho - deixa em aberto importantes questões sobre os limites que lhe são aplicáveis⁷ e, em particular, sobre o regime da sua cessação, destacando-se a dúvida sobre a possibilidade de cessação do mesmo por iniciativa unilateral da cada uma das partes.

Nesta perspetiva, o presente estudo procura abordar o tema da eventual admissibilidade da cessação do pacto de não concorrência por iniciativa unilateral do trabalhador, nomeadamente ao abrigo do regime da revogação unilateral das limitações aos direitos de personalidade, prevista e regulada no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, admitida já pela jurisprudência constitucional⁸.

⁷ JOANA VASCONCELOS, “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, UCE, Lisboa, 2015, p. 204. Sobre algumas das questões levantadas pelo regime legal do pacto de não concorrência, cfr. BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Pacto de não concorrência. Questões práticas sobre a limitação da liberdade de trabalho após a cessação da relação jus laboral”, *Liberdade, Sempre! - Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 307 e ss.

⁸ Cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004, de 14 de abril.

Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, cfr. JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., PEDRO PETRUCCI DE FREITAS, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho”, *Revista de Direito Público*, n.º 9, Coimbra, jan.-jun. 2013.

2. Liberdade de trabalho

Embora direitos fundamentais e direitos de personalidade não sejam assimiláveis, é certo que existem “largas zonas de coincidência”⁹.

Os direitos de personalidade, que emanam da própria pessoa¹⁰, incluirão os direitos de estado, direitos sobre a própria pessoa, direitos distintivos da personalidade e muitos dos direitos de liberdade¹¹.

É nestes últimos que se inclui a liberdade de trabalho e escolha da profissão, garantida, enquanto direito fundamental dos cidadãos, pelo artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, que estatui que “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”.

Postulando um conjunto de outros direitos, a liberdade de trabalho relaciona-se de forma estreita com o direito ao trabalho, garantido pelo artigo 58.º da Constituição, enquanto direito social. Se a liberdade de trabalho e escolha de profissão visa garantir que as pessoas possam trabalhar e, dessa forma, assegurar a sua

⁹ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, p. 85. Sobre a distinção, assinala o Autor que, enquanto os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, apresentando uma incidência publicista imediata, os direitos de personalidade assentam em relações de igualdade, apresentando uma incidência privatística.

¹⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER / EVA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 275. Como referem os Autores, os direitos de personalidade “encontram o seu fundamento no princípio do respeito que os homens se devem mutuamente”, visando a proteção do “homem naquilo que ele é em si”.

¹¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 396.

subsistência, o direito ao trabalho também não pode ser concretizado contra a liberdade de trabalho, pois que o Estado não pode impedir ou impor determinada atividade como forma de concretização do direito ao trabalho¹².

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 humana¹³.

Enquanto direito de liberdade de natureza social, a liberdade de trabalho goza de garantias quanto à sua fruição, que procuram assegurar a sua efetividade e que pressupõem a sua irrenunciabilidade¹⁴.

Porém, a liberdade de trabalho pode ser objeto de limitações voluntárias, resultando, no caso, de acordo entre o trabalhador e o empregador¹⁵, designadamente, através do pacto de não concorrência. A admissibilidade dessa restrição variará em função dos “valores que concorrem para o acto renunciativo”¹⁶.

¹² JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 963-964.

¹³ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 54-55.

¹⁴ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., p. 86.

¹⁵ Sobre as restrições aos direitos fundamentais dos trabalhadores, cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, I, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 210 ss.

¹⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., p. 85. Como assinala o Autor, “hoje não se questiona tanto o problema da admissibilidade da renúncia a direitos fundamentais (no caso: liberdade de trabalho) - embora tudo esteja na delimitação do conceito de renúncia (*infra*) -, quanto o dos respectivos limites, uma vez que num ordenamento que não permite

Tratando-se de um direito inserido no título respeitante aos direitos, liberdades e garantias, as disposições limitadoras do exercício da liberdade de trabalho dependem da autenticidade e genuinidade da manifestação de vontade do titular e estão sujeitas a limites, associados, designadamente, ao respeito pelo seu conteúdo essencial, enquanto projeção da dignidade da pessoa humana¹⁷.

3. O regime do artigo 81.º do Código Civil

3.1 A limitação voluntária dos direitos de personalidade

Enquanto direitos subjetivos, os direitos de personalidade são uma manifestação da autonomia privada, que se materializa, no essencial, na iniciativa do titular quanto à defesa desses direitos e na sua autovinculação à limitação dos mesmos¹⁸. A lei admite que o titular do direito de personalidade violado escolha o que fazer perante uma ofensa, decidindo se pretende, ou não, exercer o seu direito e, do mesmo modo, admite, em princípio, que o titular de um direito de personalidade acorde na limitação desse direito.

Depois de prever, no seu n.º 1, a nulidade de toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade contrária aos

a disponibilidade de direitos fundamentais a tutela da dignidade da pessoa humana transforma-se numa forma absurda de opressão: o cidadão carece de ser livre para exprimir a sua personalidade através de uma manifestação de vontade” (op. cit., pp. 90-91).

¹⁷ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 305.

¹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 153.

princípios da ordem pública¹⁹, o artigo 81.º do Código Civil estatui, no seu n.º 2, que “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

São, assim, genericamente admitidos os negócios jurídicos que tenham por objeto direitos de personalidade, que comungam do regime geral aplicável aos atos e negócios jurídicos²⁰.

O consentimento subjacente à limitação voluntária deverá, para que seja admissível e, em consequência, válido, ser consciente, resultando da vontade esclarecida e livre do declarante, ponderada e concreta, visando situações determinadas²¹.

3.2 A possibilidade de revogação unilateral da limitação

Admitindo a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, o n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil confere ao titular do direito objeto de limitação a possibilidade de revogar

¹⁹ Assinalam HEINRICH EWALD HÖRSTER / EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 288, que, nos termos desta norma, parece não ser suficiente para a existência de nulidade uma violação dos bons costumes, associada a uma ideia de aceitação ou convenção geral. Em sentido contrário, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 155, refere que da omissão do artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil, quanto às referências à lei e à ordem pública não pode retirar-se, *a contrario*, que a violação destas últimas não conduziria à nulidade.

²⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 165.

²¹ HEINRICH EWALD HÖRSTER / EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 288. Como assinalam os Autores, embora, em regra, o consentimento à limitação voluntária seja expresse, pode haver lugar à limitação voluntária de forma tácita ou implícita, como sucederá no caso do praticante desportivo que consente nas lesões que eventualmente venha a sofrer (op. cit., p. 289).

unilateralmente a limitação em causa, a todo o tempo²², apresentando-se esta faculdade como a grande especificidade dos negócios jurídicos que têm por objeto direitos de personalidade.

Sendo livremente revogáveis (apenas) pelo titular dos direitos de personalidade objeto de limitação, estes negócios jurídicos são apenas unilateralmente vinculantes, o que se traduz numa significativa desigualdade entre as partes no negócio, que radica na natureza dos direitos de personalidade²³.

Esta possibilidade reforça o caráter pessoal dos direitos de personalidade - que se sobrepõem, assim, ao princípio do *pacta sunt servanda* (artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil)²⁴ - e a “negociabilidade limitada” que os caracteriza²⁵, podendo o titular do direito desvincular-se da limitação na qual consentiu a todo o tempo. A lei pretende garantir que o titular do direito nunca perde definitivamente o controlo do mesmo, mantendo a possibilidade de, a todo o tempo, recuperar aquilo de que dispôs²⁶.

²² Estatui o artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil que “A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

²³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 166.

²⁴ HEINRICH EWALD HÖRSTER / EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 292.

²⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação ao artigo 81.º, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO et. al., *Código Civil Comentado*, I, Almedina, Coimbra, 2020, p. 325.

²⁶ Como assinala PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 166, “a sua disponibilidade negocial fica, assim, muito próxima da tolerância, porque só perdura enquanto o seu titular quiser”. Os “negócios de personalidade” apresentariam, assim, uma “eficácia mais legitimadora e reguladora do que vinculativa”, pois é o consenso do titular, dentro dos limites enunciados, que torna lícita a compressão ou limitação do direito (que, na ausência da mesma, seria ilícita), que fica regulada, quanto ao modo, regime e termos da limitação, pelo acordo celebrado. A “eficácia vinculativa” manteria a sua plenitude na vinculação da contraparte e do titular do direito até ao momento da desvinculação.

À partida, a redação do n.º 2 do artigo 81.º parece afastar a qualificação da posição jurídica da contraparte como verdadeiro direito subjetivo, reconduzindo-a à titularidade de uma mera expectativa. Por essa razão, não poderia exigir judicialmente o cumprimento da obrigação por parte do titular do direito de personalidade. Ao contrário, essa faculdade assistiria já a este último, que detém um verdadeiro direito subjetivo passível de ser judicialmente exercido²⁷.

3.3 Consequência da revogação - o dever de indemnizar a contraparte

Embora lícita, a revogação da limitação implica o pagamento de uma indemnização à contraparte, pelos prejuízos causados às suas “legítimas expectativas”. É este o sentido da parte final do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil.

No que respeita à fixação da indemnização em causa, haverá que ter-se em conta a necessidade de salvaguardar a possibilidade de efetivo recurso à revogação unilateral.

O direito de desvinculação unilateral que o preceito visa salvaguardar, como forma de garantia da indisponibilidade do direito de personalidade²⁸, pressupõe que o valor da indemnização arbitrada não seja nunca tão elevado que inviabilize o exercício daquela

²⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 168. O Autor admite, inclusivamente, que o titular do direito de personalidade limitado por um negócio de personalidade possa invocar a exceção de incumprimento para reter o cumprimento ou para resolver o contrato.

²⁸ JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., p. 208.

faculdade, sob pena de se frustrar o exercício do poder de revogação²⁹.

Em nosso entender, esta circunstância não inviabiliza a possibilidade de o valor da indemnização ser antecipadamente fixado pelas partes, através de um regime semelhante ao da cláusula penal para os casos de incumprimento, nos termos do disposto no artigo 810.º do Código Civil³⁰, ficando a contraparte impedida de exigir indemnização pelo dano excedente (artigo 811.º, n.º 2, do Código Civil).

A cláusula penal tem por principal propósito garantir segurança na fixação do montante da indemnização, evitando futuras dúvidas e litígios entre as partes³¹. Existindo, nos termos do disposto no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, um dever de indemnizar, nada parece obstar a que as partes antecipem a fixação do valor dessa indemnização, de forma a acautelar a posição de cada uma e, inclusivamente, limitar a responsabilidade do devedor, nos casos em que os danos possam revelar-se exagerados em relação ao que as partes previram no momento da negociação³².

²⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 168.

³⁰ Contra, JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., pp. 208-209. Entende a Autora que tal fixação tem como propósito ou resultado “dificultar a desvinculação que o mesmo [artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil] garante ao titular do direito de personalidade consensualmente limitado”, agravando “de forma injustificada e desproporcionada a situação do titular, forçado a recorrer à sua redução segundo a equidade e a evidenciar o seu patente excesso para não ter de pagar mais do que é *ex lege* exigido, num esforço probatório que, não fora a sua estipulação, caberia à contraparte”.

³¹ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 73.

³² A cláusula penal pode também ser fixada como verdadeira “penalidade”, com o objetivo de limitar a responsabilidade da parte faltosa ou servir para atribuir

A respeito do *quantum* da indemnização a atribuir à contraparte por parte do titular do direito de personalidade que revoga a limitação que lhe fora imposta haverá ainda referir que a mesma deverá cobrir não apenas o dano negativo, colocando a contraparte na posição em que estaria se não tivesse existido o negócio revogado, mas também o dano positivo, colocando o lesado na situação em que este se encontraria “sem a revogação”³³.

Esta indemnização distingue-se, porém, da indemnização devida em caso de incumprimento, prevista no artigo 798.º do Código Civil.

A fixação da indemnização por incumprimento não tem de atender ao circunstancialismo *supra* exposto, nem à necessidade de assegurar, numa lógica de garantia da efetividade do direito objeto da limitação voluntária, que o valor da indemnização não seja nunca tão elevado que inviabilize o exercício da faculdade de revogação.

Apresentadas as linhas essenciais do regime do artigo 81.º do Código Civil, cumpre agora prosseguir no exercício proposto, analisando a aplicabilidade do mesmo ao pacto de não concorrência.

caráter patrimonial a prestações que o não tenham (PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, op. cit., p. 74).

³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação ao artigo 81.º, op. cit., p. 327. Como assinala o Autor, “se, num caso de limitação ligeira e reversível, foi dado um consentimento informado, originando investimentos do beneficiário e, depois, *ad nutum*, o consentimento foi revogado, é justa uma indemnização integral. Parece desejável, em casos desse tipo, que as partes regulem previamente, as consequências da revogação”.

4. A aplicação do regime do artigo 81.º do Código Civil ao pacto de não concorrência

4.1 Teses em confronto

A aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, e, consequentemente, a possibilidade de desvinculação unilateral do pacto de não concorrência pelo trabalhador vem sendo admitida por alguns autores³⁴ e foi expressamente admitida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 256/2004, de 14 de abril³⁵.

Neste aresto, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma do n.º 2 do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969, por violação do disposto nos artigos 47.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1, da Constituição, que garantem a liberdade de escolha da profissão e o direito ao trabalho, respetivamente.

Depois de concluir que a regulamentação do pacto de não concorrência “não pode ser considerada como restringindo de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho”³⁶, o

³⁴ Cfr., designadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 668, n. 1445, p. 672, MARIA IRENE GOMES, “Questões a propósito dos requisitos exigidos para a lícita constituição da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho”, *Questões Laborais*, n.º 42, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 261, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., pp. 103 e ss., e Joana Nunes Vicente, “Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho”, JOÃO LEAL AMADO et. al., *Direito do Trabalho. Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 507.

³⁵ Publicado no Diário da República, II Série, n.º 266, de 12 de novembro de 2004, in <http://www.dre.pt>.

³⁶ O juízo sobre a não inconstitucionalidade da norma assenta no facto de a restrição resultar de um acordo entre as partes e, consequentemente, da autonomia do trabalhador (e não de imposição legal), estar temporal e geograficamente limitada, se exigir um risco efetivo de prejuízos para o

Tribunal acrescenta que “o trabalhador não fica, em rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho. A limitação voluntária do exercício desse direito é sempre revogável (artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil) e o incumprimento do pacto, através da celebração de contrato de trabalho com empresa concorrente do antigo empregador, não gera, em princípio, a invalidade desse contrato, mas eventualmente mera obrigação de indemnização”.

JOANA VASCONCELOS refere, em apreciação crítica ao aresto, que o Tribunal Constitucional parte, por um lado, da assunção infundada da “desconformidade constitucional do regime juslaboral dos pactos de não concorrência”, que exigiria uma interpretação orientada à garantia da liberdade de trabalho, e, por outro, não pondera as consequências da aplicação do direito de desvinculação unilateral do direito comum neste regime³⁷.

Defende a Autora que o regime legal do pacto de não concorrência expressa já um equilíbrio dos interesses em jogo, desde logo, através dos requisitos de cujo preenchimento depende a validade do pacto, contendo uma disciplina “completa”, que dispensa o recurso ao direito comum nesta parte. Neste quadro, “a transposição para o pacto de não concorrência da revogação unilateral naquele prevista só teria sentido diante da sua

empregador decorrente da concorrência e o pagamento de uma compensação adequada ao trabalhador.

³⁷ JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., p. 211. A Autora critica ainda a possibilidade, expressamente admitida pelo Acórdão, de fixação antecipada, através de cláusula penal, do valor a suportar pelo titular do direito em caso de desvinculação unilateral, ao abrigo do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, que reputa de contraditória relativamente ao raciocínio expendido. Este ponto será desenvolvido abaixo.

comprovada incapacidade para evitar uma intolerável restrição da liberdade de trabalho do trabalhador”, o que não se verifica, já que o regime laboral é suficiente para preservar o conteúdo essencial da liberdade de trabalho, de forma adequada e suficiente³⁸.

A Jurisprudência tem, desde então, aderido a este entendimento e advogado o direito de desvinculação unilateral do trabalhador nos pactos de não concorrência^{39,40}, sem, contudo, justificar tal aplicação⁴¹.

Na Doutrina, como referido, são vários os autores que se pronunciam no sentido da aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil ao pacto de não concorrência.

PEDRO ROMANO MARTINEZ refere, a propósito do desrespeito do pacto de não concorrência pelo trabalhador que, embora este configure, em regra, uma situação de incumprimento contratual, pode integrar uma atuação lícita sempre que seja aplicável o disposto no artigo 81.º do Código Civil. Entende o Autor que “constituindo o pacto de não concorrência uma limitação lícita de um direito de personalidade do trabalhador, se este se desvincular

³⁸ JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., p. 212.

³⁹ Cfr., designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10.12.2009, Processo n.º 09S0625, e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.12.2009, Processo n.º 376/06.6TTSNT.L1-4, e de 18.12.2013, Processo n.º 2525/11.3TTLSB.L1-4, todos in <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁰ Também nos pactos de permanência tem sido defendida a aplicação deste regime pelos tribunais nacionais. Cfr., designadamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.06.2011, Processo n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1, in <http://www.dgsi.pt>.

Do mesmo modo, sobre a aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, ao pacto de não concorrência estabelecido no contrato de agência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05.11.2020, Processo n.º 2017/19.2T8PDL.L1-2, in <http://www.dgsi.pt>.

⁴¹ Como refere JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., p. 213.

na base desse pressuposto, o ato é lícito, mas determina o dever de indemnizar o empregador, por exemplo das despesas efetuadas na preparação técnica do trabalhador”⁴².

JOÃO ZENHA MARTINS define como “característica essencial da auto-limitação assumida à liberdade de trabalho, seja qual for o pacto” a “sua revogabilidade a todo o tempo pelo trabalhador”, com fundamento no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, que permite “que o trabalhador desfrute de modo efectivo do bem personalidade significado pelo trabalho” e garante “que a vinculação assumida não se protele no tempo contra a sua vontade, atribuindo ao acordo em que se limita a liberdade de trabalho uma vinculatividade unilateral”⁴³. O reconhecimento deste direito de revogação influenciaria o *quantum* indemnizatório, permitindo ao tribunal a redução do montante previsto em cláusula penal sempre que o mesmo se revelasse “excessivo” e não apenas “manifestamente excessivo”⁴⁴.

Ainda no âmbito da aplicação do regime do artigo 81.º do Código Civil ao pacto de não concorrência, caberá indagar da possibilidade de fixação antecipada da compensação em caso de revogação unilateral do mesmo pelo trabalhador, em moldes semelhantes ao que sucede na cláusula penal.

A admitir-se a aplicação do regime do artigo 81.º do Código Civil ao pacto de não concorrência - solução que não acolhemos, como

⁴² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 672.

⁴³ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., p. 103.

⁴⁴ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., p. 773.

melhor desenvolveremos *infra* -, nenhuma razão encontramos que permita impedir a fixação antecipada da compensação em caso de revogação unilateral do mesmo pelo trabalhador⁴⁵, identificando-se, aliás, diversas vantagens nessa fixação, designadamente (i) a superação das dificuldades de prova dos prejuízos causados pela atividade do trabalhador e (ii) a previsibilidade que a mesma acarreta para o trabalhador⁴⁶.

A Jurisprudência tem admitido a fixação de cláusulas penais em pactos de permanência, para o caso de desvinculação unilateral do trabalhador, expressamente consentida pelo artigo 137.º, n.º 2, do Código do Trabalho, numa orientação que acompanhamos, pelo que se expôs⁴⁷.

Não nos parece que a fixação antecipada do valor da compensação se traduza, necessariamente, num agravamento da posição do titular do direito de personalidade em causa, limitando-

⁴⁵ Admitindo expressamente esta possibilidade, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., p. 771, que destaca, porém, que a cláusula penal não deverá “esvaziar a livre revogabilidade da limitação voluntária ao princípio da liberdade de trabalho”. O Autor assinala a especificidade desta “multa penitencial”, que não está associada a uma situação de incumprimento, como decorre do regime do artigo 810.º do Código Civil, mas apenas ao exercício lícito da faculdade de desvinculação unilateral do pacto de não concorrência, ao abrigo do disposto no artigo 81.º do Código Civil, o que influenciaria a ponderação da redução equitativa da mesma, ao abrigo do regime do artigo 812.º do Código Civil. A livre revogabilidade do pacto determinaria, segundo o Autor, que a redução equitativa operasse sempre que a cláusula penal se revelasse “excessiva” e não apenas “manifestamente excessiva” (JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., pp. 773-774).

⁴⁶ Sobre as vantagens da fixação de uma cláusula de não concorrência em caso de incumprimento do pacto de não concorrência, que admite, por “razões de reforço da segurança contratual”, JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, op. cit., pp. 771 e ss..

⁴⁷ Cfr., designadamente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.06.2011, Processo n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1, e de 13.10.2010, Processo n.º 185/08.8TTSTR.E1.S1, ambos in <http://www.dgsi.pt>.

se a determinar antecipadamente o *quantum* devido, funcionando, aliás, como uma antecipação do valor pelo qual o titular do direito responderá em caso de desvinculação⁴⁸.

Nesta perspetiva, a fixação antecipada pode, inclusivamente, permitir-lhe, com liberdade, avaliar a conveniência da limitação, permitindo-lhe estabilizar o valor pelo qual responderá⁴⁹.

Nos últimos anos, porém, algumas vozes se têm levantado em sentido divergente, pugnando pela não aplicação deste regime ao pacto de não concorrência.

JOANA VASCONCELOS distingue, a este respeito, as cláusulas típicas de limitação da liberdade de trabalho, que têm uma disciplina laboral própria, das cláusulas não típicas. Por conterem um regime específico, que encerra já a conciliação dos interesses divergentes do empregador e do trabalhador, as cláusulas típicas (*maxime*, os pactos de concorrência e de permanência) apenas reclamarão a aplicação do regime geral contido no Código Civil quando tal se mostrar necessário em face da insuficiência do seu regime próprio e não contender com o mesmo.

Ao regularem especificamente este tipo de convénios, as disposições da lei laboral contidas nos artigos 136.º e 137.º do Código do Trabalho afastariam a aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 1,

⁴⁸ Sem prejuízo da possibilidade de o quantum compensatório ser fixado por um valor mínimo, admitindo-se o ressarcimento do valor excedente. Distinguindo a cláusula penal das estipulações de agravamento da responsabilidade, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 795.

⁴⁹ Acresce que, sempre que o valor da cláusula penal se revelar manifestamente excessivo, o mesmo poderá ser reduzido pelo julgador, segundo as regras de equidade, conforme prevê o artigo 812.º do Código Civil.

do Código Civil, fazendo depender a possibilidade de restrição ou limitação voluntária da liberdade de trabalho, genericamente admitida pelo artigo 81.º, n.º 1, do Código Civil, ao preenchimento dos pressupostos e requisitos contidos naquelas normas.

Concretamente no que toca ao pacto de não concorrência⁵⁰, refere a Autora que sua excecionalidade, as limitações à sua admissibilidade, os requisitos legais previstos para a sua celebração no artigo 136.º do Código do Trabalho, que conformam e condicionam a autonomia privada na fixação desta limitação, assim como o facto de a lei laboral não prever a possibilidade de revogação unilateral pelo trabalhador, militam no sentido da inaplicabilidade do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil a este instituto.

Com efeito, o modelo pugnado pelo legislador no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, não tem correspondência na disciplina legal específica dos pactos de não concorrência, que acautela a indisponibilidade do direito através da regra da nulidade das cláusulas que possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato de trabalho (artigo 136.º, n.º 1, do Código do Trabalho), que só sofre desvios nos casos referidos no artigo 136.º, n.º 2, do Código do Trabalho, que implicam um juízo de proporcionalidade da limitação, na prossecução de um interesse legítimo do empregador.

⁵⁰ Quanto ao pacto de permanência, JOANA VASCONCELOS admite a intervenção do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, ainda que limitadamente, para determinação do montante a pagar pelo trabalhador que revogue o pacto de permanência no decurso da sua execução, depois de decorrida parte do período convencionado, de forma a “assegurar a consistência e a efectividade da revogação unilateral que constitui o cerne da tutela deferida ao trabalhador pelo art. 137.º, n.º 2, do CT” (JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., pp. 215-216).

Sendo diversas as opções subjacentes aos regimes do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, e 136.º, n.º 2, do Código do Trabalho, a Autora conclui pela exclusão do recurso ao primeiro, ainda que subsidiariamente, pois que “a singularidade do regime especial obsta, neste caso, à intervenção do regime comum, cuja aplicação, não só não é de molde a integrá-lo, como, sobretudo, comporta um elevado risco de o desvirtuar, rompendo o equilíbrio legalmente estabelecido”⁵¹.

Também PEDRO PETRUCCI DE FREITAS defende que a admissibilidade da revogação unilateral do pacto de não concorrência é merecedora “de reflexão em sentido contrário”, pugnando pela sua inaplicabilidade em sede laboral”⁵². Refere o Autor que a lei admitiu os pactos de não concorrência, embora sujeitos a limitações específicas, legalmente identificadas, de âmbito temporal e geográfico, enquanto desvio à liberdade de trabalho e escolha da profissão, constitucionalmente garantida, sendo tais limitações condição da conformidade constitucional do regime, assegurando o respeito pelos limites constitucionais que lhe são impostos.

Assim, admitir a revogação unilateral do pacto de não concorrência pelo trabalhador configuraria uma limitação adicional, operando como “duplo obstáculo ou «derrogação» relativamente à própria limitação que a Lei Fundamental admite”⁵³.

⁵¹ JOANA VASCONCELOS, “Sobre a aplicação do artigo 81.º do Código Civil às cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, op. cit., pp. 216-220.

⁵² PEDRO PETRUCCI DE FREITAS, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho”, op. cit., p. 73.

⁵³ PEDRO PETRUCCI DE FREITAS, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho”, op. cit., p. 68, com itálico no original.

Esta limitação adicional esvaziaria de utilidade o pacto de não concorrência, que em qualquer momento poderia ser unilateralmente revogado pelo trabalhador, deixando o empregador na impossibilidade de exigir o seu cumprimento, o que faria perigar o “primeiro e principal pressuposto da celebração deste tipo de pactos”, que “é o de conferir protecção ao empregador”⁵⁴.

Do mesmo modo, assinala o Autor que a limitação exigida pela lei é de natureza subjetiva, estando associada ao próprio trabalhador, à posição que este ocupa na estrutura do empregador e à “concorrência diferencial” de que este é capaz, rejeitando-se a celebração deste tipo de pactos com a generalidade dos trabalhadores.

Por outro lado ainda, a exigência de forma escrita, constante do artigo 136.º, n.º 2, al. a), do Código do Trabalho, e a “segurança, certeza e esclarecimento” que a mesma comporta é dificilmente compaginável com a possibilidade de revogação unilateral do pacto pelo trabalhador⁵⁵.

4.2 Posição adotada

Acompanhamos, no essencial, os argumentos apresentados pelos autores que recusam a aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil ao pacto de não concorrência, rejeitando a possibilidade

⁵⁴ PEDRO PETRUCCI DE FREITAS, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho”, op. cit., p. 69.

⁵⁵ PEDRO PETRUCCI DE FREITAS, “Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho”, op. cit., p. 72.

de o trabalhador se desvincular unilateralmente do mesmo, mediante o pagamento de uma indemnização ao empregador.

Com efeito, o artigo 136.º do Código do Trabalho assume-se como um regime especial face ao regime geral constante do artigo 81.º do Código Civil.

Enquanto o artigo 81.º do Código Civil permite, genericamente, o estabelecimento de limitações voluntárias aos direitos de personalidade - o que implicaria a admissibilidade do estabelecimento de limitações à liberdade de trabalho e escolha da profissão, enquanto direito de personalidade do trabalhador, mesmo depois da cessação do contrato de trabalho -, o artigo 136.º do Código do Trabalho rejeita, à partida, tal possibilidade⁵⁶, só excecionalmente admitindo a celebração de pactos de não concorrência (artigo 136.º, n.º 2, do Código do Trabalho).

E o regime encontrado, concretamente, a exceção à nulidade das cláusulas de limitação da liberdade de trabalho após a cessação da relação laboral que os pactos de não concorrência configuram, integra já os requisitos que o legislador entendeu necessários para garantia da sua conformidade com a Constituição, concretamente, com a liberdade de trabalho e escolha da profissão.

Essa conformidade é garantida, desde logo, pelos requisitos a que devem obedecer os pactos de não concorrência, sob pena de

⁵⁶ Recorde-se que “uma regra é especial em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio naquela contido, a adapta a um domínio particular” (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 528). No mesmo sentido, refere JOÃO BAPTISTA MACHADO que “as normas especiais não consagram uma disciplina directamente oposta à do direito comum; consagram todavia uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 95).

invalidade, e que pressupõem a existência de um interesse legítimo do empregador, relacionado com o risco de um “especial prejuízo que a atuação de um determinado trabalhador, prestando trabalho por conta própria ou alheia, pode representar”⁵⁷, associada a uma “concorrência diferencial”, que se assuma como “particularmente perigosa para o empregador em razão do acesso que o trabalhador teve (e que o distingue face aos demais concorrentes), no desempenho das suas funções, a clientes e fornecedores, *know-how* e demais informações e conhecimentos relativos ao negócio”⁵⁸.

O pacto de não concorrência não é, pois, admitido em termos genéricos, como sucede com a limitação voluntária dos direitos de personalidade, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil. Ao contrário do que sucede no regime civil, a regra é a da sua proibição, sendo apenas admissíveis em situações concretas, tendo em conta, designadamente, o papel e a relevância do trabalhador na estrutura, que o coloca numa posição privilegiada para, concorrendo com o empregador, causar a este último um prejuízo significativo, que se afasta do “genérico efeito prejudicial” decorrente de qualquer situação de concorrência⁵⁹.

As limitações ao pacto de não concorrência consagradas no artigo 136.º do Código do Trabalho assentam já numa ponderação dos interesses em jogo, que faz prevalecer, nas circunstâncias ali identificadas, o interesse legítimo do empregador, face ao risco que

⁵⁷ BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Pacto de não concorrência. Questões práticas sobre a limitação da liberdade de trabalho após a cessação da relação *jus laboral*”, op. cit., p. 319.

⁵⁸ JOANA VASCONCELOS, Anotação ao artigo 136.º, in PEDRO ROMANO MARTINEZ et. al., *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 349.

⁵⁹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 361.

a atividade concorrencial por parte daquele trabalhador pode representar⁶⁰.

Ora, como ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, a sobreposição de normas é solucionada por via da interpretação, que permitirá aferir se, no âmbito dessa sobreposição, uma das normas exclui a outra, ou se são ambas aplicáveis⁶¹.

A relação será de subsidiariedade sempre que as regras sejam secantes entre si, *i.e.*, sempre que os factos previstos numa das normas se sobreponham a parte da previsão de outra norma⁶².

No caso em análise, a aparente sobreposição dos regimes é ultrapassada quando se constata que o regime do pacto de não concorrência, constante do artigo 136.º do Código do Trabalho, é já um regime completo, que contém os “*checks and balances*” necessários à garantia da conformidade constitucional deste tipo de convénios.

Por outro lado, o regime do pacto de não concorrência não prevê a possibilidade de o trabalhador se desvincular unilateralmente do mesmo, o que indicia que não foi intenção do legislador consagrar tal possibilidade, tanto mais quanto o fez no pacto de permanência,

⁶⁰ Assinalando que “o relevo de interesses de gestão ligados ao dever de não concorrência justifica a admissibilidade deste tipo de pactos, desde que as restrições à liberdade de trabalho do trabalhador tenham uma justificação objectiva e sejam limitadas no tempo”, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, II - Situações Laborais Individuais, op. cit., p. 1027, com itálico no original.

⁶¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, op. cit., p. 540.

⁶² OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, op. cit., p. 540. O Autor oferece como exemplo desta operação interpretativa a relação entre as regras sobre tutela de direitos industriais privativos, como patentes, modelos e marcas, e as regras de concorrência desleal, concluindo que estas últimas cedem perante as primeiras, “dada a maior concretização que trazem os tipos de direitos privativos”.

ao prever que “o trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento do acordo [...] mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas”⁶³.

Acresce que, enquanto exceção à nulidade das cláusulas limitadoras da liberdade de trabalho, proclamada no artigo 136.º, n.º 1, do Código do Trabalho, o pacto de não concorrência visa a tutela da posição do empregador e, concretamente, evitar os prejuízos que a concorrência diferencial daquele trabalhador pode causar-lhe, proteção que ficaria prejudicada pela admissibilidade genérica da desvinculação unilateral do empregador, que, ademais, a jurisprudência tem entendido não gozar da mesma faculdade⁶⁴.

Por outro lado, admitir a possibilidade de desvinculação unilateral pelo trabalhador equivaleria a retirar qualquer utilidade ao regime do incumprimento do pacto de não concorrência, pois que qualquer violação do mesmo poderia por parte do trabalhador poder reconduzir-se a uma desvinculação unilateral, consentida pelo artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil.

E um último argumento nos parece ainda de destacar. Além de representar uma limitação à liberdade de trabalho, o pacto de não

⁶³ Artigo 137.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

⁶⁴ Excluindo expressamente a possibilidade de o empregador se desvincular unilateralmente do pacto, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.04.2014, Processo n.º 2525/11.3TTLSB.L1.S1, e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12.10.2017, Processo n.º 82/14.8TTSTR.E3, ambos in <http://www.dgsi.pt>.

Em nosso entender, a impossibilidade de desvinculação unilateral do pacto de não concorrência pelo empregador não se confunde com a possibilidade de o empregador promover a cessação do pacto quando se extinga o fundamento que motivou a sua celebração, que admitimos, atendendo, desde logo, à limitação que o mesmo representa à liberdade de trabalho e escolha da profissão e à livre iniciativa económica do trabalhador (BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Pacto de não concorrência. Questões práticas sobre a limitação da liberdade de trabalho após a cessação da relação jus laboral”, op. cit., pp. 330-331).

concorrência configura igualmente uma limitação à liberdade de iniciativa económica, consagrada no artigo 61.º da Constituição. Não sendo a liberdade de iniciativa económica um direito de personalidade⁶⁵, a livre revogabilidade do pacto de não concorrência, na medida em que limita tal liberdade, não seria de admitir. Nesta circunstância, admitir a livre revogabilidade do pacto na parte em que limita a liberdade de trabalho, mas não na parte em que limita a liberdade de iniciativa económica, equivaleria a consentir numa revogabilidade parcial do pacto de não concorrência, que não vemos como poderia operar⁶⁶.

Entendemos, assim, que, uma vez celebrado e desde que reunidos os pressupostos de validade do mesmo, o pacto de não concorrência vincula ambas as partes, criando verdadeiras obrigações e direitos subjetivos na esfera jurídica de cada uma, não sendo de admitir a possibilidade de o trabalhador se furtar ao cumprimento do mesmo invocando a faculdade de livre revogação das limitações aos direitos de personalidade prevista no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, que não terá aqui aplicação.

5. Conclusões

1) O artigo 136.º, n.º 2, do Código do Trabalho prevê uma exceção à regra da nulidade dos pactos de limitação da liberdade de

⁶⁵ JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 85.

⁶⁶ Pergunta-se, pois, se, nesse caso, seria apenas de admitir a livre revogabilidade do pacto de não concorrência nas situações em que a revogação se destinasse à possibilidade de o trabalhador colocar à disposição de terceiro a sua força de trabalho (através da celebração de um contrato de trabalho ou de um contrato de prestação de serviços), por oposição àquelas em que a concorrência derivasse do exercício, por parte do trabalhador, de uma atividade económica.

trabalho depois da cessação da relação laboral, para salvaguarda dos interesses do empregador, admitindo a celebração de pactos de não concorrência, preenchidos os pressupostos ali previstos.

2) Por seu turno, o artigo 81.º do Código Civil prevê, de forma genérica, a admissibilidade dos negócios jurídicos que tenham por objeto direitos de personalidade, garantido, porém, no seu n.º 2, a livre revogabilidade da limitação voluntária desses direitos, mediante o pagamento de uma indemnização à contraparte.

3) Tal possibilidade assume-se como a grande especificidade dos negócios jurídicos que tenham por objeto direitos de personalidade, reforçando o caráter pessoal destes direitos e a “negociabilidade limitada” que os caracteriza.

4) A revogação da limitação voluntária dos direitos de personalidade implica, porém, o pagamento de uma indemnização à contraparte, que deverá cobrir também o dano positivo sofrido, sem esvaziar, contudo, a faculdade conferida ao titular do direito de personalidade.

5) É admissível a fixação antecipada do valor da compensação para a eventualidade de o titular do direito de personalidade pretender revogar a limitação emergente do negócio jurídico celebrado.

6) No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/2004, de 14 de abril, admitiu-se expressamente a aplicação do regime do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil, ao pacto de não concorrência, concebendo-se a possibilidade de o trabalhador se desvincular unilateralmente do pacto celebrado, contra o pagamento de uma

indenização ao empregador, solução que veio a ser acolhida na Doutrina e Jurisprudência.

7) Pensamos que tal solução não é de admitir, porquanto o regime do pacto de não concorrência se assume como especial relativamente ao regime da limitação voluntária dos direitos de personalidade consagrado na lei civil, integrando já os requisitos que o legislador considerou necessários para garantir a conformidade constitucional do regime e assentando numa ponderação dos diversos interesses em causa, que faz prevalecer o interesse legítimo do empregador.

8) Por outro lado, tal faculdade esvaziaria de utilidade o regime de incumprimento do pacto de não concorrência.

9) Adicionalmente, a lei não prevê a possibilidade de o trabalhador se desvincular unilateralmente do mesmo, o que foi expressamente admitido para o pacto de permanência, nos termos do disposto no artigo 137.º, n.º 2, do Código do Trabalho.

10) Por fim, enquanto exceção à nulidade das cláusulas que limitam a liberdade de trabalho, o pacto de não concorrência procura tutelar a posição do empregador e evitar os prejuízos que poderá causar-lhe a concorrência diferencial do trabalhador, propósito que ficaria prejudicado pela admissibilidade genérica da desvinculação unilateral por iniciativa deste último.

Bibliografia:

1. Doutrina

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II - Direito Individual, Almedina, Coimbra, 2019

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO et. al., *Código Civil Comentado*, I, Almedina, Coimbra, 2020

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 19.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020

BENJAMIM MENDES / SARA LEITÃO, “Pacto de não concorrência. Questões práticas sobre a limitação da liberdade de trabalho após a cessação da relação jus laboral”, *Liberdade, Sempre! - Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos*, Almedina, Coimbra, 2020

BERNARDO LOBO XAVIER et. al., *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020

HEINRICH EWALD HÖRSTER / EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003

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, UCE, Lisboa, 2015

JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2007

JOÃO LEAL AMADO et. al., *Direito do Trabalho. Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019

JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016

JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2018

JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006

LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2021

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, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006

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, Coimbra, jan.-jun. 2013

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019

PEDRO ROMANO MARTINEZ et. al., *Código do Trabalho Anotado*, 13.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020

PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

RAÚL VENTURA, “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 10, n.ºs 1 e 2, 1950

ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, I - Dogmática Geral, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020; II - Situações Laborais Individuais, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2019

2. Jurisprudência:

Tribunal Constitucional⁶⁷:

- Acórdão n.º 256/2004, de 14.04.2004, Processo n.º 674/02.

Supremo Tribunal de Justiça⁶⁸:

- Acórdão de 10.12.2009, Processo n.º 09S0625;
- Acórdão de 13.10.2010, Processo n.º 185/08.8TTSTR.E1.S1;
- Acórdão de 30.06.2011, Processo n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1;
- Acórdão de 30.04.2014, Processo n.º 2525/11.3TTLSB.L1.S1.

⁶⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado em 30.03.2021;

⁶⁸ Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, consultados em 30.03.2021;

Tribunal da Relação de Lisboa⁶⁹:

- Acórdão de 10.12.2009, Processo n.º 376/06.6TTSNT.L1-4;
- Acórdão de 18.12.2013, Processo n.º 2525/11.3TTLSB.L1-4;
- Acórdão de 05.11.2020, Processo n.º 2017/19.2T8PDL.L1-2.

Tribunal da Relação de Évora⁷⁰:

- Acórdão de 12.10.2017, Processo n.º 82/14.8TTSTR.E3.

⁶⁹ Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, consultados em 30.03.2021;

⁷⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado em 30.03.2021.





PLATAFORMAS DIGITAIS NAS VESTES DE EMPREGADOR: OS DESAFIOS DA “UBERIZAÇÃO” DO TRABALHO*

DIGITAL PLATFORMS AS EMPLOYERS: THE CHALLENGES OF THE “UBERIZATION” OF WORK

Catarina Marques da Silva¹

Jorge Ribeiro Mendonça²

Sumário - 1. Introdução - 2. Como funcionam as plataformas digitais: o modelo da Uber - 2.1. Jurisprudência relevante - 2.1.1. O caso *O'Connor et al vs UBER Technologies Inc.* - 2.1.2. O caso *Uber BV et al v Aslam et al* - 3. A presunção de laboralidade no ordenamento jurídico português - 4. O cenário português: análise da Lei TVDE - 5. Possíveis soluções e desafios inerentes - 5.1. O utilizador / consumidor no papel de avaliador - 5.1.1. Da (in)objetividade do sistema de avaliação - 5.1.2. Privacidade versus vigilância constante - 6. Ponderação final e Nossa posição

Resumo:

A emergência e crescente expansão do modelo de organização empresarial de economia colaborativa puseram em evidência a desadequação do enquadramento jurídico-laboral português para dar resposta aos desafios ora colocados.

Estando a qualificação da relação que se estabelece entre as plataformas digitais e os respetivos prestadores de serviços delimitada por uma fronteira extremamente ténue entre as figuras do contrato de trabalho e da prestação de serviços, verificamos que as soluções atualmente existentes, por não terem sido pensadas para este modelo de organização empresarial, ficam aquém da salvaguarda necessária dos direitos mais básicos daqueles prestadores de serviços.

* Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

¹ Advogada na Sérvulo & Associados.

² Advogado e sócio da Caiado Guerreiro.

Nesta matéria, a experiência internacional tem-se manifestado a favor do reconhecimento da existência de um verdadeiro contrato de trabalho entre as plataformas digitais e os prestadores de serviços.

Impõe-se, pois, repensar o modelo em vigor em Portugal de modo a ajustá-lo a estas novas relações laborais, que reclamam uma proteção específica.

Abstract:

The emergence and growing expansion of the collaborative economy business organization model has highlighted the inadequacy of the Portuguese legal-labour framework to meet the challenges that we now face.

As the relationship between digital platforms and their respective service providers is delimited by an extremely thin boundary between the figures of employment contract and provision of services, we realise that the currently existing solutions, by virtue of not having been designed for this business organization model, fall short of the necessary safeguarding of the most basic rights of said service providers.

In this matter, international experience has been in favour of recognizing the existence of a genuine employment contract between digital platforms and service providers.

It is therefore necessary to rethink the model in force in Portugal in order to adjust it to these new employment relationships, which require specific protection.

1. Introdução

A crescente digitalização da sociedade e da economia potenciou a expansão do modelo de organização empresarial de economia colaborativa. De acordo com a definição fornecida pela Comissão Europeia³, a economia colaborativa consiste num modelo empresarial no âmbito do qual as atividades são facilitadas por plataformas que “criam um mercado aberto para a utilização

³ Comissão Europeia. “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”. COM (2016) 356 final. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/COM-2016-356-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>.

temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares”.

A ideia central deste modelo de organização empresarial é a partilha, sendo possível distinguir, a respeito do mesmo, três categorias de intervenientes: (i) os prestadores de serviços, os quais partilham ativos, recursos, disponibilidade e/ou competências (“pares”) ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional (“prestadores de serviços profissionais”); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que, através de uma plataforma *online*, ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações entre os mesmos.

Empresas como a Airbnb, a Waze, a Free Now, a Uber, a Lyft e a Glovo constituem apenas alguns dos exemplos paradigmáticos de plataformas digitais que assentam numa base de economia colaborativa.

Ora, o surgimento das referidas plataformas digitais impactou significativamente o mundo do trabalho na última década, originando o fenómeno de “*uberização*” do trabalho. Neste sentido, a maioria das referidas plataformas digitais oferece aos seus colaboradores a oportunidade (muitas vezes ilusória) de trabalhar em qualquer lugar, em qualquer momento e de gerirem, de forma independente, o seu trabalho⁴.

⁴ Organização Internacional do Trabalho. “As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital”. Bureau Internacional do Trabalho - Genebra, BIT, 2020. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf.

De acordo com os resultados de um inquérito *online* levado a cabo pela Comissão Europeia⁵, em 2019, mais de um décimo dos trabalhadores portugueses retiravam parte ou todo o rendimento das plataformas digitais, colocando Portugal no terceiro lugar no quadro de países da União Europeia em que esta forma de trabalho apresenta maior predominância.

Naturalmente, este modelo de organização empresarial, apresentando-se como completamente disruptivo por comparação aos modelos de negócios tradicionais, comporta igualmente alguns desafios, nomeadamente no que diz respeito ao tipo de vínculo contratual existente entre os colaboradores e as correspondentes plataformas digitais, questão, aliás, que vem sendo amplamente discutida em face de várias decisões jurisprudenciais que reconheceram já a existência de um verdadeiro contrato de trabalho e não de uma mera prestação de serviços entre aqueles sujeitos.

2. Como funcionam as plataformas digitais: o modelo da *Uber*

O trabalho a partir de plataformas digitais apresenta características específicas, dependendo da plataforma e do serviço oferecido. É, todavia, possível identificar algumas características dominantes e que se podem segmentar do seguinte modo:

- Existência de um intermediário, que corresponde à entidade gestora da plataforma *online*, responsável unicamente por reunir a

⁵ Comissão Europeia. “Digital Labour Platforms in Europe: Numbers, Profiles, and Employment Status of Platform Workers”. Publications Office of the European Union. 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/jrc/em/publication/digital-labour-platforms-europe-numbers-profiles-and-employment-status-platform-workers>.

procura e a oferta no setor do transporte de passageiros (ou outro aplicável) e, dessa forma, por diligenciar pela conexão entre os utilizadores da aplicação informática (“*app*”) e os prestadores de serviços;

- Como contrapartida da mencionada intermediação, a entidade gestora da plataforma *online* cobra, no momento do pagamento pelo consumidor, uma comissão percentual determinada com base no valor concreto do serviço prestado.

Do ponto de vista de organização do trabalho, podem ser identificadas as seguintes características:

a. As ofertas de trabalho prometem total autonomia, liberdade e flexibilidade aos prestadores de serviços para decidirem quando, onde e quantas horas pretendem trabalhar⁶;

b. O potencial motorista deverá cumprir uma série de requisitos, cuja observância deverá ser mantida após a concessão de acesso à *app* e durante todo o tempo da sua utilização, sob pena de o mesmo ser temporária ou definitivamente limitado;

c. A entidade gestora da plataforma *online* define as características dos meios e instrumentos de trabalho, tais como veículos, definindo, por exemplo, marcas e modelos, e características dos motoristas que devem conduzir para poderem ser “parceiros”;

⁶ Atualmente, a Uber conta com a colaboração de cerca de 3.9 milhões de motoristas, ou parceiros como os designa habitualmente (*Uber Newsroom*. Disponível em: <https://www.uber.com/en-IN/newsroom/company-info/>.) Conforme é explicado pela plataforma, o parceiro “É livre de decidir. Pode conduzir com a aplicação *Uber* a qualquer hora do dia ou da noite. Adeque o horário de condução à sua vida, não o contrário.”, pode ler-se no site da empresa em Portugal disponível em <https://www.uber.com/pt-pt/drive/>.

d. A entidade gestora da plataforma *online* é a entidade responsável, em exclusividade, pela definição dos preços dos serviços prestados e do modo de pagamento, obrigatoriamente realizado por meio de débito em cartão de crédito, não tendo o motorista, em nenhum destes casos, qualquer intervenção;

e. A *app* estabelece a ligação entre o motorista e um determinado utilizador com base num algoritmo que combina a distância percorrida e o tempo de viagem.

As características identificadas lançam, pois, um desafio na definição dos contornos da relação jurídica estabelecida entre as entidades gestoras das plataformas e os parceiros, colocando-se a questão de saber se poderá existir uma relação de trabalho ou se se tratará de uma prestação de serviços.

Um prestador de serviços será verdadeiramente autónomo e independente se possuir plena autodeterminação na organização e desempenho da atividade.

Contudo, muito embora possam escolher quando, onde e quantas horas irão prestar pelos seus serviços, os “parceiros” em algumas situações não dispõem de absoluta independência para decidir o modo como irão prestar o serviço, porquanto todas as normas a este respeito são, em geral, unilateralmente definidas pelas plataformas digitais⁷.

⁷ CEREJEIRA NAMORA, GONÇALO. “As relações laborais no modelo de organização empresarial de economia colaborativa”, pp. 30-31. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito, Escola do Porto. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23264/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Gon%C3%A7alo%20Cerejeira%20Namora.pdf>

Cumprirá, pois, ponderar se: será a independência e liberdade prometida aos referidos prestadores de serviços um elemento suficiente para afastar a qualificação do vínculo que os une às correspondentes plataformas digitais como um contrato de trabalho? E, em caso negativo, será mesmo este o caminho enquadrável à luz da lei portuguesa?

2.1. Jurisprudência relevante

2.1.1. O caso *O'Connor et al vs UBER Technologies Inc.*⁸

No caso *O'Connor et al vs UBER Technologies Inc.*, os Demandantes pretendiam obter o reconhecimento da existência de um vínculo laboral entre eles e a *Uber*. Para o efeito, invocaram que estavam sujeitos a um controlo exercido pela empresa que explora a *app* e que a *Uber* recebia o valor total cobrado por cada serviço prestado pelos Demandantes, fazendo, posteriormente, o pagamento ao motorista após ter retido a comissão percentual que contratual e unilateralmente estabeleceria.

Em sua defesa, a *Uber* argumentou tratar-se apenas de uma empresa de tecnologia, que disponibiliza uma plataforma digital que conecta os motoristas aos utilizadores / passageiros. Acrescentou, ainda, que os motoristas dispõem de total liberdade para fixar o seu horário e decidir quando pretendiam prestar os seus serviços,

⁸ United States District Court. Northern District of California. Douglas O'Connor v. Uber Technologies, Inc. C-13-3826 EMC. Disponível em: <https://onlabor.org/wp-content/uploads/2015/05/uber-order-1.pdf>.

alegando, em conclusão, que não exercia qualquer controlo sobre o modo de prestação do serviço pelos motoristas.

No caso sob análise, o Tribunal Californiano argumentou que a *Uber* não se limitava a proporcionar um meio de comunicação entre os motoristas e os utilizadores. Neste sentido, o Tribunal reconheceu que:

i. O modelo de negócio da *Uber* não teria qualquer viabilidade sem os motoristas. Neste sentido, os lucros auferidos pela *Uber* não advêm da disponibilização da sua *app*, mas sim da criação de viagens pelos seus motoristas;

ii. A *Uber* exerce um controlo substancial sobre a qualificação e seleção dos seus potenciais motoristas. Além disso, durante a relação contratual entre os motoristas e a *Uber*, aqueles primeiros estão sujeitos a avaliações constantes, as quais poderiam culminar na limitação do acesso à *app* e, conseqüentemente, na perda de remuneração;

iii. A *Uber* fixa os preços cobrados aos utilizadores de forma unilateral.

O Tribunal remeteu a decisão sobre o reconhecimento da existência de um vínculo laboral para decisão do júri, contudo argumentou que os motoristas prestam serviços à *Uber* e, pelo exposto, serão, presumivelmente, trabalhadores.

Ademais, o Tribunal reconheceu que, no contexto da economia colaborativa, o teste de “laboralidade” (o equivalente ao previsto no artigo 12.º do Código do Trabalho português) deveria ser eventualmente objeto de adequação ou revisão, sendo, aliás,

plausível que o legislador promulgasse regras especiais a este respeito, o que, conforme veremos adiante, nos parece a solução mais adequada a adotar no ordenamento jurídico português.

2.1.2. O caso *Uber BV et al v Aslam et al*⁹

Recentemente, o Supremo Tribunal do Reino Unido reconheceu aos motoristas *Uber* o estatuto de *workers*.

Recuando a 2016, Yaseen Aslam e James Farrar propuseram uma ação judicial contra a *Uber BV* com vista a obter o reconhecimento do referido estatuto de *worker* e, por conseguinte, dos direitos ao salário mínimo nacional e a férias remuneradas.

À semelhança dos argumentos já utilizados em sede de outros processos judiciais, a *Uber* alegou que não exerce qualquer tipo de controlo sobre a prestação do motorista, e que este dispõe de total liberdade para definir quando trabalhar, podendo, inclusive, prestar serviços para empresas concorrentes.

Não obstante, o Tribunal decidiu que os motoristas da *Uber* se encontram abrangidos pelo estatuto de *workers*, o que veio a ser, posteriormente, confirmado pelo Supremo Tribunal do Reino Unido, no âmbito do recurso apresentado pela *Uber BV*.

Ora, a este respeito cumpre notar que, no ordenamento jurídico do Reino Unido, está previsto um estatuto intermédio que se distingue dos *employees*. Neste sentido, os *workers* constituem uma figura intermédia entre os prestadores de serviços e os trabalhadores

⁹ The Supreme Court (UK). *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. Case ID: UKSC 2019/0029.

subordinados, sendo-lhe reconhecidos alguns direitos equivalentes aos dos *employees*.

A definição de *worker* na secção 230(3) do *Employment Rights Act 1996* abrange os indivíduos que, ao abrigo de qualquer tipo de contrato diferente de um contrato de trabalho, se obrigam a prestar ou executar pessoalmente um determinado trabalho ou serviço para a contraparte no referido contrato e cujo estatuto não seja de cliente¹⁰.

Tomando em consideração o exposto acima, facilmente compreendemos que, embora exista um certo controlo e indícios de subordinação, os motoristas *Uber* dispõem, ainda assim, de alguma liberdade e flexibilidade na organização da sua própria prestação de trabalho, elementos estes que estão, tipicamente, associados aos trabalhadores independentes e que levaram a que, no Reino Unido, fosse reconhecido o estatuto de *workers* aos referidos motoristas.

¹⁰ Na versão original, pode ler-se:
Employment Rights Act 1996

“230 Employees, workers etc.

[...]

(3) In this Act “worker” (except in the phrases “shop worker” and “betting worker”) means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) -

(a) a contract of employment, or

(b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;”

3. A presunção de laboralidade no ordenamento jurídico português

Entre nós, o artigo 12.º do Código do Trabalho prevê uma presunção de laboralidade, estabelecendo indícios a ser utilizados a fim de determinar a eventual existência de um contrato de trabalho¹¹. São eles:

- a. A realização da atividade em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado;
- b. A propriedade dos equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencente ao beneficiário da atividade;
- c. A observância pelo prestador de atividade de horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma;
- d. A existência de pagamento, com determinada periodicidade, de uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma;
- e. O exercício, pelo prestador de atividade, de funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

Posto isto, recai sobre o prestador de atividade o ónus de provar alguns (em geral, pelo menos dois) dos indícios de laboralidade *supra* mencionados, cabendo ao beneficiário da mesma demonstrar, em seu turno, a inexistência de um contrato de trabalho.

¹¹ A matéria da qualificação de contrato de trabalho e a utilização do método indiciário está sobejamente descrita na literatura jurídica portuguesa. Entre outros destacamos XAVIER, BERNARDO LOBO e outros, *Manual de Direito de Trabalho*, 2.ª edição, 2014, pp. 366 e ss.; RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2000, pp. 61-139; VV.AA, *Código do Trabalho Anotado*, anotação de MARTINEZ, PEDRO ROMANO, 11.ª edição, 2017, pp. 130-136.

Ora, com base numa sucinta análise do modelo *Uber* acima, cujas características principais apresentam diversas semelhanças relativamente à generalidade das plataformas digitais, o prestador de serviços poderá alegar estarem preenchidos os seguintes elementos:

a. A contrapartida pela prestação do seu serviço é paga periodicamente pelo operador da plataforma digital, após dedução de uma comissão percentual determinada com base no valor concreto do serviço que fora prestado;

b. O controlo e supervisão exercidos pelas plataformas digitais, com base nas avaliações dadas pelos utilizadores e o exercício de um verdadeiro poder disciplinar do qual resulta, em alguns casos, a restrição, temporária ou permanente, do acesso à *app*;

c. A fixação de regras a observar obrigatoriamente pelos prestadores de serviços, nas quais estes não têm qualquer intervenção (a título de exemplo, no tabelamento de preços e no estabelecimento dos meios de pagamento admitidos).

Em resposta, e como, aliás, se verificou já na jurisprudência internacional, será previsível que os operadores de plataformas digitais argumentem que os seus prestadores de serviços ou “parceiros” podem definir livremente quando, onde e durante quantas horas estarão disponíveis para prestar os seus serviços e que todos os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem aos próprios¹².

¹² Ademais, nos casos em que tal seja aplicável, poderão ainda qualificar o seu sistema de avaliação como uma necessidade do próprio negócio, cujo objetivo primordial é o de garantir um elevado nível de qualidade do serviço. Em Portugal,

A este respeito, Joana Vasconcelos¹³ refere que “não é expectável que os prestadores de serviços *on demand* venham a conseguir beneficiar da presunção legal de existência de contrato de trabalho”, na medida em que dificilmente conseguirão provar, pelo menos, dois dos indícios enumerados no n.º 1 do artigo 12.º do Código do Trabalho.

Conforme notado por Joana Vasconcelos¹⁴, “Não se trata, pois, de questionar ou de redefinir a noção de subordinação, de modo a conter nela estes novos casos, mas de repensar e reequacionar a/s forma/s por que a mesma se pode, em certos casos, exprimir - no que poderá implicar uma reformulação do elenco tradicional de indícios de subordinação, tendo presente que neste, como noutros domínios, não se podem resolver problemas de hoje com soluções de ontem.”

Também nós, conforme melhor veremos adiante, entendemos que o artigo 12.º do Código do Trabalho não abarca a nova realidade emergente da economia colaborativa, pelo que não é possível, em abstrato, considerar a relação que se estabelece entre as

a pontuação mínima fixada pela *Uber* é de 4.5 estrelas. Neste sentido, no caso concreto da *Uber*, embora este instrumento, em último caso, culmine na restrição de acesso à *app* por parte de condutores com pontuações abaixo do limite mínimo, de acordo com a entidade gestora da plataforma, constitui a única forma de a empresa gerir, tão eficazmente quanto possível, um conjunto de 3,9 milhões de motoristas distribuídos por 63 países e mais de 700 cidades e, ao mesmo tempo, continuar a garantir aos seus utilizadores uma experiência de alta qualidade (*Uber Newsroom*. Disponível em: <https://www.uber.com/en-IN/newsroom/company-info>).

¹³ VASCONCELOS, JOANA. “Problemas de qualificação do contrato de trabalho. O caso das relações estabelecidas no contexto da economia *on demand* entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado”, Publicação da intervenção no VII Colóquio sobre Direito do Trabalho, Supremo Tribunal de Justiça, 2015, disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2015/07/profdrjoanavasconcelos.pdf>.

¹⁴ *Idem*.

plataformas digitais e os prestadores de serviços como se tratando de contrato de trabalho. Não obstante, tendo em consideração a diversidade de modelos que cada plataforma eletrónica pode oferecer, não será de desconsiderar uma aproximação à natureza de contrato de trabalho quando a integração dos parceiros no empregador aponte para tal natureza.

4. O cenário português: análise da Lei TVDE

Em Portugal, o regime legal aplicável aos serviços prestados pelos motoristas da *Uber* assume contornos curiosos (e diversos daquela que tem sido a solução predominante na jurisprudência internacional).

Ora, a publicação da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, que prevê o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, introduziu na relação que, em regra, se estabelece entre a plataforma eletrónica, o motorista e o passageiro, um quarto interveniente: *o operador de TVDE*.

De acordo com o referido normativo legal, o operador de TVDE consiste na pessoa coletiva que desenvolve a atividade de transporte individual remunerado de passageiros (artigo 2.º, n.º1), não se confundindo com a figura do operador de plataformas eletrónicas, as quais são definidas como “as infraestruturas eletrónicas da titularidade ou sob exploração de pessoas coletivas que prestam, segundo um modelo de negócio próprio, o serviço de intermediação entre utilizadores e operadores de TVDE aderentes à plataforma, na

sequência [de reserva] efetuada pelo utilizador por meio de aplicação informática dedicada”.

Posto isto, o operador de plataformas eletrónicas atua como intermediário da ligação que se estabelece entre os utilizadores / passageiros e os operadores do serviço de TVDE. A lei portuguesa acabou, pois, por consagrar expressamente o argumento utilizado pelas entidades gestoras de plataformas eletrónicas de que atuam como meros intermediários e não como empresa de transporte. Por conseguinte, no quadro legal português, são os operadores de TVDE que prestam serviços de transporte individual remunerado de passageiros e que contratam, para o efeito, os motoristas de TVDE.

A este respeito, estabelece o artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2018 que “apenas podem conduzir veículos de TVDE os motoristas inscritos junto de plataforma eletrónica”. Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo esclarece que o motorista presta serviço ao operador de TVDE, sendo que, entre os requisitos legalmente exigidos, se conta a existência de um “contrato escrito” que titule a relação entre as partes (cfr. artigo 10.º, n.º 2, alínea e)). Quer isto dizer, portanto, que o motorista será diretamente contratado pelo operador de TVDE, e não pelo operador de plataformas eletrónicas.

Cumprir notar que, não obstante, a lei não explicita a modalidade de contrato que deverá ser adotada pelo operador de TVDE e pelo motorista. Pelo contrário, limita-se a contemplar genericamente ambas as hipóteses (i.e., contrato de trabalho ou de prestação de serviços, tal como resulta, desde logo, do disposto no n.º 12 do artigo 10.º, a propósito da organização do tempo de trabalho) e a transferir o poder de decisão para a esfera de liberdade contratual das partes.

Aspetto curioso desta lei é a expressa remissão para a presunção de laboralidade prevista no Código do Trabalho, constante do artigo 10.º, n.º 10, segundo o qual: “Ao vínculo jurídico estabelecido entre o operador de TVDE e o motorista afeto à atividade, titulado por contrato escrito assinado pelas partes, e independentemente da denominação que as partes tenham adotado contrato, é aplicável o disposto no artigo 12.º do Código do Trabalho”.

Não nos parece claro o alcance do n.º 10, do artigo 10.º da Lei n.º 45/2018, uma vez que a remissão para o artigo 12.º do Código do Trabalho, só por si, não resolve a questão da qualificação da relação jurídica, parecendo, por outro lado, que tal remissão é meramente redundante.

Admitimos que, numa leitura apressada, a remissão para o artigo 12.º do Código do Trabalho pode parecer indicar a existência de uma presunção legal de que o vínculo estabelecido é de subordinação jurídica. Todavia, a própria letra da lei contraria este entendimento ao não consagrar expressamente esta (aparente) presunção legal. Desta forma, qualquer pretensão de encontrar aí uma presunção legal seria manifestamente desajustado do espírito¹⁵ e da letra da norma.

Parece-nos, pois, que a remissão constante do artigo 10.º, n.º 10 é irrelevante, limitando-se a apelar à aplicação do artigo 12.º do Código do Trabalho, o qual é, em qualquer circunstância, de considerar, quando a discussão sobre as características de uma determinada relação apele à sua aplicação.

¹⁵ O artigo 10.º, n.º 12, por exemplo, apela precisamente aos dois modelos de subordinação jurídica ou de prestação de serviços.

Cumpra, contudo, acrescentar que a Lei n.º 45/2018 veio consagrar um conjunto de obrigações estruturantes do modelo TVDE. Assim, por exemplo, cabe ao operador de plataforma eletrónica proceder ao processamento do pagamento do serviço de TVDE prestado, cobrando uma taxa de intermediação não superior a 25% do valor da viagem, conforme disposto no n.º 3 do artigo 15.º da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto. Além disso, o operador de plataforma eletrónica é também responsável pelo controlo do tempo de atividade do motorista de TVDE, estando encarregado de “implementar mecanismos que garantam o cumprimento dos limites” (artigo 13.º, n.º 2) máximos legalmente previstos¹⁶ e de “conservar durante dois anos os registos de atividade dos operadores de TVDE, motoristas e veículos, de acordo com o seu número único de registo de motorista de TVDE (artigo 13.º, n.º 3), devendo o seu sistema informático “registar os tempos de trabalho do motorista, e o cumprimento dos limites de tempo de condução e repouso” (artigo 20.º, n.º 3).

Ora, não é demasiado evidente a proximidade com o disposto no artigo 202.º do Código do Trabalho, em particular com a obrigação do empregador de manter o registo dos tempos de trabalho (n.º 1), devendo o registo “conter a indicação das horas de início e de termo do tempo de trabalho, bem como das interrupções ou intervalos que nele não se compreendam, por forma a permitir apurar o número de

¹⁶ De acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, “os motoristas de TVDE não podem operar veículos de TVDE por mais de dez horas dentro de um período de 24 horas, independentemente do número de plataformas nas quais o motorista de TVDE preste serviços, sem prejuízo da aplicação das normas imperativas, nomeadamente do Código do Trabalho, se estabelecerem período inferior”.

horas de trabalho prestadas por trabalhador, por dia e por semana (...)” (n.º 2)?

Efetivamente, embora completamente omissa quanto à relação existente entre o motorista de TVDE e o operador de plataforma eletrónica, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, “não deixa de colocar na esfera do operador de plataforma eletrónica deveres típicos da entidade empregadora”¹⁷.

Impõe-se, pois, apurar se o regime introduzido pela Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, procura tecer uma malha de obrigações que podem conduzir a uma caracterização da relação que se estabelece entre o motorista de TVDE e o operador de plataforma eletrónica como contrato de trabalho, tendo como consequência necessária a impossibilidade de a referida relação ser qualificada como mera prestação de serviços.

Ora, de acordo com João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira¹⁸, o regime atualmente em vigor poderá abrir a porta a situações de fraude, em que o próprio motorista de TVDE ou uma interposta pessoa constitui uma pessoa coletiva que ocupará a posição de operador de TVDE, através da qual, subsequentemente, celebram consigo mesmo, enquanto motorista, um contrato de trabalho.

Por outro lado, os operadores de plataformas eletrónicas continuam a exercer poderes de organização do trabalho, de controlo e de direção. Em especial, devemos tomar em consideração que os motoristas de TVDE têm de se sujeitar às normas e diretrizes

¹⁷ LEAL AMADO, JOÃO. COELHO MOREIRA, TERESA. “A Lei sobre o TVDE e o Contrato de Trabalho: Sujeitos, Relações e Presunções”. *Labour & Law Issues*. Vol. 5, No. 1, 2019, ISSN 2421-2695, p. 73. Disponível em: <https://labourlaw.unibo.it/article/download/9629/9410/31217>.

¹⁸ *Idem*.

impostas por aqueles operadores de plataformas eletrónicas e que o seu acesso às *apps* pode ser, de alguma forma, limitado ou até cessado, por decisão unilateral do operador de plataforma eletrónica.

A verdade é que, a respeito destas matérias, o operador de TVDE parece não dispor de qualquer autoridade, estando, pois, limitado a conformar-se com as determinações do operador de plataforma eletrónica que afetem os motoristas de TVDE por si contratados.

Neste cenário, cremos que se deverá ter em especial atenção o regime da pluralidade de empregadores, conforme, aliás, já foi entre nós preconizado por João Moreira Dias¹⁹. Ao abrigo do disposto no artigo 101.º do Código do Trabalho, o trabalhador pode prestar trabalho a vários empregadores, desde que entre eles exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou que tenham estruturas organizativas comuns.

A este propósito, e conforme referido pelo Autor *supra* mencionado a respeito do caso concreto da relação entre o motorista de TVDE, o operador de TVDE e o operador de plataforma eletrónica: “No limite, poderíamos admitir que esta estrutura comum existe e diz respeito à plataforma que relaciona todos os intervenientes envolvidos na atividade TVDE.”²⁰.

Acresce, ainda, que o regime da pluralidade de empregadores exige a existência do acordo previsto no artigo 101.º do Código do Trabalho, o qual está sujeito a forma escrita e deve conter (i) a

¹⁹ MOREIRA DIAS, JOÃO. “A Lei “Uber” - Uma solução insuficiente? - Notas sobre o vínculo dos Motoristas”. Cielo Laboral. Disponível em: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2020/02/moreira_noticias_cielo_n2_2020.pdf.

²⁰ *Idem*.

identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes, (ii) a indicação da atividade do trabalhador, do local e do período normal de trabalho e (iii) a indicação do empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho. O que, naturalmente, não se verifica no caso concreto. Contudo, alguma jurisprudência nacional tem-se já mostrado sensível à possibilidade de celebração quer originária, quer sucessiva, deste acordo.

Nesta senda, o Tribunal da Relação do Porto²¹ considerou que “[...] a circunstância de existir um contrato formal em que apenas um dos empregadores aparece identificado como tal não é decisiva na qualificação jurídica da situação, desde que se tenha estabelecido o vínculo da subordinação jurídica em relação a outras entidades, pois, é a realidade factual que determina a qualificação contratual e não o inverso.”

5. Possíveis soluções e desafios inerentes

Sem prejuízo do exposto, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, debruça-se apenas sobre a atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, deixando de parte a regulamentação do trabalho prestado através de outras plataformas digitais que ofereçam serviços distintos do de transporte de pessoas.

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05-03-2018. Processo n.º 271/14.5TTMTS.P1. Relator Nelson Fernandes. Disponível em: www.dgsi.pt.

Neste sentido, e perante o já referido, torna-se claro que a regulamentação existente em Portugal não responde, de forma satisfatória, aos enormes desafios colocados ao Direito do Trabalho pela economia colaborativa.

Em virtude disso, o tema tem sido amplamente discutido no sentido de encontrar a solução mais adequada àquele que é o enquadramento jurídico português.

A verdade é que, à luz da lei, parece que o legislador pretende que a relação que se estabelece entre os prestadores de serviços e as plataformas digitais se qualifique forçosamente como sendo contrato de trabalho e que, por conseguinte, se afaste da qualificação como contrato de prestação de serviços. Efetivamente, estas plataformas digitais exercem amplos poderes de direção e de controlo sobre os prestadores de serviços - ou, pelo menos, têm essa possibilidade ao seu dispor -, sendo este um elemento decisivo para determinar se um indivíduo é, efetivamente, um trabalhador dependente ou um prestador de serviços independente.

Neste sentido, as posições da doutrina giram, geralmente, em torno de duas propostas de solução distintas: por um lado, a revisão dos indícios de laboralidade previstos no atual artigo 12.º do Código do Trabalho, em particular a sua adaptação às características do trabalho prestado através de plataformas digitais; e, por outro, a criação de um regime especificamente pensado para estas novas espécies de relações laborais.

Em nossa opinião, a segunda proposta afigura-se mais adequada, salvaguardando o equilíbrio (necessário) entre a proteção

laboral dos motoristas e outros prestadores de serviços e os interesses económicos das próprias plataformas digitais.

De facto, e conforme já referido por Gonçalo Cerejeira Namora, esta realidade imposta pelo modelo de organização de economia colaborativa, sendo “diferenciada das demais, reclama uma proteção e regulação distinta das restantes”²².

Ora, o mero ajuste e flexibilização dos indícios de laboralidade constantes do atual artigo 12.º do Código do Trabalho seria uma solução que acarretaria um outro (provavelmente ainda maior) problema: a aplicação *in totum* do regime jurídico laboral à relação que se estabelece entre os prestadores de serviços e as plataformas digitais.

Tal parece-nos, contudo, inconcebível, nomeadamente tomando em conta as particularidades destas relações e, em especial, o próprio modo de funcionamento das ditas plataformas digitais. Neste sentido, cumpre questionar, a título meramente exemplificativo, de que forma se iria coadunar a utilização de um algoritmo que estabelece a ligação entre um determinado motorista e um utilizador com base na distância percorrida e o tempo de viagem com o cumprimento do dever de ocupação efetiva, que recai sobre qualquer entidade empregadora? Ou, noutro plano, de que forma se iria compatibilizar os sistemas de avaliação implementados pelas plataformas digitais, enquanto únicas ferramentas de controlo da

²² CEREJEIRA NAMORA, GONÇALO. “*As relações laborais no modelo de organização empresarial de economia colaborativa*”, p.35. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito, Escola do Porto. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23264/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Gon%C3%A7alo%20Cerejeira%20Namora.pdf>.

qualidade do serviço prestado, com o direito à privacidade do próprio prestador de serviços / trabalhador e com os procedimentos de suspensão do acesso à *app* praticamente imediatos, sem observância das formalidades legais aplicáveis? Debruçando-nos em maior detalhe sobre o funcionamento destes sistemas de avaliação e as suas implicações para os prestadores de serviços, podemos verificar de que modo a aplicação do regime geral jurídico-laboral, constante do Código do Trabalho, é simplesmente incompatível com o funcionamento das próprias plataformas digitais.

5.1. O utilizador / consumidor no papel de avaliador

O controlo de qualidade do serviço prestado por plataformas digitais considera como um fator essencial (e por vezes único) as classificações dadas pelo utilizador / consumidor²³, a quem estas

²³ Embora a realidade seja por vezes mais criativa do que a própria ficção, a ficção por vezes retrata e caricatura esta realidade com tons ainda mais carregados. Em *Nosedive*, um dos episódios da aclamada série *Black Mirror*, Lacie Pound, personagem principal, vive numa sociedade em que, a cada interação, real ou virtual, qualquer pessoa pode classificar outra numa escala de 1 a 5 estrelas. Nesta sociedade, aqueles que lograssem obter uma classificação igual ou superior a 4.5 estrelas adquiriam a possibilidade de beneficiar de múltiplos privilégios e descontos, estatuto este que Lacie, com uma avaliação atual de 4.2 estrelas, almejava alcançar.

Quando Naomi, sua amiga, a convida para ser sua dama-de-honor, Lacie vê aí uma oportunidade de aumentar a sua classificação: se fizesse o discurso perfeito no casamento, habilitava-se a receber avaliações - provavelmente - bastante positivas por parte dos convidados.

Embora aparentasse ter tudo para dar certo, a verdade é que, quando se encontrava no aeroporto pronta para colocar o seu plano em prática, um imprevisto colocou Lacie no epicentro de uma espiral de sucessivos infortúnios, que levou ao rápido desmoronamento de uma vida social totalmente alimentada pela aprovação de terceiros, tendo culminado numa classificação (a última conhecida) de 2.6 estrelas e no seu encarceramento.

Ora, também o trabalho prestado através de plataformas digitais assenta num sistema de classificação por parte do consumidor, grupo em que se inclui a *Uber* e

plataformas digitais delegam a tarefa de avaliar o desempenho dos seus prestadores de serviços.

De acordo com o Acórdão proferido em 19 de fevereiro de 2021 pelo Supremo Tribunal do Reino Unido²⁴, “é claro que é comum as plataformas digitais convidarem clientes a classificar produtos ou serviços. Tipicamente, porém, tais classificações são meramente disponibilizadas como informação que pode auxiliar os clientes a escolher o produto ou serviço a comprar. Ao abrigo deste sistema, o

a *Uber Eats*. No final de cada serviço contratado através da app *Uber* ou *Uber Eats*, os passageiros ou clientes são convidados a classificar os motoristas ou estafetas, respetivamente, numa escala de 1 a 5 estrelas, sendo ainda dada a opção de adicionar comentários específicos.

Por regra, a classificação de um motorista constitui o reflexo da média das suas últimas 500 viagens classificadas, embora, em alguns casos, já se tenha verificado que é tida em consideração a média das suas últimas 25 ou 50 viagens (Rosenblat, A. 2015. “The Future of Work: For Uber Drivers, Data Is the Boss.” *Pacific Standard Magazine*. 10 de setembro. Disponível em: <http://www.psmag.com/business-economics/the-future-of-work-for-uberdrivers-data-is-the-boss>). Por sua vez, a classificação de um estafeta resulta de uma média dos seus últimos 100 serviços de entrega.

De modo a permanecerem ativos no sistema, os motoristas e estafetas deverão alcançar e manter uma pontuação média de, pelo menos, 4,5 estrelas (Informação disponível online em: <https://help.uber.com/driving-and-delivering/article/pontua%C3%A7%C3%A3o-m%C3%A9dia-m%C3%AAdnima?nodeId=e-dd39a19-184c-4676-a5d7-2ff8a9aaadc2> e em www.uber.com/legal/pt-pt/document/?country=portugal&lang=pt-pt&name=general-community-guidelines), sob pena de o seu acesso à plataforma ser temporária ou definitivamente desativado. Previamente à referida desativação, e conforme apurado pelo Supremo Tribunal do Reino Unido (Supremo Tribunal do Reino Unido. *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. 19 de fevereiro de 2021. Parágrafo 99. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>), os motoristas que atinjam, com referência a um total de 200 ou mais viagens, uma avaliação inferior a 4.4. estrelas, são sujeitos a um conjunto de “intervenções de qualidade”, destinadas a auxiliá-los no melhoramento da qualidade do serviço prestado.

Parece-nos, pois, que distinguir entre a sociedade distópica em que Lacie Pound vivia e a realidade em que nos encontramos atualmente se torna uma tarefa cada vez mais difícil, particularmente quando consideramos o trabalho prestado através de plataformas digitais.

²⁴ Supremo Tribunal do Reino Unido. *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. 19 de fevereiro de 2021. Parágrafo 99. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0029-judgment.pdf>.

incentivo para o fornecedor do produto ou serviço em obter classificações elevadas é, simplesmente, o incentivo comercial normal de satisfazer os clientes, na expectativa de atrair futuros negócios. A forma como a *Uber* faz uso das classificações dos clientes é materialmente diferente. As classificações não são divulgadas aos passageiros para os informar quanto à escolha do seu motorista: aos passageiros não é oferecida uma escolha de motorista, aplicando, por exemplo, um preço mais elevado cobrado pelos serviços de um motorista que esteja melhor classificado. Pelo contrário, as classificações são utilizadas pela *Uber* meramente como uma ferramenta interna para gerir o desempenho e como base para tomar decisões de cessação de contrato quando o *feedback* do cliente evidencia que os condutores não estão a cumprir os níveis de desempenho estabelecidos pela *Uber*. Esta é uma forma clássica de subordinação que é característica das relações de emprego.” [tradução livre]²⁵.

A verdade é que, no sistema de classificação implementado pelas operadoras de plataformas eletrónicas, os utilizadores colocam-se nas vestes de chefes intermédios (“middle-managers”) dos

²⁵ Na versão original, pode ler-se: “*It is of course commonplace for digital platforms to invite customers to rate products or services. Typically, however, such ratings are merely made available as information which may assist customers in choosing which product or service to buy. Under such a system the incentive for the supplier of the product or service to gain high ratings is simply the ordinary commercial incentive of satisfying customers in the hope of attracting future business. The way in which Uber makes use of customer ratings is materially different. The ratings are not disclosed to passengers to inform their choice of driver: passengers are not offered a choice of driver with, for example, a higher price charged for the services of a driver who is more highly rated. Rather, the ratings are used by Uber purely as an internal tool for managing performance and as a basis for making termination decisions where customer feedback shows that drivers are not meeting the performance levels set by Uber. This is a classic form of subordination that is characteristic of employment relationships.*”

motoristas e estafetas, muitas vezes desconhecendo as consequências de os avaliar com apenas 3 ou 4 estrelas²⁶.

Ora, o facto de a avaliação do desempenho dos motoristas e estafetas ser colocada, em exclusivo, nas mãos de um terceiro, servindo essa mesma avaliação, e a utilização posterior, como base para a tomada de decisões por parte dos operadores de plataformas digitais, apresenta, em nossa opinião, diversos desafios. Se, por um lado, não existe qualquer filtragem ou intervenção dos referidos operadores de plataformas digitais a respeito das avaliações (muitas vezes pouco objetivas) efetuadas pelos utilizadores, por outro lado sujeitam o motorista a um estado de “vigilância” excessiva.

Acresce que, num cenário meramente exemplificativo em que, no ordenamento jurídico português, os estafetas sejam qualificados como trabalhadores da operadora de plataforma eletrónica e lhes seja aplicável, por conseguinte, o regime jurídico constante do Código do Trabalho na sua integralidade, a limitação do seu acesso à plataforma como consequência de atingirem uma avaliação média abaixo do limiar mínimo de 4.5 estrelas poderá qualificar-se como uma verdadeira sanção disciplinar.

Por conseguinte, a desativação temporária ou definitiva do acesso à *app* poderão constituir suspensão do trabalho que implica, necessariamente, perda de retribuição e despedimento, respetivamente, nos termos previstos no artigo 328.º, n.º 1 alíneas e) e f) do Código do Trabalho.

²⁶ STARK, L. AND K. LEVY. “The Surveillant Consumer.”. *Media, Culture & Society*. 2018;40(8):1202-1220.

A este respeito, cumpre sublinhar que o procedimento disciplinar deve obedecer obrigatoriamente ao disposto na lei, em particular à audiência prévia do trabalhador prevista no artigo 329.º, n.º 6 do Código do Trabalho. Ademais, o artigo 330.º n.º 1 do Código do Trabalho impõe o respeito por um critério de proporcionalidade entre a gravidade da infração e a culpabilidade do trabalhador e a sanção disciplinar imposta, cuja observância neste caso concreto é, no mínimo, discutível.

5.1.1. Da (in)objetividade do sistema de avaliação

Muito embora um sistema de avaliação de desempenho assente numa classificação de 1 a 5 estrelas pareça, à primeira vista, garantia de uma maior justiça, transparência e objetividade, a verdade é que existe uma maior propensão para que tal sistema se deixe infetar pelo enviesamento e a subjetividade.

Neste sentido, as avaliações fornecidas pelos passageiros / utilizadores são suscetíveis de ser influenciadas, a título meramente exemplificativo, por fatores como o sexo, a orientação sexual, a deficiência, a capacidade de trabalho reduzida, a nacionalidade, a origem étnica ou raça, a língua e a religião.

Assim, os preconceitos contra membros de grupos legalmente protegidos poderão, num sistema de avaliação pelo utilizador / consumidor, influenciar a classificação atribuída aos prestadores de serviços, pelo que o alegado papel de garantia de qualidade do serviço prestado frequentemente atribuído ao sistema de avaliação por utilizadores é colocado em causa, uma vez que pode sofrer

distorções relevantes, tornando-se permeável a fatores de discriminação²⁷.

A isto acresce o facto de os sistemas de avaliação implementados por determinadas plataformas digitais terem sido concebidos com base numa ideia de anonimato do avaliador, a que se soma o frequente desconhecimento sobre o impacto da avaliação dos prestadores de serviços, o que determina, não raras vezes, que classificações baixas por estes obtidas derivem de aspetos que fogem ao seu controlo, designadamente o aumento inesperado de preços, o mau funcionamento do GPS e a colocação incorreta por parte do próprio utilizador da localização para recolha ou para entrega de bens²⁸.

Cumpram ainda notar que, contrariamente ao verificado noutras plataformas digitais, em que as avaliações servem um propósito informativo destinado a terceiros intervenientes no mercado (nomeadamente, na tomada de decisões quanto ao bem ou serviço a comprar), o sistema de avaliação implementado por plataformas digitais como a *Uber Eats* é utilizado como base para a cessação da prestação de serviços de estafetas que revelem uma classificação abaixo do limiar mínimo pré-estabelecido.

Este sistema de avaliação confere ampla liberdade aos utilizadores da *app* para tomar decisões com base em fatores preconceituosos ou discriminatórios, as quais estariam vedadas às

²⁷ ROSENBLAT, ALEX. BAROCAS, SOLON. LEVY, KAREN. HWANG, TIM. “*Discriminating Tastes: Customer Ratings as Vehicles for Bias*”. Data & Society. Intelligence and Autonomy. October 2016.

²⁸ *Idem*.

plataformas digitais, nas vestes de empregadora, por efeito do disposto nos artigos 25.º e 26.º do Código do Trabalho. No entanto, a utilização da avaliação pelos clientes como único critério e a sua absolutização na relação estabelecida com os parceiros pode conduzir a distorções relevantes, perpetuando fatores de enviesamento e preconceitos. Por outro lado, constrói uma cadeia de desresponsabilização que as partes procurarão utilizar para se eximirem de qualquer responsabilidade a si imputável.

5.1.2. Privacidade *versus* vigilância constante

Como referido acima, o presente sistema de avaliação propicia uma excessiva supervisão e controlo, na medida em que, na prática, o prestador de serviços é constantemente observado e avaliado, o que, naturalmente, em muito difere das ferramentas ao dispor do empregador tradicional (*maxime*, da simples emanação de ordens e instruções relativas ao modo de execução da atividade²⁹).

Nesta senda, Adrián Todolí³⁰ refere que:

“En efecto, aunque las empresas solamente establezcan “recomendaciones” sobre cómo prestar servicios, aquellos

²⁹ CEREJEIRA NAMORA, GONÇALO. “As relações laborais no modelo de organização empresarial de economia colaborativa”, p.31. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito, Escola do Porto. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23264/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Gon%C3%A7alo%20Cerejeira%20Namora.pdf>.

³⁰ TODOLÍ SIGNÉS, ADRIÁN. “El impacto de la “UBER economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. *IUSLabor - Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, n.º 3/2015, p.10. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705538.

profissionais que no las sigan, pueden fácilmente verse desactivados por unas malas evaluaciones de los clientes que esperan que dichas recomendaciones - que son de conocimiento público - se cumplan. De hecho, se razona que el nivel de monitorización del trabajo que reciben estos nuevos tipos de trabajadores es mucho mayor que los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento y sin coste alguno para la empresa.

En las estructuras productivas tradicionales, los mandos intermedios eran costosos para las empresas por lo que tendían a mantener un nivel “óptimo” de vigilancia y no un nivel “máximo”. En definitiva, la inexistencia o reducción de instrucciones por parte del empresario, en conjunción con la evaluación del trabajo resultado por parte del cliente, parece que como mucho implicará que el trabajador estará ahora sometido a obligaciones de resultado y no de medios.”

También no já citado caso *Douglas O’Connor v. Uber Technologies, Inc.*³¹, o Juiz Edward Chen reconhece igualmente que este nível de monitorização, em que os motoristas são potencialmente observáveis a todo o momento, confere à *Uber* um indiscutível controlo sobre a forma e os meios de desempenho dos motoristas. Como notado por Michel Foucault³², “a state of conscious

³¹ United States District Court. Northern District of California. *Douglas O’Connor v. Uber Technologies, Inc.* C-13-3826 EMC. Disponível em: <https://onlabor.org/wp-content/uploads/2015/05/uber-order-1.pdf>.

³² FOUCAULT, MICHEL. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* 201 (Alan Sheridan ed., 1979). Disponível em: https://monoskop.org/images/4/43/Foucault_Michel_Discipline_and_Punish_The_Birth_of_the_Prison_1977_1995.pdf.

and permanent visibility assures the automatic functioning of power”.

Estamos, de facto, a assistir a um processo crescente de modernização dos instrumentos de controlo e supervisão ao dispor das entidades patronais, os quais, em certo sentido, superam o alcance e a eficácia dos métodos tradicionais. Neste sentido, como poderá ser garantido o respeito pelo direito à privacidade dos prestadores de serviços através de plataformas digitais?

Ora, o artigo 20.º, n.º 1 do Código do Trabalho estatui expressamente que o empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

É, pois, evidente que urge regular a excessiva vigilância a que estes prestadores de serviços estão sujeitos em virtude da delegação das competências de supervisão e controlo por parte dos operadores de plataformas digitais nos utilizadores das suas *apps*.

Acresce que esta pressão desmedida colocada sobre os prestadores de serviços leva, frequentemente, a que estes trabalhem durante várias horas seguidas, com todas as consequências de cariz físico e psicológico que daí possam resultar. Neste sentido, e de modo a travar a precarização do trabalho, torna-se ainda mais premente regulamentar as condições em que os prestadores de serviços com base em plataformas digitais prestam a sua atividade.

6. Ponderação final e a nossa posição

A lei atualmente em vigor no plano laboral não foi pensada para o modelo de organização empresarial de economia colaborativa e, nessa medida, revela ser pouco eficiente na resposta aos desafios que agora se enfrentam.

Neste sentido, as plataformas digitais são obrigadas a reformular completamente o seu *modus operandi* de modo a adaptar-se ao quadro legal atual ou, pelo contrário, a própria lei deverá ajustar-se e evoluir por forma a responder de forma eficaz à revolução industrial 4.0.

A respeito do primeiro cenário enunciado, tem sido colocada a hipótese de as plataformas digitais passarem a assumir um papel mais passivo³³. Isto é, em vez de ser a própria aplicação a estabelecer a ligação entre os motoristas e os passageiros, os utilizadores decidiriam por si mesmos com quem pretendem transacionar com base na respetiva avaliação média contida entre 1 e 5 estrelas. Em todo o caso, isto poderia, ainda assim, desembocar na concentração de um maior volume de pedidos de transporte nos condutores com uma pontuação mais elevada, o que, em última análise, teria o mesmo efeito prático que a atual limitação parcial ou total do acesso à *app* por parte de motoristas com uma avaliação inferior ao limite mínimo imposto pela *Uber*. Contudo, neste cenário, o serviço seria totalmente orientado para e pelo cliente e, nessa medida, assistir-

³³ ROSENBLAT, ALEX. BAROCAS, SOLON. LEVY, KAREN. HWANG, TIM. “*Discriminating Tastes: Customer Ratings as Vehicles for Bias*”. Data & Society. Intelligence and Autonomy. October 2016. Disponível em: https://datasociety.net/pubs/ia/Discriminating_Tastes_Customer_Ratings_as_Vehicles_for_Bias.pdf.

se-ia a uma redução substancial do controlo exercido pelas empresas.

Ainda a este respeito, a Organização Internacional do Trabalho³⁴ propõe, como critério para um trabalho mais justo nas plataformas digitais, a objetividade nos sistemas de avaliação implementados pelas plataformas digitais. Posto isto, estas plataformas deveriam impor aos utilizadores a obrigação de indicar razões válidas para atribuir aos trabalhadores uma avaliação negativa. Neste caso, todas aquelas avaliações negativas que não fossem acompanhadas de fundamentos válidos deveriam ser desconsideradas. Este mecanismo tem sido já implementado em Portugal por algumas plataformas digitais, contudo, ainda assim, não é possível garantir, de forma irrefutável, que os motivos assinalados pelos utilizadores são, de facto, objetivamente válidos.

Ainda em relação a este tópico, a Organização Internacional do Trabalho³⁵ salientou que alguns investigadores já propuseram o chamado sistema de reputação “boomerang”, mediante o qual os utilizadores seriam incentivados a atribuir uma classificação elevada a um determinado prestador de serviços. Ora, segundo este sistema, quando um utilizador atribuisse uma classificação elevada a um motorista, a probabilidade de esse mesmo motorista receber pedidos apresentados por aquele utilizador no futuro seria maior. Seguindo essa linha de raciocínio, quando um utilizador atribuisse uma

³⁴ Organização Internacional do Trabalho. “As plataformas digitais e o futuro do trabalho: Promover o trabalho digno no mundo digital”. Bureau Internacional do Trabalho - Genebra, BIT, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf.

³⁵ *Idem*.

classificação mais baixa a um motorista, a probabilidade de esse mesmo motorista receber pedidos apresentados por aquele utilizador no futuro seria menor. A ideia subjacente é a de que “os clientes classificarão os clientes de forma mais justa se estas classificações tiverem um impacto real sobre quem irá realizar o trabalho desse cliente no futuro.”³⁶.

Mas e se, por outro lado, fosse antes o enquadramento jurídico atual reconfigurado de modo a adequar-se a esta nova realidade? Como sabemos, a lei não é completamente imutável, devendo, pelo contrário, ser versátil a ponto de se moldar, a todo o tempo, a novos desafios, o que entendemos dever ser aplicável, também, ao trabalho prestado através de plataformas digitais.

Cremos, contudo, que a solução não passará pela simples replicação do mecanismo adotado pela Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, a respeito do transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. Em nossa opinião, esta solução dá verdadeiramente corpo à expressão popular “tapar o sol com a peneira”, tendo-se limitado a introduzir, no seio da relação que se estabelece entre os prestadores de serviços e as plataformas digitais, novas figuras e entidades terceiras, simulando, dessa forma, a verdadeira natureza daquela relação.

Entre nós, Jorge Morais Carvalho³⁷ argumenta, a este respeito, que “o principal problema do regime [da Lei n.º 45/2018, de 10 de

³⁶ *Idem.*

³⁷ MORAIS DE CARVALHO, JORGE. “O contrato de transporte em veículo descaracterizado (Uber, Cafiby, Taxify)”. Revista de Direito Comercial (2018) pp. 1191-1224.

agosto] está relacionado com a qualificação da atividade dos operadores de plataforma digital como de mera intermediação, aspeto em que contraria o direito europeu. Com efeito, o Acórdão do TJUE, de 20/12/2017, apontou claramente no sentido de que a Uber presta serviços de transporte”.

A este respeito, e na senda do já mencionado acima, João Moreira Dias³⁸ defende que “seria insensato colocar totalmente de parte a possibilidade de existência de um contrato de trabalho entre Motoristas e Plataformas TVDE, tanto nas situações de fraude à lei, como pela aplicação direta da presunção de laboralidade ou pelo regime da Pluralidade de Empregadores”.

Entendemos, pois, que as situações profissionais relacionadas com os designados parceiros das plataformas eletrónicas carecem de melhor concretização na lei.

Em primeiro lugar, parece-nos que a lei deixou de fora várias situações que a nova realidade das plataformas eletrónicas abrange e que não se resumem apenas à situação dos motoristas. Neste sentido, a remissão para regimes legais existentes e a previsão expressa de aplicação aos motoristas de TVDE impede uma eventual extensão do regime legal a outros profissionais de plataformas colaborativas. Da mesma forma, se conclui que apenas os motoristas veem regulada a sua profissão no artigo 10.º da Lei n.º 45/2018, não sendo possível abarcar outras atividades que a realidade se encarregue de criar.

³⁸ MOREIRA DIAS, JOÃO. “A Lei “Uber” - Uma solução insuficiente? - Notas sobre o vínculo dos Motoristas”. Cielo Laboral. Disponível em: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/02/moreira_noticias_cielo_n2_2020.pdf.

Por outro lado, a figura do parceiro de plataforma eletrónica pode merecer o tratamento de figura híbrida que encontre características quer no modelo de relação laboral com subordinação jurídica, quer no modelo de prestação de serviços. Tal deveria, aliás, abranger também os motoristas de TVDE, colocando-se, assim, travão a potenciais situações de fraude à lei e regulando-se adequadamente a relação que se estabelece entre estes e as plataformas digitais.

Com efeito, o modelo de trabalho *on demand* reveste-se de características de flexibilidade, de organização de horários e de gestão de fluxos de trabalho, que não se enquadram na típica relação laboral. Por outro lado, justifica-se garantir a proteção jurídica e alguns direitos típicos de relação de trabalho, como sejam regras de saúde e segurança, seguro de acidentes de trabalho ou regras relativas a descanso e respeito pelo tempo de não trabalho. Além disso, será de ponderar um regime especial de despedimento e forma de cessação de contrato que permita abarcar a flexibilidade pretendida por trabalhadores e empregadores, sem ser um regime com a rigidez do contrato de trabalho, nem demasiado assente na autonomia privada como na prestação de serviços. Por fim, também a forma de construir a remuneração poderá ser ponderada, podendo tornar-se admissível que uma parte substancial da retribuição fique dependente de comissões por serviços prestados, sempre com garantia de pagamento de salário mínimo legalmente fixado.

Bibliografia

A. Doutrina

CEREJEIRA NAMORA, GONÇALO. “As relações laborais no modelo de organização empresarial de economia colaborativa”, pp. 30-31. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito, Escola do Porto. 2017.

Código do Trabalho Anotado, anotação de MARTINEZ, PEDRO ROMANO, 11.^a edição, 2017, pp. 130-136.

LEAL AMADO, JOÃO. COELHO MOREIRA, TERESA. “A Lei sobre o TVDE e o Contrato de Trabalho: Sujeitos, Relações e Presunções”. *Labour & Law Issues*. Vol. 5, No. 1, 2019, ISSN 2421-2695.

MOREIRA DIAS, JOÃO. “A Lei “Uber” - Uma solução insuficiente? - *Notas sobre o vínculo dos Motoristas*”. Cielo Laboral.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2000, pp. 61-139; VV.AA.

ROSENBLAT, ALEX. BAROCAS, SOLON. LEVY, KAREN. HWANG, TIM. “*Discriminating Tastes: Customer Ratings as Vehicles for Bias*”. *Data & Society. Intelligence and Autonomy*. October 2016.

VASCONCELOS, JOANA. “Problemas de qualificação do contrato de trabalho. O caso das relações estabelecidas no contexto da economia on demand entre prestadores independentes (?) de serviços e empresas tecnológicas intermediárias (?) no mercado”, Publicação da intervenção no VII Colóquio sobre Direito do Trabalho, Supremo Tribunal de Justiça, 2015.

XAVIER, BERNARDO LOBO e outros, *Manual de Direito de Trabalho*, 2.^a edição, 2014, pp. 366 e ss.

B. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05-03-2018.
Processo n.º 271/14.5TTMTS.P1. Relator Nelson Fernandes.

The Supreme Court (UK). *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*. Case ID: UKSC 2019/0029.

United States District Court. Northern District of California.
Douglas O'Connor v. Uber Technologies, Inc. C-13-3826 EMC. 19 de fevereiro de 2021.





DESPEDIMENTO ILÍCITO E REINTEGRAÇÃO: *DO I HAVE TO SPELL IT OUT FOR YOU?*

*UNFAIR DISMISSAL AND REINSTATEMENT:
DO I HAVE TO SPELL IT OUT FOR YOU?*

João Leal Amado*

Sumário - 1. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/11/2020 - 2. Comentário - 2.1 Breves considerações sobre os efeitos da ilicitude do despedimento - 2.2 Um acórdão “perplexizante” - 2.3 Conclusão

Resumo:

Este artigo procura comentar e analisar criticamente o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de novembro de 2020, em que se discute a questão dos efeitos da declaração judicial de ilicitude de um despedimento, designadamente quanto ao sentido e alcance da obrigação de reintegração do trabalhador que foi alvo desse despedimento ilegal. O comentário diverge do sentido decisório do acórdão, sustentando que, se o trabalhador impugnar o despedimento, solicitando ao tribunal que o declare ilícito, isso significa, implicitamente, que ele deseja ser reintegrado no seu posto de trabalho, como consequência natural do efeito retroativo da declaração de invalidade desse despedimento. O trabalhador não tem, pois, de manifestar expressamente a sua vontade de ser reintegrado na empresa, bastando, para o efeito, que impugne o despedimento e não opte pela indemnização alternativa.

Abstract:

This article seeks to comment and critically analyze the Judgment of the Supreme Court of Justice, of November 25, 2020, which discusses the issue of the effects of the judicial declaration of unlawfulness of a dismissal, namely regarding the meaning and scope of the obligation to reinstate the employee who was the target of the illegal dismissal. The article diverges from the decision-making grounds and conclusions of the ruling, arguing that, if the employee challenges the dismissal, asking the court to declare it unlawful, this implicitly means that he

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

wishes to be reinstated in his job, as a natural consequence of the retroactive effect of the declaration of invalidity of this dismissal. The employee does not, therefore, have to expressly declare his desire to be reinstated in the company, being sufficient, for that purpose, to challenge the dismissal and not to opt for the alternative compensation.

1. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/11/2020

O tema dos efeitos da ilicitude do despedimento foi alvo de um recente e curioso acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Referimo-nos ao Acórdão de 25 de novembro de 2020, Processo n.º 6577/15.9T8FNC-C.L1.S1, cujo relator foi o Conselheiro José Feteira. Trata-se, aliás, de um aresto tirado por maioria, com um voto de vencido, o que, reconheça-se, não é muito usual da jurisprudência do Supremo. Vamos transcrever o sumário do acórdão, bem como a parte mais relevante do seu texto, após o que ensaiaremos uma curta reflexão sobre o mesmo. Eis o respetivo sumário:

I - Na ação declarativa interposta pelo trabalhador em consequência de despedimento de que tenha sido alvo por parte do seu empregador, rege o princípio do dispositivo que vincula o Tribunal a decidir apenas em função daquilo que o trabalhador despedido lhe haja efetivamente peticionado;

II - Se o trabalhador pretender reagir contra esse despedimento, designadamente com fundamento na ilicitude do mesmo, e pretender obter, como consequência, os (ou alguns dos) efeitos dessa ilicitude, deve pedir, na ação instaurada para o efeito, para além da declaração de ilicitude do despedimento, a condenação do

empregador na prestação de qualquer das obrigações daí decorrentes;

III - Nos presentes autos de execução movidos pelos Exequentes/Embargados contra a Executada/Embargante, uma vez que a sentença apresentada como título executivo se limitou a reconhecer a qualidade de entidade empregadora desta em relação àqueles e a declarar a ilicitude do despedimento de facto daqueles perpetrado por esta, a ação executiva não se radica em sentença de condenação (expressa ou implícita) de quaisquer prestações de facto ou de natureza pecuniária, ou seja, em título executivo que permita aos Exequentes/Embargados reclamar coercivamente da Executada/Embargante compensação prevista no artigo 390.º do CT/2009, não merecendo censura a decisão de procedência dos embargos de executado com a inerente extinção da instância executiva.

Para se ficar com uma ideia mais precisa sobre as questões a que o STJ teve de dar resposta, vamos então transcrever um segmento do acórdão, justamente o segmento nuclear, em que o STJ aprecia e resolve os problemas suscitados.

«Acordam na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça.

I. Relatório

(...)

II. Apreciação

(...)

Deste modo e tendo em consideração as conclusões do recurso de revista interposto pelos Recorrentes, coloca-se à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça a questão de saber se a sentença proferida pelo Tribunal da 1ª instância em 20 de julho de 2017 — sentença que julgou procedente a ação declarativa, reconheceu a qualidade da Ré (Embargante) como entidade empregadora dos Autores (Embargados) por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho e declarou a ilicitude do despedimento de facto destes perpetrado por aquela — constitui título executivo bastante na ação executiva que os Exequentes/Embargados, em 12 de julho de 2018, instauraram contra a Executada/Embargante, com a finalidade de serem reintegrados na empresa desta e a receberem da mesma as retribuições que deixaram de auferir desde o seu despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declarou a ilicitude do despedimento.

Regime jurídico aplicável

Os presentes autos respeitam a Embargos de Executado instaurados em 26 de setembro de 2018, no âmbito de execução de sentença proferida em 20 de julho de 2017 e que, por sua vez, declarou ilícito o despedimento dos Exequentes/Embargados, perpetrado pela Executada/Embargante em 09 de Setembro de 2015. O acórdão recorrido foi proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 15 de janeiro de 2020. Nesta medida e em termos adjetivos são

aplicáveis ao caso: o Código de Processo do Trabalho (CPT) na versão introduzida pela Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro, atento o disposto nos artigos 5.º, n.º 3 e 9.º, n.º 1 desta Lei; o Código de Processo Civil (CPC), na sua versão atual. Em termos substantivos, levar-se-ão em consideração as normas do Código do Trabalho (CT) aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12-02, e vigentes à data do referido despedimento.

Fundamentos de facto

As instâncias consideraram assentes os seguintes factos:

1. Em 16 de setembro de 2015 entrou em juízo o procedimento cautelar de suspensão de despedimento em que são requerentes AA, BB e CC e requerida a APRAM — ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, S.A.

2. Por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa foi tal procedimento convolado em procedimento comum.

3. Proferido despacho final o mesmo reconheceu a relação laboral entre os Requerentes e a Requerida resultante da transmissão do estabelecimento comercial, ocorrida através da tomada de posse administrativa com início em 9 de setembro de 2015 e declarou ilícito o despedimento de facto ocorrido nessa mesma data. Consequentemente foi a requerida condenada a reintegrar os Requerentes, voltando estes a ocupar o posto de trabalho e as funções que vinham desenvolvendo, e ainda a pagar as retribuições

que estes deixaram de auferir desde o despedimento até à sua reintegração.

4. Inconformada recorreu a Requerente.

5. Por acórdão de 9 de Maio de 2018 foi julgada improcedente a apelação, confirmando a sentença recorrida.

6. A Requerida arguiu a nulidade do acórdão, tendo sido julgada totalmente improcedente a sua pretensão.

7. Em 25 de julho de 2018 a APRAM — ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DA REGIÃO AUTÓNOMA DA MADEIRA, S.A., veio requerer seja declarada a caducidade do procedimento cautelar decretado e que seja devolvida a caução que prestou nos autos.

8. Em 9 de agosto de 2018 vieram os Requerentes opor-se ao decretamento da caducidade do procedimento cautelar e ao levantamento da caução prestada.

9. Em 20 de julho de 2017 foi proferida sentença pelo Senhor Juiz à data titular dos autos, tendo a mesma reconhecido a qualidade da l.^a Ré APRAM — S.A. como entidade empregadora dos Autores por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho, declarado ilícito o despedimento de facto dos Autores perpetrado pela l.^a Ré e absolvido a 2.^a Ré dos pedidos contra ela deduzidos.

10. Inconformada recorreu a APRAM — S.A. para o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual viria a julgar improcedente a apelação, confirmando a sentença recorrida, por acórdão de 23 de maio de 2018.

11. Em 12 de julho de 2018 os Autores vieram deduzir o incidente de execução de Sentença.

12. Em 26 de setembro de 2018 a Ré veio deduzir embargos de executado, tendo pedido a suspensão da execução.

13. Foi realizada a audiência a que se refere o n.º 2 do artigo 7.º do Código de Processo Civil aplicável ex vi do disposto no artigo 1.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo do Trabalho.

14. A Ré/Requerida não reintegrou os trabalhadores e nada lhes pagou até à presente data.

Fundamentos de direito

Como referimos, a questão jurídica colocada à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça consiste em saber se a sentença proferida pelo Tribunal da 1ª instância em 20 de julho de 2017 — sentença que julgou procedente a ação declarativa, reconheceu a qualidade da Ré (Embargante) como entidade empregadora dos Autores (Embargados) por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho e declarou a ilicitude do despedimento de facto destes perpetrado por aquela — constitui título executivo bastante na ação executiva que os Exequentes/Embargados, em 12 de julho de 2018, instauraram contra a Executada/Embargante, com a finalidade de serem reintegrados na empresa desta e a receberem da mesma as retribuições que deixaram de auferir desde o seu despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declarou a ilicitude do despedimento.

A referida sentença foi proferida no âmbito da ação declarativa, com processo comum, proposta pelos Autores AA, BB e CC (agora Exequentes/Embargados) contra as Rés APRAM — Administração dos

Portos da Região Autónoma da Madeira, S.A. (agora Executada/Embargante) e TRINTA E TRÊS BARRA DEZASSEIS - Assistência Náutica, S.A., sendo que nessa ação os Autores formularam o seguinte pedido:

“1) Seja reconhecida a qualidade da l.^a Ré APRAM, S.A. como empregadora dos Autores, por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho; caso assim não se entenda, ser reconhecida a qualidade de empregadora dos Autores à 2.^a Ré e consequentemente

2) Seja declarada a ilicitude do despedimento de facto dos Autores, perpetrado pela 1.^a Ré APRAM-SA, aos 9 dias de setembro de 2015 e, caso também assim não se entenda, ser declarada a ilicitude do despedimento de facto dos Autores perpetrado pela 2.^a Ré”.

Tal sentença, que serviu de base à fixação da matéria que consta do ponto 9 dos factos tidos por assentes, contém (no que aqui releva) o seguinte dispositivo:

“Julgo procedente a presente ação, e, em consequência, decido:

1. Reconhecer a qualidade da l.^a Ré APRAM-SA como entidade empregadora dos Autores por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho.

2. Declarar a ilicitude do despedimento de facto dos Autores, perpetrado pela l.^a Ré APRAM-SA.

3. Absolver a Ré «33/16 — ASSISTÊNCIA NÁUTICA, S.A.» dos pedidos deduzidos contra si”.

Esta sentença transitou em julgado, porquanto, tendo sido confirmada por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa proferido em 23 de maio de 2018, este não foi objeto de impugnação.

Tal sentença foi apresentada como título executivo na execução movida pelos Exequentes/Embargados contra a Executada/Embargante, tudo como decorre da matéria que consta dos pontos 10 e 11 dos factos assentes e do afirmado no precedente relatório.

Posto isto e em síntese, alegam e concluem os Recorrentes não acompanharem o enquadramento jurídico feito pelo Tribunal da Relação no acórdão recorrido, nos termos do qual a ação instaurada nos autos principais configura uma ação declarativa de simples apreciação e não uma verdadeira ação declarativa condenatória, afirmando, por outro lado, que a sentença proferida no processo principal está dotada de exequibilidade, por força da produção “ope legis”, automática, dos efeitos previstos nos artigos 389.º e 390.º do CT, através da mera declaração de ilicitude do despedimento, independentemente, portanto, da existência de pedido nas suas reintegrações e no pagamento dos salários intercalares em sede de petição inicial. Com efeito, alegam e concluem que, como decorre da letra do artigo 389.º do CT, a condenação na reintegração e no pagamento dos salários intercalares é automática, face à declaração de ilicitude do despedimento, uma vez que tem como principal objetivo colocar o trabalhador na posição em que estaria caso não fosse ilicitamente despedido, ou seja, reconstituir a situação de facto e de direito existente em momento anterior ao despedimento na esfera do trabalhador ilicitamente despedido.

Alegam ainda que tal conclusão é o reflexo do sistema jurídico-laboral português assente no princípio constitucional da segurança no emprego, o que implica que da declaração da ilicitude do

despedimento resulte a subsistência do contrato por sentença e, consequentemente, a reintegração dos trabalhadores ilicitamente despedidos, bem como a compensação pelo tempo em que aqueles se viram privados de receber a contrapartida pela manutenção dos seus contratos de trabalho, não sendo, em seu entender, condição necessária e exigível que a sentença contenha uma condenação expressa para que esta valha como título executivo, bastando que deste emirja, de forma inequívoca, a obrigação exequenda, sendo que a reintegração e o correspondente pagamento das retribuições intercalares em dívida é uma decorrência legal implícita — e lógica — da declaração do despedimento perpetrado pela Recorrida e declarado como ilícito, sendo os efeitos decorrentes da declaração judicial da ilicitude produzidos *ex vi legis*.

Por sua vez, a Recorrida assume posição diametralmente oposta, defendendo, por isso, a manutenção do acórdão recorrido que, em diversas partes, reproduz.

Vejamos!

A propósito da suscitada questão e a dado passo do acórdão recorrido escreveu-se o seguinte:

“Ora, salvo o devido respeito pela posição sustentada pelos trabalhadores demandantes e também pela decisão recorrida, que socialmente se compreende mas que juridicamente se rejeita, não é possível sustentar a natureza executiva da referida sentença judicial, dado que nela foi efetuado um julgamento final limitado a declarar que a l.^a Ré APRAM, SA é a entidade empregadora por força da transmissão de estabelecimento havida entre ela e a empresa «33/16 - ASSISTÊNCIA NÁUTICA, S.A.» e que, nessa medida, procedeu a um

ilícito despedimento de facto dos ali Autores, o que a reconduz, grosso modo, a uma ação de mera apreciação positiva, de acordo com a classificação constante do artigo 10.º do NCPC.

Logo, tal sentença não condenou a Ré APRAM nos efeitos jurídicos que decorrem do despedimento ilícito e que se mostram previstos nos artigos 389.º a 391.º do CT/2009.

A divergência entre as partes radica fundamentalmente aí: enquanto que a recorrente entende que essa sentença final (proferida na ação principal) não contém ou integra, ainda que tácita ou implicitamente, uma qualquer condenação da mesma na reintegração dos ali Autores ou, em substituição de tal reintegração, na liquidação aos mesmos de uma indemnização de antiguidade, sem olvidar, finalmente, o pagamento da compensação prevista no artigo 390.º do CT/2009, não lhe reconhecendo assim a força executiva mínima e necessária para fundar uma ação de prestação de facto ou de cobrança coerciva dos mencionados créditos laborais, já os aqui e ali demandantes defendem perspetiva oposta — no que foram acompanhados pela decisão recorrida e aqui em apreciação — e que vai no sentido de a mera declaração de ilicitude do despedimento de facto de que foram alvo fazer pressupor e consentir, em função do regime legal imperativo constante dos artigos 389.º e seguintes do CT/2009, o acionamento executivo da recorrente e a manutenção das providências cautelares concretamente decretadas até se mostrarem garantidos, por penhora (créditos laborais) e concretização definitiva da prestação de facto (reintegração), os referidos direitos.

Têm os recorridos razão no que afirmam? Entendemos convictamente que não, pois não resulta do regime legal contido nos artigos 389.º e seguintes do CT/2009 (que é efetivamente imperativo, com a ressalva dos aspetos identificados no artigo 339.º) que a mera declaração de ilicitude do despedimento acarrete automática e juridicamente ou carregue embrionariamente consigo, independente de tal ser ou não expressa ou tacitamente pedido pelo trabalhador despedido, os efeitos indemnizatórios elencados globalmente no artigo 389.º do aludido diploma legal.

Basta a leitura atenta das normas que enformam os artigos 389.º a 392.º do CT/2009 para concluir que tais pretensões indemnizatórias dependem, todas elas, de uma manifestação de vontade suficientemente clara da parte do trabalhador que propôs a ação de impugnação da (regularidade) e/ou licitude do despedimento, quer por via da ação com processo comum, como foi o caso dos aqui recorridos, quer através da ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento que se mostra prevista no artigo 387.º, número 2, do CT/2009 e 98.º-B e seguintes do CPT, quer finalmente mediante a ação de impugnação do despedimento coletivo dos artigos 388.º do CT/2009 e 156.º e seguintes do CPT.

Pense-se, desde logo, na faculdade que o trabalhador despedido tem de optar até ao final da Audiência Final entre a reintegração no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, ou a indemnização em substituição de tal reintegração, de formular ou não pedido de indemnização por danos não patrimoniais ou de reclamar ou não todas as retribuições vencidas entre a data da cessação ilegal do contrato de trabalho e o

trânsito em julgado da sentença ou acórdão que declare a ilicitude do despedimento e a condenação da empregadora nas prestações requeridas.

No que toca a este último aspeto, convirá que nos expliquemos um pouco melhor: o autor nesse tipo de ações pode vir somente preencher o formulário da AIRLD no 60.º dia do prazo de caducidade previsto no número 2 do artigo 387.º do CT/2009 ou no último dia do sexto mês após o despedimento coletivo ou 359.º dia do prazo prescricional, no caso do processo comum de impugnação do despedimento verbal, tácito ou enviesado (perdoe-se-nos a expressão), o que o faz perder os salários que se venceram entre o dia do termo ilícito da relação e o 31.º dia anterior à propositura da ação laboral, por força da dedução prevista na alínea b) do número 2 do artigo 390.º do CT/2009.

Pensamos mesmo que nada obsta a que um trabalhador, que decidiu constituir uma empresa sua ou teve a sorte de encontrar um outro emprego efetivo em data muito próxima do despedimento, com um rendimento ou vencimento global superior ao que antes auferia, pode renunciar legitimamente a reclamar a compensação do artigo 390.º, número 1 do CT/2009, por achar que é inútil demandar a mesma, em tais circunstâncias concretas.

Haverá também algum interesse em recordar que, nos termos particulares do artigo 392.º do CT/2009, o empregador pode requerer que a reintegração seja excluída, o que afasta também o carácter obrigatório e automático de tal figura.

Dir-se-á, contudo, que o trabalhador, quer no procedimento cautelar de suspensão de despedimento, quer na AIRLD não tem de

formular qualquer pedido expresso de reintegração/indenização por antiguidade ou das retribuições vencidas durante a pendência dos autos — cautelares e principais —, para lhe ver ser reconhecido tais direitos, o que parece apontar no sentido sustentado pela sentença recorrida e pelos aqui recorridos.

Ora, importa, por um lado, não olvidar que o Autor ou Requerente tem de desencadear tais ações através do preenchimento do formulário ou da apresentação do Requerimento Inicial (sendo que, no caso de se tratar de um despedimento formal, haverá também lugar à alegação obrigatória do propósito do demandante impugnar judicialmente aquele em tal Requerimento, o que será depois feito através da AIRLD, ainda que com dispensa do preenchimento do formulário) onde terá sempre de ser requerida a suspensão do despedimento ou assumida a impugnação da licitude ou regularidade do mesmo.

Numa segunda perspetiva de análise da questão levantada, interessa não esquecer, pelo outro lado, que os efeitos jurídicos derivados da suspensão do despedimento ou da declaração cominatória da ilicitude do despedimento, com as consequências gerais antes enunciadas, decorrem de normas legais especiais e expressas (artigos 39.º e 40.º e 98.º - G, número 4, alínea b) e 98.º - J, número 3, do CPT, respetivamente).

Afigura-se-nos que, mesmo no caso do deferimento da providência cautelar de suspensão de despedimento, nada obsta a que, em situações em que o empregador não quis que o trabalhador regressasse ao trabalho, limitando-se a pagar-lhe a retribuição devida, este último manifeste nos autos que não pretende continuar

a receber a mesma, dado ter conseguido arranjar trabalho com um melhor salário, vindo depois, na ação principal, a optar pelo recebimento da indemnização em substituição da reintegração.

Sendo assim, afigura-se-nos que a ação executiva não se radica em sentença de condenação (expressa ou implícita) de quaisquer prestações de facto ou de natureza pecuniária, ou seja, em título executivo legalmente reconhecido que permita aos Exequentes vir reclamar coercivamente a compensação prevista no artigo 390.º do CT/2009.

Sendo assim, pelos fundamentos expostos, julga-se procedente o presente recurso de Apelação, revogando-se, nessa medida, a sentença recorrida que se substitui pela decisão de procedência dos embargos de executado deduzidos pela Executada e pela inerente extinção da instância executiva, por força dos fundamentos deixados acima explanados”.

Desde já se avança que, no essencial, se sufragam os fundamentos jurídicos que levaram o Tribunal “a quo” a concluir que a sentença oferecida pelos Exequentes/Embargados, como título executivo na execução que moveram contra a Executada/Embargante e que constitui o processo principal, não condena esta, de forma expressa ou implícita, em qualquer prestação de facto ou de natureza pecuniária devida àqueles e que lhes permitisse reclamar o cumprimento coercivo das mesmas através da referida execução.

Tal sentença, com efeito, apenas se limitou a reconhecer a qualidade de entidade empregadora da Ré APRAM-S.A. (Executada/Embargante) em relação aos Autores AA, BB e CC

(Exequentes/Embargados), por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho, e a declarar a ilicitude do despedimento de facto destes perpetrado por aquela, na estrita sequência, aliás, de pretensões que, nesse sentido, foram formuladas por estes contra aquela na ação declarativa, com processo comum, que anteriormente lhe moveram e que, nessa medida, configura, “grosso modo”, uma ação declarativa de simples apreciação positiva, de acordo com a classificação constante do artigo 10.º do CPC, como se conclui no acórdão recorrido.

Acresce referir que também sufragamos o entendimento firmado no acórdão recorrido, no sentido de que os efeitos indemnizatórios ou compensatórios estabelecidos nos artigos 389.º a 392.º do CT dependem de uma manifestação de vontade da parte do trabalhador que pretenda propor ação de impugnação da licitude do despedimento de que tenha sido alvo por parte do seu empregador, quer mediante a utilização do processo comum, como foi o caso, quer através da ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento prevista no artigo 387.º n.º 2 do CT e 98.º-B e seguintes do CPT, quer mediante a ação de impugnação do despedimento coletivo dos artigos 388.º do CT e 156.º e seguintes do CPT.

Na verdade, não se pode olvidar que, na sequência da cessação da relação contratual laboral decorrente de despedimento unilateralmente assumido pela entidade empregadora em relação a qualquer dos seus trabalhadores, se entra no âmbito da disponibilidade de direitos, o que permite, desde logo, ao trabalhador optar por reagir, ou não, contra esse despedimento — invocando, para tal, a irregularidade e/ou a ilicitude do mesmo — e,

em caso de reação, formular pretensão quanto aos efeitos (ou alguns deles) da ilicitude do despedimento que se mostram previstos no art. 389.º e seguintes do CT, sendo que, mesmo em caso de ocorrência de tal reação, com manifestação da pretensão de reintegração no posto de trabalho, a entidade empregadora pode, em determinadas circunstâncias (trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direção ou a empresa do empregador ser uma microempresa e o regresso do trabalhador seja gravemente prejudicial e perturbador para o funcionamento da empresa), opor-se, com êxito, a essa pretensão, circunstância que, de si, afasta a existência de produção automática e obrigatória de um (o principal) dos efeitos decorrentes da ilicitude do despedimento, sendo substituído pela atribuição da indemnização a que se alude no n.º 3 do art. 392.º do CT.

Vem, precisamente, entendendo a jurisprudência, designadamente a deste Supremo Tribunal de Justiça, que a reintegração, o pagamento de indemnizações e/ou retribuições vencidas desde o despedimento até trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento, cai no âmbito dos direitos disponíveis, pelo que, caso o trabalhador os não peça em momento oportuno, o Tribunal não pode, depois e sem mais, condenar a entidade empregadora, seja na reintegração do trabalhador, seja no pagamento a este de indemnização a título de danos causados (morais ou patrimoniais), seja no pagamento ao mesmo das aludidas retribuições ou em indemnização em substituição da reintegração, não sendo aplicável, nesses casos, o disposto no artigo 74.º do CPT (condenação extra vel ultra petitem). (Cfr., neste sentido e entre outros, os acórdãos do Supremo Tribunal

de Justiça de 31 de outubro de 2007 e de 18 de junho de 2014, proferidos, respetivamente, nos processos n.ºs 07S2091 e 450/07.1TTCSCL1.S1, ambos desta 4.^a Secção e acessíveis em www.dgsi.pt, tendo o último destes acórdãos sido relatado pelo aqui 1.º Adjunto).

Na ação declarativa interposta pelo trabalhador em consequência de despedimento de que tenha sido alvo por parte do seu empregador, rege, portanto, o princípio do dispositivo que vincula o Tribunal a decidir apenas em função daquilo que o trabalhador despedido lhe haja efetivamente peticionado.

Deste modo, se o trabalhador, alvo de despedimento por parte do seu empregador, pretender reagir contra esse despedimento, designadamente com fundamento na ilicitude do mesmo, e pretender obter, como consequência, os efeitos dessa ilicitude — a reintegração no seu posto de trabalho ou a indemnização substitutiva dessa reintegração, bem como eventual indemnização a título de danos (patrimoniais ou não patrimoniais) sofridos ou ainda o pagamento das denominadas retribuições intercalares ou salários de tramitação — deve pedir, na ação instaurada para o efeito, para além da declaração de ilicitude do despedimento, a condenação do empregador na prestação de qualquer dessas obrigações.

Repare-se que, em relação às denominadas retribuições intercalares ou salários de tramitação e como bem se observa no acórdão recorrido, a atribuição das mesmas ao trabalhador ilicitamente despedido pela sua entidade empregadora varia em função da maior ou menor prontidão com que aquele decida instaurar a ação de impugnação de despedimento contra esta, na certeza de

que, se lhe for dada razão, vai ter direito às retribuições ou salários que tenha deixado de auferir apenas desde os 30 dias que precederam a propositura da ação, o que constitui evidência quanto à disponibilidade dos direitos em causa em tais circunstâncias.

Deste modo e contrariamente ao defendido pelos Recorrentes, a declaração judicial da ilicitude do despedimento não determina, por si só, “ope legis”, a reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho na empresa e o pagamento das referidas retribuições intercalares.

Aqui chegados e sabendo-se que o título executivo constitui a base ou, digamos assim, a causa de pedir no processo de execução, sendo através dele que se determina, quer a finalidade, quer os limites da ação executiva, no que aqui releva, estipula-se, claramente e de uma forma taxativa, no art. 703.º n.º 1 al. a) do CPC, que «à execução apenas podem servir de base: a) As sentenças condenatórias; (...)», que, como refere Miguel Teixeira de Sousa em Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil, pág.^a 608, são “as decisões que condenam no cumprimento de uma prestação, mesmo que não transitadas, desde que, neste caso, o recurso contra elas interposto tenha efeito meramente devolutivo”.

No caso vertente e como já se referiu, a sentença apresentada pelos Exequentes/Embargados como título executivo nos autos de execução movidos contra a Executada/Embargante limitou-se a reconhecer a qualidade de entidade empregadora da Ré APRAM-SA (Executada/Embargante) em relação aos Autores AA, BB e CC (Exequentes/Embargados), por efeito de transmissão dos respetivos contratos de trabalho, e a declarar a ilicitude do despedimento de

facto destes perpetrado por aquela, na estrita sequência, aliás, de pretensões que, nesse sentido, foram formuladas por estes contra aquela na ação declarativa, com processo comum, que anteriormente lhe moveram e que, nessa medida, configura uma ação declarativa de simples apreciação positiva, de acordo com a classificação constante do artigo 10.º do CPC.

Ora, como refere José Lebre de Freiras em *A Ação Executiva - Depois da Reforma*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 39, “quanto às sentenças de mérito proferidas em ações de simples apreciação, é pacífico que não se pode falar de título executivo. Efetivamente, ao tribunal apenas foi pedido que apreciasse a existência dum direito ou dum facto jurídico e a sentença nada acrescenta quanto a essa existência, a não ser o seu reconhecimento judicial. Pela sentença, o réu não é condenado no cumprimento duma obrigação pré-existente, nem sequer constituído em nova obrigação a cumprir. Vigorando o princípio do dispositivo, compreende-se que tal sentença não possa ser objeto de execução”.

Por estas razões e como também se concluiu no acórdão recorrido, “a ação executiva não se radica em sentença de condenação (expressa ou implícita) de quaisquer prestações de facto ou de natureza pecuniária, ou seja, em título executivo legalmente reconhecido que permita aos Exequentes vir reclamar coercivamente a compensação prevista no artigo 390.º do CT/2009”, não merecendo, por isso, censura o referido acórdão ao proferir decisão de procedência dos embargos de executado deduzidos pela Executada APRAM-SA, com a inerente extinção da instância executiva.

III - Decisão

Nestes termos, acorda-se em negar revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas a cargo dos Recorrentes.

Nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 15.º-A do Decreto-lei n.º 10-A/2020, de 13 de março (aditado pelo art. 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2020 de 01 de maio), consigna-se que o presente acórdão obteve voto de conformidade do Exmo. Juiz Conselheiro Adjunto António Leones Dantas e de desconformidade do Exmo. Juiz Conselheiro Adjunto Júlio Manuel Vieira Gomes que irá juntar declaração de voto de vencido. O acórdão é assinado apenas pelo relator.

Lisboa, 25 de novembro de 2020

José Feteira (relator) - Leones Dantas - Júlio Gomes (Declaração de voto vencido)

Declaração de voto de vencido.

Votei vencido. A declaração da ilicitude de um despedimento disciplinar tem consequências ope legis por força do artigo 389.º do CT, entre as quais a reintegração. A reintegração só não deverá ocorrer se o trabalhador optar expressamente pela indemnização de antiguidade em substituição da reintegração ou nos casos em que o empregador possa opor-se à reintegração e o faça com sucesso (no

mesmo sentido, sublinhando que o atual Código do Trabalho “é mais explícito quanto ao estabelecimento da reintegração como efeito comum da ilicitude do despedimento”, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, Almedina, Coimbra, 6.^a ed., 2016, n. 355, p. 856). Nas palavras de PEDRO FURTADO MARTINS, “se o trabalhador não expressar a escolha pela indemnização o tribunal é forçado a condenar o empregador na reintegração. É a solução que resulta claramente do artigo 391.º, 1, em que a substituição da reintegração surge como consequência da opção do trabalhador. No silêncio deste — e salvo nas situações limitadas do artigo 392.º, em que se admite a substituição a pedido do empregador —, o tribunal não pode, por sua própria iniciativa afastar a reintegração” (Cessação do Contrato de Trabalho, 4.^a ed., Principia, Cascais, p. 521). Aliás, e como o mesmo Autor também sublinha, o formulário pelo qual o trabalhador apresenta o seu requerimento opondo-se ao despedimento contém a fórmula “requer a V.Ex.^a que seja declarada a ilicitude ou irregularidade do mesmo com as legais consequências”. Se uma sentença declara ilícito um despedimento disciplinar tal decisão tem, por conseguinte, automaticamente consequências legais que decorrem dessa declaração de ilicitude. Como destaca PEDRO ROMANO MARTINEZ, “a ilicitude determina a reintegração, pois, verdadeiramente, se o despedimento é ilícito, o contrato não cessou e vale o princípio da segurança no emprego” (anotação ao artigo 389.º, Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, Almedina, Coimbra, 12.^a ed., p. 890).

Também um título executivo tem que ser interpretado e a interpretação da sentença como título executivo deve fazer-se atendendo não apenas à sua letra, mas também às referidas consequências *ope legis*. A solução que teve vencimento acarreta praticamente a inutilidade da decisão judicial que declarou a ilicitude do despedimento.

(Júlio Gomes)».

2. Comentário

2.1 Breves considerações sobre os efeitos da ilicitude do despedimento

Como é sabido, os arts. 389.º a 393.º do Código do Trabalho (CT) constituem um bloco normativo regulador dos efeitos da declaração judicial da ilicitude do despedimento, tendo como antecedente próximo o disposto nos arts. 436.º a 440.º do CT de 2003. Assim, nas suas grandes linhas, o atual CT continua a configurar o despedimento *contra legem* como um despedimento ilícito e inválido: porque pratica um ato ilícito, o empregador terá de indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais (art. 389.º, n.º 1, al. a)); porque o ato extintivo é inválido, o empregador será, em princípio, condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (art. 389.º, n.º 1, al. b)).

Via de regra, o despedimento *contra legem* não se limita a ser

um ato irregular, desencadeador de uma obrigação indenizatória a cargo do empregador. O despedimento *contra legem* é concebido como um verdadeiro e próprio despedimento inválido¹, assim se compreendendo a tutela reintegratória estabelecida na al. b) do n.º 1 do art. 389.º do CT. Destarte, o trabalhador que seja objeto de um despedimento ilícito goza, não apenas do direito de ser indenizado por todos os danos causados, mas também do direito a ser reintegrado na empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. O princípio geral consagrado no CT continua, pois, a ser aquele que foi acolhido no nosso país após a Revolução de Abril e a Constituição da República de 1976: ao declarar o despedimento ilícito, o tribunal priva este último do seu efeito extintivo da relação laboral, pelo que, tendencialmente, tudo se vai passar como se o despedimento jamais tivesse sido proferido pela entidade empregadora. Em conformidade com esta lógica de fundo, e para além do direito aos “salários intercalares”, o trabalhador tem o direito de retomar a sua atividade profissional ao abrigo de um contrato de trabalho que, afinal, ao invés daquilo que o empregador pretendia, não foi dissolvido pelo despedimento (“princípio da coercibilidade do vínculo jurídico-laboral”).

A consagração de uma tutela de tipo reintegratório ou restitutivo entende-se e é, julga-se, a única que, ao menos como solução-regra, se mostra compatível com a garantia constitucional da segurança no emprego, consagrada no art. 53.º da CRP. Qualquer

¹ Sobre a distinção entre a invalidade e a simples irregularidade, *vd.*, por todos, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 627: «Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afetando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais».

outro sistema, em que a tutela da estabilidade do emprego fosse como que amolecida, assentando em mecanismos puramente indemnizatórios (sistema do “despedimento pago”), ficaria, decerto, aquém das exigências constitucionais. Como lapidarmente escrevem GOMES CANOTILHO e JORGE LEITE, «se o ato que extingue o contrato vem, afinal, a revelar-se antijurídico, a única reação adequada do ordenamento jurídico compatível com o sistema da estabilidade é a de privar aquele ato da sua consequência normal, determinando a sua invalidade e consequente subsistência do vínculo contratual. A “monetarização” do despedimento como alternativa à reintegração permitiria, afinal, à entidade empregadora aquilo que a CRP quer, manifestamente, proibir — “desembaraçar-se” do trabalhador apesar de não haver causa legítima de despedimento»².

Como se disse, além do dever de indemnizar o trabalhador por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, causados pelo despedimento ilícito (art. 389.º, n.º 1, al. a)), o empregador deverá ainda compensar o trabalhador pagando-lhe os chamados “salários intercalares” ou “salários de tramitação”, visto que a declaração judicial de ilicitude/invalidade do despedimento produz efeitos retroativos, repondo em vigor o contrato de trabalho que o empregador havia tentado, sem êxito, dissolver. Em sede de salários intercalares, estamos, pois, perante o cumprimento diferido da obrigação retributiva a cargo do empregador. O pagamento de salários intercalares pelo empregador reconduz-se assim à

² «A inconstitucionalidade da lei dos despedimentos», separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», 1988, pp. 51-52.

realização, a posteriori, da prestação retributiva a que estava obrigado por efeito do contrato de trabalho e que, indevidamente, não cumpriu durante o espaço de tempo que decorreu entre a rutura ilícita de tal contrato e a sentença que, decretando a invalidade da decisão patronal, reafirmou simultaneamente a continuidade, no plano jurídico, do vínculo contratual.

Na ação de apreciação judicial do despedimento, o trabalhador poderá optar pela reintegração na empresa ou pela chamada “indenização de antiguidade”. Essa opção pode, aliás, ser feita até ao termo da discussão em audiência final de julgamento, como indica o n.º 1 do art. 391.º De resto, o mais lógico será mesmo que o trabalhador não opte prematuramente, visto que, quando ele enceta uma batalha judicial contra o despedimento (decorridos, porventura, poucos dias sobre o mesmo), ser-lhe-á amiúde difícil ter ideias claras quanto àquilo que desejará quando a sentença do tribunal vier a ser proferida. Quando impugna, aquilo que o trabalhador deseja é, sobretudo, que o tribunal declare a ilicitude do despedimento, e só mais tarde (dir-se-ia: só depois de muita água correr debaixo da ponte) o trabalhador estará em condições de decidir se pretende a reintegração ou a indenização — isto porque, entretanto, o trabalhador pode conseguir um novo emprego, pode mudar de domicílio, as suas relações com o empregador podem deteriorar-se, etc.

O trabalhador poderá, pois, optar pela reintegração (ou pela indenização substitutiva) até ao termo da discussão em audiência final de julgamento. De todo o modo, e em termos lógico-jurídicos, a reintegração detém a primazia, constituindo a solução-regra

quando um despedimento é declarado ilícito: por isso mesmo, o art. 389.º, n.º 1, al. b), estabelece que, em princípio, sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador será condenado a reintegrar o trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Nesta medida, a reintegração constitui também a solução legal supletiva, vale dizer, na ausência de escolha por parte do trabalhador, o tribunal condenará o empregador na reintegração (ou, dito por outras palavras, a ausência de escolha expressa é tida, pelo legislador, como uma opção tácita do trabalhador no sentido da reintegração). Trata-se, aliás, da solução que melhor se compagina com a ideia de invalidade do despedimento e com a própria tutela da segurança no emprego.

A declaração judicial de ilicitude/invalidade do despedimento, operando retroativamente, tem como efeito normal, como já se disse, a reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade. Os efeitos *ex tunc* da declaração de invalidade não significam, porém, que o despedimento seja juridicamente inexistente, nem eliminam a sua configuração como ato ilícito cometido pelo empregador. Proferido o despedimento patronal e desencadeada a respetiva ação de apreciação judicial pelo trabalhador, a vida continua, o tempo não pára, as circunstâncias alteram-se e as relações entre as partes tornam-se, não raro, ainda mais azedas do que o eram aquando do despedimento. A prática vem demonstrando à saciedade que, na larga maioria dos casos, o próprio trabalhador despedido acaba por não pretender o seu reingresso na empresa da qual foi ilicitamente

afastado. Compreende-se, por isso, que a lei preveja uma alternativa à reintegração, estabelecendo que, em lugar desta, o trabalhador poderá optar por uma indemnização, cujo montante será fixado pelo tribunal (n.º 1 do art. 391.º do CT).

A indemnização substitutiva da reintegração surge, porém, na economia do CT, como um *genus* composto por duas espécies: i) a espécie tradicional, bem conhecida do nosso ordenamento jurídico, em que a indemnização resulta de uma opção feita pelo trabalhador; ii) uma nova espécie, introduzida pelo CT de 2003, em que a indemnização é devida ao trabalhador despedido que, tendo optado pela reintegração na empresa, vê o empregador opor-se a essa reintegração, sendo esta oposição julgada procedente pelo tribunal, nos termos do art. 392.º (em caso de microempresas ou de trabalhadores que ocupem cargos de administração ou de direção). Quando tal suceda, o trabalhador ilicitamente despedido/não reintegrado terá direito a uma indemnização majorada relativamente ao disposto no art. 391.º, majoração indemnizatória esta que bem se compreende e é mesmo de uma lógica inatacável – afinal, aqui o trabalhador foi ilicitamente despedido e pretende ser reintegrado, sendo que, apesar disso, o tribunal acaba por sacrificar o seu emprego no altar das conveniências empresariais³.

2.2 Um acórdão “perplexizante”

Tendo em conta o exposto no ponto anterior, o entendimento

³ Para desenvolvimentos a propósito desta matéria, vd. JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1076 e ss.

vertido no acórdão em apreço afigura-se muitíssimo discutível. Sustenta-se, neste acórdão, que, «se o trabalhador, alvo de despedimento por parte do seu empregador, pretender reagir contra esse despedimento, designadamente com fundamento na ilicitude do mesmo, e pretender obter, como consequência, os efeitos dessa ilicitude — a reintegração no seu posto de trabalho ou a indemnização substitutiva dessa reintegração, bem como eventual indemnização a título de danos (patrimoniais ou não patrimoniais) sofridos ou ainda o pagamento das denominadas retribuições intercalares ou salários de tramitação — deve pedir, na ação instaurada para o efeito, para além da declaração de ilicitude do despedimento, a condenação do empregador na prestação de qualquer dessas obrigações». E afirma-se, outrossim, que «a declaração judicial da ilicitude do despedimento não determina, por si só, *ope legis*, a reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho na empresa e o pagamento das referidas retribuições intercalares». Pelo que, a final, na lógica da decisão judicial, se o trabalhador reagir contra o despedimento de que foi alvo, se o trabalhador impugnar, tempestivamente, esse despedimento, pedindo que o tribunal declare a respetiva ilicitude, essa declaração judicial, por si só, não produzirá quaisquer efeitos condenatórios: o despedimento será, quiçá, declarado ilícito, mas daí não resultarão quaisquer consequências jurídicas para o respetivo autor, nem a título indemnizatório, nem a nível retributivo, nem no plano da reintegração. Porquê? Porque o trabalhador apenas pediu ao tribunal que declarasse a ilicitude do despedimento, sem acrescentar, expressamente, que essa declaração judicial deveria ser

acompanhada dos devidos efeitos legais...

Pela nossa parte, estamos convictos de que, neste campo, importa distinguir: enquanto ato ilícito, o despedimento pode causar danos ao trabalhador, patrimoniais ou não patrimoniais, que, esses sim, carecerão de ser invocados e provados por este em tribunal, em ordem ao seu ressarcimento (art. 389.º, n.º 1-a, do CT); porém, e como se disse, enquanto ato inválido, o despedimento é também privado do seu efeito extintivo do contrato de trabalho pela decisão judicial que o declara ilícito, com efeitos retroativos, pelo que, dessa declaração, decorrem, *ope legis*, consequências ao nível dos “salários intercalares” e da reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho. Acresce que, se no plano dos salários intercalares o respetivo montante ainda poderá, por vezes, ser reduzido a zero, em virtude das deduções estabelecidas no n.º 2 do art. 390.º do CT⁴, já no que diz respeito à reintegração o ordenamento é, cremos, absolutamente claro: o trabalhador ilicitamente despedido será sempre reintegrado, a menos que ele mesmo opte pela indemnização substitutiva ou que, nos contados casos em que isso é admissível, o empregador se oponha a tal reintegração, pedindo ao tribunal que a exclua e a substitua por uma indemnização majorada, sendo este

⁴ Os chamados “salários intercalares”, isto é, as retribuições devidas ao trabalhador desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão judicial que o declara ilícito, devem ser pagos ao trabalhador em virtude da eliminação retroativa do despedimento enquanto mecanismo extintivo da relação laboral, por força do art. 390.º, n.º 1, do CT. Há, porém deduções que podem ser feitas no respetivo montante, por força do n.º 2 do mesmo preceito (em virtude, por exemplo, do facto de o trabalhador despedido demorar mais do que um mês a impugnar o despedimento, ou de ele, entretanto, ter auferido subsídio de desemprego). Mas, reitera-se, o efeito natural da decisão judicial que declara a ilicitude/invalidade do despedimento consiste na obrigatoriedade de pagamento, na íntegra, daqueles salários intercalares.

pedido patronal julgado procedente pelo tribunal. Ou reintegração ou indemnização substitutiva, *tertium non datur*⁵.

Creemos que existe uma ligação estreita, umbilical, entre o despedimento ilícito e a reintegração do trabalhador. E essa ligação umbilical apenas poderá ser cortada pelo próprio trabalhador, ao optar pela indemnização, nos termos do art. 391.º do CT, ou pelo empregador, ao solicitar ao tribunal que exclua a reintegração, nos termos e dentro dos limites do art. 392.º do CT. Não se verificando alguma destas hipóteses, a declaração judicial de ilicitude/invalidade do despedimento implicará, logicamente, inexoravelmente, a reintegração do trabalhador vitimado por esse despedimento.

Alega o STJ, neste seu aresto, que estamos aqui no âmbito de direitos disponíveis. O titular do direito pode, assim, desligar-se do mesmo, abdicando dele. No limite, claro, o trabalhador pode até nem reagir contra o despedimento, caso em que este, por mais antijurídico que se mostre, acabará por se consolidar na ordem jurídica, deixando de ser sindicável. Mas aqui, neste caso, justamente, o trabalhador reagiu, impugnou, pediu que o tribunal apreciasse o despedimento e que o declarasse ilícito. Talvez o trabalhador tenha sido demasiado lacónico no seu pedido, talvez conviesse ter sido mais explícito, mas, ainda assim, temos dificuldade em descortinar, neste pedido do trabalhador, uma

⁵ Isto, claro, sem prejuízo de poder haver situações peculiares, como as da morte ou reforma do trabalhador na pendência da ação, de que resulte a impossibilidade de reintegração e a inexistência de qualquer indemnização substitutiva. A questão é, em todo o caso, controversa. A este propósito, permitimo-nos remeter para o nosso *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 1098-1099.

qualquer expressão de vontade do mesmo de se desligar dos direitos que a lei associa à declaração judicial de ilicitude do despedimento — os salários intercalares e a reintegração na empresa.

Em retas contas, o trabalhador limitou-se a ser lacónico. Mas ele não disse, jamais, que não queria receber os salários intercalares, muito menos disse que não desejava ser reintegrado no seu posto de trabalho. E, assim sendo, não tendo ele optado pela indemnização, não tendo a entidade empregadora solicitado a exclusão da reintegração, nem tendo o trabalhador abdicado da reintegração, a única conclusão lógica, cremos, seria afirmar que o trabalhador devia ser reintegrado na empresa, da qual havia sido ilicitamente afastado.

Fica, aliás, ainda por saber o que sucedeu ao contrato, neste caso. Com efeito, o despedimento foi declarado ilícito, inválido — reitera-se: foi declarado ilícito, não foi declarado meramente irregular —, pelo que, cremos, foi eliminado, enquanto mecanismo extintivo do contrato de trabalho, por força da decisão judicial que declarou a respetiva ilicitude. Mas depois... nem reintegração (e, portanto, manutenção do contrato em vigor) nem indemnização substitutiva (a qual implica que o contrato se extinga, à data do trânsito em julgado da decisão judicial, seja por opção do trabalhador, seja a requerimento do empregador)⁶. Destarte, neste

⁶ A impugnação do despedimento, seguida da opção indemnizatória exercida pelo trabalhador e da declaração judicial de ilicitude daquele, configura um caso de cessação do contrato por via de resolução por iniciativa do trabalhador. Se houver impugnação do despedimento e opção reintegratória por parte do trabalhador, com declaração patronal de oposição à reintegração associada à posterior declaração judicial de ilicitude do despedimento e de procedência da oposição à reintegração, aí teremos um caso de resolução do contrato por iniciativa do empregador, ainda que atípico, por ser de exercício judicial. Para desenvolvimentos a este propósito, seja-nos permitido remeter para o nosso *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 1090-1093.

caso parece que, após a decisão judicial, o contrato nem perdura nem cessa, fica numa espécie de limbo, nem vivo nem morto, qual morto-vivo, qual zombie...

O resultado a que chega o STJ, neste caso, parece-nos francamente dececionante. Nada no texto do acórdão aponta para a ideia de que o trabalhador, ao reagir contra o despedimento ilícito, pretendia, tão-só, quiçá por deleite intelectual ou para preencher o seu currículo profissional, que o tribunal atestasse essa ilicitude, porém sem quaisquer efeitos práticos. Ao solicitar que o tribunal apreciasse o despedimento e o declarasse ilícito, o trabalhador pretendia, decerto, que essa declaração judicial viesse acompanhada dos respetivos efeitos legais, máxime em matéria de reintegração. Uma coisa vem atrás da outra, terá pensado o advogado do trabalhador. Lacónico? Sim. Demasiado conciso? Sim, talvez. Mas os juízes queixam-se tantas vezes, porventura com razão, de que os advogados tendem a ser excessivamente prolixos...

2.3 Conclusão

Este acórdão, reiteramos, afigura-se desconsolador. Ou “perplexizante”, para usarmos um neologismo que vai fazendo curso. Dirão que a palavra “perplexizante” não existe, o que não negamos. Mas, em contrapartida, arriscamos perguntar: existe isto, um despedimento declarado ilícito sem que daí resultem quaisquer consequências práticas?

Um despedimento. Um despedimento que o tribunal declara ilícito. Um despedimento que, assim sendo, viola um direito

fundamental, inscrito no art. 53.º da Constituição da República Portuguesa. Uma ação judicial em que o trabalhador não opta pela indemnização substitutiva da reintegração. Uma ação em que o trabalhador não declara abdicar do seu direito à reintegração. Uma ação em que a entidade empregadora não tenta sequer evitar a reintegração, opondo-se à mesma, nos moldes do art. 392.º do CT. E, ainda assim, uma decisão judicial que consegue, a um tempo, declarar a ilicitude do despedimento, mas sem haver lugar a reintegração do trabalhador nem ao pagamento de qualquer indemnização substitutiva. Coisa estranha! Coisa que, como bem se lê na declaração de voto de vencido lavrada pelo Conselheiro Júlio Gomes, “acarreta praticamente a inutilidade da decisão judicial que declarou a ilicitude do despedimento”. E isto não é coisa pouca.

Tudo, aparentemente, porque o trabalhador se terá esquecido de, ao pedir a declaração judicial de ilicitude do despedimento, acrescentar “com os respetivos efeitos legais”. O trabalhador exclamará, dirigindo-se ao tribunal: *Do I have to spell it out for you?* Segundo este acórdão, parece que sim. Mas, pela nossa parte, não ficamos nada convencidos do acerto desta decisão. Reiteramos o que acima escrevemos: a reintegração constitui a solução legal supletiva, vale dizer, na ausência de escolha por parte do trabalhador, o tribunal deverá condenar o empregador na reintegração; ou, dito por outras palavras, a ausência de escolha expressa é tida, pelo legislador, como uma opção tácita do trabalhador no sentido da reintegração⁷. Na economia da lei, dizer que quer ser reintegrado é,

⁷ Já o havíamos sustentado em *Direito do Trabalho - Relação Individual*, cit., p. 1088. Em sentido próximo, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Principia, Cascais, 2017, p. 521.

de algum modo, redundante, a lei obriga o trabalhador, isso sim, a dizer que não quer ser reintegrado e que prefere a alternativa, a indemnização substitutiva. *In casu*, o trabalhador jamais disse que preferia a indemnização, logo a reintegração impunha-se. E assim se faria Justiça, na ordem prática das coisas de que cuida o Direito.



A UBER, O MOTORISTA E O CLIENTE: TRÊS OU QUATRO? A PROPÓSITO DE UMA DECISÃO DO *SUPREME COURT* DO REINO UNIDO

*UBER, DRIVER AND CUSTOMER: THREE OR FOUR? AROUND A
RULING OF THE UNITED KINGDOM SUPREME COURT*

João Leal Amado*

Teresa Coelho Moreira**

Sumário - 1. Nota introdutória - 2. A decisão do *Supreme Court* - 3. A Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto (“Lei Uber”) - 4. Califórnia: da AB5 à *Proposition 22* - 5. Conclusão

Resumo:

Neste artigo é analisada uma recente e importante decisão do Supremo Tribunal britânico sobre o estatuto jurídico dos motoristas que prestam serviços à Uber, procurando os autores refletir sobre o conteúdo dessa decisão e sobre a forma como, em Portugal, esta questão foi tratada na chamada “Lei Uber” (Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto). Conclui-se com um juízo muito reticente quanto à bondade da nossa lei, que parece ter transformado artificialmente aquilo que seria uma relação a três (entre a Uber, o motorista e o cliente) numa relação a quatro, através da criação da figura do “operador de TVDE”, quicá com o objetivo e decerto com o efeito de inviabilizar o reconhecimento da existência de um genuíno

* Doutor em Direito. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da FDUC.

** Doutora em Direito. Professora Auxiliar 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. Vice-Presidente da Direção da APODIT - Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. tmoreira@direito.uminho.pt

contrato de trabalho entre a Uber (ou as empresas congêneres) e os seus motoristas.

Abstract:

This article analyzes a recent and important decision of the British Supreme Court on the legal status of drivers who provide services for Uber. The authors seek to reflect on the content of this decision and on the way in which, in Portugal, this issue was addressed in the so-called “Uber Law” (Law No. 45/2018, of 10 August). It concludes with a very reticent judgment about the virtue of our law, which seems to have artificially transformed what would be a three-way relationship (between Uber, the driver and the customer) into a four-person relationship, through the creation of the so-called “TVDE operator”, perhaps with the objective and certainly with the effect of making it impossible to recognize the existence of a genuine employment contract between Uber (or similar companies) and its drivers.

1. Nota introdutória

Como é sabido, nos últimos anos e um pouco por toda a parte os tribunais têm experimentado consideráveis dificuldades para procederem ao enquadramento jurídico do trabalho prestado via *apps*, através de plataformas digitais¹, registando-se flutuações significativas quanto à qualificação do mesmo como trabalho subordinado, trabalho autónomo ou, por vezes, como trabalho “parassubordinado”. Em todo o caso, as decisões judiciais assumem a existência, neste âmbito, de três sujeitos: a plataforma digital, o trabalhador ou prestador de serviços e o cliente. E a discussão centra-se na qualificação da relação jurídica que se estabelece entre a empresa que opera através da plataforma digital e os que lhe

¹ Para uma perspetiva geral sobre os desafios da chamada “economia colaborativa” (gig economy), vd. TERESA COELHO MOREIRA, «Revolução 4.0», *Revista do Tribunal do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas/SP, n.º 56, 2020, pp. 23-58.

prestam serviços remunerados, de forma autónoma ou subordinada (por exemplo, entre a Uber e os respetivos motoristas).

Recentemente, a 19 de fevereiro de 2021, o *Supreme Court* do Reino Unido proferiu uma importante decisão, no processo *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, na qual, uma vez mais, os tribunais britânicos rejeitaram a tese de que os motoristas da Uber devam ser tidos como microempresários ou como *self-employed independent contractors*, mas sim como autênticos *workers* da Uber. Não é a Uber que trabalha para os seus motoristas, a inversa é que é verdadeira: a Uber é uma empresa que explora um serviço/negócio de transportes (a Uber não é uma mera *technology company*, não é uma mera plataforma digital que preste serviços de intermediação, antes está no mercado para fornecer serviços de transporte) e os motoristas disponibilizam a mão-de-obra especializada através da qual a empresa fornece os seus serviços ao público e auferem os seus lucros; o contrato central entre o motorista e a Uber consiste em aquele, mediante remuneração, se disponibilizar para transportar — e transportar efetivamente — os passageiros Uber para os seus destinos; o acordo entre as partes localiza-se no campo das relações de trabalho dependente, não sendo um contrato entre iguais celebrados por duas organizações empresariais independentes, sendo que os motoristas não contactam diretamente com o mercado, antes são recrutados pela Uber para trabalharem e nesta se integram como componentes da respetiva organização. Em suma, os motoristas desenvolvem a sua atividade para a marca Uber, vale dizer, eles não são trabalhadores por conta própria ou pequenos empresários que contactem com o mercado,

que laborem para uma clientela indeterminada, pelo contrário, os seus clientes são pessoas indicadas pela Uber — os motoristas fornecem, afinal, a mão-de-obra de que a Uber necessita para explorar o seu próprio negócio².

Cremos que, pela sua importância, esta decisão do Supreme Court merece ser aqui parcialmente transcrita, no seu núcleo essencial, após o que faremos um pequeno comentário à mesma, confrontando-a com o regime vertido na lei que, entre nós, regula esta matéria (a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto) e ensaiando uma breve reflexão sobre a bondade do regime vertido nesta lei, do ponto de vista do enquadramento da atividade dos motoristas que prestam serviços de TVDE.

2. A decisão do *Supreme Court*

JUDGMENT Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents), before Lord Reed, President, Lord Hodge, Deputy President, Lady Arden, Lord Kitchin, Lord Sales, Lord Hamblen and Lord Leggatt, Judgment given on 19 February 2021

«(...)

92. In many cases it is not in dispute that the claimant is doing work or performing services personally for another person but there is an issue as to whether that person is to be classified as the claimant's employer or as a client or customer of the claimant. The

² Este caso agora decidido, em definitivo, pelo *Supreme Court*, foi objeto de uma primeira sentença do *Employment Tribunal* de Londres, proferida em 28 de outubro de 2016. Sobre esta decisão, vd. o comentário de JOÃO LEAL AMADO e CATARINA GOMES SANTOS, «A Uber e os seus motoristas em Londres: mind the gap!», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4001, Nov.-Dez. 2016, pp. 111-127.

situation in the present case is different in that there are three parties involved: Uber, drivers and passengers. But the focus must still be on the nature of the relationship between drivers and Uber. The principal relevance of the involvement of third parties (ie passengers) is the need to consider the relative degree of control exercised by Uber and drivers respectively over the service provided to them. A particularly important consideration is who determines the price charged to the passenger. More generally, it is necessary to consider who is responsible for defining and delivering the service provided to passengers. A further and related factor is the extent to which the arrangements with passengers afford drivers the potential to market their own services and develop their own independent business.

93. In all these respects, the findings of the employment tribunal justified its conclusion that, although free to choose when and where they worked, at times when they are working drivers work for and under contracts with Uber (and, specifically, Uber London). Five aspects of the tribunal's findings are worth emphasising.

94. First and of major importance, the remuneration paid to drivers for the work they do is fixed by Uber and the drivers have no say in it (other than by choosing when and how much to work). Unlike taxi fares, fares for private hire vehicles in London are not set by the regulator. However, for rides booked through the Uber app, it is Uber that sets the fares and drivers are not permitted to charge more than the fare calculated by the Uber app. The notional freedom to charge a passenger less than the fare set by Uber is of no possible benefit to drivers, as any discount offered would come entirely out of the

driver's pocket and the delivery of the service is organised so as to prevent a driver from establishing a relationship with a passenger that might generate future custom for the driver personally (see the fifth point, discussed below). Uber also fixes the amount of its own "service fee" which it deducts from the fares paid to drivers. Uber's control over remuneration further extends to the right to decide in its sole discretion whether to make a full or partial refund of the fare to a passenger in response to a complaint by the passenger about the service provided by the driver (see para 20 above).

95. Second, the contractual terms on which drivers perform their services are dictated by Uber. Not only are drivers required to accept Uber's standard form of written agreement but the terms on which they transport passengers are also imposed by Uber and drivers have no say in them.

96. Third, although drivers have the freedom to choose when and where (within the area covered by their PHV licence) to work, once a driver has logged onto the Uber app, a driver's choice about whether to accept requests for rides is constrained by Uber. Unlike taxi drivers, PHV operators and drivers are not under any regulatory obligation to accept such requests. Uber itself retains an absolute discretion to accept or decline any request for a ride. Where a ride is offered to a driver through the Uber app, however, Uber exercises control over the acceptance of the request by the driver in two ways. One is by controlling the information provided to the driver. The fact that the driver, when informed of a request, is told the passenger's average rating (from previous trips) allows the driver to avoid low-rated passengers who may be problematic. Notably, however, the

driver is not informed of the passenger's destination until the passenger is picked up and therefore has no opportunity to decline a booking on the basis that the driver does not wish to travel to that particular destination.

97. The second form of control is exercised by monitoring the driver's rate of acceptance (and cancellation) of trip requests. As described in para 18 above, a driver whose percentage rate of acceptances falls below a level set by Uber London (or whose cancellation rate exceeds a set level) receives an escalating series of warning messages which, if performance does not improve, leads to the driver being automatically logged off the Uber app and shut out from logging back on for ten minutes. This measure was described by Uber in an internal document quoted by the employment tribunal as a "penalty", no doubt because it has a similar economic effect to docking pay from an employee by preventing the driver from earning during the period while he is logged out of the app. Uber argues that this practice is justified because refusals or cancellations of trip requests cause delay to passengers in finding a driver and lead to customer dissatisfaction. I do not doubt this. The question, however, is not whether the system of control operated by Uber is in its commercial interests, but whether it places drivers in a position of subordination to Uber. It plainly does.

98. Fourth, Uber exercises a significant degree of control over the way in which drivers deliver their services. The fact that drivers provide their own car means that they have more control than would most employees over the physical equipment used to perform their work. Nevertheless, Uber vets the types of car that may be used.

Moreover, the technology which is integral to the service is wholly owned and controlled by Uber and is used as a means of exercising control over drivers. Thus, when a ride is accepted, the Uber app directs the driver to the pick-up location and from there to the passenger's destination. Although, as mentioned, it is not compulsory for a driver to follow the route indicated by the Uber app, customers may complain if a different route is chosen and the driver bears the financial risk of any deviation from the route indicated by the app which the passenger has not approved (see para 8 above).

99. I have already mentioned the control exercised by monitoring a driver's acceptance and cancellation rates for trips and excluding the driver temporarily from access to the Uber app if he fails to maintain the required rates of acceptance and non-cancellation. A further potent method of control is the use of the ratings system whereby passengers are asked to rate the driver after each trip and the failure of a driver to maintain a specified average rating will result in warnings and ultimately in termination of the driver's relationship with Uber (see paras 13 and 18 above). It is of course commonplace for digital platforms to invite customers to rate products or services. Typically, however, such ratings are merely made available as information which may assist customers in choosing which product or service to buy. Under such a system the incentive for the supplier of the product or service to gain high ratings is simply the ordinary commercial incentive of satisfying customers in the hope of attracting future business. The way in which Uber makes use of customer ratings is materially different. The

ratings are not disclosed to passengers to inform their choice of driver: passengers are not offered a choice of driver with, for example, a higher price charged for the services of a driver who is more highly rated. Rather, the ratings are used by Uber purely as an internal tool for managing performance and as a basis for making termination decisions where customer feedback shows that drivers are not meeting the performance levels set by Uber. This is a classic form of subordination that is characteristic of employment relationships.

100. A fifth significant factor is that Uber restricts communication between passenger and driver to the minimum necessary to perform the particular trip and takes active steps to prevent drivers from establishing any relationship with a passenger capable of extending beyond an individual ride. As mentioned, when booking a ride, a passenger is not offered a choice among different drivers and their request is simply directed to the nearest driver available. Once a request is accepted, communication between driver and passenger is restricted to information relating to the ride and is channelled through the Uber app in a way that prevents either from learning the other's contact details. Likewise, collection of fares, payment of drivers and handling of complaints are all managed by Uber in a way that is designed to avoid any direct interaction between passenger and driver. A stark instance of this is the generation of an electronic document which, although styled as an "invoice" from the driver to the passenger, is never sent to the passenger and, though available to the driver, records only the passenger's first name and not any further details (see para 10

above). Further, drivers are specifically prohibited by Uber from exchanging contact details with a passenger or contacting a passenger after the trip ends other than to return lost property (see para 12 above).

101. Taking these factors together, it can be seen that the transportation service performed by drivers and offered to passengers through the Uber app is very tightly defined and controlled by Uber. Furthermore, it is designed and organised in such a way as to provide a standardised service to passengers in which drivers are perceived as substantially interchangeable and from which Uber, rather than individual drivers, obtains the benefit of customer loyalty and goodwill. From the drivers' point of view, the same factors - in particular, the inability to offer a distinctive service or to set their own prices and Uber's control over all aspects of their interaction with passengers - mean that they have little or no ability to improve their economic position through professional or entrepreneurial skill. In practice the only way in which they can increase their earnings is by working longer hours while constantly meeting Uber's measures of performance.

(...)».

Vale a pena recapitular: a remuneração paga aos motoristas pelo trabalho é fixada pela Uber e os motoristas não têm qualquer palavra a dizer quanto a isto (salvo, claro, ao decidirem quando trabalhar e quanto trabalham prestam); as condições contratuais ao abrigo das quais os motoristas prestam os seus serviços são ditadas pela Uber; muito embora os motoristas tenham, em abstrato, liberdade para

escolher quando trabalham, a verdade é que, a partir do momento em que um motorista se conecta, através da *app* da Uber, a sua margem de liberdade efetiva quanto à aceitação dos pedidos de transporte encontra-se, de facto, muito condicionada pela Uber; a Uber exerce um controlo muito significativo sobre a forma como os motoristas executam os seus serviços (através da tecnologia utilizada e, bem assim, através dos sistemas de avaliação da performance do motorista, que podem, no limite, levar à sua “desativação”); a Uber restringe a comunicação entre o passageiro e o motorista ao mínimo indispensável para realizar o serviço de transporte em causa e toma medidas ativas em ordem a impedir os motoristas de estabelecerem qualquer relação com o passageiro que possa estender-se para além daquela concreta corrida. Assim sendo, o *Supreme Court* conclui: «Ponderando estes fatores conjuntamente, pode ver-se que o serviço de transporte realizado pelos motoristas e oferecido aos passageiros através da *app* da Uber é definido e controlado, em moldes muito estritos, pela Uber. Além disso, o mesmo é concebido e organizado de forma a providenciar um serviço estandardizado aos passageiros, no qual os motoristas são tidos como substancialmente fungíveis (“interchangeable”) e do qual a Uber, e não os concretos motoristas, desfruta dos benefícios da lealdade e “goodwill” dos clientes. Vistas as coisas da perspetiva dos motoristas, esses mesmos fatores — em particular, a impossibilidade de oferecer um serviço distinto ou de estabelecer o preço dos serviços e o controlo da Uber sobre todos os aspetos da sua interação com os passageiros — significam que eles têm pouca ou nenhuma capacidade para melhorar a sua posição económica através de qualquer “skill” profissional ou empresarial.

Na prática, a única forma através da qual eles podem aumentar os seus rendimentos consiste em trabalhar mais horas, sempre correspondendo aos padrões de performance fixados e exigidos pela Uber» (§101, tradução nossa).

Em suma, no caso em apreço o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram *workers* e não genuínos *independent contractors*. Aqueles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de “parasubordinação”, prestando trabalho para esta empresa numa posição de acentuada dependência económica. *Employee* ou *worker*, o certo é que, para o Supremo Tribunal, os motoristas da Uber não são *self-employed independent contractors*. Tanto basta para que as leis do trabalho, em matéria de jornada e de salário, lhes sejam aplicáveis. E não há manobras de engenharia jurídica, efetuadas por argutos advogados, que possam obstar a tal aplicação.

Eis, a nosso ver, a grande lição a retirar desta importante sentença. É que, por vezes, vai uma grande distância entre a engenharia contratual (e o imaginativo emaranhado terminológico adrede utilizado) e a realidade relacional. Nem *partner* nem *customer*, o *driver* é, afinal, vistas as coisas como elas são, um *worker* da Uber. Pergunta-se: e em Portugal?

3. A Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto (“Lei Uber”)

Em Portugal, dir-se-ia, a situação não deve ter contornos muitos distintos daqueles que apresenta em Londres, no que à Uber, aos seus motoristas e aos clientes diz respeito. Afinal, atravessar o

Tamisa, num transporte Uber, não deve ser muito diferente de atravessar o Tejo, o Douro ou o Mondego.

Puro engano! Como é sabido, o nosso legislador veio recentemente regular esta matéria, de forma, antecipe-se, um tanto peculiar. Com efeito, segundo se lia na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 50/XIII — que pretendia estabelecer o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados (TVDE, «transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica»), bem como o regime jurídico das plataformas eletrónicas que organizam e disponibilizam aos interessados aquela modalidade de transporte —, «as empresas tecnológicas que instituem e organizam, a partir de plataformas digitais, mercados de serviços de transportes atuam como intermediários de negócios desse tipo e não como prestadores dos serviços contratualizados a partir dessas plataformas». Daí resulta, acrescentava-se na Exposição de Motivos, que, «além de não outorgarem elas próprias os contratos de transporte, estas plataformas não têm a obrigação de prestar o serviço, ou tão-pouco se caracterizam por disponibilizar os meios humanos e materiais afetos à prestação de serviço».

Obedecendo a esta premissa, a lei entretanto publicada — Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto — resolveu distinguir a figura do operador de TVDE, pessoa coletiva que efetua transporte individual remunerado de passageiros, da figura do operador de plataformas eletrónicas, definidas estas como «infraestruturas eletrónicas da titularidade ou sob exploração de pessoas coletivas que prestam, segundo um modelo de negócio próprio, o serviço de intermediação

entre utilizadores e operadores de TVDE aderentes à plataforma, na sequência [de reserva] efetuada pelo utilizador por meio de aplicação informática dedicada» (art. 16.º). Nestes termos, os operadores de plataformas eletrónicas dedicar-se-iam, sobretudo, a prestar serviços de intermediação da conexão entre o utilizador (leia-se: o passageiro)³ e o operador do serviço de TVDE, bem como ao processamento do pagamento do serviço de TVDE por conta do respetivo operador (cobrando uma taxa de intermediação, a qual não pode ser superior a 25% do valor da viagem, nos termos do art. 15.º, n.º 3)⁴.

O contrato com o motorista, esse, será celebrado pelo operador de TVDE e não pelo operador de plataforma eletrónica. Como se lê no art. 2.º, n.º 3, da lei, «a prestação de um serviço de TVDE inicia - se com a aceitação, *por um motorista ao serviço de um operador*, de um pedido de transporte entre dois pontos submetido por um ou mais utilizadores numa plataforma eletrónica e termina com o abandono pelo utilizador desse veículo, depois de realizado o transporte para o destino selecionado, ou por qualquer outra causa que implique a

³ Nos termos do art. 5.º, n.º 1, da lei, «o serviço de TVDE só pode ser contratado pelo utilizador mediante subscrição e reserva prévias efetuadas através de plataforma eletrónica».

⁴ Sobre os serviços disponibilizados pelos operadores de plataformas eletrónicas, vd. o disposto no art. 19.º da lei. Entre esses serviços contam-se o de disponibilizar mecanismos transparentes, credíveis e fiáveis de avaliação da qualidade do serviço pelo utilizador, nomeadamente por botão eletrónico de avaliação relativo a cada operação, bem como o botão eletrónico para apresentação de queixas (n.º 1, al. d)), assim como a identificação do motorista, incluindo o seu número único de registo de motorista de TVDE e fotografia (n.º 1, al. e)). Ao invés, é expressamente proibida a criação e a utilização de mecanismos de avaliação de utilizadores por parte dos motoristas de TVDE ou dos operadores de plataformas eletrónicas (n.º 5 do mesmo artigo). A atividade de operador de plataformas eletrónicas está sujeita a licenciamento, nos termos do art. 17.º, procurando a lei estabelecer garantias quanto à idoneidade de tais operadores (art. 18.º).

cessação de fruição do veículo pelo utilizador» (itálico nosso). E como decorre do disposto no art. 10.º, «apenas podem conduzir veículos de TVDE os motoristas inscritos junto de plataforma eletrónica» (n.º 1), sendo que o motorista de TVDE, que presta serviço ao operador de TVDE, deve preencher, cumulativamente, diversos requisitos, entre eles o de «dispor de um contrato escrito que titule a relação entre as partes» (n.º 2, al. e). E na mesma lei acrescenta-se que o operador de TVDE observará todas as vinculações legais e regulamentares relevantes para o exercício da sua atividade, incluindo as decorrentes da legislação laboral, de segurança e saúde no trabalho e de segurança social (art. 9.º, n.º 2)⁵.

Decorre da lei que o contrato escrito, celebrado entre o motorista e o operador de TVDE, pode ser, mas não tem de ser, um contrato de trabalho. A lei prevê ambas as hipóteses, a do motorista vinculado por contrato de trabalho e a do motorista independente (assim resulta com clareza, desde logo, do n.º 12 do art. 10.º, relativo ao regime de organização do tempo de trabalho). Porém, o art. 10.º, n.º 10, da Lei n.º 45/2018 determina que «ao vínculo jurídico estabelecido entre o operador de TVDE e o motorista afeto à atividade, titulado por contrato escrito assinado pelas partes, e independentemente da denominação que as partes tenham adotado no contrato, é aplicável o disposto no artigo 12.º do Código do Trabalho». Ou seja, a lei faz expressa remissão para a presunção de laboralidade estabelecida no CT, afirmando e confirmando a sua

⁵ Norma esta replicada pela lei, exatamente nos mesmos termos, para o operador de plataformas eletrónicas, no art. 17.º, n.º 11. E também a atividade de operador de TVDE está sujeita a licenciamento, com a lei a estabelecer regras tendentes a garantir a respetiva idoneidade (arts. 3.º e 4.º).

aplicação nesta sede. Mas note-se (e este é um ponto absolutamente decisivo para se compreender o alcance desta norma): a lei refere-se apenas ao vínculo contratual existente entre o operador de TVDE e o motorista; a lei não se refere ao vínculo contratual entre o operador de plataforma eletrónica e o motorista, porque parte do princípio de que este vínculo contratual não existirá.

Ou seja, segundo a lei portuguesa, empresas como a Uber, por exemplo, serão típicas operadoras de plataforma eletrónica, prestando serviços de intermediação entre os utilizadores/passageiros e os operadores de TVDE. E estes operadores de TVDE, enquanto pessoas coletivas dedicadas a efetuar transporte individual remunerado de passageiros, é que prestarão esse serviço e contratarão os motoristas necessários para esse efeito, em regime de contrato de trabalho ou não.

Aparentemente, o motorista não celebrará qualquer contrato com o operador de plataforma eletrónica, ainda que, para exercer a atividade, o motorista tenha de estar inscrito junto da plataforma eletrónica. E a verdade é que a lei não deixa de colocar na esfera do operador de plataforma eletrónica deveres típicos da entidade empregadora, designadamente em matéria de controlo do tempo de trabalho prestado pelo motorista e de respeito pelos limites máximos previstos. A este propósito, veja-se, sobretudo, o disposto no art. 13.º, com a epígrafe, «Duração da atividade», no qual se pode ler: «Os motoristas de TVDE não podem operar veículos de TVDE por mais de dez horas dentro de um período de 24 horas, independentemente do número de plataformas nas quais o motorista de TVDE preste serviços, sem prejuízo da aplicação das normas imperativas,

nomeadamente do Código do Trabalho, se estabelecerem período inferior» (n.º 1); «Os operadores de plataformas eletrónicas devem implementar mecanismos que garantam o cumprimento dos limites referidos no número anterior» (n.º 2); «As plataformas eletrónicas devem conservar durante dois anos os registos de atividade dos operadores TVDE, motoristas e veículos, de acordo com o seu número único de registo de motorista de TVDE» (n.º 3). Acresce que, nos termos do art. 20.º, n.º 3, relativo aos deveres gerais dos operadores de plataformas eletrónicas, «o sistema informático deve registar os tempos de trabalho do motorista, e o cumprimento dos limites de tempo de condução e repouso»⁶.

Ou seja, e de forma altamente inovadora e até surpreendente⁷, se pensarmos na jurisprudência que se tem produzido, a este

⁶ Também o art. 14.º evidencia o papel central dos operadores de plataforma eletrónica nesta matéria, ainda que, cremos, dele resulte alguma repartição de tarefas entre operadores de plataforma eletrónica e operadores de TVDE. Assim, segundo este preceito, relativo ao controlo e limitação da atividade, cabe ao operador da plataforma eletrónica assegurar o pleno e permanente cumprimento dos requisitos de exercício da atividade previstos na lei (n.º 1), devendo bloquear o acesso aos serviços prestados pela mesma por parte dos operadores de TVDE, motoristas ou veículos que incumpram qualquer dos requisitos referidos na lei, sempre que disso tenha ou devesse ter conhecimento (n.º 2). Todavia, segundo o n.º 3 do mesmo artigo, o acesso a plataforma eletrónica de motoristas de TVDE que não cumpram os requisitos referidos no número anterior ou que tenham deixado de reunir os mesmos após o acesso à atividade é da responsabilidade do respetivo operador (fica-nos a dúvida sobre se a lei, aqui, se refere ao operador de plataforma eletrónica ou ao operador de TVDE, mas cremos que se tratará deste último), sem prejuízo dos poderes cometidos ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P., e demais entidades fiscalizadoras.

⁷ Esta configuração relacional já se encontrava presente na Proposta de Lei n.º 50/XIII, suscitando alguma preocupação nos autores que tiveram ensejo de comentar essa proposta de diploma, em perspetiva jurídico-laboral, por tender a obnubilar a possível relação de trabalho subordinado estabelecida entre o motorista/operador de TVDE e o operador de plataforma eletrónica. Neste sentido, vd. JOÃO LEAL AMADO e CATARINA GOMES SANTOS, «A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*», cit., pp. 111-127 [n. 18], e JOANA NUNES VICENTE, «Implicações sociais e jurídico-laborais da prestação de serviços através de

plataformas virtuais - breves notas», in Paulo Renato Fernandes da Silva (org.), *A Reforma Trabalhista*, LTr, São Paulo, 2018, pp. 86-92 [n. 30].

Já depois da publicação da Lei n.º 45/2018, essas mesmas preocupações foram reiteradas e desenvolvidas no nosso texto «A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2019-I, pp. 81-111 (em especial, pp. 105-111), bem como por MARIANA LEITE DA SILVA, «O estatuto jurídico-laboral do motorista no contexto da atividade de TVDE - em particular, o caso da Uber», *Questões Laborais*, n.º 54, 2019, pp. 157-193 (em especial, pp. 187-190). Por último, em sentido convergente, BRUNO MESTRE, «As metamorfoses da subordinação jurídica: algumas reflexões», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020-II, pp. 183-221 (em especial, pp. 210-214). Neste último texto, todavia, o Autor imputa-nos uma posição — a de que as plataformas eletrónicas se limitam a prestar um serviço de intermediação e que o contrato é celebrado diretamente entre o operador de TVDE e o utilizador, isto é, o passageiro — da qual afirma discordar (loc. cit., nota 27). Pela nossa parte, também discordamos dessa posição, sucedendo apenas que, na verdade, jamais a sustentámos... É, para nós, de meridiana clareza que a Uber não é uma mera *technology company*, não é uma mera intermediária, bem como que o contrato que o cliente/passageiro celebra é com a Uber e não com o concreto motorista que efetua o transporte ou com o operador de TVDE. Isso, de resto, já tinha sido minuciosa e cabalmente tratado na supramencionada sentença do *Employment Tribunal* de Londres, de 2016, que foi objeto da anotação referida na nota 2 do presente texto. No artigo que dedicámos à Lei n.º 45/2018, o nosso esforço foi de clarificar as relações contratuais existentes entre o motorista e os outros sujeitos que, eventualmente, o empregam, isto é, o operador de TVDE e o operador de plataforma eletrónica. Nunca nos debruçámos sobre o cliente, o passageiro, pelo que não descortinamos razões para a interpretação que BRUNO MESTRE nos assaca. E, aliás, nesse texto também citamos a decisão do TJUE que considera que empresas como a Uber são empresas que prestam um serviço no domínio dos transportes e não um mero serviço de intermediação entre a oferta e a procura de um determinado produto — decisão com a qual concordamos, ao invés do que BRUNO MESTRE sugere. Enfim, talvez o Autor tenha acabado por ser vítima da manipulação linguística tantas vezes efetuada neste domínio. Afinal, a Uber rotula os seus motoristas de “customers”, sendo que os verdadeiros clientes, os passageiros, são rotulados de “users” e assim por diante... No meio de todas estas metamorfoses linguísticas, talvez o Autor tenha sucumbido e nos tenha lido mal. Mas, reiteramos, jamais defendemos que a Uber se limite a prestar um serviço de intermediação (ainda que a nossa lei pareça sugeri-lo) ou que o passageiro celebre um contrato com o operador de TVDE e não com a Uber.

respeito, um pouco por todo o resto do mundo, a lei portuguesa coloca uma terceira entidade de permeio, entre o operador de plataforma eletrónica (suponhamos: a Uber ou outra empresa do género) e o motorista. Dir-se-ia que, em regra, há três intervenientes neste processo: a Uber, o motorista e o passageiro. Pois em Portugal não. Há quatro. Porque quem presta o serviço de transporte remunerado de passageiros não é propriamente o motorista, antes é, necessariamente, uma outra empresa, distinta da empresa operadora de plataforma eletrónica — o chamado “operador de TVDE”. E este operador, pessoa coletiva, é que celebrará contrato com os motoristas...

Na decisão do *Supreme Court*, acima parcialmente transcrita, este ponto não deixa de ser abordado. Como se lê no § 91 do Acórdão, «here are three parties involved: Uber, drivers and passengers». Contudo, no § 23 do Acórdão observa-se, aludindo ao teor dos contratos predispostos pela Uber: «The Services Agreement is formulated as a legal agreement between Uber BV and “an independent company in the business of providing transportation services”, referred to as “Customer”. It contains an undertaking by “Customer” to enter into a contract with each driver in the form of an accompanying “Driver Addendum”». Mas o *Supreme Court* logo acrescenta, com inteiro acerto: «This arrangement is inapposite for the vast majority of drivers who sign up as individuals and not on behalf of any “independent company” which in turn engages drivers». É isso mesmo: *inapposite*, isto é, inapropriado, deslocado, impertinente, inadequado. Lá como cá, dir-se-ia.

O juízo sobre a bondade da lei portuguesa nesta matéria, com o seu expresso apelo à presunção de laboralidade, não pode, pois, deixar de ser muito cauteloso. Sim, a lei portuguesa, em matéria de transporte individual e remunerado de passageiros através de plataforma eletrónica, não enjeita que os motoristas envolvidos tenham um contrato de trabalho. A lei até afirma que, independentemente da denominação que as partes tenham dado ao contrato celebrado, a esse contrato será aplicável a presunção de laboralidade constante do art. 12.º do CT. Mas atenção! O contrato aqui em causa, ao qual se aplica a dita presunção, não envolve a Uber ou qualquer outro operador de plataforma eletrónica. O contrato aqui em causa será o celebrado entre o motorista e o operador de TVDE. E isto, como é óbvio, faz toda a diferença, porque implica que empresas como a Uber não terão, parece, qualquer contrato com os motoristas nelas inscritos (!), pois verifica-se aqui a interposição, *ex vi legis*, de uma outra e nova entidade - o operador de TVDE, que, esse sim, poderá assumir o estatuto de entidade empregadora do motorista.

Por nós, sempre diremos que parece haver aqui operadores em excesso, quiçá demasiadas pessoas coletivas, para efetuar este tipo de transporte de passageiros... O operador de TVDE e o motorista serão, realmente, pessoas distintas, entre as quais se celebra um contrato, eventualmente um contrato de trabalho? Ou, pelo contrário, casos haverá (porventura muitos, porventura a maioria...) em que o motorista constitui, para o efeito, uma pessoa coletiva com familiares seus ou até, quiçá, uma sociedade unipessoal, de que ele será o sócio único, para se dedicar a este tipo de atividade e celebrar

consigo mesmo, enquanto motorista, um contrato de trabalho — assim deixando livre de vinculações contratuais laborais, ao menos *prima facie*, o operador de plataforma eletrónica...⁸

Em síntese, a nova lei, que estabelece o regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica, fazendo expressa remissão para a presunção de laboralidade constante do art. 12.º do CT, suscita, na sua vertente jurídico-laboral, duas questões fundamentais: a primeira, a de apurar até que ponto o modelo desenhado pela lei tem tradução na realidade da vida, porque esse modelo pressupõe a inexistência de qualquer contrato de trabalho entre a empresa operadora de plataforma tecnológica e o motorista, em virtude do aparecimento em cena de um outro ator, o operador de TVDE; a segunda, a da provável necessidade de atualizar os índices de subordinação jurídica vertidos no art. 12.º do CT, índices estes, porventura, adequados para o trabalho do séc. XX, mas já não para o trabalho do séc. XXI e da era digital em que agora quase todos vivemos e muitos trabalham⁹.

⁸ A isto chama-se, no Brasil, “pejotização”, um expediente fraudulento, um «meio legal de praticar uma ilegalidade», que se caracteriza «pela exigência dos tomadores de serviços para que os trabalhadores constituam pessoas jurídicas como condição indispensável para a prestação dos serviços» (assim, GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO, *Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2013, p. 317).

⁹ Com efeito, a presunção do art. 12.º talvez devesse ser atualizada e enriquecida perante esta nova realidade, incluindo outros índices que facilitassem a inversão do ónus da prova, *inter alia*, dando relevo ao facto de a plataforma usar uma imagem de marca no mercado que a identifica, de a plataforma fixar os preços para o trabalho efetuado na mesma ou estabelecer limites máximos e mínimos ao mesmo, de a plataforma processar o pagamento entre os utilizadores e os trabalhadores das plataformas, de a plataforma utilizar sistemas de geolocalização para seguir quem presta a atividade, e de a plataforma fornecer aos seus utilizadores a avaliação ou o *rating* dos seus trabalhadores.

Espíritos malévolos poderiam talvez ser levados a questionar se a interposição de pessoas prevista na lei portuguesa não se traduzirá, em alguns (muitos?) casos, numa interposição fictícia de pessoas — a interposição de uma pseudoempresa —, organizada ou estimulada pelo legislador. Terá o legislador português sido permeável a algum tipo de *lobby* da Uber? Queremos acreditar que não, acreditamos mesmo que não. Em todo o caso, a experiência internacional demonstra, à saciedade, que esse *lobby* não só existe como é muitíssimo poderoso. Veja-se, por exemplo, o que sucedeu nos Estados Unidos, em plena Califórnia.

4. Califórnia: da AB5 à Proposition 22

No Estado da Califórnia foi apresentada uma Proposta de Lei que ficou conhecida como AB5, que foi aprovada pelo Governador a 18 de setembro e entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2020, a qual pretende considerar como trabalhadores muitos daqueles que são excluídos e não apenas os trabalhadores das plataformas digitais. Assim, são destinatários da nova norma, v.g., manicures, condutores de camiões, empregados de limpeza, trabalhadores da construção civil e diversos outros trabalhadores precários que são, amiúde, falsamente classificados como autónomos. Muito interessante é a forma e os caminhos pelos quais aquela lei pretende incluir esses trabalhadores, inserindo a Secção 2750.3 no *Labor Code*. E esta alteração também prevê a possibilidade de criação de sindicatos e de celebração de convenções coletivas. A lei obriga, ainda, as plataformas a compensar os motoristas pelos custos com os

combustíveis e por outras despesas em que incorram, assim como proíbe que as plataformas retirem da quantia paga aos motoristas as gorjetas que estes ganham, prevendo um salário mínimo, o pagamento por trabalho suplementar, proteção no caso de desemprego e outras compensações

A lei tem por objetivo expresso acolher no *Labor Code* da Califórnia a decisão do *Supreme Court of California*, conhecida como *Dynamex*, de 30 de abril de 2018, reconhecidamente um marco no combate à fraude na utilização da figura do trabalho autónomo — denominado de *independent contractors* — para esconder verdadeiras relações de trabalho. Essa decisão, interpretando os termos legais empregar, sofrer ou permitir, implementou um novo tipo de teste para verificação da relação de emprego, denominado Teste ABC, que é muito mais amplo e favorável aos trabalhadores do que o utilizado anteriormente, denominado de teste Borello.

Na alteração ao *Labor Code*, estabeleceu-se uma presunção da existência da relação de trabalho. Nos termos da nova secção 2750.3 do *Labor Code*, “qualquer pessoa que forneça trabalho ou serviços em troca de remuneração tem o estatuto de trabalhador e não de trabalhador autónomo, a menos que a empresa contratante demonstre todas as seguintes condições”, que são os itens A, B e C que dão nome ao “Teste ABC”: (A) a pessoa está livre do controlo e direção da entidade contratante em relação à execução do trabalho, tanto em relação ao disposto no contrato quanto de facto; (B) a pessoa executa trabalho que está fora do curso normal dos negócios da entidade contratante; (C) a pessoa habitualmente atua em

atividade comercial, ocupação ou negócio estabelecido e independente da mesma natureza que o trabalho a ser executado¹⁰.

Claro está que a lei excepciona bastantes categorias de trabalhadores da aplicação do teste ABC, como médicos, mediadores imobiliários, advogados, arquitetos, mediadores de seguros e outros profissionais liberais. Isso não quer dizer que a lei tenha excluído a possibilidade de existência de relação de trabalho nesses casos, mas sim que, para se verificar a condição de trabalhador nesses casos, deverá ser realizado o teste Borello, que tem como fatores para identificação do trabalhador: (1) “se o contratante tem o direito de controlar o modo e os meios de execução do resultado desejado”; (2) “se o contratante tem o direito de dispensar o trabalhador unilateralmente, sem justa causa; (3) “se o trabalho executado é relativo a um negócio ou ocupação distinta do contratante”; além de outros relativos à (4) “habilidade específica para realização do serviço, (5) quem fornece os materiais e instrumentos, (6) a duração de tempo que dura a contratação, (7) se o pagamento é realizado por tempo ou pelo serviço, (8) se o trabalho é parte do negócio regular do contratante e (9) se as partes acreditam estar numa relação de emprego”.

Esta lei é um bom exemplo, apesar de ter inúmeras exceções, de como num país onde impera o *employment at will*, e num Estado onde estão as sedes de várias empresas tecnológicas, se consegue

¹⁰ A) the worker is free from the control and direction of the hirer in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of such work and in fact; B) the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business; C) the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as the work performed for the hiring entity.

estabelecer uma proteção a este tipo de atividades, no plano juslaboral. Após a publicação desta Lei, vários Estados nos EUA, como Nova Iorque, Nova Jérsei e Illinois, tentaram replicá-la¹¹. Com base na aprovação da Lei, a Câmara dos Representantes dos EUA aprovou mesmo a Lei *Protecting the Right to Organizing Act* - denominada PRO Act -, que integrou o teste ABC para efeitos de organização e negociação coletiva¹². Contudo, a PRO Act nunca foi apresentada ao Senado¹³.

Porém, e para o que agora nos interessa, pouco tempo após a entrada em vigor da Lei AB5, certas plataformas digitais como a Uber, Lyft, Postmates (agora pertencente à Uber), DoorDash e Instacart investiram 203 milhões de dólares numa campanha referendária, quicá a mais cara da história dos Estados Unidos¹⁴. A iniciativa, que ficou conhecida como *Proposition 22*, criou isenções da lei AB5 para “Transportation Network Companies” e “Delivery Network Companies” e foi aprovada a 3 de novembro de 2020, excecionando daquela lei qualquer companhia que providencie transporte ou entrega de serviços através de uma *app* e introduzindo uma espécie de terceira categoria contratual - o contrato *gig worker*, com menos benefícios do que um contrato de trabalho.

¹¹ ROSENBERG, “Gig economy bills move forward in other blue states, California leads the way”, Washington Post, 2020, in <https://www.washingtonpost.com/business/2020/01/17/gig-economy-bills-move-forward-other-blue-states-after-california-clears-way/>.

¹² <https://rules.house.gov/bill/116/hr-2474>.

¹³ No entanto, a administração do presidente Biden anunciou a intenção de trabalhar com o Congresso “to establish a federal standard modeled on the ABC test for all labor, employment, and tax laws”. Cfr. <https://joebiden.com/empowerworkers/>.

¹⁴ Do lado contrário, os sindicatos gastaram cerca de 20 milhões de dólares.

Durante a campanha os eleitores foram literalmente bombardeados, por exemplo, com publicidade na televisão, na rádio, na internet, no e-mail e em mensagens das plataformas que diziam que a *Proposition 22* daria aos trabalhadores um salário mínimo e mais benefícios do que a Lei AB5. Por outro lado, anunciava que os motoristas perderiam a desejada flexibilidade se a *Proposition* não fosse aprovada. Contudo, a realidade mostrou-se bem diferente do que tinha sido publicitado, pois os motoristas passaram a ter o estatuto de *independent contractors*, privando-os de proteções devidas por lei e atribuindo muito poucos benefícios em troca. A *Proposition 22*, por exemplo, nega aos trabalhadores um salário mínimo baseado no tempo, assim como pagamento por trabalho suplementar e, em vez disso, cria um pagamento base, mas apenas durante o tempo em que os motoristas estão conectados e a trabalhar¹⁵ e não enquanto aguardam as tarefas. Ora esta situação significa que não têm garantido um salário mínimo¹⁶.

¹⁵ Denomina-se engaged time, que, na definição da Proposition 22, significa “time spent by the worker after they accept and complete a ride or delivery request is paid, not any time waiting for rides or delivery requests while logged on to the app and ready to work.”

¹⁶ Seguimos de perto VEENA B. DUVAL, «Platformisation’ of work: US and EU perspectives», in ECE Annual Conference: Exploring ways to improve working conditions of platform workers: the role of EU labour law, para quem remetemos para mais desenvolvimentos. Vide, ainda, MIRIAM CHERRY, «Proposition 22: A Vote on Gig Worker Status in California», in *Dispatches Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2021, <https://cllpj.law.illinois.edu/content/dispatches/2021/February-Dispatch-2021.pdf>.

5. Conclusão

Em jeito de conclusão, parece seguro que a Uber, em Portugal, não vai ter de desencadear um qualquer processo referendário, apelando ao voto do cliente-consumidor que há em todos nós, para cancelar uma lei que visou dar direitos a quem trabalha para a Uber, como sucedeu na Califórnia. E, estranhamente, parece também seguro que, entre nós, a Uber não se verá confrontada com uma decisão judicial como aquela que o *Supreme Court* britânico proferiu, já este ano.

Porquê? Porque a Lei n.º 45/2018 criou essa estranha figura, do chamado operador de TVDE, cuja serventia levanta as maiores dúvidas. Para que serve o operador de TVDE? O que faz, afinal, este operador? Confessamos ter alguma dificuldade em responder a esta pergunta. Em Londres, parece que não precisam dele. Em Londres, precisam apenas de uma empresa como a Uber, de motoristas dispostos a transportar clientes nos seus automóveis, de forma remunerada, e de passageiros dispostos a ser transportados pela marca Uber. E, aparentemente, lá a coisa funciona. Em Portugal, todavia, a mais destas três a lei veio prever e impor outra personagem, o operador de TVDE, pessoa coletiva que parece servir, basicamente, para funcionar como um biombo entre os motoristas e a Uber.

O surgimento desta nova criatura suscita, a nossos olhos, inegável perplexidade. Será que não precisam dela em Londres porque lá circulam pela esquerda, ao passo que por cá circulamos pela direita? Não parece provável, nem sequer plausível. Será por

outras razões, menos confessáveis, ligadas a um “modelo de negócio” cujo êxito é potenciado pelo recurso a mão-de-obra barata e sem direitos? Será porque a Lei n.º 45/2018 é mesmo, afinal, a “Lei Uber”, isto é, uma lei *Uber friendly*?

Ficam as dúvidas, sobram as interrogações. E fica, da nossa parte, um desejo: o de que este modelo “a quatro”, criado pelo nosso legislador para o TVDE, não seja exportado para as outras áreas em que se prestam serviços a clientes através de plataformas eletrónicas, tais como os serviços prestados pelos *riders*/estafetas que, com ou sem pandemia, nos trazem a casa a nossa refeição, tantas vezes conduzindo as suas motorizadas ou pedalando nas suas bicicletas. Também estes já viram a sua condição de trabalhadores assalariados ser reconhecida, recentemente, por um importante Acórdão do Supremo Tribunal de Espanha. Viram reconhecida a sua condição de trabalhadores assalariados, subordinados, da Glovo, uma empresa congénere da Uber¹⁷. Bom será que o nosso legislador não se lembre de criar um qualquer operador de TBDE, qual “transporte em bicicleta descaracterizada a partir de plataforma eletrónica”, em ordem a tentar evitar, à nascença, a existência de uma ligação contratual entre o estafeta e o operador de plataforma digital. A lógica é “uberiana” e é simples: se não existir contrato entre eles, não haverá qualquer hipótese de entre eles haver uma relação de trabalho dependente. Mas, curiosamente, parece que em Londres e em Madrid tal relação existe mesmo.

¹⁷ A este propósito, permitimo-nos remeter para o nosso «A Glovo, os *riders*/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: another brick in the wall?», *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, 2020-II, pp. 121-151.

A este propósito, importa concluir com uma nota otimista. O Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021, em discussão em sede de concertação social no momento em que redigimos este texto, traça uma linha de rumo na qual nos revemos. Com efeito, nele pode ler-se, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais: «Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital» (p. 53).

Cremos que estes pontos devem ser registados, sublinhados e aplaudidos: criar uma presunção de laboralidade, adaptada às novas formas de prestar trabalho via *apps*; sublinhar que o facto de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios ou não estar sujeito a certos deveres inerentes à relação laboral tradicional não obsta, por si só, à existência de trabalho subordinado; e, *last but not least*, afirmar que poderá existir uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital, sem a presença (dir-se-ia: sem o estorvo) de um terceiro ente, ao jeito de um qualquer “operador de TVDE” — tudo isto nos

parece corresponder a premissas muito acertadas e promissoras na abordagem destas questões¹⁸. Veremos o que o futuro nos reserva.

Coimbra/Vila Nova de Gaia, 1 de abril de 2021

¹⁸ Uma outra linha de política traçada no Livro Verde (versão provisória, em discussão em sede de Comissão Permanente de Concertação Social) consiste em «avaliar e visitar, de modo mais global, o enquadramento legal aplicável às plataformas, em particular as que operam no transporte de passageiros» (p. 54), o que pode prenunciar uma revisão da Lei n.º 45/2018 — coisa, a nosso ver, inteiramente justificada e muito desejável.





QUANDO A LEI PARTE E REPARTE O CONTRATO DE TRABALHO - ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TJ DE 26 DE MARÇO DE 2020, PROCESSO C-344/18, ISS FACILITY SERVICES NV CONTRA SONIA GOVAERTS, ATALIAN NV, ANTERIORMENTE EUROCEAN NV.

WHEN THE LAW DIVIDES AND SHARES THE EMPLOYMENT CONTRACT - ANNOTATION TO THE CJEU JUDGMENT OF MARCH 26, 2020, CASE C-344/18, ISS FACILITY SERVICES NV V SONIA GOVAERTS, ATALIAN NV

Júlio Manuel Vieira Gomes

Resumo:

O presente artigo procede a uma análise crítica contextualizada do Acórdão do TJ de 26 de março de 2020, processo C-344/18, ISS Facility Services NV contra Sonia Govaerts, Atalian NV, anteriormente Eurocean NV., apreciando as soluções propostas pela jurisprudência e pela doutrina para os casos em que ocorre a transmissão de um estabelecimento ou de uma parte de empresa ou parte de estabelecimento e, em particular, a possibilidade de cisão do contrato de trabalho entre transmissários. O autor considera que apesar de delicados problemas práticos a solução encontrada pelo Tribunal é a mais apropriada e a mais conforme com a teleologia da Diretiva.

Abstract:

This article provides a contextualized critical analysis of the CJEU Judgment of March 26, 2020, Case C-344/18, ISS Facility Services NV v Sonia Govaerts, Atalian NV, formerly Euroclean NV, considering the solutions proposed by case law and by the legal doctrine for cases in which the transfer of an undertaking, business or parts of undertaking or business occurs and, in particular, the possibility of division of the contract of employment between transferees. In spite of some delicate practical issues, the author agrees with the Court's ruling as being consistent with the purposes of the Directive.

A decisão do TJ que agora se anota foi já objeto de interessantes anotações na doutrina nacional¹ e de bastante atenção por parte de autores alemães, franceses e italianos, para mencionar apenas alguns. Pensamos, no entanto, que poderão ainda ser oportunas algumas reflexões, tanto mais que não perfilhamos a visão muito crítica de boa parte dos anotadores.

Começaremos este texto por abordar uma questão que o Acórdão praticamente não trata - ao contrário das Conclusões do Advogado-Geral - para depois aludirmos a duas outras questões: uma já resolvida pela jurisprudência anterior do TJ e outra ainda que representa o contributo inovador do Acórdão, embora a resposta a essa questão nova suscite uma série de problemas práticos cuja solução é remetida, em grande medida, para os tribunais nacionais dos Estados-Membros.

¹ Referimo-nos aos estudos de PEDRO OLIVEIRA, Transmissão de unidade económica com pluralidade de transmissários - efeitos laborais. A propósito do Acórdão do TUJE de 26 de Março de 2020 (Processo C-344/18), Revista do Ministério Público n.º 162, 2020, pp. 265 e ss. e de ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO/LILIANA SILVEIRA DE FREITAS, Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao Acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atalian NV, International Labour Law Review/Revista Internacional de Direito do Trabalho ano 1, 2021, n.º 1, pp. 555 e ss.

Como é sabido, decorre do artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de março que “os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário”. Uma das questões que se suscita quanto se verifica a transmissão de uma unidade económica - uma das muitas pedras do mosaico, na imagem de um autor alemão² - é precisamente a da determinação de quais sejam essas relações e esses contratos³. Se na hipótese de transmissão da totalidade da empresa a questão pode parecer simples - embora mesmo nessa sede se possam suscitar algumas interrogações, mormente após o Acórdão do TJ no caso *Albron Catering*⁴ - ela torna-

² JOCHEN KREITNER, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsinhaberwechsel*, NZA 1990, pp. 429 e ss., p. 429.

³ Esta questão é normalmente apresentada como uma questão que interessa apenas no momento da determinação das consequências da transmissão, isto é, em sede de determinação dos efeitos jurídicos desta (assim FRANK BAYREUTHER, *Neues zum Betriebsübergang aus Erfurt und Luxembourg*, NZA 2020, pp. 1505 e ss., p. 1507: “Die Frage, ob und welche Arbeitsverhältnisse der übergehenden Einheit zuzuordnen sind, ist eine solche der Rechtsfolgenseite”). Parece-nos, no entanto, que pode importar a montante quando se discute se houve, ou não, a manutenção da maioria ou do essencial dos efetivos, como possível indício de transmissão, sem olvidar que há sempre que proceder a uma apreciação global, atendendo às circunstâncias do caso concreto para determinar se houve, ou não, transmissão de uma unidade económica.

⁴ Cfr. GERRIT FORST, *Leiharbeitnehmer im Betriebsübergang*, *Recht der Arbeit* 2011, pp. 228 e ss. O artigo 3.º n.º 1 da Diretiva aplica-se não apenas aos contratos de trabalho, mas também às relações de trabalho, o que implica, como observa CORD MEYER, *Betriebsübergang 4.0*, NZA 2020, pp. 1273 e ss, p. 1275, que dessas relações de trabalho fazem parte relações contratuais de facto e contratos de trabalho inválidos. Na doutrina portuguesa cfr., com especial interesse, MILENA ROUXINOL, *Transmissão da Unidade Económica*, in *Direito do Trabalho, Relação Individual*, João Leal Amado e Outros, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 849 e ss., pp. 873-875, discutindo quer o caso *Jouini contra Princess Personal Service GmbH*, C-458/05, de 13/09/2007, quer o caso *Albron Catering*, C-242/09, Acórdão de 21/10/2010. Tivemos já ocasião, no passado, de exprimir as nossas dúvidas sobre o real alcance do caso *Albron Catering* - cfr. JÚLIO GOMES, *Albron Catering* e a

se mais delicada quando se trate de um estabelecimento ou de uma parte de empresa ou parte de estabelecimento.

O conceito de unidade económica é um conceito que, em matéria de relações individuais de trabalho, praticamente só releva em sede de transmissão⁵. Por outro lado, este complexo de meios organizados depende na sua génese do exercício das faculdades do empregador como empresário - e do exercício no âmbito das relações de trabalho do poder de direção - sendo que, como destacou MANFRED LIEB, a organização da empresa pelo empresário/empregador influencia tanto a questão da identificação da unidade económica como a imputação dos trabalhadores a essa unidade⁶.

A doutrina alemã que tem discutido esta matéria com profundidade⁷ sublinha que para além dos trabalhadores afetados à unidade económica transmitida, que lhe “pertencem” em termos

relação de trabalho sem contrato de trabalho, *Questões Laborais*, ano XIX, 2012, n.º 39, pp. 127 e ss.

⁵ PETER GENTGES, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang*, *Recht der Arbeit* 1996, pp. 265, p. 266: para o direito individual do trabalho o que conta, em regra, não é a imputação de uma determinada relação ou de um determinado contrato de trabalho a uma certa unidade económica, mas antes simplesmente a este ou àquele empregador. Na doutrina francesa cfr. ANTOINE MAZEAUD, *L'affectation des salariés pour partie à l'entité transférée* (article L. 1224-1, C. Trav.), *Droit Social* 2009, pp. 265 e ss., p.266, que também sublinha que a imputação de um contrato ou relação de trabalho a uma unidade económica só assume relevo praticamente em sede de transmissão e só nesse momento é que ganha “visibilidade” (“Le transfert révèle la pluralité plus ou moins cachée de branches d'activité au sein de l'entreprise dont l'identité est maintenue. L'entité économique autonome n'a pas d'existence juridique reconnue en dehors du transfert. Elle ne se confond, ni avec l'entreprise, ni avec l'établissement distinct”).

⁶ MANFRED LIEB, *Betriebs- (Teil-)Übergang bei zentraler Unternehmensorganisation*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1994, pp. 229 e ss.

⁷ Embora se encontrem na própria doutrina germânica vozes a lamentar que a questão não tenha sido objeto da atenção que se impunha... Cfr., por exemplo, PETER GENTGES, *Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang*, *Recht der Arbeit* 1996, pp. 265 e ss., p. 265.

organizacionais e que trabalham “no seu seio”, podem levantar-se questões de imputação, sobretudo, relativamente a dois tipos de trabalhadores⁸: em primeiro lugar, trabalhadores que realizam a sua atividade ora naquela unidade económica, ora em outras, dividindo o seu tempo de trabalho por essas diversas unidades e frequentemente por diversos locais de trabalho (por exemplo, o professor de uma universidade ou colégio privado que leciona em diversas escolas ou estabelecimentos de ensino); em segundo lugar, trabalhadores que realizam a sua atividade em serviços “centrais”, sendo que tal atividade é realizada em benefício de toda uma empresa ou estabelecimento (e, portanto, também, mas normalmente não só, da unidade económica transmitida). Este último grupo abrange não apenas cargos de administração, contabilidade e serviços jurídicos, gestão de recursos humanos, publicidade, mas também apoio técnico, serviços de vigilância e de portaria, cantina, para dar apenas alguns exemplos. No jargão especializado fala-se, não apenas em funções de overhead, mas também de *back office* e *front office*. Alguns autores autonomizam ainda certas funções transversais, mas que não estão centralizadas, como, por exemplo, algumas chefias e quadros intermédios, considerando-os pelo menos como um subgrupo daquele primeiro “grupo” ou “tipo” de trabalhadores que desempenham funções em várias unidades económicas⁹.

⁸ Neste sentido cfr. THOMAS MÜLLER/GREGOR THÜSING, Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang, ZIP 1997, pp. 1869 e ss., p. 1870.

⁹ HANS-PETER LÖW/HENDRIC STOLZENBERG, Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergang - Diener zwei Herren, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, pp. 1279 e ss., 1279, referem os trabalhadores que têm cargos intermédios, cuja atividade respeita à articulação de diferentes unidades.

Quanto àquele primeiro grupo de trabalhadores cuja atividade se desenvolve em várias unidades económicas a jurisprudência alemã - como também curiosamente alguma jurisprudência francesa - procurava, por vezes, apurar se se poderia encontrar uma unidade económica preponderante no quadro da qual se realizaria o essencial da atividade do trabalhador para tentar, por razões de conveniência prática, evitar a cisão dos contratos de trabalho. Quanto tal não for possível, as soluções propostas variam consideravelmente: os tribunais alemães atendem, por vezes, ao acordo entre transmitente e trabalhador ou entre transmitente e transmissário, mas tal solução é vivamente criticada por parte da doutrina que destaca que a transferência dos contratos de trabalho por efeito da transmissão da unidade económica é um efeito *ex lege* e imperativo¹⁰ que não deve ser contornado ou afastado pela vontade do transmitente e/ou do transmissário. Uma parte da doutrina propôs que se desse ao trabalhador que trabalhava em várias unidades económicas (que vão ser transmitidas para diferentes transmissários ou que só alguma irá ser transmitida, permanecendo a outra ou outras na titularidade do

¹⁰ KARL-GEORG LORITZ, Aktuelle Rechtsprobleme des Betriebsübergangs nach § 613a BGB, RdA 1987, pp. 65 e ss., p. 79. O BAG procura determinar se um trabalhador trabalha predominantemente para uma certa unidade económica (por exemplo, cargos de direção centralizados, mas também outros como pessoal técnico que efetua reparações ou presta serviços informáticos, porteiros e contínuos). Procura-se determinar antes da transmissão para qual unidade é que o trabalhador trabalhava essencialmente. Para tal haveria que atender em primeira linha à vontade dos interessados, noemadamente transmitente e trabalhador. O autor rejeita este entendimento - estamos a falar de consequências legais da transmissão, pelo que a vontade do empregador e do trabalhador não poderiam ser decisivas.

transmitente) um direito de opção^{11/12}. Para outros, ainda, a opção deveria caber ao transmitente. Mas o leque de soluções propostas é ainda mais amplo: na hipótese de a atividade do trabalhador se distribuir por exemplo por várias unidades económicas sensivelmente na mesma proporção alguma doutrina defendia, mesmo, que as normas sobre transmissão de unidade económica não poderiam aplicar-se a este trabalhador porque não seria possível manter o *status quo* e a transmissão envolveria necessariamente uma modificação do conteúdo do contrato de trabalho¹³; diferentemente, um outro segmento sustentava que neste caso o contrato de trabalho a tempo inteiro teria que cindir-se em contratos de trabalho a tempo parcial proporcionalmente à atividade desempenhada pelo trabalhador junto de cada uma das unidades económicas em causa¹⁴.

¹¹ GERRICK v. HOYNINGEN-HUENE/CHRISTINE WINDBICHLER, Der Übergang von Betriebsteilen nach § 613a BGB, Recht der Arbeit 1979, pp. 329 e ss., p. 334. Nos casos em que não fosse possível encontrar uma unidade económica a que o trabalhador dedicasse o essencial da sua atividade, o trabalhador teria um direito de opção.

¹² Sublinhe-se que recentemente o BAG se pronunciou expressamente no sentido de que não existe tal direito de opção. Cfr. JULIA ZANGE, Kein Wahlrecht der Arbeitnehmer bei dem Übergang von Betriebsteilen, Urteil Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21. Februar 2013 - AZR 877/11, Betriebs-Berater 2013, p. 1856.

¹³ JOCHEN KREITNER, ob. cit., p. 431. Para este autor a proteção do trabalhador não deve fazer-se a qualquer custo e a transmissão dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho pressupõe a possibilidade de manter a situação laboral tal como ela existe. Defendia que quando o trabalhador realizava a sua prestação em benefício de várias unidades económicas, sem que se pudesse identificar uma atividade preponderante, não seria possível no caso de transmissão de alguma (ou algumas delas a diferentes cessionários) manter o *status quo* e não operariam as regras sobre transmissão com a transmissão *ex lege*.

¹⁴ Assim, por exemplo, LENNART ELKING/MATTIS ASZMONS, Nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang - Neue Rechtsprechung, Theorie und Praxisempfehlung, Betriebs-Berater 2014, pp. 373 e ss., p. 378: a cisão da relação ou contrato de trabalho na medida em que só ocorra uma transmissão parcial conserva o *status quo* na medida do possível.

Quanto ao segundo grupo de trabalhadores - aqueles que trabalham em outros departamentos, frequentemente em “serviços centrais”, mas cuja atividade também “serve” a unidade económica transmitida - a maior parte da doutrina alemã exclui que possam ser considerados trabalhadores afetos à unidade económica transmitida, com a possível ressalva dos trabalhadores que trabalhem praticamente a tempo inteiro “para” essa unidade económica que vai ser transmitida. Assim, - e posição idêntica ou, pelo menos, similar, como veremos, foi a defendida pelo Advogado-geral no caso Botzen - se um jurista ou um contabilista, pertencendo embora ao departamento jurídico ou de contabilidade “central” alegar e provar que trabalha exclusivamente ou preponderantemente para aquela unidade económica deveria considerar-se como afeto materialmente a esta¹⁵.

Significativamente mais longe ia a tese sustentada por MANFRED LIEB. Para este autor, a circunstância de o empregador ter escolhido uma organização empresarial fortemente centralizada (com serviços centrais extensos) não deve prejudicar os trabalhadores e comprometer a sua tutela no caso de transmissão de uma unidade económica¹⁶. Em suma, o alcance da norma que prevê a transmissão

¹⁵ KREITNER, ob. cit., p. 430: no caso de um trabalhador dos „serviços centrais“ que dedique praticamente todo o seu tempo de trabalho realizando uma especial atividade para uma determinada unidade económica o local de trabalho é secundário e deve dar-se primazia à utilização do seu tempo de trabalho e considerá-lo como integrando essa unidade económica. CORD MEYER, Betriebsübergang 4.0, cit., p. 1275, refere que a utilização crescente do teletrabalho e a existência de estruturas menos rígidas e mais fluidas, bem como a consideração de novas tecnologias e novos métodos de organização (inclusive com a partilha da mesma organização com outras empresas) deveria ter consequências quanto ao conceito de estabelecimento (e de unidade económica) e torná-lo mais flexível.

¹⁶ Aut. e ob. cit., p. 231.

dos contratos de trabalho (na Alemanha o § 613a do BGB) não deveria depender da escolha organizatória do empregador („organisatorischen Zufälligkeiten“) que este tenha feito por motivos de racionalidade económica e os trabalhadores dos „serviços centrais“ não deveriam ficar em pior situação do que ficariam se tais funções tivessem sido „descentralizadas“. Deveriam, por conseguinte, ser imputados a uma unidade económica todos os postos de trabalho sem os quais ela não poderia funcionar autonomamente. Tal implicaria „transcender“ a organização concreta realizada pelo empregador e tentar determinar „mentalmente“ quais os postos de trabalho dos serviços „centrais“ de que dependia o funcionamento dessa unidade económica. Num segundo momento haveria que determinar quais as relações ou contratos de trabalho que correspondiam a esses postos de trabalho¹⁷.

Importa reconhecer que esta construção, que não se atém à organização concreta da empresa tal como configurada pelo empresário/empregador, não teve sucesso na Alemanha e tão-pouco corresponde, como veremos, à visão adotada pelo TJ.

A visão dominante atende à organização da empresa tal como concretamente realizada pelo empregador - e revelada por exemplo

¹⁷ Aut. e ob. cit., p. 236: „Dies gilt für alle Arbeitsleistungen, ohne die der auszugliedernde Betriebsteil nicht funktionsfähig wäre: ihm sind daher alle Arbeitsplätze zuzuordnen, die vorhanden und besetzt sein müssen, damit der - (später) durch Ausgliederung nunmehr real verselbständigte - Betriebsteil seine Aufgaben funktionsgerecht erfüllen kann (...) Dabei ist zwischen Arbeitsplätzen und Arbeitsverhältnissen, d.h. denjenigen Personen, die die betreffenden Arbeitsplätzen einnehmen, zu unterscheiden“.

pelos organigramas¹⁸, descrições de funções, etc. - para concluir que os trabalhadores afetos a serviços centrais que não estão formalmente integrados na unidade económica transmitida à data da transmissão não são abrangidos pelos efeitos legais da transmissão e não vêm os direitos e obrigações emergentes da sua relação ou do seu contrato de trabalho serem transmitidos *ex lege* para o transmissário.

Esta visão que atende à organização formal do empregador foi, parece-nos, a adotada pelo TJ no seu Acórdão Botzen¹⁹, em que se afirmou que „a relação de trabalho é caracterizada essencialmente pelo nexa que existe entre o trabalhador e a parte de empresa ou de estabelecimento à qual aquele está afeto para desempenhar as suas funções“, tendo o Tribunal excluído da transmissão trabalhadores que embora não pertencessem à parte transferida da empresa “exerciam certas atividades que implicavam a utilização de meios de produção ligados à parte transferida ou que, estando ligados a um serviço administrativo da empresa que não tenha sido transferido, executavam certas tarefas em benefício da parte transferida“, adotando um critério que parece atender apenas à organização do empregador^{20/21}.

¹⁸ GERT COMMANDEUR/WOLFGANG KLEINEBRINK, Die Änderungskündigung als Mittel zur Lösung von Zuordnungsproblemen beim Betriebsübergang, Neue Juristische Wochenschrift 2005, pp. 633 e ss., p. 633: Deve atender-se à organização concreta do empregador tal como ela se revela por exemplo por organigramas e descrições de funções.

¹⁹ Case 186/83, Arie Botzen and Others and Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV, 7 de fevereiro de 1985.

²⁰ PETER GENTGES, ob. cit., p. 271: o que foi decisivo para o TJUE no caso Botzen foi não o núcleo central da atividade („Tätigkeitsschwerpunkt“), mas a organização do empregador.

²¹ Veja-se o n.º 14: „The Commission considers that the only decisive criterion regarding the transfer of employees’ rights and obligations is whether or not a

É interessante destacar que neste mesmo caso o Advogado-Geral, Sir Gordon Slym, tinha proposto um critério que nos parece diverso: com efeito, tinha afirmado que se deveria questionar quem seria o empregador se a unidade económica já pertencesse a pessoa diferente do resto da empresa, afirmando que os trabalhadores, quer se tratasse de trabalhadores a tempo completo ou a tempo parcial, que dedicassem a totalidade ou quase totalidade do seu tempo de trabalho àquela unidade deveriam ser considerados como afetos à mesma. No entanto, sublinhe-se que o Advogado-Geral admitia que um trabalhador dos serviços centrais - por exemplo, alguém encarregado do processamento dos salários - podia ser considerado como trabalhador da unidade económica transferida caso se ocupasse exclusivamente com o processamento de salários dessa unidade²².

transfer takes place of the department to which they were assigned and which formed the organizational framework within which their employment relationship took effect“; o n.º 15: „The Commission’s view must be upheld. An employment relationship is essentially characterized by the link existing between the employee and the part of the undertaking or business to which he is assigned to carry out his duties. In order to decide whether the rights and obligations under an employment relationship are transferred under Directive No 77/187 by reason of a transfer within the meaning of Article 1 (1) thereof, it is therefore sufficient to establish to which part of the undertaking or business the employee was assigned“ e o n.º 16 do Acórdão: „(...) Article 3 (1) of Directive No 77/187 must be interpreted as not covering the transferor’s rights and obligations arising from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of the transfer and entered into with employees who, although not employed in the transferred part of the undertaking, performed certain duties which involved the use of assets assigned to the part transferred or who, whilst being employed in an administrative department of the undertaking which has not itself been transferred, carried out certain duties for the benefit of the part transferred“.

²² Opinion of Advocate General Sir Gordon Slynn delivered on 8 November 1984, case 186/83, pp. 521-522: „A basic working test, it seems to me, is to ask whether, if that part of the business had been separately owned before the transfer, the worker would have been employed by the owners of that part or by the owners of the remaining part. The only exception I would admit to the requirement that an employee must be „wholly“ engaged in that part of the

Neste contexto não queremos deixar de referir que um preceito da nossa lei que pode revelar-se de aplicação delicada é o n.º 4 do artigo 285.º do CT. É inegável mérito de MAIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²³ e de MILENA ROUXINOL²⁴ terem chamado a atenção para o perigo de uma utilização abusiva da faculdade de transferência do trabalhador para outra unidade económica no contexto da „preparação“ da transmissão da unidade económica à qual estava afetado o trabalhador. Mesmo que a remissão para o artigo 194.º seja interpretada como referindo-se unicamente à transferência definitiva - poderá, porventura, sustentar-se que a transferência temporária não quebra a afetação funcional do trabalhador á

business would be where an employee was required to perform other duties to an extent which could fairly be described as *de minimis*. On the other hand, if a worker in fact is engaged in the activities of the whole business or in several parts then he cannot be regarded for the purpose of the Directive as an employee „of“ the part of the business transferred. Practical considerations, it seems to me, compel this result. An employee who works at several factories on e.g. maintenance or personnel work, or as a salesman for the whole range of products of the business, would otherwise be able to claim that he was transferred to the new owner of part only of the business. His job would then be very different in its scope and may be even in its place. That would seem contrary to the aim of the Directive which is to make a transfer of employment which is in all respects identical save as to the employer. Equally if two parts of the business were transferred respectively to different transferees, and another part were retained, the employee who worked in both or in a general department such as maintenance or accounts or sales, would, in theory, be able to claim that he had been transferred to each or at any rate to claim an option. That option does not seem to me to be conferred by the Directive (...) A person who works in the staff department, which is not transferred as a separate unit, may or may not be regarded as employed wholly in the part transferred. If, for example, he is a wages clerk dealing with the wages of all the staff he is not to be treated for the purposes of the Directive as employed in the part transferred. If, on the other hand, he works exclusively on the wages of the staff of the part transferred, he is to be regarded for the purposes of the Directive, and in a real sense, the wages clerk of the transferred part“.

²³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 690-691.

²⁴ Ob. cit., p. 878.

unidade económica que virá a ser transmitida - importa reconhecer que a tutela do trabalhador assegurada pelo artigo 194.º se revela incompleta neste contexto. Além da possível existência de cláusulas de mobilidade geográfica e de determinação ampla do local de trabalho e da possibilidade de todo o regime previsto nos números 1 a 5 do artigo 194.º ter sido afastado por IRCT (n.º 6 do IRCT) parece que não haverá, em princípio, prejuízo sério quando a transferência de uma unidade económica para outra não implique qualquer deslocação significativa em termos geográficos (no limite as unidades económicas em causa podem situar-se no mesmo prédio ou em prédios vizinhos). A não ser que se introduza na ponderação do prejuízo sério sofrido pelo trabalhador a própria exclusão do seu contrato de uma transmissão da unidade económica a que estava afeto, transmissão porventura até já „agendada“. Haverá, pois, que atender com especial cuidado²⁵ à fundamentação que deve acompanhar a comunicação da transferência (artigo 196.º, n.º 2 do CT) e à própria proximidade temporal da transferência com a transmissão da unidade económica a que o trabalhador estava afeto²⁶, para

²⁵ MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 878: “ao empregador cumprirá fundamentar a ordem de transferência de forma particularmente consistente, de modo a que possa concluir-se que não tem por fundamento a própria transmissão”.

²⁶ Assim, por exemplo, na doutrina alemã WERNER THIENEMANN, *Der Umgebungs begriff im Arbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung einzelner Umgebungsmodelle im Zusammenhang mit § 613a BGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, p. 277, que apesar de afirmar que, em princípio e na falta de acordo entre empregador e trabalhador cabe ao empregador no exercício do seu poder de direção decidir da afetação do trabalhador a uma unidade económica podendo alterar tal afetação, acaba por reconhecer que uma proximidade temporal entre essa alteração e a transmissão da unidade económica pode ser um indício de que a referida transmissão pode ser a verdadeira causa da mudança de afetação.

tentar determinar se houve uma utilização abusiva^{27 28} da faculdade de transferência.

No caso em que o TJ foi chamado a pronunciar-se, a ISS Facility Services „era responsável pela limpeza e manutenção de vários edifícios da cidade de Gante distribuídos por três lotes. O lote 1

²⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 690-691, depois de sublinhar que com o regime do artigo 285.º n.º 4 e a remissão operada para o disposto no artigo 194.º é “fácil iludir o escopo tutelar da figura da transmissão da empresa ou estabelecimento”, reconhece expressamente a possibilidade de lançar mão ao princípio geral do abuso de direito.

²⁸ Também a doutrina alemã tem discutido a possibilidade de uma utilização abusiva ou fraudulenta da faculdade que o empregador tem de afetar os seus trabalhadores a esta ou àquela unidade económica no âmbito da sua organização empresarial. Sobre o tema cfr., por exemplo, LEONARD ELKING, *Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang*, § 613 a IV 1 BGB als rechtliche Grenze, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2014, pp. 295 e ss. Sublinhe-se que esta utilização abusiva pode consistir não apenas em retirar trabalhadores de modo a „aligeirar“ a unidade económica e torná-la mais apetecível a uma transmissão, mas também no seu inverso, mormente quando se trata de uma transmissão „hostil“, sem relação negocial alguma entre transmitente e transmissário. Com efeito, o transmitente pode fazê-lo para impedir que certos trabalhadores acompanhem a unidade económica transmitida ou, ao invés, para tentar que os seus contratos de trabalho sejam transmitidos. E tanto pode fazê-lo agindo em conluio com o transmissário, como pode fazê-lo para tornar mais „apetecível“ a transmissão, como pode, inclusive, fazê-lo para prejudicar o transmissário aumentando o número de trabalhadores afeto àquela unidade económica ou afetando a esta os trabalhadores que considera menos „desejáveis“ (menos produtivos, mais conflituosos ou com passado disciplinar, etc.). Destaque-se, no entanto, que enquanto ELKING defende que se deve tutelar no âmbito da transmissão de unidade económica o próprio posto de trabalho funcionalmente entendido, não falta quem na Alemanha defenda que as regras sobre transmissão não visam uma tutela do posto de trabalho nessa aceção, mas apenas da continuidade da relação de trabalho - sobre o tema que não podemos desenvolver no contexto desta anotação cfr. CARLO SCHMIDT, *Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang*, Nomos, Baden-Baden, 2020. Em todo o caso este último autor embora negue que as normas sobre transmissão de unidade económica visem assegurar a proteção do posto de trabalho na sua aceção funcional (ob. cit., p. 196), admite que em casos excecionais possa haver uma utilização abusiva do poder de direção, nomeadamente quando o trabalhador que estava afetado à unidade económica que vai ser transmitida, é reafetado pouco antes da transmissão para outra unidade económica, sendo o seu posto de trabalho suprimido a breve trecho (p. 220).

compreendia os museus e edifícios históricos; o lote 2 bibliotecas e centros comunitários; o lote 3 compreendia os edifícios administrativos“ (n.º 10 do Acórdão). A cidade de Gante abriu um concurso público relativo à totalidade dos lotes para o período compreendido entre 1 de setembro de 2013 e 31 de agosto de 2016 e a 13 de junho de 2013 a proposta da ISS não foi selecionada, sendo que os lotes 1 e 3 foram adjudicados à Atalian, ao passo que o lote 2 foi adjudicado à Cleaning Masters NV (n.º 11 do Acórdão). S. Govaerts era uma das trabalhadoras da ISS Facility Services que, tendo trabalhado no passado como empregada de limpeza²⁹, era agora - desde 1 de abril de 2013³⁰ - gestora do setor ou gestora do projeto³¹ que abrangia os três lotes em causa.

Na sequência dos resultados do concurso a ISS Facility Services informou a trabalhadora S. Govaerts e a Atalian que, em seu entender, e por aplicação da convenção coletiva n.º 32 *bis*, a sua posição de empregador no contrato de trabalho com aquela tinha-se transmitido para a Atalian na totalidade por ser esta empresa o principal cessionário³². Sublinhe-se, desde já, que a questão, tal

²⁹ Veja-se o n.º 15 das Conclusões: “S. Govaerts trabalhou como empregada de limpeza desde 16 de novembro de 1992 para a Multiple Immo Services NV e depois para as suas sucessoras legais, designadamente em último lugar a ISS Facility Services. Esteve vinculada ao seu empregador por três diferentes contratos de trabalho a tempo parcial“. No n.º 16 das Conclusões afirma-se que „Em 1 de setembro de 2004, S. Govaerts celebrou um novo contrato de trabalho por tempo indeterminado com a ISS Facility Services, tendo mantido a antiguidade adquirida desde 16 de novembro de 1992 (...) Em 1 de Abril de 2013, S. Govaerts tornou-se gestora de setor dos três locais correspondentes a esses lotes“.

³⁰ N.º 16 das Conclusões. Aí se informa igualmente que S. Govaerts “esteve incapacitada para o trabalho no período de 23 de abril a 26 de julho de 2013.

³¹ N.º 10 do Acórdão.

³² N.º 18 das Conclusões: Em 1 de julho de 2013 a ISS Facility Services informou a Atalian de que, uma vez que S. Govaerts estava a trabalhar a tempo inteiro nesses locais, que tinham sido retomados pela Atalian em aproximadamente 85%,

como, aliás, veio a ser discutida nos tribunais belgas, passava pela interpretação de uma convenção coletiva³³ com força obrigatória geral que tinha transposto a Diretiva 2001/23/CE. A posição assumida pela ISS Facility Services foi rejeitada tanto pela trabalhadora como pela Atalian³⁴. Em 3 de setembro de 2013, a trabalhadora intentou uma ação no Tribunal do Trabalho de Gante contra a ISS Facility Services e contra a Atalian, pedindo, entre outros pedidos, uma indemnização por incumprimento do aviso prévio.

Sublinhe-se, desde já, que a trabalhadora considerava não ter sido abrangida pela transferência. Invocava, para o efeito, várias razões: não trabalhava diretamente na limpeza dos locais, exercendo antes funções administrativas; não poderia haver uma transmissão simultânea para vários cessionários e pouco tinha trabalhado como chefe de projeto já que só tinha sido nomeada pouco antes da transmissão e tinha ficado incapacitada para o trabalho pouco depois³⁵. O Tribunal do Trabalho de Gante deu razão à trabalhadora,

a convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis deveria ser-lhe aplicável. A Atalian contestou esta posição desde 3 de julho de 2013.

³³ Nota 25 das Conclusões: A convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis assinada no seio da comissão paritária para as empresas de limpeza e de desinfeção, relativa à integração do pessoal na sequência de uma transferência do contrato de manutenção adquiriu força obrigatória geral por Decreto Real de 19 de junho de 2006. Estava em jogo o artigo 7.º dessa convenção. Cfr. também o n.º 8 do Acórdão: n.º 8: A convenção coletiva de trabalho n.º 32 bis de 7 de junho de 1985 transpôs a Diretiva 2001/23. „É pacífico que esta transposição foi efetuada em conformidade com esta diretiva“.

³⁴ N.º 15 do Acórdão: "A Atalian em 3 de setembro de 2013 informou a ISS de que não considerava que tivesse havido transferência de empresa na aceção da convenção coletiva n.º 32 bis."

³⁵ N.º 47 das Conclusões: „Quanto ao requisito segundo o qual a transferência deve ter por objeto uma empresa, um estabelecimento, ou uma parte de um estabelecimento, S. Govaerts alega, contrariamente ao decidido pelo órgão jurisdicional de reenvio, que não pode haver transferência de uma empresa na

considerando que a convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis* não se lhe aplicava, uma vez que ela „era responsável, enquanto gerente de setor, pela planificação e acompanhamento da execução dos trabalhos de limpeza, ou seja, era responsável pelas tarefas administrativas e de organização e não participava, nos locais da cidade de Gent, nos trabalhos de limpeza que tinham sido objeto da transferência“³⁶. Tendo a ISS Facility Services interposto recurso, o Tribunal Superior do Trabalho de Gante decidiu, ao invés, que „uma vez que as funções de S.Govaerts dizem exclusivamente respeito aos locais da cidade de Gante“ a mesma fazia parte da empresa transferida e era abrangida pelo artigo 7.º da convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis*. O Tribunal de recurso interrogou-se, outrossim, sobre as consequências, à luz do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2001/23/CE, desta transferência sobre o contrato de trabalho de S. Govaerts³⁷.

Nas suas Conclusões o Advogado-Geral trata extensamente da questão da imputação do contrato de trabalho de S. Govaerts à entidade transmitida e tomando como ponto de partida,

aceção do artigo 1.º da Diretiva 2001/23 quando uma entidade económica é transferida para vários cessionários. S. Govaerts alega, com base nos n.os 36 e 41 do Acórdão CLECE, relativo à transferência de empresas no âmbito de uma adjudicação de serviços de limpeza, bem como no Acórdão Botzen e o. que uma transferência de empresa não inclui trabalhadores que, estando afetos a um serviço administrativo da empresa que não foi transferido, efetuavam determinadas tarefas para a parte transferida da empresa. S. Govaerts conclui daqui que, como não estava permanente e especificamente afeta a um ou a vários dos serviços transferidos, não fazia parte da entidade económica que foi objeto de uma transferência de empresa. Afirma que „mal“ trabalhou nos locais de limpeza em questão, tendo em conta a data em que lhe foram confiados e a sua incapacidade para o trabalho durante o período compreendido entre 23 de abril e 26 de julho de 2013“.

³⁶ N.º 24 das Conclusões.

³⁷ N.º 27 das Conclusões.

expressamente, o Acórdão Botzen³⁸, conclui que a trabalhadora como „chefe de projeto“ se enquadrava nessa entidade e trabalhava „no seu seio“³⁹. Sublinhou igualmente que decisivo é o momento em que ocorre a transmissão da unidade económica, pouco importando que a trabalhadora tenha sido enquadrada nessa entidade pouco tempo antes⁴⁰.

Em claro contraste, o Acórdão pressupõe que tal questão já se acha resolvida pelo tribunal de reenvio⁴¹. Como referiu, entre nós, PEDRO OLIVEIRA⁴² o Tribunal limitou-se a responder à questão que

³⁸ Números 64 e ss. das Conclusões.

³⁹ N.º 54: „Consequentemente, na minha opinião, uma vez que, conforme resulta da decisão de reenvio, S. Govaerts, enquanto gerente de setor, fazia parte do grupo autónomo de trabalhadores transferidos para o qual tinha de prever um enquadramento especial, tanto *in situ* como na sede da empresa, é evidente que, como a Comissão assinalou corretamente, estava afeta à entidade económica transmitida. A situação teria sido diferente se S. Govaerts não tivesse realizado a maioria das suas atividades no quadro da entidade económica em questão, mas se „tivesse sido colocada num serviço administrativo da empresa que não tivesse sido transferido e tivesse realizado certas tarefas em benefício da parte transferida“. Este não é, todavia, o caso, uma vez que S. Govaerts era responsável, no seio da entidade económica transferida, pela planificação e organização dos trabalhos a realizar nos locais correspondentes aos três lotes da cidade de Gent, sendo que, por conseguinte integrava o conjunto dos trabalhadores abrangidos pela transferência da empresa“.

⁴⁰ N.º 54 das Conclusões: „O fator decisivo para determinar a pertença de S. Govaerts a uma entidade económica não é, portanto, a duração do período durante o qual esteve ligada a essa entidade económica antes da transferência, mas o facto de ser gerente de setor nos três lotes transferidos e de, consequentemente, ter assegurado a coordenação e direção do pessoal de limpeza dessa entidade económica, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar“.

⁴¹ N.º 21 do Acórdão: „Uma vez que as tarefas de S. Govaerts diziam exclusivamente respeito aos estaleiros da cidade de Gante, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a interessada fazia parte em 1 de setembro de 2013 da empresa transferida e interroga-se, portanto, sobre as consequências, à luz do artigo 3.º n.º 1 da Diretiva 2001/23, desta transferência de empresa para o contrato de trabalho de S. Govaerts“.

⁴² PEDRO OLIVEIRA, ob. cit., p. 272: „Escudando-se no recorte do reenvio feito pela instância belga, o Tribunal de Justiça omitiu por inteiro o primeiro ponto referido, o de saber se a trabalhadora fazia parte ou não da unidade económica transmitida“.

lhe fora colocada quanto às consequências da transmissão para uma pluralidade de cessionários, dando como pressuposta a afetação de S. Govaerts à unidade económica transmitida. Para ROBERTO COSIO a afetação da trabalhadora como *branch manager* era tão evidente que o Tribunal não sentiu necessidade de se pronunciar⁴³. Pela nossa parte, à razão aduzida por PEDRO OLIVEIRA, pensamos que pode acrescentar-se uma outra: como referido, os tribunais belgas discutiram sobretudo a interpretação a dar às normas internas de transposição da diretiva que no caso constavam de uma convenção coletiva com eficácia *erga omnes*, tendo sido por força da interpretação dessa convenção que o órgão judicial de reenvio chegou à conclusão de que a trabalhadora cabia no âmbito de aplicação da diretiva. O TJ evitou entrar na matéria da interpretação de normas nacionais^{44/45}.

O TJ já se tinha pronunciado no sentido de a transmissão poder ocorrer para uma pluralidade de transmissários, não devendo excluir-se a aplicação da Diretiva por essa razão⁴⁶.

⁴³ ROBERTO COSIO, Appalti e trasferimenti d'impresa. Il trasferimento dell'impresa a due cessionari, Il Lavoro nella Giurisprudenza 2020, n.º 12, pp. 1153 e ss., p. 1156.

⁴⁴ Tanto mais que não parece ser de excluir que uma norma interna de transposição da diretiva opte por uma ampliação mais favorável aos trabalhadores das relações e contratos de trabalho afetos a uma unidade económica. Neste sentido pronunciou-se ALVENSLEBEN invocando o artigo 8.º da Diretiva, *cit apud* MANFRED LIEB, ob. cit., p. 240, n. 25.

⁴⁵ No sentido de que o presente Acórdão não representou qualquer revisão da solução encontrada no Acórdão Botzen, tanto mais que parece poder afirmar-se que a trabalhadora não pertencia a serviços “centrais”, cfr. GIOVANNI SPINELLI, Successione di più imprenditori nell'unico appalto. Le sorti dei rapporti trasversali alle parti di azienda trasferite, Rivista Italiana di Diritto del Lavoro 2020, parte II, pp. 492 e ss., pp. 495-496.

⁴⁶ Como o Advogado-Geral destaca, no n.º 55 das suas Conclusões, “o Tribunal de Justiça já decidiu que a circunstância de uma entidade económica ser dissolvida e de as suas atividades serem transferidas para duas outras entidades não

Note-se, em todo o caso, que em certo sentido atingimos aqui os limites de uma ficção. Como alguns autores^{47/48} muito bem destacaram na transmissão da unidade económica tudo é frequentemente apresentado como se nada mudasse a não ser a identidade do empregador - o que, diga-se de passagem, já não nos parece pouco... - permanecendo intocado o contrato de trabalho que continua com o transmissário. Mesmo quando há só um transmissário esta visão revela-se frequentemente pouco realista - para dar apenas um exemplo, bem pode suceder que o transmitente pudesse conceder aos trabalhadores daquela unidade económica certos serviços ou *fringe benefits* que o transmissário não pode manter⁴⁹. Mas a ficção é patente quando por força da transmissão a vários cessionários se chegue à conclusão de que um contrato de trabalho a tempo completo se vai cindir em vários contratos de trabalho a tempo parcial. Neste caso, a modificação operada é de uma tal grandeza

constitui, em si, um obstáculo à aplicabilidade da Diretiva 2001/23" (n.º 44 do Acórdão de 20 de julho de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16).

⁴⁷ MICHEL HENRY, Aux limites de l'article L. 122-12, Droit Social 2006, pp. 274 e ss., p. 274 („L'article L. 122-12 tire sa force de cette affirmation simple qu'en cas de transfert, il ne se passe rien sur le plan contractuel. Le salarié passe au service d'un nouvel employeur par le seul effet de la loi (...) un événement majeur dans la vie professionnelle est traité comme un non-événement juridique au prix d'une fiction, „le maintien aux mêmes conditions des contrats de travail“). Mas o autor acrescentava, ob. cit., pp. 275-276, que é difícil preservar a ficção quando a transmissão opera uma modificação do contrato de trabalho por ocorrer, por exemplo, a cisão da unidade económica, convertendo-se um contrato de trabalho a tempo completo em dois contratos de trabalho a tempo parcial („or l'article L. 122-12 assure la poursuite de la relation de travail aux mêmes conditions. Ce serait donc lui conférer un effet antinomique à sa finalité que d'invoquer son caractère impératif pour imposer une modification du contrat autre que celle intervenue dans la personne de l'employeur“).

⁴⁸ Entre nós cfr. MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 850, n. 5.

⁴⁹ O transmitente tinha uma cantina, uma creche para filhos dos trabalhadores, concedia milhas grátis como companhia de transporte aéreo ou descontos na compra de certos produtos...

que alguns autores chegaram, inclusive, a defender que um tal resultado exorbitava da manutenção do *status quo* visada pelo regime da transmissão de unidade económica⁵⁰. O argumento, aliás, foi esgrimido tanto por S. Govaerts, como pelo transmissário „principal“ Atalian⁵¹. O Tribunal veio - na esteira das Conclusões do Advogado-Geral - a rejeitar este entendimento que, em grande medida, frustraria os escopos da Diretiva, invocando, precisamente, a necessidade de preservar o efeito útil da Diretiva⁵².

Mas se a transmissão de unidade económica na aceção da Diretiva não é afastada pela existência de uma pluralidade de cessionários quais são as consequências de tal transmissão? O órgão jurisdicional de reenvio colocava na sua questão duas possibilidades - uma vez descartada a possibilidade avançada a título subsidiário da exclusão do regime da transmissão neste caso - a saber, a manutenção da relação ou do contrato de trabalho apenas com um dos transmissários, que pudesse ser considerado o principal⁵³, ou a cisão da relação ou contrato de trabalho, que se manteria com os

⁵⁰ JOCHEN KREITNER, ob. cit., p. 430 (sobretudo para os casos em que não se pudesse afirmar que um trabalhador estivesse principalmente afetado a uma unidade económica, quando prestava o seu trabalho em várias).

⁵¹ Conclusões n.º 39: “S. Govaerts e a Atalian alegam que, quando uma entidade económica for transferida para vários cessionários, não pode existir transferência de empresa, na aceção desta disposição [o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2001/23/CE]” (ver também o n.º 47 das Conclusões).

⁵² N.º 28 do Acórdão: “a hipótese equacionada a título subsidiário pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser afastada, na medida em que equivale a excluir a manutenção dos direitos e das obrigações emergentes do contrato de trabalho existente à data da transferência da empresa e, portanto, a privar de efeito útil a Diretiva 2001/23”.

⁵³ “Ou devem as mesmas [as disposições do artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/23] ser interpretadas no sentido de que os referidos direitos e obrigações são transferidos na totalidade para o cessionário da parte da empresa onde o referido trabalhador esteve principalmente afetado?”

transmissários na proporção da afetação do trabalhador à parte da empresa transmitida a cada um dos cessionários⁵⁴?

Esta questão que se colocava pela primeira vez ao Tribunal - sendo certo que como este destaca no próprio Acórdão, a Diretiva não prevê a hipótese de uma transferência que envolva vários cessionários⁵⁵ - foi decidida por este em termos extremamente lacónicos. Aliás, pode concordar-se com JACOB JOUSSEN⁵⁶, quando este autor afirma que a decisão é surpreendentemente sucinta, estendendo-se por apenas 39 números e dedicando à fundamentação da resposta a uma questão nova e delicada como esta um total de 16 números (do n.º 23 ao n.º 38). A fundamentação assentou exclusivamente na teleologia da Diretiva tal como esta é interpretada pelo Tribunal, pelo menos desde o caso *Alemo-Herron*, ou seja, a tutela não apenas dos interesses dos trabalhadores, mas também dos interesses do cessionário⁵⁷. O Tribunal afastou, por conseguinte, a solução da manutenção da relação ou contrato de trabalho apenas com o transmissário principal, porque tal solução, salvaguardando embora os interesses do trabalhador (n.º 30),

⁵⁴ "Devem as disposições do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva [2001/23] ser interpretadas no sentido de que, no caso da transferência simultânea de diferentes partes de uma empresa na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da diretiva, sendo estas cedidas a diferentes cessionários, os direitos e as obrigações emergentes do contrato de trabalho, existente à data da transferência, de um trabalhador que trabalhou em todas as partes cedidas [,] são transferidos para cada um dos cessionários na proporção da afetação do referido trabalhador à parte da empresa obtida por cada cessionário?"

⁵⁵ N.º 24 do Acórdão.

⁵⁶ JACOB JOUSSEN, *Anmerkung*, ZESAR 2020, n.º 9, pp. 397 e ss.

⁵⁷ N.º 26 do Acórdão: „A Diretiva 2001/23 não tem unicamente por objetivo salvaguardar os interesses dos trabalhadores, aquando de uma transferência de empresa, mas pretende assegurar um justo equilíbrio entre os interesses destes últimos, por um lado, e os do cessionário, por outro (v., neste sentido, Acórdão de 18 de julho de 2013, *Alemo-Herron e o.*, C-426/11, EU:C:2013: 521, n.º 25)“.

abstrairia dos interesses do cessionário „que vê transmitir-se para ele os direitos e as obrigações emergentes de um contrato de trabalho a tempo inteiro, sendo que o trabalhador em causa apenas exerce as suas funções para ele a tempo parcial“ (n.º 31), para optar pela solução da cisão do contrato de trabalho e pela „transferência dos direitos e obrigações emergentes de um contrato de trabalho para cada um dos cessionários, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador“, como sendo a solução que possibilita „um justo equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos trabalhadores e a salvaguarda daqueles dos cessionários“^{58/59/60}.

Antes de analisar mais de perto a solução encontrada e os problemas que a mesma suscita convirá destacar que a doutrina especializada que se pronunciou sobre este Acórdão e que pudemos consultar se pronunciou maioritariamente em sentido muito crítico. A cisão do contrato de trabalho nos casos de transmissão para vários transmissários tinha sido já ensaiada por exemplo pelos tribunais

⁵⁸ N.º 34 do Acórdão.

⁵⁹ No sentido de que não se trata aqui de uma verdadeira fundamentação cfr., todavia, JACOB JOUSSEN, ob. cit., p. 398., para quem o recurso exclusivo à teleologia da Diretiva esbate a fronteira entre interpretação e criação de direito (“Rechtsfortbildung”).

⁶⁰ O Tribunal teve o cuidado de afirmar que „esta cisão não pode ser excluída pelo simples facto de implicar a transferência para um dos cessionários de um contrato de trabalho que tenha por objeto um número reduzido de horas de trabalho“ (n.º 33 do Acórdão), rejeitando assim o argumento de que o direito belga exigia período normal de trabalho mínimo para que pudesse existir um contrato de trabalho a tempo parcial. Respondeu, assim, a um argumento esgrimido pelo transmissário Atalian que referira que segundo a legislação belga o tempo de trabalho semanal a tempo parcial não pode ser inferior a um terço do tempo de trabalho semanal a tempo inteiro e „consequentemente, uma distribuição proporcional dos direitos e obrigações que emergem de um contrato de trabalho entre várias entidades cessionárias poderia conduzir a uma violação do direito nacional“ (n.º 63 das Conclusões).

franceses⁶¹, muito antes do presente Acórdão do TJ, mas tinha suscitado alguma hostilidade. A transformação de um contrato de trabalho a tempo completo em dois ou mais contratos de trabalho a tempo parcial foi criticada como sendo, desde logo, uma solução artificial e pouco realista⁶². Para outros traduzir-se-ia sempre em uma deterioração ou degradação das condições de trabalho. A decisão do TJ, por seu turno, foi qualificada como uma vã tentativa de encontrar um equilíbrio impossível entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos transmissários⁶³. Representaria,

⁶¹ Em França a Cassation já decidira que a transmissão parcial de um estabelecimento a uma outra sociedade obrigava esta última a manter o contrato de trabalho de uma secretária no limite do tempo de trabalho anteriormente efetuado pela trabalhadora nessa parte que fora transmitida (Cass. soc. 8 juillet 2009, RJS 2009, n.º 835). No entanto em algumas outras decisões procurara identificar o transmissário parcial para defender que a transmissão do contrato de trabalho ocorrera apenas com este. Segundo informa SÉBASTIEN TOURNAUX, *La scission du contrat de travail en cas de transfert partiel d'activité*, Droit Social 2021, n.º 1, pp. 28 e ss., p. 29, a Cour de cassation francesa já teve ocasião de seguir expressamente a posição do Acórdão do TJ objeto da presente anotação. Num caso francês decidido a 30 de setembro de 2020 uma sociedade de advogados que tinha três escritórios em Nice, Menton e Grasse alienou estes dois últimos. Uma advogada trabalhadora subordinada que realizava a sua atividade em Nice e em Menton foi informada que o seu contrato de trabalho era transferido em metade para a outra sociedade de advogados. A trabalhadora reagiu invocando um incumprimento contratual porque a transformação do seu contrato de trabalho a tempo completo em contrato de trabalho a tempo parcial estava a ser realizada sem o seu acordo. A Cour de cassation, alinhando a sua posição com o Tribunal de Justiça, veio afirmar que quando o trabalhador está simultaneamente afetado a uma parte da empresa ou estabelecimento que é transmitida e a outra que não o é, o contrato de trabalho desse trabalhador é parcialmente transmitido relativamente à proporção da atividade consagrada à parte transmitida, salvo se a cisão parcial é impossível, acarreta uma deterioração das condições de trabalho ou uma lesão dos direitos do trabalhador garantidos pela diretiva.

⁶² PATRICK MORVAN, *Transfert d'entreprise. Divisibilité du contrat de travail transféré*, JCP/La Semaine Juridique - Édition Sociale, n.º 28, 13 juillet 2010, 1297, pp. 23 e ss., p. 24: „uma situação surreal“ („La divisibilité engendre une situation surréaliste“).

⁶³ NATHALIE MIHMAN, *Le transfert d'une entité économique à deux cessionnaires: de quel emploi la Cour de Justice préserve-t-elle la stabilité?*, Revue de Droit du Travail 2020, pp. 401 e ss., p. 403: „particulièrement vaine“.

além disso, uma grave violação da liberdade contratual do trabalhador⁶⁴ ao impor-lhe não apenas a mudança de empregador que a transmissão de unidade económica acarreta, mas uma mudança de „estatuto“ ou conteúdo contratual, transformando-se, sem o seu consentimento, um contrato a tempo completo em dois (ou mais) contratos a tempo parcial.

Pela nossa parte não partilhamos esta crítica. Em primeiro lugar, a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato (ou relação de trabalho) apenas para o transmissário principal pressupõe a identificação de um transmissário principal o que nem sempre é possível. Caso se recorra ao tempo de trabalho dispendido com cada uma das unidades económicas transmitidas pode suceder que o trabalhador se deva considerar afeto a cada uma delas em medida sensivelmente igual. Mas mesmo que haja um cessionário principal não parece razoável exigir-lhe que passe a ter uma relação de trabalho a tempo completo com um trabalhador que apenas dedicava à parte que foi transmitida para aquele transmissário uma fração do seu tempo de trabalho, o que implicaria impor ao transmissário custos muito mais elevados do que aqueles que o transmitente suportava em relação àquela parte⁶⁵. Sem irmos ao ponto de invocar,

⁶⁴ Assim, por exemplo, JACOB JOUSSEN, ob. cit., pp. 399-400, para quem a solução encontrada não só levanta problemas práticos („praxisfern“), nomeadamente em matéria de tempo de trabalho, e é artificial, como representa uma grave violação da liberdade contratual do trabalhador. Com efeito, não apenas lhe é imposta uma modificação da identidade do empregador, mas também uma modificação do conteúdo do contrato. O contrato de trabalho a tempo completo converte-se em dois ou mais contratos de trabalho a tempo parcial e o trabalhador passa a ter vários parceiros contratuais sem o seu consentimento („es widerspricht den Grundsätzen der Vertragsfreiheit fundamental“).

⁶⁵ No mesmo sentido GIOVANNI SPINELLI, ob. cit., p. 497: não é exigível ao transmissário receber uma prestação de trabalho a tempo completo quando

como fez o Advogado-Geral, que tal se traduziria em uma melhoria das condições de trabalho para o trabalhador, importa reconhecer que a situação do novo empregador acabaria por ser aqui muito diversa da situação do transmitente em relação à parte objeto da transmissão ao primeiro, implicando custos salariais agravados o que, de resto, bem poderia implicar a necessidade a breve trecho de supressão de postos de trabalho.

Decorre tanto das Conclusões, como do Acórdão, que o Advogado-Geral e o Tribunal tiveram plena consciência das dificuldades práticas suscitadas por esta solução.

Em primeiro lugar, sublinhe-se que a solução de cindir o contrato de trabalho implica, desde logo, determinar qual o critério a atender para proceder à referida cisão. A este propósito o Acórdão remete, em boa medida, a resposta para os tribunais nacionais. Assim o Tribunal afirma expressamente que „(...) incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar as modalidades de uma eventual partilha do contrato de trabalho. A este respeito, este último pode tomar em consideração o valor económico dos lotes a que o trabalhador está afetado, como sugere a ISS, ou o tempo que este consagra efetivamente a cada lote, como propõe a Comissão Europeia“⁶⁶. Muito embora nos pareça do ponto de vista da prestação do trabalhador mais razoável, em princípio, atender a este último critério, como sustentaram já entre nós ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO e LILIANA SILVEIRA DE FREITAS⁶⁷, é patente a incerteza

relativamente ao que lhe foi transmitido o trabalhador apenas prestava um número de horas de trabalho inferior.

⁶⁶ N.º 32 do Acórdão.

⁶⁷ Ob. cit., p. 575.

assim criada, tanto mais que se pode questionar se, no caso concreto, não se poderá atender a outros critérios⁶⁸.

Como já dissemos, tanto o Advogado-Geral, como o próprio Tribunal, tiveram consciência de que a solução da cisão do contrato de trabalho pode levantar dificuldades práticas e até jurídicas muito significativas para o trabalhador em causa.

O Advogado-Geral destacou que „tal como [a Diretiva 2001/23] não pode ser invocada para melhorar as condições de trabalho do trabalhador afetado pela transferência da empresa, esta diretiva também não pode ser invocada para as deteriorar“⁶⁹ e propôs, por conseguinte, que „[a]ssim, caso a cisão do contrato de trabalho em causa se revele impossível entre os dois cessionários ou afete a manutenção dos direitos dos trabalhadores garantidos pela referida diretiva ou se o trabalhador recusar, após a transferência da empresa, a cisão do seu contrato de trabalho, o contrato de trabalho ou a relação de trabalho em causa podem ser resolvidas, devendo essa resolução ser considerada da responsabilidade dos cessionários ao abrigo do artigo 4.º n.º 2 da Diretiva 2001/23. Com efeito, parece-me que a possibilidade de o trabalhador recusar tal cisão do seu contrato de trabalho e de invocar o artigo 4.º n.º 2, da referida

⁶⁸ PATRICK MORVAN, ob. cit., p. 24. O autor que, aliás, considera algo artificial quantificar a percentagem exata do contrato de trabalho que é cedido a cada um dos novos empregadores, defende que o tempo de trabalho pode nem sempre ser a referência mais pertinente, por exemplo no caso de vendedores em que o volume de negócios („chiffre d'affaires“) realizado para cada uma das partes transmitidas poderia ser mais relevante. ALEXANDER BÖMER, Betriebsübergang: Aufteilung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses in zwei Teilzeitbeschäftigungen, EuZA 2021, pp. 73 e ss., p. 82, observa que os critérios mencionados pelo Tribunal se referem a realidades variáveis no tempo e difíceis de aferir, concluindo que a incerteza resultante será, em última análise, suportada pelo trabalhador.

⁶⁹ N.º 77 das Conclusões.

diretiva é justificada pelo facto de a referida cisão, pela sua própria natureza, poder ter desvantagens significativas para o trabalhador, nomeadamente no que diz respeito ao desempenho das suas funções⁷⁰, acrescentando „[n]omeadamente, no que diz respeito à distância entre as sedes dos dois cessionários ou à sincronização das férias anuais do trabalhador“⁷¹.

Por seu turno, o Tribunal depois de ter igualmente sublinhado que „esta diretiva não pode ser invocada para deteriorar as condições de trabalho do trabalhador afetado por uma transferência de empresa“⁷², e invocado o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva, conclui que „[p]or conseguinte, conforme salientou o advogado-geral no n.º 79 das suas conclusões, se a cisão do contrato se revelar impossível ou implicar uma deterioração das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador garantidos pela Diretiva 2001/23, esse contrato pode ser rescindido, devendo considerar-se, por força do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/23, que a rescisão ocorreu devido ao ou aos cessionários, ainda que esta rescisão tenha ocorrido por iniciativa do trabalhador“⁷³.

Muito embora nas suas Conclusões o Advogado-Geral tenha referido, como vimos, que o trabalhador pode recusar a transferência não estava com isto, segundo cremos, a referir-se a qualquer direito de oposição que não está previsto na Diretiva⁷⁴

⁷⁰ N.º 79 das Conclusões.

⁷¹ Nota 54 das Conclusões.

⁷² N.º 35 do Acórdão.

⁷³ N.º 37 do Acórdão.

⁷⁴ E daí que a observação do Advogado-Geral tenha sido criticada por alguns autores alemães. Vejam-se, por exemplo, DANIEL HLAVA/JOHANNES HÖLLER/ERNESTO KLENGEL, *Verfahren vor dem EuGH*, NZA 2020, pp. 432 e ss., p. 433.

(embora seja compatível com esta, como o TJ já teve ocasião de referir). A possibilidade de recusa após a transferência refere-se à possibilidade de resolver o contrato de trabalho, tal como previsto no artigo 4.º n.º 2 da Diretiva e assim foi apreendida pelo TJ no seu Acórdão. Muito embora o Advogado-Geral tenha afirmado que a cisão do contrato de trabalho „pela sua própria natureza“ é suscetível de ter consequências prejudiciais para o trabalhador, parece-nos que tanto as suas Conclusões, como sobretudo o Acórdão excluem que a mera conversão de um contrato de trabalho a tempo completo em dois (ou mais) contratos de trabalho a tempo parcial seja automaticamente fundamento para a resolução⁷⁵, tendo o trabalhador que invocar um prejuízo concreto para poder resolver o contrato⁷⁶.

Sublinhe-se que as questões que se podem colocar decorrem, não apenas de problemas práticos como a falta de sincronização dos vários transmissários na marcação dos dias de descanso semanal ou nos dias de férias, mas de obstáculos jurídicos à existência em simultâneo de vários contratos de trabalho do mesmo trabalhador com vários empregadores para o exercício de funções similares: pense-se na eventualidade de os transmissários serem concorrentes

⁷⁵ Para uma parte da doutrina (cfr., por exemplo, PEDRO OLIVEIRA, ob. cit., pp. 279-280) a mera conversão do contrato de trabalho a tempo completo em dois ou mais contratos a tempo parcial deveria ter sido considerada fundamento suficiente para a resolução por ser em si mesma uma deterioração da situação do trabalhador (p. 280: „a mera bifurcação do vínculo laboral deveria constituir um motivo bastante para que o trabalhador pudesse optar pela manutenção da relação com os transmissários“).

⁷⁶ H. NASOM-TISSANDIER, *Transfert d'entreprise: quelles sont les conséquences du transfert à une pluralité de cessionnaires?*, *Revue de Jurisprudence Sociale* 2020, n.º 7, pp. 487 e s., p. 488.

entre si e de as funções exercidas pelo trabalhador serem „sensíveis“ em matéria de concorrência⁷⁷.

Como é sabido, o legislador português consagrou recentemente o direito de oposição do trabalhador à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho (artigo 286.º-A, introduzido pela Lei n.º 14/2018 de 19 de março)⁷⁸. A regulamentação legal desta matéria revela-se muito complexa e tem suscitado, apesar de recente, um debate doutrinal já muito significativo. Em todo o caso, parece poder afirmar-se que o trabalhador pode opor-se à referida transmissão quando esta seja suscetível de causar-lhe um prejuízo sério, sendo esta cláusula geral seguida de uma enumeração meramente exemplificativa („nomeadamente“), pelo que os motivos concretamente indicados (a manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente e a política de organização do trabalho do adquirente não mercer confiança ao trabalhador) para a oposição não são taxativos. Sendo certo que a invocação do prejuízo sério supõe aqui um juízo de prognose^{79/80}, pensamos que este poderá assentar, designadamente, nos fatores atrás indicados. Entendemos, mesmo, que quando a transmissão opere em relação a

⁷⁷ Cfr. ANDRÉ PESTANA NASCIMENTO/LILIANA SILVEIRA DE FREITAS, ob. cit., pp. 575 e ss.

⁷⁸ Para uma visão global do direito de oposição e sua evolução histórica veja-se, por todos, o estudo de PEDRO OLIVEIRA, Ainda sobre o direito de oposição do trabalhador no caso de transmissão de empresa, *Prontuário de Direito do Trabalho* 2020, n.º 1, pp. 303 e ss.

⁷⁹ JOANA VASCONCELOS, Anotação ao artigo 286.º-A, in *Código do Trabalho* Anotado, Pedro Romano Martinez e Outros, Almedina, Coimbra, 12.ª ed., 2020, p. 689.

⁸⁰ Como destaca DAVID CARVALHO MARTINS, Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas, *Prontuário de Direito do Trabalho* 2018, n.º 1, pp. 117 e ss., p. 134, “[o] trabalhador tem o ónus de identificar factos e circunstâncias dos quais possa resultar um prejuízo sério”.

vários cessionários o trabalhador poderá optar por opor-se à transmissão parcial para um deles, mas não à transmissão parcial para o outro.

Relativamente ao novo fundamento do direito de resolução do contrato de trabalho pelo trabalhador previsto na alínea d) do n.º 3 do artigo 394.º - que defendemos aplicar-se a qualquer hipótese de transmissão de unidade económica e não apenas à transmissão de empresa, como a letra da lei sugere - também aqui nos parece que o trabalhador poderá optar por resolver apenas um dos contratos de trabalho a tempo parcial que tenha resultado da transmissão, mas „conservar“ o outro, invocando como prejuízo sério todos os inconvenientes que resultem da coexistência em concreto dos dois (ou mais) contratos de trabalho a tempo parcial.

A existência em simultâneo de vários transmissários vem tornar ainda mais complexo o procedimento de informação e consulta previsto no artigo 286.º do CT. Nos casos em que exista uma relação contratual entre transmitente e transmissários haverá, em todo o caso, condições para a necessária circulação de informação entre eles. Afigura-se-nos que sendo as consequências da transmissão da unidade económica efeitos que se produzem *ope legis* não poderão o transmitente e o (ou os) transmissário(s) pretender excluir por acordo entre eles a transmissão parcial. Em certos casos, contudo, interrogámo-nos se não será possível um acordo entre transmitente, transmissários e trabalhador no sentido de encontrar outra solução: pense-se, por exemplo, na eventualidade de as unidades económicas a que está afetado o trabalhador virem a ser transmitidas a duas sociedades diferentes, mas pertencentes a um mesmo grupo, em

termos que permitiriam a celebração de um contrato de trabalho com uma pluralidade de empregadores⁸¹.

Na transmissão de unidade económica sem qualquer relação negocial entre transmitente e transmissário - que alguma doutrina portuguesa chama de transmissão indireta⁸², havendo doutrina germânica que se refere, inclusive, a uma transmissão „hostil“⁸³ - a

⁸¹ Também o âmbito de atuação da contratação coletiva se revela algo duvidoso: poderá, por exemplo, a convenção excluir a transmissão parcial em favor da transmissão total do contrato de trabalho para o transmissário „principal“? Poderá, ao menos, estabelecer os fatores de ponderação para decidir em que proporção é que se transmite para cada um dos transmissários a relação ou contrato de trabalho existente? Mesmo face ao disposto no artigo 3.º, n.º 1, alínea m) temos dúvidas em responder afirmativamente à primeira questão. A manutenção do contrato a tempo completo com apenas um transmissário será, em regra, mais favorável ao trabalhador, mas no caso concreto este transmissário poderá ser o que, por exemplo, está em pior situação financeira. Acresce que o modo como o Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão também nos interesses dos transmissários parece corresponder melhor a uma imperatividade da solução da transmissão parcial. Recorde-se que no caso SECURITAS, C-200/16 de 19/10/2017 se afirmou que „o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que não está abrangida pelo âmbito de aplicação do conceito de «transferência [...] de uma empresa [ou de um] estabelecimento», na aceção deste artigo 1.º, n.º 1, a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador” (n.º 38 do Acórdão), sendo que a referida disposição era precisamente uma cláusula de um contrato coletivo de trabalho (cfr. n.º 8 do Acórdão).

⁸² Sobre a transmissão indireta cfr. TIAGO COCHOFEL DE AZEVEDO, *Transmissão Indireta: Algumas Notas à Luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março, Prontuário de Direito do Trabalho 2019*, n.º 1, pp. 229 e ss. Como o autor destaca (ob. cit., p. 233), “o CT é totalmente omissivo quanto a uma outra tipologia transmissiva, vulgarmente denominada de “transmissões indiretas”, muito embora estas sejam frequentes (senão mesmo prevalentes) no tráfego jurídico: transmissões sem qualquer vínculo jurídico ou negócio subjacente entre transmitente e adquirente”.

⁸³ Veja-se o interessante estudo de MATTHIAS DIMSIC/STEFAN SCHWARZ, *Feindliche Betriebsübernahme: Betriebsübergang der besonderen Art*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2016, pp. 1436 e ss. Os autores sublinham que a lei alemã - como, aliás, também a nossa (mesmo após a inclusão no artigo 285.º do CT, pela Lei n.º 18/2021 de 8 de abril do seu novo n.º 10, com a referência à aplicabilidade do disposto no artigo 285.º a “todas as situações de transmissão de empresa ou de estabelecimento por adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público

situação torna-se ainda mais complexa e delicada. A ausência de qualquer relação negocial entre transmitente e transmissários, que foram, por exemplo, concorrentes no mesmo concurso de prestação de serviços que o transmitente perdeu e os transmissários ganharam (como sucedeu no caso objeto da presente anotação) tornará problemática a circulação da informação⁸⁴ necessária para que os trabalhadores, mesmo os abrangidos pela transmissão, sejam

e privado, nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação”) - parece partir do paradigma da transmissão negociada entre transmitente e transmissário, deixando na sombra os problemas criados por uma transmissão imposta por lei sem qualquer relação contratual entre transmitente e transmissário. Se o transmissário, verificando-se uma transmissão de unidade económica, passa a ter a posição de empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, então deve poder exigir uma série de informações e de documentos (ou, segundo os autores, pelo menos cópias dos mesmos), sem os quais não poderá adequadamente cumprir as suas obrigações e exercer os seus direitos como empregador. Trata-se não só dos contratos de trabalho quando escritos (e de cláusulas que inclusive têm que respeitar a forma escrita como por exemplo cláusulas de não concorrência), mas de dados respeitantes aos trabalhadores (identificação, residência, etc.), registos de tempos de trabalho e de trabalho suplementar e relativos à marcação e ao gozo de férias, registos de sanções disciplinares, para dar apenas alguns exemplos. Os Tribunais alemães já se pronunciaram, de resto, nesta matéria tendo condenado o transmitente à entrega desta informação (ob. cit., p. 1437: OLG Jena, sentença de 2.5.2012). Suscitam-se problemas muito delicados se o transmitente se recusar a prestar a informação relevante ou se a informação prestada for incorreta. Não havendo negociações entre as partes não parece que se possa entre nós lançar mão da responsabilidade précontratual (ao contrário do que sucede no direito alemão em que a lei prevê a responsabilidade por contactos similares a um negócio jurídico - § 241 II BGB, “ähnlich geschäftliche Kontakte” - mas cuja existência neste caso é também muito duvidosa - cfr. p. 1441), mas sim da extracontratual. Parece-nos que o transmissário terá também o direito a saber o montante exato das dívidas do transmitente vencidas até ao momento da transmissão aos trabalhadores que acompanhem a unidade económica. Também se pode questionar se os trabalhadores abrangidos não deveriam ter aqui um direito de informação que pudessem exercer diretamente perante o transmissário, mesmo para lhes proporcionar o exercício “informado” do direito de oposição. Entre nós, TIAGO COCHOFEL DE AZEVEDO, ob. cit., p. 260, admite aqui, e cremos que com inteira razão, um exercício retroativo do direito de oposição. Pela sua complexidade, trata-se de questões que não podemos tratar no contexto desta breve anotação.

⁸⁴ Sobre o tema cfr. TIAGO COCHOFEL DE AZEVEDO, ob. cit., pp. 260 e ss.

adequadamente informados⁸⁵. O transmitente pouco mais poderá informar além da ocorrência da transmissão parcial quando for caso disso; e os transmissários poderão contestar não apenas a existência da transmissão parcial, mas - e mesmo que aceitem a referida transmissão parcial - a proporção em que a mesma ocorre.

Devemos também exprimir dúvidas quanto à existência de um regime de solidariedade passiva de todos os transmissários no caso de transmissão parcial. Se o transmitente tinha à data da transmissão dívidas vencidas de 100, e se verifica a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho para cada um dos transmissários, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador, a qual, por hipótese é de 60% para o transmissário A e de 40% para o transmissário B, parece-nos que A deverá responder apenas por 60 e B apenas por 40, ainda que posição oposta tenha sido já defendida na doutrina alemã com o argumento de que a relação contratual era a tempo completo e só se converteu em contratos a tempo parcial com a transmissão.

Em conclusão, há que reconhecer que, mesmo quem, como nós, esteja de acordo com a decisão qualificada por uma autora espanhola como „salomónica“⁸⁶ do Tribunal de Justiça neste caso, a mesma veio tornar ainda mais complexa e difícil aquela que já era uma das matérias mais espinhosas do direito do trabalho.

⁸⁵ Cfr. CORD MEYER, *Fragilität oder Effektivität im Betriebsübergangsrecht?*, Betriebs-Berater 2020, pp. 1908 e ss., p. 1909.

⁸⁶ Veja-se o título do estudo de MARIA ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO, *Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario*, Revista de Jurisprudencia Laboral, 2020, n.º 5, pp. 1 e ss.





CONCILIATION OF WORK AND FAMILY LIFE IN PORTUGUESE LAW^{1/2*}

Luís Gonçalves da Silva³

Cláudia Madaleno⁴

Contents: - 1. Introduction. - 1.1. Preliminary considerations. - 1.2. International and European Legal Framework. - 1.3. Internal Legal Framework. - 2. Specific instances of (direct and indirect) conciliation of work and family life. - 2.1. Leave, absence and time-off for family care and protection in the event of dismissal. - 2.2. Part-time work and flexible working hours. - 2.3. Forms of work. - 2.4. Home working. - 2.5. Teleworking. - 3. Bibliography.

* Article approved for publication after submission to double blind peer review.

¹ Principal abbreviations used:

ACT – *Autoridade para as Condições do Trabalho* (Authority for Working Conditions);

CPR – Constitution of the Portuguese Republic

CC – Civil Code

CITE – *Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego* (Commission for Equality in Labour and Employment)

LC – Labour Code;

SWR – Statute of Workers' Rights (Spain) (*Estatuto de los Trabajadores*)

EU – European Union

TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union

TEU – Treaty on European Union

EU – European Union

² Any article cited without indicating the source refers to the Labour Code (LC), approved by Law 7/2009, of 12 February, last revised by Law 93/2019, of 4 September.

³ Assistant Professor, Faculty of Law, University of Lisbon Vice-Chairman of the Institute of Labour Law, Lisbon Faculty of Law Attorney and Consultant, Abreu Advogados.

⁴ Assistant Professor, Faculty of Law, University of Lisbon, Alameda da Universidade, Cidade Universitária, 1649-014 Lisboa.

Abstract:

This study is centred on the conciliation of work with family life in Portuguese Law. Several instruments of domestic and international law serve to achieve such conciliation.

The study includes an analysis of the international and European legal framework, looking in particular at the ILO Conventions and European Union directives.

In Portuguese internal law, the conciliation of work with family life is addressed in both the Constitution and the Labour Code. We consider in particular the various forms of leave provided for, as well as other situations of absence and time off established for family care, in addition to protection in the event of dismissal.

The article also analyses in detail the rules on work and employment, particularly with regard to adaptability, time banks, compressed working hours, overtime, night work and the scheduling of holiday leave.

The conciliation of work with family life can also entail different forms of working, including the use of part-time work and flexitime, home working or teleworking, which are also addressed in this study.

Our study of Portuguese law is complemented by a comparative analysis with the legal rules in force in Spain and France.

1. Introduction

1.1. Preliminary considerations

The conciliation of work and family life is a question with which the public authorities have concerned themselves⁵. If we consider that, as a rule, earnings from work are essential for meeting the most basic human needs⁶, rules need to be set to protect the family, to

⁵ For an analysis of this matter, see, inter alia, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, *Políticas de Conciliação da Actividade Profissional e da Vida Familiar*, Nova Zelândia, Portugal and Suíça, volume 3, Direcção-Geral de Estudos, Estatísticas e Planeamento, Lisbon, 2004.

⁶ For a general appraisal of pay issues, among many others, LEAL AMADO, *A Protecção do Salário*, offprint from volume XXXIX of the supplement to Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, *passim*, and also, from the same author, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 3rd edition,

save it from being sidelined by the necessity and the attraction of earning money.

Work has to be compatible with the worker's family life. Whilst it is true that work brings personal fulfilment, it is no less true that this fulfilment will only be complete if he or she is able to enjoy the benefits of the institution of the family. Working activities must therefore be subject to rules.

Having made these introductory considerations, we shall now define our subject matter, what we seek to establish and the path we shall take.

Our subject matter will be the private employment relationship, on the one hand, and the Portuguese legal system, on the other; this perspective will be complemented by an overview of the rules in place in Spain and France.

Almedina, Coimbra, 2019, pp. 287 et seq.; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II – Direito Individual, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 689 et seq.; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 20th edition, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 371 et seq.; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 759 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 6th edition, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 347 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9th edition, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 592 et seq.; ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 12th edition, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 630 et seq.; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 7th edition, 2019, pp. 523 et seq.; LOBO XAVIER, “Introdução ao Estudo da Retribuição no Direito do Trabalho Português”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year XXVIII (I of 2nd series), 1986, no. 1, pp. 65 et seq., and also, “Reflexões sobre o Chamado Princípio da Irredutibilidade da Retribuição”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2020, nos. 1-4, pp. 7 et seq.; LOBO XAVIER, with contributions from FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO and JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, 4th edition, Rei dos Livros, Lisbon, 2020, pp. 550 et seq..

Our aims are easy to identify: to provide an informative and descriptive text that sets out (briefly) the legal perspective on the conciliation of work and family life, with a particular focus on parenthood.

1.2. International and European legal framework

From a social point of view, the concern with conciliating work and family life is fundamental to guaranteeing equality and non-discrimination between workers⁷, whilst at the same time ensuring an environment in which family life may flourish. This justifies the significant scale of the legal instruments - domestic, international and European - especially designed for this purpose.

Internationally, we may point to ILO Convention no. 156, on equal opportunities and treatment for men and women workers: workers with family responsibilities⁸⁻⁹. This convention, applicable to all branches of economic activity and all categories of workers (Article 2), requires member States to adopt measures that enable "persons with family responsibilities who are engaged or wish to engage in employment to exercise their right to do so without being

⁷ On this question of non-discrimination, see MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, op. cit., pp. 260 et seq.; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, op. cit., 385 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 177 et seq.

⁸ Approved by Decree 66/84, of 11 October, published in *Diário da República*, Series 1, no. 236, of 11 October 1984.

⁹ Whilst setting out to secure protection, the convention may still be criticised for the formulation of Article 1, which states that it applies "to men and women workers with responsibilities in relation to their dependent children, where such responsibilities restrict their possibilities of preparing for, entering, participating in or advancing in economic activity", in view of the perspective it adopts on family, as a factor limiting employment activity.

subject to discrimination and, to the extent possible, without conflict between their employment and family responsibilities" (Article 3). Among other provisions intended to ensure equality and non-discrimination, it is also added that family responsibilities may not constitute a valid reason for termination of employment (Article 8).

Attention may also be drawn to the more recent Convention no. 183, of 2000, concerning the revision of the Maternity Protection Convention (Revised), 1952¹⁰. Measures are to be adopted to protect pregnant and breastfeeding women, and members are required to establish measures to prevent them from carrying out tasks harmful to their own health or that of their child, or which pose a significant risk to the mother's health or that of her child (Article 3). It also establishes entitlement to maternity leave of no less than 14 weeks' duration (Article 4.1), leave in the event of illness or complications (Article 5), in both cases with the right to cash benefits (Article 6), and the mother's right to return to her job, or an equivalent position with the same pay, after taking maternity leave (Article 8.2). Termination of the employment of a woman during her pregnancy, maternity leave or during a period following her return to work to be prescribed by national laws is expressly prohibited, except on unrelated grounds, in which case the burden of proof rests on the employer (Article 8.1).

¹⁰ Approved by Resolution of the Assembly of the Republic 108/2012, and by Decree of the President of the Republic 137/2012, of 8 August, published in *Diário da República*, Series 1, no. 153, of 8 August 2012.

In the European Union, a concern for protecting social rights is visible in several legal provisions, starting with Article 3 of the TEU, which lays down that the Union shall combat social exclusion and discrimination and shall promote justice and social protection, equality between men and women, solidarity between generations and protection of the rights of the child. Likewise relevant is Article 153.1 i) of the TFEU, establishing that the European Union shall support and complement the action of Member States, among others, in the field of equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work.

Article 33 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for the right to protection from dismissal for a reason connected with maternity and the right to paid maternity leave and to parental leave following the birth or adoption of a child, with a view to conciliating professional and family life.

A number of European directives specifically address family responsibilities¹¹. We may point to the Directive on pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (Directive 92/85/EEC, of 19 October, consolidated in 2019), the Directive on parental leave (Council Directive 96/34/EC, of 3 June) and the directive on part-time work (Council Directive 97/81/CE, of 15 December).

Directive 92/85/EEC, of 19 October, consolidated in 2019, seeks to improve the safety and health of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, establishing the

¹¹ JEAN-PHILIPPE TRICOIT, *Droit Social International et Européen*, Gualino, Lextenso, Paris, 2020, p. 71.

obligation to assess the risks of each activity to pregnancy or breastfeeding (Article 4), which may require the employer to move the worker to another job or even grant her leave (Article 5). There are also restrictions on night work, as well as provisions on the compulsory nature of maternity leave, time off for ante-natal examinations and the prohibition of dismissal (Article 7 to 10).

Council Directive 96/34/EC, of 3 June, was in turn revoked by Council Directive 2010/18/EU, of 8 March 2010, implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC. In this agreement, we should note the entitlement granted to men and women workers to parental leave on the birth or adoption of a child, for a minimum period of four months (Clause 2). Concern is also shown for the return to work, guaranteeing that workers may go back to the same job, or an equivalent position, and providing for adjustments to working hours (Clauses 5 and 6).

One year later, Council Directive 97/81/EC, of 15 December 1997, concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, set out essentially to eliminate all and any discrimination and also to promote the use of part-time working arrangements.

In 2006, The European Parliament and the Council adopted Directive 2006/54/EC, of 5 July, on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, which for the first time includes definitions of direct and indirect discrimination and of harassment, the latter being regarded as a manifestation of

discrimination. This directive is also important for the rules on the burden of proof contained in Article 19, which requires Member States to take the steps needed to ensure that, when someone considers they have suffered discrimination, they can establish facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it being incumbent on the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment¹².

More recently, reference should be made to Directive (EU) 2019/1158, of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU¹³. The directive adopts a substantially social perspective, as follows from Recital 19, which points to the aim of "encourag[ing] a more equal sharing of caring responsibilities between women and men, and to allow for the early creation of a bond between fathers and children". The minimum period of parental leave which cannot be transferred from one parent to another is here extended from one to two months, in order to encourage fathers to avail themselves of this leave, whilst guaranteeing in all cases a minimum of four months' parental leave. In addition, workers may ask to take parental leave on a full time or part-time basis, with alternating periods, thereby offering increasing flexibility in how this right is enjoyed. There are also measures encouraging the use of

¹² See also, with further considerations on the European Union framework, PALMA RAMALHO, *Direito Social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 79 et seq., and also, from the same author, PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 726 et seq.; ROMANO MARTINEZ, "Igualdade de Tratamento no Direito Laboral – A Aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal", *Direito e Justiça*, volume XI, part 2, 1997, pp. 83 et seq..

¹³ The deadline for transposition of this directive is 2 August 2022.

flexible working arrangements, if possible through the use of teleworking, flexible working hours or a reduction in working hours to allow for the provision of care; this is intended to apply both to working parents and to carers¹⁴.

Alongside the directives, the European Union has also undertaken a number of initiatives, such as the Resolution (of the Council and of the Ministers for Employment and Social Policy, of 29 June 2000) on the balanced participation of women and men in family and working life, or - providing an inventory of different instruments - Resolution (of the European Parliament on conciliating professional, family and private lives, of 2003), revealing its concerns in this area¹⁵.

Reference should also be made to the European Parliament Resolution of 12 May 2016, on implementation of Directive 2010/18/EU, on parental leave, stressing the need to take all possible steps to allow this directive to be implemented correctly and in a uniform manner, in both the public and private sector (item 5). This also includes an incentive for Member States to ensure that family rights, including parental leave, are equally accessible for both parents (item 11). Attention is drawn to the difficulties resulting from a return to work, both for the parent and for the child,

¹⁴ Despite the scale of the measures, provision is made for Member States, within the margin for manoeuvre allowed to them, to adjust the rules in relation to smaller undertakings, in particular micro-enterprises, as reflected in Recital 48, whilst also admitting the provision of "incentives, guidance and advice to SMEs to assist them in complying with their obligations pursuant to this Directive".

¹⁵ For an analysis of work-life balance from an essentially Community perspective, PALMA RAMALHO, "Conciliação Equilibrada entre a Vida Profissional e Familiar – Uma Condição para a Igualdade entre Mulheres e Homens na União Europeia", and "Protection de la Maternité et Articulation de la Vie Familiale et de la Vie Professionnelle par les Hommes et par les Femmes", *Estudos de Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2003, respectively, pp. 269 et seq. and 279 et seq..

which is why it is important to promote a smooth and gradual resumption of work and a better balance between professional and family life; examples of such arrangements include teleworking, home working and smart working (item 14). Parents are to be encouraged to take parental leave, and the rules on remuneration for parental leave are fundamental in this respect¹⁶.

1.3. Internal legal framework

Portuguese constitutional law also contains a number of provisions designed to defend families and to conciliate work with family life, values which are also protected in ordinary law.

In the Constitution, we may point to the following rules¹⁷:

1) Everyone has the right to form a family and to marry under conditions of full equality (Article 36.1);

2) Regardless of age, sex, race, citizenship, place of origin, religion and political and ideological convictions, every worker has the right that work be organised under conditions of social dignity and in such a way as to provide personal fulfilment and to make it possible to conciliate work and family life (Article 59.1 b));

¹⁶ Mention should also be made of the creation of the European Institute for Gender Equality (<https://eige.europa.eu/pt/in-brief>); Strategic engagement for gender equality, 2016-2019, adopted by the European Commission, and the Gender Action Plan for 2016-2020, of the European Commission.

¹⁷ For further consideration concerning the articles cited, see the annotations to the provisions in GOMES CANOTILHO and VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, 4th edition, Coimbra Editora, 2007; JORGE MIRANDA and RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, part I (Articles 1 to 79), 2nd edition, Coimbra Editora, 2010.

3) The state is charged with ensuring the working, remuneratory and rest-related conditions to which workers are entitled, particularly by protecting the work done by women during pregnancy and following childbirth (Article 59.2 c));

4) As a fundamental element in society, the family has the right to protection by society and the state and to the effective implementation of all the conditions needed to enable family members to achieve personal fulfilment (Article 67.1);

5) In order to protect the family, the state is particularly charged with promoting the conciliation of work and family life, by concerting the various sectoral policies (Article 67.2 h)¹⁸;

6) In performing their irreplaceable role in relation to their children, particularly as regards the children's education, fathers and mothers have the right to protection by society and the state, together with the guarantee of their own professional fulfilment and participation in civic life (Article 68.1);

7) Motherhood and fatherhood constitute eminent social values (Article 68.2);

8) Women have the right to special protection during pregnancy and following childbirth, and workingwomen also have the right to an adequate period of time off from work without loss of remuneration or any privileges (Article 68.3);

9) The law shall regulate the attribution to mothers and fathers of rights to an adequate period of time off from work, in accordance with the interests of the child and the needs of the household (Article 68.4).

¹⁸ Added by Constitutional Law 1/2004, of 24 July.

It follows from the provisions cited that the family (in its 'traditional' form) is afforded recognition as an institution, and the legislator is required to intervene to ensure that professional activities are effectively conciliated with family life, all this, of course, in harmony with other values enshrined in the Constitution, including free enterprise (Article 61.1).

As we shall see in detail below, there are also several provisions of ordinary law that seek to protect the family and conciliate professional activities with family life; these are most immediately visible in the rules on working hours. It may be recalled that shorter working hours were one of the earliest demands of the labour movement (the May Day holiday commemorates precisely the campaign for an eight-hour working day, and the first ILO convention was none other than the Hours of Work (Industry) Convention, of 1919), and this remains one of the most frequent causes of employment disputes¹⁹.

For example, another significant question here is the organisation of working hours, which has a direct impact on the fundamental rights or interests of workers, in particular on the time they have for themselves (see, for instance, Article 59.1 b) and d) CPR).

As regards working conditions, the Labour Code establishes a general principle, following from the constitutional provisions, that

¹⁹ Changes in working hours are to be explained not only by the demands of the workforce, but also by other important factors, such as technological progress and changes in organisations.

these conditions must favour conciliation of professional life with the worker's family and personal life (Article 127.3). Looking specifically at the first part of this paragraph, we may see that it creates an obligation for the employer who, in exercising his power of management, is required to allow the worker to enjoy such conciliation, i.e. as regards how, when and where the work is to be performed, the employer must act so as to ensure that professional activity is compatible with the worker's family and personal life²⁰.

Of course, notwithstanding the actual nature of constitutional provisions, this is essentially a rule pointing to a broadly defined obligation of outcome, and no penalty is expressly established for non-compliance.

The specific features of Portugal's business fabric prevent the country from importing rules or business models. The effectiveness of legal rules and the conciliation of work with family life cannot be truly understood unless we bear in mind the employment setting in which they are applied. When drawing up and applying legal rules, it is important to consider the real employment situation in Portugal, as reflected by concrete data²¹. Some of the most relevant facts here are these:

²⁰ Cfr. ROMANO MARTINEZ, MADEIRA DE BRITO and GUILHERME DRAY, in ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., pp. 325 et seq..

²¹ Attention is also drawn to HELOÍSA PERISTA, *Os Usos do Tempo e o Valores do Trabalho, uma Questão de Género*, collection of studies, no. 15, Ministry of Labour and Solidarity, 1999.

1) Approximately 97.7% of enterprises have no more than 49 employees²² and approximately 64.5% of enterprises have 4 or less employees²³⁻²⁴;

2) Enterprises with up to 49 employees account for 56.4% of the workforce;

3) Enterprises with 100 or more employees – 0.9% of enterprises – represent 33.7% of all those in work²⁵;

4) Enterprises with a workforce of 500 or more – 0.1% of all enterprises – account for 16.7% of total employment²⁶;

5) In 2018, out of a total workforce of 4,154,185 persons, 3,230,077 were employed by SMEs, whilst only 924,108 worked in large companies²⁷;

6) Non-permanent employment arrangements represent one of the most significant changes in the world of work. Employees on non-permanent contracts account for 19.5% of total employees (approximately 18.7% among men and 21.1% among women)²⁸; in 2020, out of 4,010.6 thousand individuals, 3,298.1 thousand had a permanent contract and 595.7 had a fixed term contract²⁹;

²² According to figures from PORDATA, in 2018 there were 1,295,299 enterprises, of which 1,294,037 were SMEs and 1,262 were large enterprises. Data available at: <https://www.pordata.pt>.

²³ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, Ministry of Labour and Social Solidarity, Lisbon, 2006, p. 44.

²⁴ According to PORDATA, in 2018, micro, small and medium sized enterprises accounted for 99.9% of the business fabric. Data available at: <https://www.pordata.pt>.

²⁵ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, op. cit., p. 44.

²⁶ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, op. cit., p. 44. Based on data from 2003.

²⁷ Figures from PORDATA, available at: <https://www.pordata.pt>.

²⁸ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, op. cit., p. 49.

²⁹ Source: <https://www.pordata.pt>.

7) We should also note that, according to the latest versions of the Green Paper on Labour Relations, in 2016, the proportion of employees on non-permanent contracts (aged 15-64) stood at 22%³⁰, up from 9% in 1992³¹.

These data show that smaller companies dominate Portugal's business fabric, and that the level of qualifications is somewhat poor.

These facts cannot but have an impact on the issues under consideration, and of course offer a further obstacle to conciliating working and family life.

It is not enough to produce rules that foster a balance between working and family lives, because their drafting cannot be confused with actual compliance. In seeking to ensure that work is effectively conciliated with family life, it is therefore essential for the public authorities to exercise active oversight³², accompanied by the watchfulness of everyone involved in the employment sector. In other words, we cannot expect the State to be all-seeing, and a very important contribution is needed from the private sector, especially from labour organisations.

Responsibility here rests today with the Authority for Working Conditions (ACT)³³, which has powers to “promote, oversee and inspect compliance with the legal, regulatory and contractual

³⁰ Available here: <https://www.portugal.gov.pt>.

³¹ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, op. cit., p. 49.

³² The Authority for Working Conditions (ACT) is responsible for oversight of employment rules (Article 2 of Regulatory Decree 47/2012, of 31 July. For further considerations, of interest to this issue, WOLFGANG VON RICHTHOFEN, *Inspecção do Trabalho – Um Guia da Profissão*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

³³ The Organic Law of the Authority for Working Conditions was approved by Regulatory Decree 47/2012, of 31 July.

provisions concerning labour relations and working conditions” (Article 2.2 a) of Regulatory Decree 47/2012, of 31 July). However, on specific issues of equality and non-discrimination between men and women in the world of work, this mission is entrusted to the Commission for Equality in Labour and Employment (CITE)³⁴. Created in 1979, merely as an advisory body, this organisation underwent significant changes in 2000, when it was entrusted with new powers in relation to dismissals and the organisation of hours of work, largely as a result of the influence of European law and the transposition of directives. It should be mentioned that CITE's composition is tripartite, comprising members of government, members of trade union confederations and members of employees' confederations³⁵.

2. Specific instances of (direct and indirect) conciliation of work and family life.

2.1. Leave, absence and time off for family care and protection in the event of dismissal.

Labour legislation upholds the conciliation of work with family life. The Labour Code reasserts the constitutional declaration that motherhood and fatherhood are 'eminent social values' and that

³⁴ Regulated by the Organic Law, approved by Decree-Law 76/2012, of 26 March, as amended by Law 60/2018, of 21 August.

³⁵ On this topic, cfr. LOBO XAVIER and A. NUNES DE CARVALHO, “Reflexões sobre a Intervenção da CITE no âmbito da Cessação do Contrato de Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year LIV (XXVII of series 2), 2013, no. 4, pp. 7 et seq.; and, likewise of interest, of the same authors, “Organização Flexível do Tempo de Trabalho (Competências da CITE)”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year LV (XXVIII of series 2), 2014, nos. 1- 4, pp. 33 et seq..

mothers and fathers are entitled to the protection of society and the State in their irreplaceable role of raising their children, in particular as regards their education (Article 33, paras. 1 and 2), and then goes on to enshrine and regulate a series of rights in which these values are reflected³⁶.

³⁶ For an analysis of the rules governing parenthood, see, among others, CATARINA OLIVEIRA CARVALHO, “A Protecção da Maternidade e da Paternidade no Código do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, nos. 1-2-3, pp. 41 et seq.; GUILHERME DRAY, annotation of the articles cited, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 196 et seq.; ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit.; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, op. cit., pp. 443 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 369 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 400; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, op. cit., pp. 445-446; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, op. cit., pp. 746 et seq., and also, from the same author, PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho*, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais, op. cit., pp. 726 et seq.; LOBO XAVIER, with contributions from FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO and JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 881 et seq.. And from an essentially sociological perspective, HELOÍSA PERISTA and MARGARIDA CHAGAS LOPES, *A Licença de Paternidade – Um Direito novo para a Promoção da Igualdade*, collection of studies, no. 14, Ministry of Labour and Solidarity, Lisbon, 1999.

These rights, and in some cases powers/duties, include notably various forms of leave^{37/38/39/40}:

³⁷ The legal rules in force in Spain also contain rules that confer similar protection for parenthood. As these matters are governed by European directives, it is no surprise to find common ground as to the areas regulated; indeed, this is one of the aims of the intervention by Community authorities, whilst the technical legal framework and the consequent names given to concepts may vary. In the case of Spain, it should be noted that collective bargaining is an important and active source of regulation in employment, often relegating the law to a merely secondary role.

In Spain, we may observe (in brief) the following rules on suspension of contracts:

1) On the birth of a child, with an uninterrupted duration sixteen weeks, of which six weeks are mandatory after childbirth (Articles 45.1 d) and 48.4 SWR);

2) A further two weeks are added to this period of sixteen weeks for each child in the event of a multiple birth (Article 48.6 SWR);

3) On grounds of risk, during pregnancy or breastfeeding of a child aged under nine months (Article 45.1 e) SWR);

4) The father may enjoy the period granted to the mother (or the remaining time, if suspension has started), in the event of her death (Article 48.4 SWR);

5) If both mother and father work, the mother may opt for the father to take an uninterrupted part of the leave (simultaneously or successively), in weekly periods, whilst still being obliged to take six weeks' leave after childbirth (Article 48.4 SWR);

6) Upon adoption or guardianship with a view to adoption or fostering, whenever of a duration of no less than one year, of children aged less than six years, or minors aged more than six years with a disability or who, because of their personal circumstances and experiences, or because they have come from abroad, have special difficulties in social and family integration, with a duration of sixteen weeks for each adoptive parent, guardian or foster parent, six of which mandatorily after the judicial ruling of adoption or administrative decision of guardianship with a view to adoption or fostering; the remaining ten weeks may be taken on a continuous or non-continuous basis, during the twelve months following those acts (Article 48.5, SWR). For further details concerning the legal rules in Spain, at different times, see, among others, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 41st edition, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 451 et seq. and pp. 473-474, the latter concerning "interruptions due to circumstances affecting the worker"; MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA and VILA TIerno, *Manual De Derecho del Trabajo*, 18th edition, Comares, Granada, 2020, pp. 397 et seq.; ALONSO OLEA and MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 26th edition, Editorial Civitas, 2009, pp. 554-555 and pp. 561-563. On the principle of non-discrimination, MARTÍNEZ GIRÓN, ARUFE VARELA and CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho del Trabajo*, 2nd edition, Netbiblo, 2006, pp. 253 et seq.. Readers may also consult *Estatuto de los Trabajadores*, Edición Conmemorativa del 25 Aniversario con Texto Inicial Y Texto Vigente, Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, which also contains previous versions of these rules. The *Estatuto de los Trabajadores* (Statute of Workers' Rights) has undergone successive

amendments, including that in Law 39/1999, of 5 November, regulating the conciliation of the family and employment lives of persons in work. BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Una Corrección de Errores con Diez Años de Retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

³⁸ In France, the principle of non-discrimination on grounds of pregnancy also applies. Maternity or adoption leave has a duration of sixteen weeks, which may be taken as from six weeks prior to the foreseeable date of the birth, continuing for ten weeks thereafter (Articles L1225-17 and L1225-37 of the *Code du Travail*). The period taken prior to the birth may be reduced to a minimum of three weeks, on the worker's request, supported by a doctor's certificate. The duration of leave is increased in the event of multiple births, or adoption of multiple children, as well as in the event of complications in the mother's health, a further two weeks being added prior to the birth and/or a further four weeks thereafter. The entitlement to leave is deemed optional, except for the mandatory period of eight weeks, divided between two weeks before, and the remainder after, the birth. Leave is considered as time effectively worked. Women workers are also entitled during pregnancy to a change of category, when this is needed to protect their health, as supported by a doctor's certificate; if a change of category is not possible, the employment contract is suspended. As in Portugal, women workers are entitled to one hour a day for breastfeeding or feeding, for one year after the birth. There is specific protection against dismissal, except in the event of a serious offence, and this takes effect as from when the woman worker informs her employer of her pregnancy, supported by a doctor's certificate, and continues up to the tenth week after the end of her maternity leave (Article L1225-4 of the *Code du Travail*). This protection also applies to the father, for a period of ten weeks after the birth, and also to adoptive mothers and fathers, when they take adoption leave. Dismissal is reversed provided that the worker presents proof of his or her status within fifteen days, in the form of a doctor's certificate or evidence of the arrival of an adoptive child. For a general overview of the French legal rules, cf. FRANÇOIS DUQUESNE, *Droit du Travail 2020*, 15th edition, Gualino, Lextenso, Paris, 2020, pp. 120-121; DOMINIQUE GRANDGUILLLOT, *Le Droit Social. Droit du Travail. Droit de la Protection Sociale*, 22th edition, Gualino, Lextenso, Paris, 2020-2021, pp. 185 et seq.; JACQUELINE BOUTON, FRANÇOIS DUQUESNE and SABRINA MRAOUAHI, *Cours de Droit du Travail*, Gualino, Lextenso, Paris, 2020-2021, pp. 261 et seq.; DOMINIQUE GRANDGUILLLOT, *L'Essentiel du Droit du Travail*, 20th edition, Lextenso, Paris, 2020, p. 126; FRANCK PETIT, *L'Essentiel du Droit du Travail. Les Relations Individuelles*, 3rd edition, Lextenso, Paris, 2020, p. 97.

³⁹ In Italian law, cfr. MAZZOTTA ORONZO, *Diritto del lavoro*, 7th edition, Giuffrè, 2019, pp. 169 et seq.; FRANCO CARINCI, PAOLO TOSI, TIZIANO TREU and LUCA TAMAJO, *Diritto del Lavoro*, 10th edition, Utet Giuridica, 2019, pp. 394 et seq.; TURSI ARMANDO, VARESI PIER ANTONIO, *Istituzioni di diritto del lavoro. Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, 8th edition, Wolters Kluwer, 2019, pp. 471 et seq.; PROIA GIAMPIERO, *Manuale di diritto del lavoro*, 3rd edition, Wolters Kluwer / Cedam, 2020, pp. 246 et seq.; ROCCELLA MASSIMO / TREU TIZIANO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 7th edition, Wolters Kluwer / Cedam, 2016, pp. 291 et seq..

⁴⁰ On the rules in English-language systems, see JOHN BOWERS QC, *A Practical Approach to Employment Law*, 9th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2017,

1) Initial parental leave, of one hundred and twenty days or one hundred and fifty consecutive days⁴¹, which may be shared between the mother and father workers, the exclusive leave for mothers and fathers being mandatory (Articles 40.1, 41.2 and 43.1 LC); it should be noted that, with the changes introduced by Law 120/2015, of 1 September, shared parental leave can now be taken simultaneously, on the parents' initiative, between days 120 and 150, in other words, this is only possible if they have opted for the 150 days' leave⁴²;

2) In the event of multiple births, thirty days is added to the duration of leave for each child (Article 40.4 LC);

3) Paternity leave, of twenty working days, the taking of which is compulsory (Article 43.1 LC);

4) By the father or mother, in the event of physical or mental incapacity or death of the other parent who is taking the leave (Article 42LC); this appears also to admit application of this rule, through broad interpretation, to situations where the mother is not party to an employment contract, e.g. when self-employed, in which case the initial parental leave (after the mother has taken her compulsory leave) may be taken by the father;

pp. 182 et seq.; DAVID LEWIS / MALCOLM SARGEANT, *Employment Law. The Essentials*, 15th edition, Kogan Page Limited, London, 2020, pp. 155 to 182; HUGH COLLINS, K. D. EWINGE and AILEEN MCCOLGAN, *Labour Law*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 397 et seq..

⁴¹ At the worker's discretion, with effects on the level of pay, which varies between 100% and 80%, in accordance with Article 30 of Decree-Law 91/2009, of 9 April.

⁴² For a different view, cfr. GUILHERME DRAY, annotation to Article 40, ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., pp. 165 and 166, who considers that sharing and taking leave simultaneously means that parents have only had time at home with the child on a parental leave basis during 135 days.

5) Upon the adoption of a child aged less than 15 years, then the adoptive parent may take leave identical to the initial parental leave provided for in Article 40 (Article 44.1 LC);

6) Complementary parental leave, for care of a child or adoptive child aged six years or under, comprising: (i) additional parental leave of up to three months; (ii) or part-time work for a period of twelve months, with normal working hours equal to half the full-time hours; (iii) or non-consecutive periods of parental leave and part-time work, where the total duration of absence and reduction in working hours is equal to the normal working hours over three months; (iv) or interspersed absences from work with a duration equal to the normal working hours over three months, when so provided in agreements reached through collective bargaining (Article 51 LC);

7) Special leave (when the above entitlements are exhausted), for care of a child or adopted child, up to a limit of two years (Article 52 LC);

8) Leave of up to six months (which may be extended to up to six years), for care of a child, or the child of a spouse residing with that spouse, with a disability or chronic illness or cancer, during the first twelve years of life, or subsequently when confirmed by a doctor's certificate (Article 53 LC);

9) When employees return to work after leave to care for a child or a disabled or chronically ill person, employers are required to provide training and refresher training, in order to enable the worker to be fully reintegrated into their professional activity (Article 61);

10) Also not without significance is the obligation, established in Article 127.4, requiring the employer to display full information in the company on the legislation on parents' rights or, if the internal regulations referred to in Article 99 are drawn up, to enshrine in them all this legislation, even though this is a provision without legal consequence.

Article 63 LC also establishes special rules of protection in the event of dismissal, applicable to pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, and also to men workers who are taking parental leave, establishing that in this case any termination requires a prior opinion from CITE, the lack of which renders the dismissal unlawful under sub-paragraph d) of Article 381 LC⁴³. In any case, when the worker meets one of these requirements, Article 63.2 presumes that the dismissal was without fair grounds⁴⁴, the burden of proof in relation to the circumstances forming such grounds resting with the employer⁴⁵.

⁴³ However, as pointed out by MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, op. cit., p. 1012, as the question here is an irregularity, this can be remedied by obtaining the opinion not originally produced.

⁴⁴ This is what happened in the case decided by Decision of the Lisbon Appeal Court of 13.09.2017 (Paula Sá Fernandes), www.dgsi.pt: “The fact that the worker received the notice of the decision to dismiss him on the first day after the end of his parental leave is of no relevance here, and it cannot be deemed that the opinion from CITE would not be necessary, because at the time of the decision to dismiss and in the time leading up to this, the claimant was taking his initial parental leave”.

⁴⁵ Defending the utility of the presumption of no fair grounds, albeit in the context of a worker who is a trade union officer, GONÇALVES DA SILVA, annotation to Article 410, in ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit..

CITE does not exercise judicial powers, and so its opinion sets out to assess whether the dismissal is in accordance with equality and non-discrimination law, rather than actually to judge whether fair grounds exist⁴⁶. However, if its opinion is negative, the employer may only proceed with dismissal after obtaining a court decision recognising the existence of due grounds, in proceedings brought within 30 days of notification of the opinion (Article 63.3).

It should also be noted that, if the dismissal is declared unlawful, the employer is obliged to reinstate the worker, unless the worker opts not to be reinstated, in which case he or she is entitled to compensation equivalent to 30 to 60 days' basic pay and seniority payments for each year worked (Articles 63.8 and 392.3).

As regards time off work, we may point to that allowed for ante-natal doctor's appointments (for pregnant women), including preparation for childbirth, as often and for as long as necessary.

⁴⁶ Nonetheless, CITE's opinions sometimes contain considerations concerning the existence of fair grounds, as in Opinion no. 1/CITE/2017. This dealt with a woman shop worker, who was accused by her employer of taking money from the till, with testimony to this effect from other workers. The worker contested the facts of which she was accused, contending that several people had had access to the till where the money was kept, as well as to the shop itself. According to CITE: "In accordance with the Community rule, Portuguese law enshrines, in Article 63.2 of the Labour Code, that dismissal due to grounds attributable to a pregnant worker or worker who has recently given birth or is breastfeeding or a male worker taking parental leave "is presumed to be without fair grounds", and so the burden of proving that the worker was dismissed on fair grounds rests with the employer. (...) Accordingly, considering the facts stated in the notice of offence, the employer alleges but is unable to demonstrate that the behaviour of the respondent worker is culpable or serious to such an extent that, as a result of its consequences, it renders subsistence of the employment relationship immediately and practically impossible, in view of the company's management context, the degree of injury to the employer's interests, the characters of the relations between the parties or between the workers and her colleagues and the other circumstances that are relevant to the case, with the result that the requirement for fair grounds for dismissal are not met, under the terms of Article 351 of the Labour Code".

Fathers are entitled to time off on three occasions to accompany the expectant mother to ante-natal doctor's appointments (Article 46 LC)⁴⁷⁻⁴⁸.

⁴⁷ In Spain, the legal rules allow for absence (*permisos*):

1) In the event of marriage, for fifteen days (Article 37.3 a) SWR);
2) Of two days, in the event of the death, accident, serious illness, hospitalisation or surgical procedure without hospitalisation but requiring rest at home, of relatives or in laws to the second degree, which may be extended to four days if travel is necessary (Article 37.3 c) SWR); when, for this reason, the worker needs to travel for this purpose, the time off allowed will be four days;

3) Pregnant workers are entitled to the time needed to undergo ante-natal and technical examinations in preparation for childbirth, and, in the event of adoption or guardianship with a view to adoption or fostering, to attend prior information and preparatory sessions and to undergo the psychological and social assessments preceding the declaration of suitability, when, in both cases, these have to take place during working hours (Article 28 of the Law on Prevention of Occupational Risks – no. 31/1995, of 8 November - Article 37.3 f) SWR);

4) A mother - or father - who has a child aged less than nine months, and also, in the event of adoption or guardianship with a view to adoption or fostering, when the adopted or foster child is aged nine months or less, is entitled to one hour a day, which may be divided into periods of half an hour, or to request reduction of their working hours by the same amount, in order to care for the infant (Article 37, paras. 4 and 6 SWR). It should be noted that, when both parents, adoptive parents, carers or foster parents exercise this right with the same duration and on the same basis, the period may be extended until the infant reaches twelve months, with a proportional reduction in pay as from nine months. The duration will be increased pro rata in the event of multiple births, adoption or guardianship with a view to adoption or fostering; when such provision is made in collective bargaining instruments, or through agreement with the employer, the employee may opt to combine successive half-hour periods and take them as full days off;

5) The worker is entitled to absent himself from work during one hour in the event of premature birth of a child or in the event of the birth of a child who needs to remain in hospital care after birth; he may also reduce his working day by up to two hours, with a proportional cut in pay (Article 37.5 SWR);

6) A person with legal guardianship of a child aged under twelve years or a disabled person not in paid work is entitled to a reduction in daily working hours, with a proportional reduction in pay, between a minimum of one eighth and a maximum of half the duration of those hours; this entitlement also applies to those responsible for the direct care of a relative or in-law up to the second degree who, for reasons of age, accident or illness, cannot care for himself and is not in paid work (Article 37.6 SWR);

7) A father or mother, an adoptive parent, a carer with a view to adoption or permanent foster parent is entitled to a reduction in working hours, with a proportional reduction in pay, of at least half the duration of those hours, in order to provide care, during hospitalisation and ongoing treatment of a child aged under

One of the changes introduced by Law 90/2019, of 4 September, was the addition of Article 46-A, conferring the right to time off work on three occasions for medical appointments in relation to each treatment cycle in medically assisted reproduction.

Time off is also allowed for breastfeeding (mother) and feeding (mother or father, as decided jointly, up to the child's first birthday), as established in Article 47 LC.

eighteen in his or her care who has cancer or other serious illness that entails long-term hospitalisation and requires direct, continuous and permanent care.

These situations allow workers to remain in their jobs and also, in several situations, to keep the same level of pay, either because their remuneration continues to be paid (for example, *permisos*, Article 37.3 SWR), or else through welfare benefits (e.g. maternity benefit). For an analysis of welfare protection, see Articles 133 et seq. of the General Social Security Law (approved by Royal Legislative Decree 1/1994, of 20 June) and Royal Decree 1251/2001, of 16 November.

⁴⁸ In France, the following main rules apply:

1) Workers are allowed time off to get married (or enter a civil partnership), under Article L3142-1 of the *Code du Travail*;

2) Time off is also allowed for the birth of a child or the arrival of an adopted child or a prospective adoptee, although these days are not added to those permitted under maternity leave;

3) Pregnant workers are entitled to time off to undergo mandatory medical examinations, as well as for medically assisted reproduction procedures (Article L1225-16 of *Code du Travail*); the spouse is entitled to time off on three occasions to accompany her at the doctor's appointments or medical procedures; no pay is docked in respect of these absences, which are counted as time effectively worked;

4) For one year after birth, mothers are entitled to an hour a day for feeding (Article L1225-30 of the *Code du Travail*);

5) In the event of a child aged six years or under suffering an illness or accident, the worker is entitled to a maximum of three days' leave per year, which may be increased to five days in the case of a child aged one year or under, or if the worker is responsible for three or more children under six years of age (Article L1225-61 of the *Code du Travail*);

6) In the event of a child suffering a particularly serious illness, disability or accident, the worker is entitled to leave of up to 310 working days, or may instead opt to work part time or to take that leave divided into separate periods (Article L1225-62 of the *Code du Travail*).

With regard to absences⁴⁹, we may note the following:

- 1) Care for minors, up to a limit of thirty days a year, when such care is urgent and indispensable, in the event of illness or accident, or for stepchildren, aged under twelve years (Article 49 LC);
- 2) Care for grandchildren, up to thirty consecutive days, following birth, when born to adolescent children aged less than sixteen and living in the same household (Article 50 LC);
- 3) Care for a person with a disability or chronic illness, if the child, or child of a spouse living with that child, has a disability or chronic illness (Article 49 LC);
- 4) Marriage, during fifteen consecutive days (Article 249.2 a) LC);
- 5) Absences upon the death of a spouse, relatives or in-laws (Articles 249.2 b) and 251 LC);
- 6) Absences resulting from the need to provide urgent and indispensable care to members of the household (Articles 249.2 e) and 252 LC);

The leave, absences and time off referred to above do not, as a rule, entail forfeit of any rights (such as length of service), except as regards pay, and are regarded as time effectively served (Article 65.1). Appointments for medically assisted reproduction or ante-natal check-ups, breastfeeding and feeding do not entail the forfeit

⁴⁹ There are two laws that confer protection for absences (holidays and public holidays) of persons living as life partners (*economia comum*) and those living as unmarried partners (*união de facto*), on the same terms as for married couples. These are Law 6/2001, of 11 May (Article 4.1 b)) and Law 7/2001, of 11 May (Article 3 c)).

of any rights and are regarded as time effectively worked (Article 65.2)⁵⁰, meaning that no pay is lost as a result.

2.2. Part-time work and flexible working hours

It should also be noted that the mother or father (also applicable in cases of guardianship, judicial or administrative custodianship (*confiança*) and adoption) are entitled to special working conditions, in particular a reduction in normal working hours (five hours a week to care for a child aged one year or under), if the minor is disabled or chronically ill (Article 54 LC).

In addition, since 2009, a worker with a child aged less than 12 years or, irrespective of age, who has a disability or chronic illness, living with him or her in the same household, has been entitled to work part time or on a flexitime basis⁵¹ (Articles 55 and 56 LC). Part-time work and flexitime are both instruments that help conciliate professional and family life, and the law allows either of the parents, or both (in successive periods), the possibility of working on one or other basis for up to two years (general rules), up to three years if

⁵⁰ Regarding social protection in these situations, see Decree-Law 154/88, of 29 April, amended by Decree-Law 333/95, of 23 December, Decree-Law 347/98, of 9 November, Decree-Law 77/2000, of 9 May, and Decree-Law 77/2005, of 13 April.

⁵¹ This is the only reference in the Portuguese Labour Code to flexible working hours, arrangements defined in Article 56.3 as follows: a) they must contain one or two periods of compulsory presence at work, with a duration equal to half the normal working day, b) they must set periods for the start and end of the normal working day, each with a duration of no less than one third of the normal daily working hours, which duration may be reduced as needed in order for working hours to fit within the opening hours of the establishment, and c) they must establish a rest break of no more than two hours.

they have three or more children, or four years in the case of a disabled or chronically ill child (Article 55.4 LC).

When the legal requirements are met, the employer may only refuse a request on the grounds of the overriding demands of the functioning of the enterprise, or of it being impossible to substitute the worker, if he or she is indispensable (Article 57.2 LC). In this case, the employer is required to submit the respective file to CITE (Article 57.5), which will issue its recommendation within 30 days. If no recommendation is issued, it is understood that CITE accepts the employer's refusal (Article 57.6); if instead the recommendation goes against the employer, it may only refuse the worker's request if it secures a judicial ruling in its favour (Article 57.7). This means that a decision on what constitutes "overriding demands of the functioning of the enterprise" rests with CITE or, in the final instance, with the courts, insofar as CITE must be involved if the employer seeks to turn down the request, and the courts must be asked to rule whenever CITE deems that the worker's request should be accepted.

Part-time work⁵² - which is subject to written agreement, as well as other formalities (Article 153.1) - consists of setting normal working hours that are shorter than those applying for full-time work

⁵² Framework Agreement on part-time work, concluded on 6 June 1997, between inter-branch organisations of general scope (UNICE - Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe, CEEP - European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services, and ETUC - European Trade Union Confederation), application of which was determined by Council Directive 97/81/EC, of 15 December.

in a comparable situation (Article 150.1)⁵³. Employees working part time may work all or only some days of the week, the month or year (Article 150.3), and the worker may not suffer discrimination as regards his or her working conditions (Article 154.2).

The code specifies that (in the case of a worker with a child aged under twelve years or, irrespective of age, with a disability or chronic illness), unless otherwise agreed, the normal working hours will correspond to half those worked on a full-time basis in a comparable situation, and will be worked daily, in the morning or afternoon, or three days a week, as requested, in writing, by the worker (Article 55.3).

The fact of leaving more time free - insofar as the hours worked are shorter than on a normal basis - helps, as we have seen, to conciliate family life with work, something that the authors of the code clearly had in mind when they established that collective employment agreements (Article 2) must establish preferences, among others, in favour of workers with family responsibilities in access to part-time working (Article 152.1)⁵⁴.

⁵³ Concerning part-time work, LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, op. cit., pp. 111 et seq.; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*. II, op. cit., pp. 649 et seq.; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 229 et seq.; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, op. cit., pp. 676 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 505 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 565 et seq.; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais*, cit., pp. 207 et seq.; LOBO XAVIER, with contributions from FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO and JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 544 et seq..

⁵⁴ Breach of this provision constitutes a serious administrative offence (Article 660).

Flexible working hours are defined in the code as arrangements whereby the employee may choose, within certain limits, the starting and ending times of his or her working hours (Article 56.2 LC). It should be noted that workers may work for up to six hours consecutively and up to ten hours a day, and must complete the normal weekly working hours, on average, in each four-week period (Article 56.4 LC).

It should not however be overlooked that, in contrast with other European Union states, part-time work is rare in Portugal⁵⁵⁻⁵⁶. In 2020, for instance, part-time workers accounted for only 9.8% of the workforce, and 11.7% of women in work⁵⁷.

⁵⁵ In Spain, specific regulations apply to part-time work. Spanish law establishes that a part-time employment contract exists when it has been agreed that the employee will work a lesser number of daily, weekly, monthly or annual hours than a full-time employee (Articles 12.1 and 34.1 SWR).

Part-time employment contracts must be concluded in writing (Article 12.4 a) SWR) and may be temporary (fixed term) or permanent (Article 12.2 SWR). As a rule, part-time workers may not work overtime (Article 12.4 c) SWR).

Other important rules are that part-time workers enjoy the same rights as full-time staff (Article 12.4 d) SWR) and that collective agreements for sectors or with a more limited scope may establish measures to facilitate effective access by part-time workers to ongoing vocational training, whenever family or educational reasons are involved (Article 12.4 f) SWR). On this matter, LUJÁN ALCARAZ, “Las Medidas de Impulso a la Contratación Indefinida”, AAVV, *La Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de Junio*, ed. Sempere Navarro, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 65 et seq..

⁵⁶ In France, after taking maternity or adoption leave, a worker with at least one year's length of service at the date of birth or adoption (or custodianship with a view to adoption) is entitled to parental leave for education, during which the employment contract is suspended, or to a reduction of working hours, to a minimum of six hours a day, for the period of one year. This leave can be extended twice, and half the duration of the applicable period is counted for the purposes of the worker's length-of-service rights (Articles L1225-47 and L1225-54 of the *Code du Travail*).

⁵⁷ Data available at www.pordata.pt.

In addition, the reason most frequently given in Portugal for seeking part-time work is the fact that the worker has failed to find full-time work, whilst in the EU it is “caring for children and other dependants”⁵⁸.

2.3. Forms of work

Labour legislation enshrines an adaptable approach to working hours, in other words, normal working hours are fixed as averages, setting absolute daily and weekly limits (Articles 204 et seq.)⁵⁹; provision is also made for time banks and compressed working hours (Article 208 to 209 LC)⁶⁰; an exception is established for pregnant workers or workers who have recently given birth or are breastfeeding, who are entitled to be excused from working on this basis (Article 58.1), and this may be extended for situations where either of the parents are feeding the child, if the adaptability, hours bank or compressed working hours systems affects them (Article 58.2).

⁵⁸ ANTÓNIO DORNELAS *et al.*, *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, op. cit., pp. 48-49.

⁵⁹ Directive 2003/88/EC, of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003.

⁶⁰ Concerning adaptability, cf. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, op. cit., pp. 247 et seq.; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 509 et seq.; JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, op. cit., pp. 667 et seq.; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho. II*, op. cit., pp. 528-529; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 554 et seq; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, op. cit., pp. 410 et seq..

Overtime work is any work outside working hours (Article 226.1) and is compulsory (Article 227.3)⁶¹. This obligation does not apply to pregnant workers, those with children aged under twelve months or women workers for as long as they are breastfeeding (Article 59.2).

In the absence of a collective labour agreement, the Labour Code considers night work to be that taking place between ten p.m. on one day and seven a.m. on the next (Article 223.2)⁶².

Mindful of the need to conciliate work and family life, the legislator has established specific rules, under which women workers are excused from working between eight p.m. and seven a.m. in the following situations:

a) During a period of one hundred and twelve days before and after childbirth, of which at least half must be before the presumable date of childbirth;

⁶¹ Concerning overtime work, cf. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, op. cit., pp. 256 et seq.; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*. II, op. cit., pp. 555 et seq.; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 523 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 317 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 569 et seq.; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, op. cit., pp. 449 et seq.; LOBO XAVIER, with contributions from FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO and JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 537 et seq..

⁶² Concerning night work, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*. II, op. cit., pp. 548 et seq.; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 531 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 313 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 568-569; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, op. cit., pp. 445 et seq.; LOBO XAVIER, with contributions from FURTADO MARTINS, A. NUNES DE CARVALHO and JOANA VASCONCELOS, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 535 et seq..

b) During the rest of her pregnancy, if she presents a doctor's certificate declaring this to be necessary for the health of the worker or her unborn child;

b) For as long as she is breastfeeding, if she presents a doctor's certificate declaring this to be necessary for the health of the worker or her child.

Of course, workers are not released from their obligation to work, but must, whenever possible, be given compatible daytime working hours (Article 60.3); if this is not possible, the worker is excused from working (Article 60.3). The worker may be excused not only on her own initiative, but also on that of the occupational health physician, when he considers that night work poses a risk to the pregnant worker or worker who has recently given birth or is breastfeeding (Article 60.6)⁶³. This assessment may be made under Article 62 of the Labour Code.

We may also observe that the legislator has provided special protection as regards the scheduling of holiday leave. Unless seriously prejudicial to the employer, persons who live together as unmarried partners or life partners and work in the same company or establishment must be able to take their holidays at the same time (Article 241.7).

⁶³ Provisions concerning the intervention of an occupational health physician are contained in Articles 103 et seq. of Law 102/2009, of 10 September, as most recently revised by Law 79/2019, of 2 September.

2.4. Home working

Home working is another instrument that can be used to help conciliate work with family life⁶⁴. When people can live and work in the same place, they avoid the inconvenience of travel and the impact on their free time is consequently diluted. In addition, the workers have more freedom in organising the time given over to their work, which can also allow them to devote more care and time to their family life.

It is important to bear in mind that home working may consist of employment in the proper sense (where there will be an employment contract) or else of self-employed work, which may or may not entail economic dependence. If it does, we will then have a contract deemed equivalent to an employment contract (constructive employment) (Article 10)⁶⁵.

Home working - without an employment contract, but in a situation of economic dependence - is specifically regulated in labour law. Elaborating on the provisions of Article 10 of the Labour Code, we may observe in Law 101/2009, of 8 September, a series of rules governing this form of work⁶⁶.

⁶⁴ On the subject of home working, cf. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 176 et seq.; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 554 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 367 et seq..

⁶⁵ On this concept and the respective rules, see ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit. pp. 367 et seq., pointing out, on p. 371, after distinguishing between situations in which legal subordination exists and others where it does not, that “in any teleworking scenario, legal subordination, even when it exists, is necessarily attenuated”. Cf. also MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, op. cit., pp. 665 et seq..

⁶⁶ In Italian law, cfr. PALLINI MASSIMO, *Il Lavoro Economicamente Dipendente*, Cedam, Padova, 2013, pp. 183 et seq..

The subject matter expressly regulated in Law 101/2009 relates to contracts concerning work performed, without legal subordination, in the home or establishment of the "worker", or more accurately, the service provider, and also contracts in which this party purchases the raw materials and supplies the finished product to the vendor at a given price, whenever, in either case, the worker should be deemed to be economically dependent on the beneficiary of the work (Article 1.1, of Law 101/2009).

The main features of the home working rules are these⁶⁷:

1) Safeguards for the worker's privacy, the beneficiary only being able to make visits, scheduled no less than twenty-four hours in

⁶⁷ Spanish law also provides regulations on home or remote working. The current wording of Article 13 of the SWR (amended by final provision 3.1 of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September) determines that workers - i.e. subject to legal subordination - may work remotely, referring to the provisions of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September. This legislation has been introduced in the midst of the COVID-19 pandemic, with the intention of regulating this form of work, making it the preferred form of work, so as to reduce the impact of measures restricting the working of the economy.

Article 2 draws a distinction between remote working and teleworking, the former being a way of organising work or carrying on labour activities in the home of the worker or a place of his choice, during all or part of his working day, on a regular basis. In contrast, teleworking is defined as work done remotely, but exclusively or predominantly using IT, telematic and telecommunications equipment and systems.

The legislation affirms the equality of and non-discrimination against workers working remotely or teleworking (Article 3 of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September).

Remote work is subject to written agreement between the parties (Articles 5 and 6 of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September). In addition, the law enshrines the right of persons working remotely, and especially teleworkers, to switch off, outside their working hours (Article 18 of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September). The provider of the work is entitled to pay at least equal to that of a worker of the equivalent occupational category in the economic sector in question (Article 4.2 of Royal Decree-law 28/2020, of 22 September). He is also entitled to the fringe benefits established for workers who only work on site.

advance, to check the work and compliance with rules on health and safety at work, between 9.00 a.m. and 7.00 p.m., accompanied by the worker or other person designated by the same (Article 4, paras. 2 and 3 of Law 101/2009);

2) Remuneration is to be set on the basis of the average time for execution of the goods or service and the pay established in a collective labour agreement applicable to the same work provided on an employment basis in the establishment or, failing that, the minimum monthly wage, as well as the worker's expenses entailed in carrying out the work, in particular those relating to electricity, water, communications and acquisition and maintenance of equipment (Article 7.1 of Law 101/2009);

3) The worker is entitled to an annual allowance of one twelfth of the sum of his remuneration earned in each calendar year (Article 8 of Law 101/2009);

4) The contract may end upon unilateral termination, expiry or termination for due cause (Article 10 of Law 101/2009);

5) The social security rules are the same as for employees (Article 15 of Law 101/2009).

2.5. Teleworking

Teleworking is now an established reality, thanks to the increasing use information and communication technologies, especially in European countries. It has accordingly been regulated

within some legal systems (such as in Italy) ⁶⁸⁻⁶⁹. This has become all the more evident since March 2020, as a result of the COVID-19 pandemic, which has meant that teleworking has been established as the rule, in both the public and private sectors, contributing decisively to widespread use of this form of work, and consequently to the development and application of the rules requiring it⁷⁰.

The advantages of teleworking have long been demonstrated; we may point in particular to the worker's enhanced ability to organise his time, and consequently his family life, the elimination of travel costs and avoidance of travel time to and from work, the reduction in office space, the positive environmental impact, etc.⁷¹.

⁶⁸ In Italian law, see PROIETTI MARCO, *Diritto del lavoro tra riforme e società digitale*, Giuffrè, 2020, pp. 73 et seq., and, in the same work, specifically concerning the changes resulting from the COVID-19 pandemic, pp. 324 et seq..

⁶⁹ In France, teleworking is defined in Article L1222-9 of the *Code du Travail*, in terms similar to those established in Portuguese law. However, in the absence of agreement, the employer is only obliged to agree to teleworking when the request is made by a disabled worker or one who qualifies as a carer, as established in special legislation.

⁷⁰ As a result of the growing recourse to teleworking the following draft laws are currently under discussion in the Portuguese Parliament (www.parlamento.pt): (i) Draft Law 765/XIV/2, establishing rules for teleworking; (ii) Draft Law 791/XIV/2, strengthening the rights of teleworkers; (iii) Draft Law 806/XIV/2, amending the Labour Code in order to establish fairer rules for teleworking; (iv) Draft Law 811/XIV/2, which regulates telework in the public and private sectors, creates rules on flexible working and strengthens the rights of remote workers, making amendments to the Labour Code, the General Law on Public Sector Work and Law 98/2009, of 4 September; (v) Draft Law 812/XIV/2, altering the employment law rules on teleworking (19th amendment to the Labour Code and 1st amendment to Law 98/2009, of 4 September, regulating compensation for accidents at work and occupational diseases).

⁷¹ Of course, teleworking also entails risks, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, op. cit., pp. 665 et seq.; ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 696-697; GUILHERME DRAY in ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY and GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., pp. 424 and 425.

It is therefore easy to understand that the Portuguese legislature should have regulated teleworking (Articles 165 et seq.). Portuguese law defines teleworking as the provision of labour subject to legal subordination, habitually off the employer's premises, using information and communication technologies (Article 165).

The employment contract must be written, and a number of formalities are required (Article 166.5).

The law sets an initial time limit of three years for the agreement between the employee and employer, in the case of an existing employee who moves to teleworking (Article 167.1). This agreement may be terminated by decision of either party during the first thirty days of implementation (Article 167.2).

Teleworkers of course enjoy the same rights and are subject to the same duties as other employees not teleworking, as regards training and professional advancement, and also working conditions (Article 169).

Attention is also drawn to the safeguards for the privacy of teleworkers and their families. Employers are required to respect rest periods, and also to provide teleworkers with good working conditions, both physically and in working ethos (Article 170.1).

When teleworking is done from home, the employer may only visit the place of work (to oversee working activities and the respective equipment) between 9.00 a.m. and 7.00 p.m., accompanied by the employee or a person designated by the same (Article 170.2).

Teleworkers are subject to the same daily and weekly upper limits as non-teleworkers (Article 203), and may also be exempted from working hours (Article 218).

Since the entry into force of Law 120/2015, of 1 September, workers with children aged three years or less are entitled to work on a teleworking basis, when this is compatible with their job and the employer has the resources and equipment needed (Article 166.3). However, provided teleworking is compatible with the person's job, the employer is not permitted to refuse, as expressly established in para. 4 of this article.

The rule in this Article 166.3 is something of a surprise, when compared with the possibility of working on a flexitime or part-time basis, as provided for in Articles 56 and 57. In effect, in these cases, the worker's request is conditional on the employer's authorisation, which it may only refuse on the grounds of the overriding demands of the functioning of the enterprise, albeit with the mandatory intervention of CITE as the arbiter of the validity of those grounds. In contrast, in the case of telework, the employer cannot stand in the way of the worker's request, provided teleworking is compatible with the specific duties performed and provided the company has the resources needed. The flexibility of the rules established in Article 166 - to be applauded - accordingly stands in contrast to the difficulties of a potentially long and bureaucratic process for a situation which, from the company's point of view, will not be so damaging, as it concerns merely a change to the rules on working hours or the duration of those hours.

Bibliography

AAVV, *Estatuto de los Trabajadores*, Edición Conmemorativa del 25 Aniversario con Texto Inicial Y Texto Vigente, Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

AAVV, *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, Políticas de Conciliação da Actividade Profissional e da Vida Familiar*, Nova Zelândia, Portugal and Suíça, volume 3, Direcção-Geral de Estudos, Estatísticas e Planeamento, Lisbon, 2004.

ALONSO OLEA and María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 26th edition, Editorial Civitas, 2009.

AMADO, Leal, *A Protecção do Salário*, offprint from volume XXXIX of the supplement to *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1993.

- *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 3rd edition, Almedina, Coimbra, 2019.

ARMANDO, Tursi, Varesi Pier Antonio, *Istituzioni di diritto del lavoro. Rapporti di lavoro e relazioni sindacali nel settore privato*, 8th edition, Wolters Kluwer, 2019.

BALLESTER PASTOR, *La Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Una Corrección de Errores con Diez Años de Retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BOUTON, Jacqueline, François Duquesne and Sabrina Mraouahi, *Cours de Droit du Travail*, Gualino, Lextenso, Paris, 2020-2021.

CARVALHO, Catarina Oliveira, *A Protecção da Maternidade e da Paternidade no Código do Trabalho*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2004, nos. 1-2-3, pp. 41 et seq.

CANOTILHO, Gomes and Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, 4th edition, Coimbra Editora, 2007.

CARINCI, Franco, Paolo Tosi, Tiziano Treu and Luca Tamajo, *Diritto del Lavoro*, 10th edition, Utet Giuridica, 2019.

COLLINS, Hugh, K. D. Ewing and Aileen Mccolgan, *Labour Law*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

CORDEIRO, Menezes, *Direito do Trabalho, II - Direito Individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

DORNELAS, António et al., *Livro Verde sobre as Relações Laborais*, Ministry of Labour and Social Solidarity, Lisbon, 2006.

DUQUESNE, François, *Droit du Travail 2020*, 15th edition, Gualino, Lextenso, Paris, 2020.

FERNANDES, Monteiro, *Direito do Trabalho*, 20th edition, Almedina, Coimbra, 2020.

GIAMPIERO, Proia, *Manuale di diritto del lavoro*, 3rd edition, Wolters Kluwer / Cedam, 2020.

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007.

GRANDGUILLLOT, Dominique, *Le Droit Social. Droit du Travail. Droit de la Protection Sociale*, 22th edition, Gualino, Lextenso, Paris, 2020-2021.

- *L'Essentiel du Droit du Travail*, 20th edition, Lextenso, Paris, 2020.

LEITÃO, Menezes, *Direito do Trabalho*, 6th edition, Almedina, Coimbra, 2019.

LEWIS, David / Malcolm Sargeant, *Employment Law. The Essentials*, 15th edition, Kogan Page Limited, London, 2020.

LUJÁN ALCARAZ, *Las Medidas de Impulso a la Contratación Indefinida*, AAVV, *La Reforma Laboral de 2006, Análisis del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de Junio*, ed. Sempere Navarro, Aranzadi, Navarra, 2006.

MARCO, Proietti, *Diritto del lavoro tra riforme e società digitale*, Giuffrè, 2020.

MARTINEZ, Romano, *Direito do Trabalho*, 9th edition, Almedina, Coimbra, 2019.

- *Igualdade de Tratamento no Direito Laboral - A Aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal, Direito e Justiça*, volume XI, part 2, 1997, pp. 83 et seq.

MARTINEZ, Romano, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Madeira de Brito, Guilherme Dray and Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 12th edition, Almedina, Coimbra, 2020.

MARTÍNEZ GIRÓN, Arufe Varela and Carril Vázquez, *Derecho del Trabajo*, 2nd edition, Netbiblo, 2006.

MASSIMO, Pallini, *Il Lavoro Economicamente Dipendente*, Cedam, Padova, 2013.

MASSIMO, Roccella / Treu Tiziano, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 7th edition, Wolters Kluwer / Cedam, 2016.

MIRANDA, Jorge and Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, part I (Articles 1 to 79)*, 2nd edition, Coimbra Editora, 2010.

MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 41st edition, Tecnos, Madrid, 2020.

ORONZO, Mazzotta, *Diritto del lavoro*, 7th edition, Giuffrè, 2019.

PÉREZ, Monereo, Molina Navarrete, Moreno Vida and Vila Tierno, *Manual de Derecho del Trabajo*, 18th edition, Comares, Granada, 2020.

PERISTA, Heloísa, *Os Usos do Tempo e o Valores do Trabalho, uma Questão de Género*, collection of studies, no. 15, Ministry of Labour and Solidarity, 1999.

PETIT, Franck, *L'Essentiel du Droit du Travail. Les Relations Individuelles*, 3rd edition, Lextenso, Paris, 2020.

PERISTA, Heloísa and Margarida Chagas Lopes, *A Licença de Paternidade - Um Direito novo para a Promoção da Igualdade*, collection of studies, no. 14, Ministry of Labour and Solidarity, Lisbon, 1999.

QC, John Bowers, *A Practical Approach to Employment Law*, 9th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2017.

RAMALHO, Palma, *Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 7th edition, 2019.

- *Direito Social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.

- *Direito do Trabalho, Parte IV - Contratos e Regimes Especiais*, Almedina, Coimbra, 2019.

- *Conciliação Equilibrada entre a Vida Profissional e Familiar - Uma Condição para a Igualdade entre Mulheres e Homens na União Europeia*, and *Protection de la Maternité et Articulation de la Vie Familiale et de la Vie Professionnelle par les Hommes et par les Femmes*, *Estudos de Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2003, respectively, pp. 269 et seq. and 279 et seq.

TRICOIT, Jean-Philippe, *Droit Social International et Européen*, Gualino, Lextenso, Paris, 2020.

XAVIER, Lobo, *Introdução ao Estudo da Retribuição no Direito do Trabalho Português*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year XXVIII (I of 2nd series), 1986, no. 1, pp. 65 et seq.

- *Reflexões sobre o Chamado Princípio da Irredutibilidade da Retribuição*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2020, nos. 1-4, pp. 7 et seq.

XAVIER, Lobo, with contributions from Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho and Joana Vasconcelos, *Manual de Direito do Trabalho*, 4th edition, Rei dos Livros, Lisbon, 2020, pp. 550 et seq.

XAVIER, Lobo and A. Nunes de Carvalho, *Reflexões sobre a Intervenção da CITE no âmbito da Cessação do Contrato de Trabalho*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year LIV (XXVII of series 2), 2013, no. 4, pp. 7 et seq.

- *Organização Flexível do Tempo de Trabalho (Competências da CITE)*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, year LV (XXVIII of series 2), 2014, nos. 1- 4, pp. 33 et seq.





CEM ANOS DEPOIS: JURISTAS E TRABALHO - II PARTE

Margarida Seixas*

Sumário - 1. Textos e temas; 2. Greve; 3. Contratação colectiva; 4. Acidentes de trabalho e doenças profissionais; 5. Seguros sociais; 6. Um novo Direito.

Resumo:

Este texto corresponde à segunda parte dos resultados da investigação sobre as obras jurídicas acerca do trabalho, escritas em Portugal nas duas primeiras décadas do século XX. Se na primeira parte¹ foi apresentado um enquadramento dos textos e um exame de diferentes aspectos gerais, a segunda parte visa a análise mais detalhada das obras dedicadas a temas específicos (em especial, a greve, os acidentes de trabalhos e os seguros sociais) e mesmo de obras mais abrangentes que também tratam estes temas e o da contratação colectiva, com respostas concretas e diferenciadas, contribuindo para a construção do novo Direito do Trabalho.

Abstract:

This text corresponds to the second part of the research's results on the juridical texts about work written in Portugal in the first two decades of the 20th century. If in the first part a framework of the texts and an examination of different general aspects was presented, this second part aims at a more detailed analysis of the writings dedicated to specific themes (in particular, strikes, accidents at work and social insurances) and even more wide-ranging works that also deal with these themes and collective bargaining, with concrete and differentiated responses, contributing to the construction of the new Labour Law.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ “Cem anos depois: juristas e trabalho - I parte”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano I, 2021, nº 1, pp. 1069-1109. Tal como na elaboração da I parte, também para a pesquisa nesta II parte foi imprescindível o auxílio dos funcionários e bolseiros da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a quem agradeço toda a simpatia e diligência, em especial à Bolseira Ana Letícia, por toda a ajuda prestada.

1. Textos e temas

Após o enquadramento e a análise mais ampla, na I parte, das obras dos juristas que escreveram sobre a regulação do trabalho nas duas primeiras décadas do século XX, serão tratados os aspectos mais específicos dessas mesmas obras: os temas da greve, da contratação colectiva, dos acidentes de trabalho e dos seguros sociais, quer nas obras expressamente dedicadas aos mesmos, quer quando inseridos em outras de âmbito mais geral.

É interessante constatar que na primeira década do século XX se verificou uma clara predominância de obras sobre a legislação operária ou o movimento operário e, em contraste, na segunda década a maioria tratava dos temas específicos que vão ser aqui analisados.

A importância destes temas naquela época torna-se muito evidente na leitura dos textos, que demonstram o conhecimento pelos seus Autores quer da realidade portuguesa e dos problemas que era necessário ponderar, quer da produção legislativa e doutrinária (em alguns casos, mesmo jurisprudencial) que ia crescendo em diferentes países da Europa e também noutros continentes.

A diversidade de Autores e textos - de novo, concentrei a análise nas obras dos juristas, em especial dos professores de Direito - não invalida que possam ser apontados traços comuns. Em primeiro lugar, podemos assinalar a abundância do tratamento histórico-jurídico²,

² Alguns exemplos: JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909, pp. 1-20 e 149-179; FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, pp. 3-28 e 77-86, QUEIROZ VAZ GUEDES, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, dissertação para concurso universitário, Imprensa Nacional, Lisboa, 1914, pp. 27-41; e do

ainda que muitas vezes afectado por preconceitos próprios da época. Em segundo lugar, é omnipresente a referência - por vezes com enorme extensão e novamente com descrição da evolução histórica³ - à legislação de outros países⁴, com clara preponderância da francesa, bem como a dados e estatísticas disponíveis nesses Estados⁵. A preocupação em apresentar este tipo de informação, em ligação estreita com a realidade, é atributo das correntes jurídicas da época, como referido na I parte.

O meu objectivo não é, nesta sede, a descrição dos regimes jurídicos então vigentes e nem mesmo do conteúdo total das obras e temas analisados, mas antes o de salientar nas mesmas os traços de

mesmo Autor, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, Imprensa Nacional, [Lisboa], 1914, pp. 23-119; também FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, dissertação de concurso a Prof. da Secção de Ciências Económicas da Faculdade de Direito de Lisboa, Imprensa Nacional, Lisboa, 1913, pp. 111-118.

³ Assim JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., pp. 23-145; FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., pp. 57-72.

⁴ Pode ver-se J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho I: da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efectivação pelo seguro*, Empresa Lusitana Editora, Lisboa, 1913, pp. 8-23, sobre a “legislação social”, pp. 31-33, sobre os seguros sociais, pp. 35-47, sobre as associações de socorros mútuos, seguros e previdência, e pp. 49-56, sobre o Direito Internacional. Outro exemplo paradigmático é, como referido na I parte, a obra de RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa*, França Amado - Editor, Coimbra, 1906; menciono aqui apenas o tratamento da legislação de vários países a respeito dos acidentes de trabalho, nas pp. 265-272, da greve, nas pp. 399-401, e da arbitragem, nas pp. 429-436.

⁵ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, cit., com a apresentação, no capítulo II, dos números de greves, grevistas e outros dados nos vários países europeus, referindo individualizadamente França (pp. 37-43), Inglaterra (pp. 43-48), Alemanha (pp. 49-53), Estados Unidos da América (pp. 53-54), Áustria (pp. 55-57), Itália (pp. 58-59), Bélgica (pp. 59-64), Holanda (pp. 64-65), Dinamarca, Suécia e Noruega (pp. 66-69), Suíça (pp. 69-70), Espanha (pp. 70-72), Rússia (pp. 72-73), Argentina (pp. 73-74), Canadá (pp. 74-75), México (p. 75), Uruguai (p. 75) e Chile (p. 76). No capítulo III, prosseguindo o mesmo método, recua ao final do século XVIII e avança pelo século XIX para referir as grandes greves nos diferentes países, mencionando no final do capítulo as greves gerais e as greves nos grandes serviços de utilidade pública, *idem*, pp. 77-92.

um novo Direito que se estava a formar e a consciência, nos seus Autores, desse rumo divergente.

Os temas autonomizados tentam corresponder a uma sistemática - ainda que tendencial e pouco estruturada - dos textos analisados: a greve e a contratação colectiva parecem-me os mais relevantes (ainda que os Autores também abordem outros aspectos do Direito colectivo), juntamente com os acidentes de trabalho e os seguros sociais, na medida em que exigem soluções conceptuais e técnicas mais difíceis de enquadrar no paradigma contratual oitocentista. Respeitando a organicidade das obras escolhidas, analisarei outros aspectos mencionados pelos Autores a propósito destas matérias, sempre que tal se revele pertinente face ao objectivo traçado para a minha investigação.

2. Greve

Quanto ao tema da greve⁶, analisarei duas obras específicas indicadas na I parte e posteriores ao Decreto de 1910: uma de Fernando Emygdio da Silva, *As Greves*, outra de Queiroz Vaz Guedes, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*. Embora muito

⁶ Para uma nota histórica até ao período em estudo, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1983, especificamente nas pp. 15-26; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, tese de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Civis), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2013, pp. 93-109, juntamente com a evolução do movimento associativo e sindical, e pp. 180-197, 208-215, 226-230, 236-238 e 241-243, para o contexto associativo português do século XIX, incluindo a actividade grevista e respectiva proibição/regulação; MARGARIDA SEIXAS, *História do Direito do Trabalho em Portugal*, vol. I - *Um Direito em construção*, AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 41-42, 63-64, 214-218, 231, 235, 242 e 277; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 849-857.

anterior ao período em estudo, não posso deixar de referir também, brevemente, a obra pioneira de Caetano d'Andrade Albuquerque, *Direitos dos operários: estudos sobre as grèves*, publicada em 1870, dissertação inaugural apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que pretendia responder às seguintes questões:

“- As reuniões pacíficas de operários, geralmente conhecidas pelo nome de *grèves*, deverão ser tidas como actos revolucionários ou como um justo exercício do direito de petição?

- Quaes os modos de as evitar e de conciliar o interesse dos empregados industriais com o aumento de exigências da parte dos operários?”⁷.

Encontramos a resposta logo no prólogo, pois o Autor afirmava não existir “motivo bom, nenhum principio de justiça” que impedisse o operário de “peticionar em nome dos seus interesses sobre os negocios restrictos do campo industrial”, sendo melhor para os patrões “harmonizarem-se com a classe operaria nos momentos difficeis e nas crises”⁸. Os conflitos entre operários e patrões deveriam ser resolvidos por “juntas sindicantes”, que alcançassem uma solução justa para ambas as partes⁹, sendo a liberdade e a garantia dos direitos de reunião e de petição bem mais convenientes

⁷ CAETANO D' ANDRADE ALBUQUERQUE, *Direitos dos operários (Estudos sobre as grèves)*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1870, página sem numeração. Nesta, como em todas as transcrições, mantenho integralmente a ortografia e acentuação, pontuação, destaque em itálico ou outras características dos textos originais.

⁸ *Idem*, p. XII. Ao direito de petição dedicou o Autor o capítulo II, pp. 31-65, com um amplo desenvolvimento histórico comparado.

⁹ *Idem*, p. XIII.

do que a greve, passível de se traduzir em prejuízos para “o bom andamento das indústrias” e para “o bom exercício da liberdade”¹⁰.

Ainda assim, acabava por admitir a greve, desde que pacífica e moderada, podendo resumir-se a sua posição nos seguintes termos: “Em quanto a nós, devem os operarios ter o direito plenissimo de reunião, de discussão e de petição; devem, se forem desattendidos, ter ainda o direito de suspender os trabalhos, como justo protesto contra a desconsideração que se lhes faz, em quanto se não providenciar para esses casos, creando um tribunal que os escute; devem, em fim, ser considerados na mesma plana dos seus patrões em quanto ao direito de livremente advogar os seus interesses.”¹¹.

Já no período aqui em estudo, o Decreto de 6 de Dezembro de 1910¹² revogou o artigo 277º do Código Penal de 1886¹³ e reconheceu o direito à greve e ao *lock-out*, consagrando, no artigo 1º, o direito de operários e de patrões se coligarem para fazer cessar o trabalho e também, no artigo 2º, a punição com pena de prisão correccional até seis meses e multa (se outra mais grave não se applicasse) para os

¹⁰ *Idem*, pp. XVI-XVII.

¹¹ *Idem*, p. 109. Na conclusão geral, de forma mais sucinta, afirmava, p. 232: “as reuniões pacificas de operarios, geralmente conhecidas pelo nome de grèves, não deverão ser tidas como actos revolucionarios, mas como um justo exercicio do direito de petição”.

¹² *Diário do Governo* nº 53, 7 de Dezembro de 1910, p. 685.

¹³ Artigo 277º: Será punida com a prisão de um a seis meses, e com a multa de 5\$000 a 200\$000: 1.º Toda a coligação entre aqueles que empregam quaisquer trabalhadores, que tiverem por fim produzir abusivamente a diminuição do salário, se fôr seguida do começo de execução. 2º Toda a coligação entre os indivíduos de uma profissão, ou de empregados de qualquer serviço, ou de quaisquer trabalhadores, que tiver por fim suspender, ou impedir, ou fazer subir o preço do trabalho, regulando as suas condições, ou de qualquer outro modo, se houver começo de execução. § único. Os que tiverem promovido a coligação ou dirigirem, e bem assim os que usarem de violência ou ameaça para assegurar a execução, serão punidos com a prisão de um a dois anos, e poderá determinar-se a sujeição à vigilância especial da polícia, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violência a merecerem.

que, por meios violentos, tentassem “formar, manter ou impedir” as coligações operárias ou patronais para organizar a greve ou o *lock-out*. Resulta do Decreto o reconhecimento dos direitos de greve e *lock-out*, mas, simultaneamente, a protecção dos que não quisessem aderir (artigos 2º, 3º e 9º).

Após a implantação da República, disparou o número de greves, abrangendo já a actividade agrícola: “Entre Outubro e Dezembro de 1910 registaram-se 61 greves na indústria e as primeiras greves de trabalhadores rurais (Moura e Arronches). No ano seguinte, 80 greves na indústria e 48 na agricultura. As principais reivindicações eram, obviamente, os salários, mas também o horário e as condições de trabalho, e, no caso dos trabalhadores agrícolas, a contratação de jovens e de trabalhadores de fora da região”¹⁴.

Apesar da sua legalização, a greve ficava sujeita a requisitos nem sempre cumpridos pelos trabalhadores, pelo que se sucederam os conflitos e o descontentamento que apelidou o diploma de “decreto-burla”.

O estudo de Fernando Emygdio da Silva é verdadeiramente exaustivo. Começando pela análise histórica, dividida em três períodos - “antiguidade, idade média e idade moderna”, mas sem o propósito de “separar rigidamente em períodos absolutamente diferenciados o que por sua natureza é evolutivo e portanto contínuo”¹⁵ - é colocada uma dúvida ainda hoje pertinente:

¹⁴ CONCEIÇÃO ANDRADE MARTINS, “Trabalho e condições de vida em Portugal (1850-1913)”, *Análise Social*, vol. XXXII (142), 1997 (3.º), p. 516.

¹⁵ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, cit., 1913, p. 7. E acrescentava, *idem*, pp. 7-8: “Seria isso uma verdadeira mutilação da história, que nem sofre schematicas amputações nem se compadece com transformismos de mágica” (pp. 7-8).

“Quando começaram as greves? Pode dizer-se que houve greve na antiguidade? Ou, pelo contrario, as greves são contemporâneas da actual feição industrial, apparecendo apenas quando desapareciam os últimos vestígios da servidão corporativa, servidão *sui generis*, mas servidão afinal?”¹⁶.

A resposta de Emygdio da Silva não envergonharia a preocupação metodológica da historiografia actual: “Há exemplos de greve na antiguidade, mas não é só a frequencia dos conflictos, é a sua própria estrutura bem diversa nos nossos dias que nos não permite equiparar situações inteiramente differentes.”¹⁷.

Guiado por esta orientação, o Autor avança numa análise histórica cautelosa e posteriormente num exame bem documentado do movimento grevista no final do século XIX e início do século XX, como referido *supra*.

Ao distinguir entre greves ofensivas (para reforçar uma exigência dos operários, em regra “*augmento de salario e diminuição de horas de trabalho*”¹⁸) e greves defensivas (em resposta ou defesa a “qualquer medida do patrão”, pela qual “se julguem lesados os operários”¹⁹), afirmava: “[...] as greves teem de ser consideradas, em primeiro lugar, *como desenvolvendo-se em torno do contracto de trabalho e como uma arma operaria dirigida contra o patrão.*”²⁰.

¹⁶ *Idem*, p. 4.

¹⁷ *Idem*, p. 5-6. A mesma orientação estava já expressa na sua obra anterior, *O operariado português na questão social*, pref. Eduardo Villaça, Typographia Universal, Lisboa, 1905, pp. 207-208, e de forma mais sucinta na sua obra do mesmo ano, FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., pp. 14-15.

¹⁸ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, cit., p. 99.

¹⁹ *Idem*, p. 100.

²⁰ *Idem*, p. 99.

Esta ligação ao contrato de trabalho - assinalo a utilização desta terminologia em substituição da prevista no Código Civil, “contrato de prestação de serviços” - já não existiria nas greves dirigidas “*contra terceiros-simples particulares e contra os poderes publicos*”²¹; a primeira seria, por exemplo, a de operários de uma indústria ou estabelecimento para apoiar as reclamações de operários de outra indústria ou estabelecimento; a segunda seria geralmente a greve política, sendo o seu tipo extremo a greve geral.

O Autor também mencionava a “greve patronal, conhecida universalmente pela designação inglesa de *lock-out*, ou seja a expulsão colectiva dos operarios pelo encerramento da fabrica ou fabricas”²², resultado de acção individual de um só patrão ou de acção concertada de vários.

Escolhendo tratar primeiramente o sentido mais restricto, como arma de luta dos operários, começava o capítulo V - *Balanço e táctica das greves* - pela enumeração dos inconvenientes da greve destinada a melhorar as condições do contrato, analisando e rebatendo cada um deles: a) violação da liberdade convencional e do trabalho, b) ruína dos empresários, c) inutilidade e mesmo ruína dos operários (e aqui o Autor rebatia o inconveniente, mas avisava a necessidade de ponderação e tacto pois a greve era uma “verdadeira arma de dois gumes”²³), d) ruína da indústria nacional, e) perturbação da ordem pública, f) perda de força moral, porque a

²¹ *Idem*, p. 100.

²² *Idem*, p. 102.

²³ *Idem*, p. 108. Voltava, na p. 115, ao problema do custo das greves, insistindo na táctica certa no seu uso pelos operários.

greve vinha “agravar o antagonismo latente entre patrões e operários”²⁴.

E concluía que “as greves são para o operariado uma arma a um tempo útil, necessaria e perigosa”²⁵. Útil porque delas resultavam vantagens para os trabalhadores, necessaria porque eram o “unico meio efficaz, como resistencia extrema, das reivindicações operarias”, perigosa, pois se fosse utilizada sem “extrema ponderação e intelligencia”²⁶ poderia trazer consequências nefastas para os operários. Após a análise de vários estratagemas²⁷, referia as greves económicas e políticas, especialmente a greve geral, quer reformista, quer revolucionária ou “expropriadora” (“*greve geral propriamente dita*”²⁸).

Entre os vários aspectos abordados, também destaco a defesa do “tratamento preventivo das greves”, através da acção triplíce do Estado, patrões e operários, cabendo ao primeiro assegurar duas

²⁴ *Idem*, p. 114.

²⁵ *Idem*, p. 116.

²⁶ *Idem*, p.117.

²⁷ Depois desta apreciação, o Autor dedica-se à exposição das regras tácticas da greve, que me parecem menos relevantes nesta sede. Relacionado com este aspecto está um outro, mais pertinente, o dos expedientes utilizados na luta operária: a) *boycottage* de mercadorias ou serviços ou pessoas; b) *sabotage* ou *ca’canny*, com origem na Irlanda e que na definição do autor parece corresponder a uma greve de zelo, em que operários produziram menos do que eram capazes, conhecida em Portugal como “fazer cera” (*idem*, p. 128), ou mesmo à inutilização da maquinaria - estando esta última prática mais próxima do significado comum actual; c) picketing, ou seja, piquete de greve; d) *label* (*Union label*), isto é, a etiqueta colocada nas mercadorias produzidas em fábricas que cumprem as exigências sindicais (comum nos EUA), podendo conduzir ao boicote dos produtos que não tenham essa etiqueta.

²⁸ *Idem*, p.134. É esta última objecto de desenvolvimento (pp. 134-145), historiando as décadas precedentes, referindo o seu apoio pelo “socialismo e syndicalismo revolucionario, fundido, por assim dizer com o communismo anarchista” (p. 136) mas a condenação pelo socialismo parlamentar e por partidos operários de vários países (pp. 137-139).

missões: a de polícia²⁹ e a de tutela³⁰. Quanto ao número de horas de trabalho e à fixação do mínimo de salário, afirmava serem “duas questões que por enquanto se nos afiguram insolúveis e que, bem a pesar nosso, não integramos no programma das medidas coercivas do Estado”³¹.

O Autor apresentava ainda uma lista individualizada das greves (com maior ou menor desenvolvimento para cada uma, conforme a informação de que dispunha) ocorridas em Portugal no século XIX³² e no início do século XX, quer no período anterior à implantação da República³³, quer no posterior à mesma³⁴.

Queiroz Vaz Guedes também tratava o tema e criticava, como foi já assinalado na I parte, a Lei de 6 de Dezembro de 1910³⁵. Para o Autor, a forma mais adequada para assegurar a liberdade seria o recurso a contratos colectivos de trabalho³⁶, capazes de evitar os conflitos laborais, pelo que a regulação legal dos mesmos acabaria por tornar desnecessário o recurso à greve³⁷.

²⁹ *Idem*, p. 214-216. Nesta cabia: 1. a garantia da liberdade sindical, da liberdade de coalizão, da liberdade de greve; 2. a regulamentação geral do trabalho para garantir a segurança e higiene; 3. a organização de jurisdições especiais para solucionar os conflitos.

³⁰ *Idem*, p. 216. Nesta cabia: 1. o ensino; 2. a protecção do trabalhador contra “exorbitancia na exploração patronal” (trabalho de mulheres e crianças; trabalho nocturno; forma de pagamento do salário, descanso semanal, etc.) e a garantia de “uma situação mais desafogada” (seguros sociais, habitações operárias).

³¹ *Idem*, p. 217.

³² *Idem*, pp. 269-279.

³³ *Idem*, pp. 279-294.

³⁴ *Idem*, pp. 295-421.

³⁵ QUEIROZ VAZ GUEDES, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, cit., pp. 96-97.

³⁶ *Idem*, pp. 11-14.

³⁷ *Idem*, pp. 18-24.

Vaz Guedes admitia “origens normais e anormais das greves”³⁸: as primeiras, resultado da não regulamentação dos contratos colectivos, não adesão aos mesmos ou ruptura de negociações; as segundas resultado da tendência para o “recurso violento contra infracções, certas ou pretendidas, das cláusulas de contratos já realizados”³⁹ - contudo, ao longo da obra, acentuava por diversas vezes a natureza violenta da greve (mesmo que não fossem praticados actos concretos contra pessoas e bens)⁴⁰, não concordando nem com os autores que afirmavam ser a greve um direito incontestável, nem com os que negavam a legitimidade de qualquer greve⁴¹.

A garantia de uma real e efectiva liberdade faria desaparecer a justificação da greve, pois esta não era um direito e sim uma consequência compreensível da miséria e das condições de trabalho inadmissíveis⁴², que “leis oportunas”, “tribunais competentes pelas suas qualidades”⁴³, a resolução arbitral e a pressão da opinião pública⁴⁴ poderiam evitar.

Como não admitia o direito à greve nem fazia corresponder os actos dos grevistas à prática de um crime, colocava a greve num limbo difícil de justificar, em especial porque lhe atribuía a classificação de “realidade violenta”⁴⁵. Acabava por a classificar como um meio de “legítima defesa”⁴⁶, mas que não cabia nos

³⁸ *Idem*, p. 17.

³⁹ *Idem*, p. 18.

⁴⁰ *Idem*, v.g. pp. 27, 43-51, 62-67, 82 e 146.

⁴¹ *Idem*, pp. 51-58.

⁴² *Idem*, pp. 58-60 e 70-72.

⁴³ *Idem*, pp. 76-77.

⁴⁴ *Idem*, pp. 82-85.

⁴⁵ *Idem*, p. 64.

⁴⁶ *Idem*, p. 66.

parâmetros do artigo 46º do Código Penal - comparando-a com a guerra, insistia em negar-lhe a natureza de direito, afirmava que estava “fora de qualquer classificação jurídica, mas com realidade e existência efectivas”⁴⁷.

Perante estas afirmações, impõem-se as seguintes questões: Com que justificação se isenta de regulação uma realidade com óbvia relevância jurídica? Como deve reagir o Estado perante as greves? O Autor apenas afirmava que “as leis não eliminariam as greves por agora”, devendo “fazer por as evitar”, suprimindo os seus motivos e implementando a arbitragem; também escrevia que, “como forma de legítima defesa”, a greve deveria “alegar a impossibilidade de recurso aos tribunais”⁴⁸. Mais à frente, admitia a intervenção do Estado em certos casos, nomeadamente nos sectores essenciais, “impondo a aceitação do contrato colectivo nos termos fixados por arbitros imparciais”⁴⁹ ou até mesmo utilizando a expropriação, “recurso último e salvador”⁵⁰, esgotadas todas as negociações e permanecendo as partes (ou uma delas) irredutíveis.

Porém, se a greve era uma acto violento, se não cabia nos quadros da legítima defesa como prevista legalmente, não consegue divisar-se como poderia o Autor com coerência defender a sua não punição.

O tema da greve tinha sido analisado noutras obras um pouco anteriores. Em 1905, Fernando Emygdio da Silva já lhe dedicava o §.

⁴⁷ *Idem*, p. 70.

⁴⁸ *Idem*, p. 71.

⁴⁹ *Idem*, p. 87.

⁵⁰ *Idem*, p. 96.

¹⁵¹ do capítulo VI, citando o livro de Caetano de Albuquerque. Depois de fornecer dados sobre os números de vários países e de referir também as greves em Portugal, afirmava que a acção grevista entre nós não costumava ser “efficaz, sendo os grevistas quase sempre vencidos nas suas pretensões”⁵².

No mesmo ano, Ávila Lima referia o movimento grevista, em especial o português, mas considerava a greve um “meio de defeza extremo”. Embora fosse um “meio legitimo de defeza”, revelava-se “pouco efficaz”⁵³.

Luís da Cunha Gonçalves dedicara algumas páginas ao tema⁵⁴, repudiando o já citado artigo 277º do Código Penal (“artigo que, felizmente, ninguém procura cumprir”, incompatível “com a moderna orientação da *intervenção social do Estado*”) e afirmando que a “liberdade de fazer greves é um direito racional porque completa o principio da liberdade de trabalho”⁵⁵. Contudo, a greve era vista como “uma fase da evolução”, que viria a desaparecer ou a tornar-se pacífica com a transformação e o progresso, capazes de instituir “um regimen fundado sobre o acordo e a harmonia das partes contratantes”⁵⁶.

⁵¹ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *O operariado português na questão social*, cit., pp. 207-218.

⁵² *Idem*, p. 218.

⁵³ JOSÉ LOBO D’ÁVILA LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, dissertação para a cadeira de Ciência Económica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra apresentada no ano lectivo de 1903-1904, Guimarães e Companhia Editores /Imprensa da Universidade, Lisboa-Coimbra, 1910, p. 69.

⁵⁴ LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, Adolpho de Mendonça & C.^a, Lisboa, 1905, pp. 98-108.

⁵⁵ *Idem*, p. 99.

⁵⁶ *Idem*, p. 100.

O Autor apresentava uma lista das “grèves mais notáveis havidas em Portugal”⁵⁷ e referia já a expressão depois utilizada por Emygdio da Silva, a greve como “espada de dois gumes”, que atribuía a um operário na “ultima grève dos metalurgicos de Lisboa”⁵⁸. Procedia de seguida à análise das principais reivindicações que na sua opinião motivavam as greves: aumento de salários⁵⁹, diminuição do tempo de trabalho⁶⁰, limitação do trabalho de menores (utilizava o termo “aprendizes”) e de mulheres⁶¹ e deficiências na segurança e higiene⁶².

Ennes Ulrich tratara o tema com alguma extensão⁶³; muitos dos aspectos desenvolvidos por Emygdio da Silva (a referência ao *lock-out*, a diferença entre greve e coalizão e entre greve e associação, a classificação das greves, os inconvenientes, a refutação destes e a justificação da sua natureza legítima, a relevância da organização operária) estavam já presentes nesta obra, ainda que com muito menor desenvolvimento. Um ponto fundamental - uma vez que o Autor escrevia, como Cunha Gonçalves, antes da Lei de 1910 que a legalizou - era o reconhecimento da legitimidade da greve:

⁵⁷ *Idem*, pp. 100-103. Também referia mais à frente, pp. 106-107, um exemplo de *lock-out* das “empresas jornalísticas” de Lisboa, em Fevereiro do ano em que escrevia. Apesar da data não coincidir inteiramente, talvez este fosse o *lock-out* de Abril de 1904, cf. JOSÉ BARRETO, “Os tipógrafos e o despontar da contratação colectiva em Portugal (I)”, *Análise Social*, Vol. XVII (2.º), 1981 (n.º 66), pp. 286-288.

⁵⁸ LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, cit., p. 104.

⁵⁹ *Idem*, pp. 108-119.

⁶⁰ *Idem*, pp. 119-135.

⁶¹ *Idem*, pp. 135-141.

⁶² *Idem*, pp. 141-150.

⁶³ RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa*, cit., pp. 377-411.

“Com efeito, na gréve tudo é juridicamente licito. Lícito é o fim, pois que pode haver de mais legitimo do que um individuo procurar melhorar a sua própria condição? Será então ilícito o meio empregado? Mas este consiste apenas na suspensão do trabalho e todo o homem é livre de trabalhar ou de deixar de trabalhar, conforme entender.”.

Todavia, embora defendendo a “legitimidade do direito de greve”, também advogava que não se estabelecesse “o uso ilimitado desse direito”⁶⁴: como a lei não tinha a possibilidade de discriminar entre as úteis e as convenientes, teria de as permitir a todas, punindo apenas as violências praticadas.

O Autor era, em consequência, bastante crítico do já mencionado artigo 277º do Código Penal e afirmava que, mesmo se a punição fosse admissível, seria necessário reformular o artigo, acusando-o de diversos defeitos no plano técnico, com, entre outras, as expressões “verdadeira vergonha”, “verdadeira serie de dislates, de iniquidades e de confusões juridicas”⁶⁵, “barbara e cruel” e “desigual e injusta”⁶⁶ (quanto à pena estabelecida), “manifesto favoritismo do Codigo em favor dos patrões”⁶⁷, “espantosas incorrecções”⁶⁸.

Campos Lima, no ponto dedicado ao tema⁶⁹, referia aspectos muito concretos das greves portuguesas, em especial quanto à dos

⁶⁴ *Idem*, p. 393.

⁶⁵ *Idem*, p. 403.

⁶⁶ *Idem*, p. 405.

⁶⁷ *Idem*, p. 405.

⁶⁸ *Idem*, p. 408.

⁶⁹ JOÃO EVANGELISTA CAMPOS LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, dissertação para a cadeira de Ciência Económica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra apresentada no ano lectivo de 1903-1904, Guimarães e Companhia Editores /Imprensa da Universidade, Lisboa-Coimbra, 1910, pp. 87-96.

tipógrafos do ano anterior (1909)⁷⁰ e a outras mais recuadas, mas sem tratar o regime jurídico.

Em suma, os Autores que escreviam quer antes, quer após a Implantação da República e da Lei da Greve, reconheciam na sua maioria o direito à greve, ainda que com reservas quanto ao seu exercício de forma ilimitada ou excessiva. Outro traço interessante era a convicção de que a greve existia como meio transitório, que acabaria por diminuir ou mesmo desaparecer com a pacificação das relações entre patrões e operários, sobretudo através da contratação colectiva.

3. Contratação colectiva

O tema da greve estava, nas obras consultadas, relacionado com outros aspectos da dimensão colectiva do novo Direito em formação, como sejam os dos sujeitos colectivos (na época, associações de socorros, sindicatos e associações patronais), da resolução de conflitos e da contratação colectiva.

Estas matérias são relevantíssimas no âmbito da construção de um novo ramo do Direito; como observou Maria do Rosário Palma Ramalho, a actividade das associações de classe traduziu-se na negociação colectiva e nas greves, que “se revelaram sempre difíceis de subsumir aos quadros dogmáticos do direito privado: quanto à greve, porque envolve uma recusa da prestação de trabalho que põe em causa o princípio *pacta sunt servanda*; quanto à negociação

⁷⁰ Sobre as greves dos tipógrafos neste ano e nos anos próximos ver JOSÉ BARRETO, “Os tipógrafos e o despontar da contratação colectiva em Portugal (II)”, *Análise Social*, Vol. XVIII (1.º), 1982 (n.º 70), p. 188.

colectiva e às convenções colectivas, porque lhes subjaz o reconhecimento de interesses de classe, dificilmente consentâneos com os ideais do individualismo liberal, e porque a sua imposição aos vínculos de trabalho contraria, na aparência, o princípio da liberdade contratual, na vertente da liberdade de estipulação”⁷¹.

Não localizei nenhuma obra dedicada exclusivamente à contratação colectiva, embora várias das já referidas a abordassem com maior ou menor desenvolvimento, bem como a outros aspectos conexos. As obras analisadas são todas anteriores ao Decreto n.º 10415, de 27 de Dezembro de 1924⁷² que procedeu ao reconhecimento das uniões e federações de sindicatos e da validade das convenções colectivas.

Alguns Autores limitavam-se a uma exposição descritiva das associações existentes: Ávila Lima, na sua obra de 1905, no capítulo dedicado ao unionismo⁷³, apresentava listas de associações de socorros mútuos e referia *A Voz do Operário*⁷⁴, bem como os círculos católico-operários. No mesmo ano, Fernando Emygdio da Silva fazia

⁷¹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho. Relatório*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 41.

⁷² *Diário do Governo* n.º 287/1924, 27 de Dezembro, p. 1893. Considerando que as formalidades para a constituição destes organismos deveriam ser o mais simplificadas possível, pois as associações que as formavam tinham já existência prévia, isentava-as de aprovação governamental e sujeitava-as à mera apresentação de dois exemplares dos estatutos no Ministério do Trabalho, para efeitos de registo (artigo 2º). Devidamente registadas, as associações e uniões, mas também os próprios sindicatos e associações de classe podiam celebrar contratos colectivos de trabalho (artigo 3º). Sobre o Decreto, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, cit., pp. 244-247.

⁷³ JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, cit., pp. 33-86.

⁷⁴ Pode ver-se FERNANDO PITEIRA SANTOS, “A fundação de «A Voz do Operário» - do «abstencionismo político» à participação no «congresso possibilista» de 1889”, *Análise Social*, vol. XVII (67-68), 1981 (3.º-4.º), pp. 681-693, sobre a fundação do jornal em 1879, no âmbito da *Associação de Socorros Mútuos União Fraternal dos Operários dos Tabacos*.

uma descrição semelhante, ainda que com maior sentido crítico, tratando o movimento unionista português⁷⁵, distinguindo entre associações de classe e de socorros mútuos, destacando também em tom elogioso *A Voz do Operário* e autonomizando igualmente o *movimento catholico-social*.

Diferente era a obra de Luís da Cunha Gonçalves. Referia as associações de socorros mútuos⁷⁶, as cooperativas⁷⁷ e as associações de classe, “seus métodos de resistência e fins”⁷⁸, mas, quanto a estas últimas, salientava a sua relevância para a contratação colectiva, embora afirmasse que o contrato colectivo não entrara ainda “nos hábitos do nosso operariado”, principalmente devido à “pouca força das nossas associações de classe”⁷⁹. É claro nesta obra como noutras da época o elogio ao contrato colectivo, “debatido entre as uniões dos patrões e as uniões dos operarios por comissões mixtas permanentes”, um “verdadeiro tratado entre duas potencias, versando não só sobre os salarios, mas também sobre a duração minima do trabalho e as condições acessorias da sua prestação”⁸⁰. Tinha a vantagem de evitar as greves ou de as tornar pacíficas, de fixar uma regra comum, de servir como garantia às partes. Era também mais eficaz do que a arbitragem e do que a conciliação.

⁷⁵ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *O operariado português na questão social*, cit., pp. 86-137.

⁷⁶ LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, cit., pp. 55-74, também referia a evolução do associativismo no século XIX e início do século XX, com especial destaque para o *Centro Promotor dos Melhoramentos das Classes Laboriosas* e para *A Voz do Operário*, a “mais importante associação operária de todo o paiz” (pp. 68-69).

⁷⁷ *Idem*, pp. 74-86.

⁷⁸ *Idem*, pp. 86-98.

⁷⁹ *Idem*, p. 95.

⁸⁰ *Idem*, p. 97.

Apesar do elogio, não discutia os complexos problemas jurídicos inerentes à contratação colectiva, que já na época começavam a ser abordados⁸¹.

Por sua vez, Ennes Ulrich dedicava toda a Parte Quarta à *organização colectiva do trabalho*, tratando as *associações profissionais operarias* (capítulo I), as *colisões e greves* (II, referido *supra*), os *meios de resolver os conflictos collectivos entre patrões e operários* (III) e o *Contracto colectivo do trabalho* (IV). Como meios de resolução apontava a conciliação, a mediação e a arbitragem, classificando a primeira como a “forma mais perfeita”⁸², indicando as suas vantagens e valorizando a não intervenção de terceiros, com maior garantia da vontade livre das partes. Quanto à mediação, referia os bons resultados por vezes obtidos, mas alertava

⁸¹ Um pouco mais tarde, LEÓN DUGUIT, “Cinquième Conférence - Le contrat et la responsabilité”, in *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, em especial nas pp. 131-136, punha em causa a própria terminologia adoptada (“contratos colectivos”), resultado apenas de uma errada concepção, que teimava em designar “contrato” algo que não correspondia a essa natureza; assim, propunha o uso da expressão “convenção-lei”. Para a evolução histórica até à época destes textos, de forma muito desenvolvida, pode ver-se LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, cit., desde o Direito Romano (pp. 39-58) até ao século XX, passando pelo direito intermédio e da Idade Moderna (pp. 58-62), Revolução Industrial e Época Contemporânea (pp. 63-109; trata especificamente as origens e evolução da convenção colectiva (pp. 63-131), particularizando depois os sistemas de *common law* (pp. 132-146) e de Direito continental (pp. 146-170); desenvolve ainda com detalhe a evolução histórica em Portugal (pp. 171-243, até à época aqui em estudo), incluindo a da convenção colectiva (especificamente pp. 215-223, 230-235, 238-241 e 244-245). Também JOSÉ BARROS MOURA, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho: contributo para a teoria da Convenção Colectiva de Trabalho no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1984, que ao longo do texto e nas notas de rodapé vai introduzindo várias referências à evolução histórica, seja quanto à do Direito do Trabalho (pp. 21-49), seja quanto ao sistema de fontes (pp. 49-65), seja sobre a convenção colectiva (em especial, nas pp. 67-124). Também pode ver-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, cit., pp. 799-808; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 614-619.

⁸² RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa*, cit., p. 413.

para as dificuldades na escolha do mediador. Já em relação à arbitragem acentuava mais as desvantagens e a falta de dimensão preventiva e recusava a sua adopção obrigatória, “irrealizável na prática”⁸³, representando mesmo “a eliminação do direito de greve”⁸⁴; quanto à arbitragem facultativa, Ulrich considerava que cabia ao Estado a sua regulação, mas deixando “sempre às partes uma grande liberdade”⁸⁵.

Relativamente ao contrato colectivo, Ulrich afirmava que ele constituía “o fim da organização colectiva do trabalho”⁸⁶, que surgia “como um producto natural da organização industrial moderna”⁸⁷, e pressupunha a associação operária (regional ou nacional, no futuro previsivelmente internacional) e cada vez mais também a associação ou união patronal.

A necessidade do contrato colectivo impunha-se face às insuficiências do contrato individual para responder ao “antagonismo manifesto e patente”⁸⁸ entre patrões e operários; a desigualdade entre as partes era tão acentuada que o contrato chegava “quasi a perder o aspecto contractual”⁸⁹. O contrato colectivo tinha, assim, inúmeras vantagens: restabelecia “a igualdade entre os dois contractantes”⁹⁰, estabelecia a “justa” igualdade também “entre os proprios operarios” e ainda “entre os patrões”⁹¹, potenciava uma “influencia muito util na regulamentação legal do trabalho” e uma

⁸³ *Idem*, p. 421.

⁸⁴ *Idem*, p. 423.

⁸⁵ *Idem*, p. 427.

⁸⁶ *Idem*, p. 440.

⁸⁷ *Idem*, p. 442.

⁸⁸ *Idem*, p. 444.

⁸⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁹⁰ *Idem*, p. 447.

⁹¹ *Idem*, p. 448.

“acção sobre o salario muito efficaz e muito proveitosa ao operario”⁹², bem como sobre “todas as demais estipulações, que fazem objecto do contracto de trabalho”⁹³, garantia “ao patrão a fiel execução do contrato” e estabelecia “entre patrões e operarios uma união forte e esclarecida”⁹⁴ que evitava os conflitos. Face aos benefícios, não procediam as críticas formuladas por diferentes Autores - saliento aquelas dificuldades ainda hoje pertinentes quanto aos trabalhadores não filiados:

“Como o patrão não pode deixar de manter a uniformidade dentro da sua officina, adoptando identico regimen para todos os operários dum mesmo grupo, segue-se, que os não-associados hão-de ser equiparados aos associados. Deste modo, em ultima analyse, é a associação que impõe as condições de trabalho aos operarios, que não são membros, o que constitue indubitavelmente uma flagrante violação ao principio sagrado da liberdade de trabalho.”⁹⁵.

A esta objecção, respondia o Autor que as condições - certamente mais favoráveis - eram impostas aos operários isolados (que agiam “por capricho ou má-fé”⁹⁶) pelo patrão e não pela associação. Julgo que o problema não era enfrentado num plano técnico-jurídico provavelmente porque o Autor não encontrara uma resposta satisfatória nesse patamar.

Outra objecção ainda mais interessante é a seguinte: o “contracto colectivo de trabalho não satisfaz aos requisitos juridicos dos contratos”, uma vez que não se verifica a “possibilidade de exigir

⁹² *Idem*, p. 450.

⁹³ *Idem*, p. 451.

⁹⁴ *Idem*, p. 452.

⁹⁵ *Idem*, p. 455.

⁹⁶ *Idem*, p. 456.

e de obter judicialmente a sua execução”⁹⁷. Ligada a esta estava a dificuldade de aplicação aos trabalhadores admitidos no estabelecimento já após a celebração do contrato colectivo. Ennes Ulrich rebatia a objecção, por considerar possível a responsabilização do operário pela associação, que o podia expulsar e exigir-lhe individualmente uma indemnização, e a responsabilização da associação pelo patrão. Não negando as “dificuldades jurididicas”, contestava que fossem “insolúveis”, até porque deveria seguir-se “o aperfeiçoamento da regulamentação legal do trabalho”⁹⁸.

As dificuldades poderiam conduzir à utilização de outros instrumentos (sub-empregada operária colectiva, cooperação de mão-de-obra), mas no entender do Autor seriam sempre residuais.

Depois de alguma notícia sobre a situação noutros países, Ennes Ulrich considerava que, face à legislação portuguesa (em especial, o Decreto de 9 de Maio de 1891), as associações de classe (“pessoas moraes”) tinham “capacidade para realizar contractos collectivos de trabalho”, por se lhes reconhecer “individualidade juridica” e capacidade para prosseguir os seus interesses legítimos (os comuns aos seus membros). Inserindo-se o contrato colectivo nesses interesses, poderia a associação “praticar legitimamente contractos em nome destes e, por virtude deles, demandar e ser demandada”⁹⁹.

⁹⁷ *Idem*, p. 457.

⁹⁸ *Idem*, p. 459.

⁹⁹ *Idem*, p. 465.

Adolpho Lima, que defendia a “sociabilização da produção”, dedicava o capítulo VIII - o último - ao contrato colectivo¹⁰⁰. No capítulo anterior, incluía-o num conceito amplo de “regulamento de officina”: “Assim, pois, os regulamentos de oficina, posto que iguaes em si próprios, diferem contudo quanto á origem: podem sêr formulados quer pelo estado, na sua qualidade de órgão politico, quer pelo patrão e pelo estado considerado como industrial, quer pelo arbitro, quer em resultado de um acordo colectivo - e conforme se vae caminhando na escala, mais nos aproximamos de uma forma relativamente equitativa.”¹⁰¹.

A este propósito, e indicando que os três primeiros eram os “regulamentos propriamente ditos”¹⁰², no âmbito do contrato individual, tecia considerações muito interessantes sobre os actualmente designados regulamentos internos, em confronto com a opinião de Guilherme Moreira e Ennes Ulrich¹⁰³.

Já no último capítulo, após diversas considerações fundadas nas “leis sociológicas”¹⁰⁴ (condensando muito do já antes afirmado nos capítulos iniciais da obra¹⁰⁵), mencionava as obras de Auguste Comte, Herbert Spencer e Guillaume De Greef e afirmava que chegara o tempo do contrato colectivo. Uma vez que assumia uma atitude de desconfiança quanto à intervenção do Estado na regulação do

¹⁰⁰ ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho: esboço historico, crítica do actual contrato do trabalho, contrato colectivo do trabalho*, Antiga Casa Bertrand - José Bastos & Ca Editores, Lisboa, 1909, pp. 359-404.

¹⁰¹ *Idem*, p. 321.

¹⁰² *Idem*, p. 322.

¹⁰³ *Idem*, em especial nas pp. 349-355. Estou neste momento a elaborar um texto sobre os regulamentos internos, em que abordarei esta e outras obras.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 360.

¹⁰⁵ *Idem*, capítulos I a IV, pp. 17-129, em que estão tratados os aspectos históricos.

trabalho¹⁰⁶, acentuava as maiores vantagens do contrato colectivo, “conjunto de normas juridicas reguladoras das condições de trabalho, formulado de comum acordo entre operarios de uma fabrica ou profissão, organizados em associações ou sindicatos e os respectivos patrões, isolados ou igualmente organizados.”¹⁰⁷.

Face à legislação portuguesa, Adolpho Lima exprimia a mesma posição de Ulrich: as associações, reconhecidas pelo Decreto de 1891, podiam “obrigar-se, contrair obrigações, estipular direitos, numa palavra: contratar”¹⁰⁸, como resultava do artigo 34º do Código Civil, e assim celebrar contratos colectivos.

É interessante o ponto de vista deste Autor que, reconhecendo certas vantagens enunciadas na época e mesmo a “supremacia do contrato colectivo de trabalho sobre todas as outras formas de contrato de trabalho”¹⁰⁹, considerava excessivo o entusiasmo de alguns. Após enumerar e descrever as vantagens existentes (sensivelmente as mesmas referidas por Ennes Ulrich) e de apontar as críticas, rebatendo-as, surgia de novo o espírito crítico e bastante realista (conjugado com a sua utopia quanto à socialização futura da produção) do jurista e pedagogo Adolpho Lima, um dos aspectos mais positivos da sua obra. Afirmava que o contrato colectivo era “apenas

¹⁰⁶ *Idem*, por exemplo nas pp. 319-320, 325-328, 348.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 369. Nesta definição podemos incluir os actualmente designados: acordo de empresa, acordo colectivo e contrato colectivo, ou seja, aqueles que a lei portuguesa define como convenção colectiva (artigo 2º, nº 3 do Código de Trabalho). Não parece estar incluído o acordo colectivo atípico, celebrado entre operários não representados pelos sindicatos (no primeiro sentido referido por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Negociação Colectiva Atípica - Lição de agregação*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 56-58), uma vez que o autor escreve “entre operarios de uma fabrica ou profissão, organizados em associações ou sindicatos”.

¹⁰⁸ ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho*, cit., p. 394.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 382.

um meio” e não um fim, era “um processo, uma tactica, uma forma nova”, não “uma panacea” para pôr fim à injustiça social ou ao “antagonismo das classes”¹¹⁰. Ainda assim, não faltava o optimismo: poderia ter um papel na “emancipação economica, intelectual e politica”, preparando o caminho para solucionar a questão social e alcançando uma “maior igualdade” entre classes; o contrato colectivo, “forma natural simultaneamente espontanea e reflexa das relações juridicas entre salariantes e salariados”, não eliminaria as greves, mas ordenava-as, enquanto instrumento de “luta organizada”¹¹¹.

Este meio, que devia estar isento de qualquer intervenção pública, apenas poderia ser eficaz se alcançadas a coesão e consciência social dos operários, na sua “força associativa e solidaria”¹¹², traduzida na constituição de “sindicatos profissionaes, formando poderosas federações”¹¹³ capazes de mobilizar a greve em caso de incumprimento; eram três as condições apontadas para a sua existência e eficácia: i) “*Acção directa*” de operários ou suas associações e do patronato na celebração, sem intermediários”, ii) “*Organização operaria*” e iii) “*Greve*, a suprema e mais eficaz, senão a unica sanção do contrato do trabalho, quando orientada e organizada com hábil tatica”¹¹⁴.

Ávila Lima, desta vez na sua obra de 1909, após um amplo tratamento comparatístico, descrevia a evolução histórica

¹¹⁰ *Idem*, p. 398.

¹¹¹ *Idem*, p. 399.

¹¹² *Idem*, p. 401.

¹¹³ *Idem*, p. 402.

¹¹⁴ *Idem*, pp. 403-404.

portuguesa, anterior¹¹⁵ e posterior¹¹⁶ ao liberalismo, para depois enunciar a legislação mais recente sobre as associações de socorros mútuos, e dedicava vários capítulos à análise detalhada dos temas concernentes às mesmas (embora sem tratar a contratação colectiva): conceito, âmbito, natureza e classificação jurídica, formalidades constitutivas, estatutos sociais, sócios, funcionamento, vantagens e privilégios, capacidade jurídica e judicial, dissolução, liquidação, estatísticas¹¹⁷.

No ano seguinte, Campos Lima limitava-se a referir a evolução histórica, citando Costa Goodolphim¹¹⁸, e a acrescentar as habituais listas de associações operárias, fossem as de socorros mútuos, as cooperativas ou as associações de classe¹¹⁹.

Já Fernando Emygdio da Silva não se afastava muito da construção que encontramos em Ulrich. Tratava, no capítulo VI, da conciliação e da arbitragem, como meios para alcançar a “pacificação dos conflitos do trabalho”¹²⁰ e para evitar a greve. Indicando os três meios disponíveis (conciliação, mediação e arbitragem), apenas tratava com desenvolvimento o primeiro e o terceiro. O mais interessante é o aviso quanto à arbitragem, encarada como “inferior à conciliação”¹²¹: podendo parecer uma

¹¹⁵ JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., pp. 149-169.

¹¹⁶ *Idem*, pp. 171-179.

¹¹⁷ *Idem*, pp. 183-290.

¹¹⁸ COSTA GOODOLPHIM, *A associação. Historia e desenvolvimento das associações portuguesas*, Typographia Universal, Lisboa, 1876.

¹¹⁹ JOÃO EVANGELISTA CAMPOS LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, cit., pp. 73-86.

¹²⁰ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, cit., p.147.

¹²¹ *Idem*, p.154.

“panaceia universal”¹²², considerava o Autor que a mesma “não navega em exclusivo mar de rosas e encontra antes numerosos e traiçoeiros escolhos em que naufraga a meude”¹²³. Traduzindo a decisão de um terceiro, sem a função preventiva da conciliação, de difícil adopção por patrões e operários, sem sanção eficaz para as sentenças, seria ainda assim um instrumento útil, desde que não obrigatório (ao contrário da tentativa de conciliação), pois essa obrigatoriedade conduziria à “supressão”, ou pelo menos à “mutilação”, do direito à greve¹²⁴.

Referia quer as associações ou “syndicatos” de patrões¹²⁵, quer as de operários (“O sindicato é um factor do progresso operario, sem o qual não se pode passar”¹²⁶) e, a propósito do “tratamento preventivo das greves”, a “acção consciente e methodica” dos operários com a “grande missão” de “realizar o *contracto colectivo do trabalho*”¹²⁷. Um pouco mais à frente elogiava este contrato, “o qual representa, longe da desigualdade de situações creadas pelos contractos individuaes, o patrão tratando com o sindicato de

¹²² RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa, cit.*, p. 420, afirmara antes que a arbitragem não era “panaceia maravilhosa”.

¹²³ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves, cit.*, p.153.

¹²⁴ *Idem*, p.157. O autor juntava estatísticas e informações quanto a França, Inglaterra, Alemanha, EUA, Itália, Dinamarca, Canadá, Espanha, Nova Zelândia (*idem*, pp. 163-170) e procedia depois a uma análise dos órgãos (de conciliação ou arbitragem) para solução de conflitos, com a seguinte divisão: a) legislações com órgãos diferentes para os conflitos individuais e para os conflitos colectivos, como as francesa, belga, holandesa, de alguns cantões suíços, austríaca (*idem*, pp. 170-176); b) legislações com um órgão para os conflitos individuais adaptável aos conflitos colectivo, por exemplo na Alemanha e na Itália (*idem*, pp. 176-178); c) legislações com um órgão para os conflitos colectivos adaptável aos conflitos individuais, indicando as de Inglaterra, Estados Unidos, alguns outros cantões suíços, Canadá (*idem*, 178-186) d) legislações com arbitragem obrigatória, como as da Nova Zelândia, Austrália, Cantão de Genebra (*idem*, pp. 186-190).

¹²⁵ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves, cit.*, p. 195, p. 218.

¹²⁶ *Idem*, p. 219.

¹²⁷ *Idem*, p. 220.

potencia para potencia e o respeito assegurado desde logo aos legítimos interesses operários.”¹²⁸.

Um dos Autores que desenvolvia este tema da contratação colectiva era, como *supra* brevemente referido, Queiroz Vaz Guedes, na obra sobre a greve: a forma mais adequada de a evitar seria a celebração de contratos colectivos de trabalho¹²⁹. Era necessário que os mesmos fossem alvo de regulação legislativa¹³⁰, tal como defendido por Ulrich.

O contrato individual não garantia a liberdade do trabalhador e as condições (frequentemente leoninas) aceites por necessidade de sobreviver justificavam o posterior recurso à greve¹³¹. A liberdade contratual apenas podia ser efectivada nos contratos colectivos, “garantia das condições de vida progressiva do proletariado”¹³². Todos os conflitos poderiam então ser apreciados pelos tribunais competentes, com sanções para a parte em incumprimento, sujeitando-se “à correspondente responsabilidade civil, como aliás acontece com relação a quaisquer outros contratos”¹³³.

Os contratos colectivos eram “perfeitamente jurídicos” e poderiam ser “sujeitos à apreciação dos tribunais”¹³⁴, parecendo defender o Autor, ao contrário de outros já referidos, a arbitragem obrigatória como meio de solução dos conflitos laborais e com “sentença executória” quando existisse inteira liberdade na

¹²⁸ *Idem*, p. 229.

¹²⁹ QUEIROZ VAZ GUEDES, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, cit., pp. 11-14.

¹³⁰ *Idem*, pp. 18-24.

¹³¹ *Idem*, pp. 58-60.

¹³² *Idem*, p. 79.

¹³³ *Idem*, p. 80.

¹³⁴ *Idem*, p. 93.

celebração do contrato, ou seja, no caso de conflitos decorrentes de contratos colectivos, embora de forma pouco clara e algo contraditória¹³⁵.

No projecto de lei¹³⁶ que apresentava no final da obra, a solução adoptada era a de arbitragem obrigatória e vinculativa quando existisse contrato colectivo (artigos 1º e 2º), com multas para quem declarasse a greve ou o *lock-out* antes ou depois da resolução do tribunal (artigo 3º) e para a recusa de eleição ou nomeação de representantes para integrar os tribunais (artigo 4º); a greve e o *lock-out* seriam, contudo, permitidos após decisão final do tribunal sobre as divergências nas negociações preliminares de contrato colectivo - nesse caso o recurso à arbitragem seria obrigatório, mas a decisão não vinculativa (artigo 5º).

Na sua outra obra de 1914, Queiroz Vaz Guedes dedicava, como referido na I parte, o capítulo único da parte terceira (*A paz pelo direito civil*) aos contratos colectivos de trabalho e defendia a intervenção do Estado para repor a liberdade e a igualdade entre patrões e trabalhadores, o que poderia alcançar-se de dois modos: “regulamentar as reivindicações dos proletários, impondo obrigatoriamente a sua aceitação” ou “registar na lei civil um contrato, velho na essência, enquanto represente um simples acôrdo

¹³⁵ *Idem*, pp. 109-115, 123-126, 134-145, descrevendo as vantagens do sistema implantado na Dinamarca e no Canadá (embora criticando a legislação deste último país, pp. 145-147), decide-se, pp. 147-159, pela possibilidade de sanções fixadas pelo tribunal nos casos de celebração livre, mormente de contratos colectivos (opinião mais sintética e claramente exposta na p. 158). Noutros trechos da obra parece afastar esta possibilidade, v., por exemplo, p. 161.

¹³⁶ *Idem*, pp. 162-168.

entre partes agora tornadas capazes de outorgar, mas novo na forma, no objecto e nos efeitos”¹³⁷.

Se o primeiro modo era considerado pelo Autor como pouco dignificador, já o segundo - o contrato colectivo - traduziria “uma fórmula de liberdade, de vitalidade e de progresso”¹³⁸. Apesar das dificuldades inicialmente enfrentadas, florescia já “em todo o mundo: nos Estados-Unidos, na Austrália, na Dinamarca, na Suécia (mais de metade do total dos operários da indústria trabalha sob contrato colectivo), na Áustria, na Alemanha, na Inglaterra, na França”¹³⁹.

Quanto à natureza e ao objecto dos contratos, após algumas referências doutrinárias e legislativas, parecia aderir à ideia de que o contrato colectivo tinha como escopo determinar “as condições a que devem satisfazer os diversos contratos individuais”¹⁴⁰.

O Autor formulava ainda o problema da vinculação: seria necessário mandato expresso ou bastaria ao trabalhador estar inscrito no sindicato para ficar vinculado às obrigações assumidas? E deveria ser fixado um prazo para a expressão de desacordo e abandono do sindicato?

Vaz Guedes analisava as diferentes soluções dos projectos franceses, mas não dava uma resposta directa. Afirmava mais à frente ser necessário que a lei sancionasse e impusesse “talvez mesmo obrigatoriamente”¹⁴¹ as convenções colectivas. Para o efeito

¹³⁷ QUEIROZ VAZ GUEDES, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, Imprensa Nacional de Lisboa, Lisboa, 1914, p. 246.

¹³⁸ *Idem, ibidem*.

¹³⁹ *Idem*, p. 248.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 251.

¹⁴¹ *Idem*, p. 255.

propunha: i) que na regulamentação legal das mesmas se proibisse a contratação de operários não sindicalizados enquanto na mesma localidade existissem operários sindicalizados, ii) que o despedimento ilegal de um operário sindicalizado desse lugar a uma multa equivalente ao tempo em falta para o termo do contrato, que sustentaria o salário do operário enquanto estivesse desempregado, iii) que a lei impusesse ao sindicato a obrigação de expulsão por cinco anos do trabalhador que não cumprisse o contrato (excepto nos casos nele previstos) e a expulsão definitiva, com comunicação da mesma aos restantes sindicatos do país, em caso de reincidência, iv) que qualquer novo sindicalizado ficasse automaticamente abrangido pela convenção.

Garantida a paz pela adopção maciça da contratação colectiva, o Autor profetizava - diríamos hoje que com excessivo optimismo: “Assim, teríamos em breve a indústria dominada pelo contrato colectivo de trabalho, e, na frase ainda do mesmo [Eduard] Bernstein, o problema operário transformado; teríamos a ordem e o acôrdo inteligente nas relações económicas, em vez da coacção e da correspondente resistência violenta.

Teríamos, enfim, o proletário emancipado por mercê da lei civil, garantia suprema da paz, no caminho para as futuras transformações sociais.”¹⁴².

No texto de Marnoco e Souza, analisado na I parte, a contratação colectiva servia para marcar a natureza *sui generis* do contrato de trabalho. Afirmava o Autor: “Os contractos colectivos vieram revolucionar completamente esta matéria, em virtude da

¹⁴² *Idem*, p. 259.

consolidação das organizações sindicais a que a lei teve de dar a necessária sanção jurídica. A princípio, o *contracto colectivo* foi considerado pela jurisprudência como contrário à liberdade individual e até à ordem pública. Foi necessário que o legislador interviesse, reconhecendo a personalidade colectiva aos sindicatos operários, para que desaparecessem todas as dúvidas.”¹⁴³.

Em conclusão, o tratamento nos diferentes textos da época era muito desigual e reflectia a novidade do tema, com alguma superficialidade na análise das dificuldades técnico-jurídicas inerentes à contratação colectiva¹⁴⁴. Demonstrava, porém, o reconhecimento da sua relevância e a tentativa de alcançar soluções adequadas, repondo o equilíbrio ausente no contrato de prestação de serviços tal como configurado na construção civilista oitocentista.

Recorrendo ainda a uma transposição dos elementos contratuais e aos mecanismos da representação, eram, porém, já “reconhecidos alguns desvios deste *negócio* colectivo relativamente a outros contratos”, por exemplo “a extensão do regime da convenção colectiva a todos os trabalhadores da categoria coberta pelo instrumento colectivo”¹⁴⁵.

¹⁴³ JOSÉ MARNOCO E SOUZA, “Caracteres da legislação operária”, *cit.*, p. 106.

¹⁴⁴ Em contraste, veja-se, já na década de 1940, a abordagem com outro apuro técnico de RAUL VENTURA, “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.

¹⁴⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 804.

4. Acidentes de trabalho e doenças profissionais

Vejamos agora as obras que tratavam o tema dos acidentes ou desastres¹⁴⁶, começando desta vez pelas anteriores à Lei nº 83 de 24 de Julho de 1913¹⁴⁷, uma vez que nas posteriores a análise legislativa assumia maior centralidade do que em relação à matéria da greve.

No livro de Cunha Gonçalves existe referência, ainda que breve, aos acidentes de trabalho, a propósito da segurança e higiene nas fábricas. Afastando a teoria delictual (“o patrão só respondia pelos accidentes quando eles fossem devidos á sua culpa ou negligencia, cuja prova incumbia aos operarios victimados ou ás suas familias”¹⁴⁸) e a teoria contratual (que obrigava o empresário a tomar todas as precauções mas o eximia de responsabilidade se provasse a ausência da “sua culpa ou negligencia”¹⁴⁹), aderiria à doutrina do risco profissional, já então adoptada na legislação de diversos países:

“Por estas leis, o patrão é sempre obrigado a indemnizar o operario, victima do accidente; porque é ele quem tira o proveito da

¹⁴⁶ Sobre a evolução histórica, ver JÚLIO VIEIRA COMES, *O acidente de trabalho - O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 5-17 e, a propósito do conceito de acidente, pp. 19-43; quanto à evolução legislativa portuguesa até ao período aqui em estudo, pp. 47-52. Ver também DAVID TELES PEREIRA, “Breve síntese histórica da tutela dos accidentes de trabalho no ordenamento jurídico português: o seguro de accidentes de trabalho em especial (1913-2000)”, *Fórum - Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, Ano XVIII, n.º 34, Abril 2014, pp. 7-15; LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *A Greve e os Accidentes de Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1998, pp. 47-54; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Accidentes de trabalho*, Pedro Ferreira - Editor, Lisboa, 1996, pp. 9-12.

¹⁴⁷ *Diário do Governo* nº 171, 24 de Julho de 1913, pp. 2754-2755.

¹⁴⁸ LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, cit., pp. 143-144.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 144. O autor utiliza esta expressão, parecendo querer significar com ela “dolo ou negligência”.

indústria, e «quem come a carne deve roer os ossos»; ou melhor, é a *profissão* ou a própria indústria a responsável pelo risco.”¹⁵⁰.

Ou seja, a indemnização era sempre devida, variando de acordo com a “incapacidade absoluta e permanente, ou parcial e perpetua, ou temporária, ou a morte”¹⁵¹. O Autor justificava esta solução, rejeitando o argumento que via nela um prejuízo grave para os patrões, com a superioridade da vida e integridade física dos operários, face aos interesses pecuniários dos patrões, e com o remédio, para esses prejuízos, dos seguros contra os acidentes de trabalho.

Parece faltar uma justificação técnico-jurídica mais sólida, mas não pode esquecer-se que este não era o tema da obra e apenas um aspecto entre muitos outros tratados pelo Autor. Quanto à regulação portuguesa, referindo o artigo 2398º, os Decretos de 14 de Abril de 1891 (mencionado na I parte) e de 6 de Junho de 1895¹⁵², lamentava que o legislador não tivesse ainda consagrado “o princípio do risco profissional”, mantendo uma disciplina “atrazada e assaz deficiente”¹⁵³.

Por fim, Cunha Gonçalves referia, também brevemente, as doenças profissionais, afirmando que faltavam medidas eficazes para proteger os operários.

O tema dos acidentes foi tratado por Ennes Ulrich em 1906, que lhe dedicava o capítulo VI (muito citado por Emygdio da Silva no seu

¹⁵⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁵¹ *Idem*, p. 145.

¹⁵² *Diário do Governo* nº 151, 10 de Junho de 1895, pp. 1866-1868, *Regulamento para o serviço de inspecção e vigilância para a segurança dos operários maiores e menores nos trabalhos de construções civis.*

¹⁵³ LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, cit., pp. 147-148.

livro de 1913), salientando a sua “rara complexidade e importância”¹⁵⁴. Distinguindo as várias causas e formas de responsabilidade (com maior rigor que Cunha Gonçalves, nomeadamente na distinção entre dolo e negligência), tecia algumas considerações sobre a doutrina delitual, demonstrando a insuficiência desta, nomeadamente devido às dificuldades para provar o dano, a culpa e o nexo¹⁵⁵.

Quanto à teoria contratualista e às obrigações secundárias do contrato tacitamente aceites, entre as quais a responsabilidade do patrão pelos acidentes, entendiam os seus defensores que também “a clausula que a direcção do trabalho pertencerá ao patrão não costuma ser claramente pactuada nesses contractos e comtudo é tacitamente acceite e ninguém se lembrou nunca de a contestar”¹⁵⁶ (em Portugal, porém, essa cláusula resultava da lei, no caso do contrato de prestação de serviços salariado e doméstico, respectivamente dos artigos 1395º e 1383º do Código Civil de 1867).

Ulrich não concordava com esta opinião, rejeitando a cláusula tácita indicada ou outras semelhantes, nem com as construções das diversas sub-teorias, aderindo à doutrina da responsabilidade pelo risco profissional, “um risco especial, inerente á industria e ao seu exercício”¹⁵⁷. Nesta, o patrão, “que supporta o risco da producção” e “dirige discricionariamente a empresa”¹⁵⁸, é, em regra, o responsável por reparar os danos dos acidentes de trabalho,

¹⁵⁴ RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa*, cit., p. 223.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 228, que o autor designava como “a ligação de causa e effeito entre esses dois elementos [dano e culpa]”.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 231.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 245.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 247.

incluindo os causados por culpa ligeira (“inherentes ao proprio exercicio da industria”¹⁵⁹, que não excluía a responsabilidade do patrão) e por culpa grave (que também davam lugar a responsabilidade do patrão, até pela dificuldade de distinção face à culpa leve), com excepção apenas dos causados por culpa intencional ou dolo de outrem (que excluía a responsabilidade).

Enunciando as críticas à teoria do risco, refutava-as e defendia uma alteração legislativa que abrangesse em primeiro lugar este campo, mas se estendesse a outras “questões de responsabilidade”¹⁶⁰.

De seguida, após a descrição da legislação de vários países, Ulrich analisava a portuguesa, não apenas o Código Civil e os diplomas referidos por Cunha Gonçalves, mas também outros relativos a indústrias perigosas (como os Autores referidos *infra*). Nestas disposições era mantida a responsabilidade pela culpa e o “principio antiquado do Codigo Civil” continuava vigente, sancionando a “pura theoria delictual!”¹⁶¹. Era, assim, necessária uma urgente alteração legislativa.

Por fim, Ulrich referia o problema das doenças profissionais, diferentes dos acidentes, mas semelhantes na ideia de risco. Embora fosse ainda difícil a sua regulação legal na escolha de um critério correcto para classificar a doença como profissional (por esta razão não defendia de imediato uma equiparação na lei a aprovar sobre

¹⁵⁹ *Idem*, p. 250.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 255.

¹⁶¹ *Idem*, p. 281.

acidentes), advogava a sua reparação através de um sistema de “seguros operarios contra a doença em geral”¹⁶².

Ávila Lima também referira o tema dos acidentes na obra de 1905, ainda com a terminologia “desastres”, considerando “mais racional e equitativo”¹⁶³ o sistema do risco profissional. Dava breve nota das legislações estrangeiras e da lacuna na legislação portuguesa, mas remetia para Oliveira Simões, que afirmara ser “prática corrente as empresas industriaes socorrerem os operarios”¹⁶⁴ que sofriam acidentes quando os mesmos não eram auxiliados pelas suas associações.

O mesmo Ávila Lima, um pouco mais tarde, ao tratar o seguro-acidentes de trabalho, fazia menção à questão da responsabilidade, vincando que “uma grande transformação se operou nas legislações referentes a accidentes de trabalho no ultimo quartel do seculo XIX”¹⁶⁵, repetindo a sua adesão à “*theoria do risco profissional*”, implicando uma “completa e audaciosa revolução da responsabilidade civil”¹⁶⁶ e defendendo a instituição de um seguro obrigatório.

Referia as doenças profissionais e as dificuldades na sua “assimilação *pratica*”¹⁶⁷ aos acidentes, bem como na distinção entre as doenças comuns e as profissionais. Expunha a teoria que defendia a protecção através do seguro-doença e a que preconizava uma

¹⁶² *Idem*, p. 284.

¹⁶³ JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, cit., p. 106.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 108. O Relatório é o de JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA SIMÕES, *Trabalho dos Adultos na Indústria, Relatório apresentado ao III Congresso da Liga Nacional contra a Tuberculose*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906.

¹⁶⁵ JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., p. 345.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 347.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 355.

equiparação aos acidentes. Confessando-se dividido face aos argumentos de ambas as opiniões, acabava por aderir, ao contrário de Ulrich, à segunda, com a adopção de uma “lista” de doenças, na medida em a “medicina social” pudesse acompanhar a “analyse do meio proletário”¹⁶⁸.

As duas obras específicas são ambas posteriores à lei. Na de Vilhena Barbosa de Magalhães está muito presente o espírito de mudança: na extensa explanação da legislação de diferentes países, à qual atribuía dois fins fundamentais, “*prevenir e reparar*”¹⁶⁹, salientava que se estava a constituir “um novo direito”, com “uma profunda revolução no direito civil e commercial”¹⁷⁰.

Também fazia uma divisão da legislação operária pelas áreas em que todos os países civilizados iam legislando¹⁷¹: regulamentação administrativa do trabalho; contrato de aluguer de trabalho; agrupamentos ou corporações profissionais; conflitos entre patrões e operários, sua resolução pacífica e jurisdição contenciosa. Quanto a Portugal, apresentava uma enumeração exaustiva da escassa legislação¹⁷² que regulava o trabalho e a exploração de indústrias perigosas (materiais explosivos, pedreiras, geradores e recipientes de vapor, motores, construção civil, indústrias eléctricas, etc.).

Após algumas páginas dedicadas aos seguros (referidas *infra*), tratava a responsabilidade pelos acidentes de trabalho e sua efectivação, assente na “doutrina nova” do risco profissional,

¹⁶⁸ *Idem*, p. 364.

¹⁶⁹ J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho*, cit., p. 4.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 5.

¹⁷¹ *Idem*, pp. 18-19.

¹⁷² *Idem*, pp. 23-31.

adoptada por muitos países e pela recentíssima lei portuguesa, que conseguira ir “arredando ou vencendo os escolhos e dificuldades que iam levantando no seu caminho triunfal”¹⁷³.

Embora considerasse já ultrapassada a teoria da responsabilidade delictual, ainda a mencionava brevemente. Desenvolvia bastante mais a exposição e crítica da doutrina contratual, que tinha a vantagem de inversão do ónus da prova e diferentes mecanismos para responder aos danos causados pelos acidentes, nomeadamente pressupondo, na celebração do contrato de trabalho, a aceitação tácita pelo patrão de garantir a segurança do trabalhador durante a execução ou de garantir as “cousas industriaes”¹⁷⁴ (tomando medidas necessárias quanto aos equipamentos e mecanismos para evitar os acidentes).

Sendo esta doutrina insuficiente, referia uma outra que, na sua opinião, assentaria já no elemento risco, a teoria “*da garantia legal*”, que não exigia culpa subjectiva, mas apenas uma relação de causa-efeito (nexo) entre a coisa e o dano: “a responsabilidade do proprietario resulta apenas do prejuizo causado pela coisa que lhe pertence (*culpa objectiva*)”¹⁷⁵.

Estava na época quase unanimemente aceite quanto aos acidentes de trabalho a teoria objectiva para a qual todo o dano “deve ser reparado por quem, no exercicio da sua actividade, por um facto, ou omissão ou com uma coisa, lhe deu causa”¹⁷⁶ - ainda que

¹⁷³ *Idem*, p. 57.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 63.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 65. Apontava como um dos fundadores da mesma RAYMOND SALEILLES, na obra *Les accidents de travail et la responsabilité civile : (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1897.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 66.

a mesma não se tenha mais tarde generalizado a todas as áreas da actividade humana, como o Autor parecia supor que sucederia, citando León Duguit¹⁷⁷ e enumerando alguns casos de assumpção voluntária da responsabilidade, por exemplo pela administração dos Caminhos de Ferro ou por proprietários de automóveis.

Pouco fundada me parece a suposição (ainda que o próprio não quisesse afirmá-la como verdadeira) quanto ao artigo 2361º do Código Civil português¹⁷⁸: não era referida expressamente a palavra “culpa” e o Autor aventava que talvez Seabra tivesse intuído “o numero e importancia d’esses casos de responsabilidade sem culpa”¹⁷⁹, ignorando nessa suposição não apenas o texto do próprio artigo, mas todo o regime fixado nos artigos 2362º e seguintes.

Desenvolvendo a análise sobre a responsabilidade pelos acidentes de trabalho, afastava a teoria da garantia, pois para esta o risco profissional não era distinto nem se tinham em conta “as condições especiaes em que se executa o trabalho e em que os accidentes se produzem”¹⁸⁰. Assim, como muitos resultavam de caso fortuito ou de força maior ou ainda de culpa do operário, o patrão não responderia pelos danos.

Apenas a teoria do risco profissional era adequada, abstraindo por completo da culpa, atendendo ao “proprio facto do trabalho e da natureza especial do risco”, respondendo sempre o patrão, “salvo

¹⁷⁷ A referência é a LEON DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, obra acima referida.

¹⁷⁸ “Todo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnisar o lesado, por todos os prejuizos que lhe causa”.

¹⁷⁹ J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra accidentes de trabalho*, cit., p. 67.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 82.

casos excépcionaes”¹⁸¹ e sendo “nulas quaesquer clausulas tendentes a fazer desaparecer, diminuir ou modificar a responsabilidade dos patrões”¹⁸².

Quanto à articulação com a culpa do trabalhador ou do patrão, considerava que somente se poderia justificar uma alteração (nomeadamente quanto ao montante da indemnização a pagar) quando se verificasse dolo e não nos restantes casos de culpa. Estariam ainda compreendidos na responsabilidade os casos fortuitos e até de força maior, desde que se pudesse estabelecer uma relação entre o trabalho prestado e o acidente ou se as condições agravassem os resultados (por exemplo, material ou instalações em mau estado, falta de equipamentos de protecção, existência de materiais perigosos).

Complexa era a definição de acidente de trabalho; depois de expor e analisar algumas opiniões, parecia aderir à ideia de acontecimento súbito. Esse acidente, resultado da acção de uma violência exterior súbita durante o exercício profissional (ou de intoxicação aguda e inflamação das bolsas serosas industriais), era o do artigo 2.º da lei portuguesa de 1913, que o Autor analisava.

A protecção legislativa deixava frequentemente de fora da responsabilização pelo risco as doenças profissionais, pelas dificuldades na determinação das mesmas, embora o Autor admitisse que se tratava de injustiça “evidente”, pois estavam “natural e logicamente abrangidas pelo risco profissional”¹⁸³, razão pela qual alguns países já o consagravam.

¹⁸¹ *Idem*, p. 84.

¹⁸² *Idem*, p. 85.

¹⁸³ *Idem*, p. 93.

Noutro problema relevante, o das indústrias e operários a que devia aplicar-se a nova regulação, assinalava o alargamento, confirmado na legislação de vários países, devendo desaparecer gradualmente as limitações, mostrando assim que não eram “leis d’excção, de classe”¹⁸⁴.

Defendendo o seguro obrigatório, solução que a lei portuguesa não consagrara, considerava que se podiam adoptar algumas medidas auxiliares para uma maior efectivação da responsabilidade: i) o “caráter *forfaitaire* (global) das indemnizações” que não correspondessem apenas ao tratamento da doença ou despesas funerárias; ii) a “nulidade das clausulas contrárias às disposições legais sobre a responsabilidade pelos acidentes no trabalho”; iii) a “impenhorabilidade das indemnizações e rendas”; iv) a “organização d’um contencioso especial”; v) a “gratuidade da administração da justiça” ou “a concessão de assistência judiciária aos operários”¹⁸⁵.

No mesmo ano, publicava Emygdio da Silva a sua dissertação sobre o tema, focando a maioria dos aspectos tratados por Barbosa de Magalhães e analisando também a doutrina delitual, a doutrina contratual e as respectivas críticas¹⁸⁶, numa exposição bem organizada, em especial quanto à segunda, com identificação clara das sub-teorias da obrigação de segurança, da obrigação de vigilância, da garantia das coisas industriais, abordando ainda a doutrina da responsabilidade ou garantia legal¹⁸⁷.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 98.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 126.

¹⁸⁶ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., pp. 16-26.

¹⁸⁷ *Idem*, pp. 26-27.

Todas estas eram superadas, quanto aos acidentes de trabalho, pela teoria do risco profissional (já antes defendida sucintamente na sua obra de 1905¹⁸⁸), assente no risco específico do “mundo do trabalho”¹⁸⁹ e que permitia responsabilizar o patrão nos casos de “culpa do patrão, caso fortuito e culpa do operário” (sem distinção entre culpa leve ou grave pela dificuldade da mesma) e ainda nos casos “de causa desconhecida”¹⁹⁰; excluídos ficavam o dolo do operário e os casos de força maior por causas exteriores ao exercício da actividade. Como Barbosa de Magalhães, apresentava e rebatia as críticas a esta teoria (salientando as suas vantagens). Tratava de seguida do seguro obrigatório, como referirei *infra*, e mais à frente da evolução legislativa comparada (capítulo III) e a portuguesa anterior à Lei de 1913 (capítulo VI), de forma ainda mais completa¹⁹¹.

Também abordava o tema das doenças profissionais: deveria integrar-se a protecção no seguro doença ou ser garantida a reparação dos danos pelo seguro do risco profissional, tal como os acidentes? Rebatendo cada uma das objecções a esta segunda solução, defendia-a de forma mais firme que os restantes Autores e propunha a organização de “uma lista dessas doenças” (conhecidas como causadas por “determinadas profissões”), assimilando-as “aos acidentes de trabalho para o efeito de tornar efectiva a responsabilidade do patrão”¹⁹² - regra que a Lei portuguesa não adoptara, como referia mais à frente em crítica¹⁹³.

¹⁸⁸ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *O operariado português na questão social*, cit., pp. 252-256.

¹⁸⁹ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., p. 27.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 30.

¹⁹¹ *Idem*, pp. 57-72 e pp. 111-118.

¹⁹² *Idem*, p. 53.

¹⁹³ *Idem*, pp. 123-124.

O espaço dedicado aos aspectos administrativos, técnicos e financeiros da reparação e à estatística comparada ocupavam, respectivamente, os capítulos IV e V¹⁹⁴. A análise pormenorizada da Lei de 1913 - que consagrara, como se disse, a responsabilidade pelo acidente causado por “*violência exterior súbita*”¹⁹⁵ - e das suas “bases económicas” e actuariais constava do capítulo final (VII). Crítico de alguns aspectos, o Autor deixava, contudo, uma advertência:

“Mas é preciso não esquecer que em volta da lei, desacreditando-a ou desfigurando-a, se movem interesses.

Por isso, na crítica que dela fizemos, ocorre-nos lembrar que de qualquer parcialidade nos desviámos sistematicamente, embora temperando sempre o rigor inflectido dos princípios com as legítimas exigências, estruturais e de momento, da sociedade e do operariado português.”¹⁹⁶.

O aspecto mais sólido nas obras analisadas - e mais uma vez anteriores ou posteriores à Lei de 1913 - é a defesa unânime da responsabilidade pelo risco e do conceito de risco profissional, cobrindo os danos causados pelos acidentes e tendencialmente também pelas doenças profissionais. Por outro lado, fica patente a preocupação em afastar as teorias clássicas da responsabilidade com um argumentário jurídico construído para novas circunstâncias criadas pela industrialização e pelo trabalho fabril e mecanizado.

¹⁹⁴ *Idem*, pp. 73-91 e 93-110.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 123.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 166.

5. Seguros sociais

As obras que se dedicaram ao tema dos seguros sociais são todas anteriores à legislação que havia de os criar (Decretos com força de Lei n.ºs 5 636 a 5 638, de 10 de Maio de 1919¹⁹⁷). Por essa razão, começarei pelas obras mais específicas.

Ávila Lima, após o mencionado tratamento detalhado das associações de socorros mútuos, dedicava a III parte da sua obra aos seguros sociais. Depois de expor algumas doutrinas de resposta à questão social, manifestava a sua simpatia pelas “ideias solidaristas”¹⁹⁸ e defendia a instituição de seguros obrigatórios, face à insuficiência dos voluntários, com as “colossais vantagens” que afirmava terem ficado demonstradas na análise anterior das “organizações mutualistas austro-germanicas”¹⁹⁹.

Nos capítulos seguintes, tratava individualizadamente cada um dos seguros sociais, insistindo na necessária “plena obrigatoriedade”²⁰⁰. No seguro-doença, conjugava “caixas operárias” (comparticipação de patrões e empregados) e “caixas

¹⁹⁷ *Diário do Governo* n.º 98/1919, 8.º Supl., 10 de Maio, pp. 1025-1034, 1034-1039 e 1039-1044. Sobre este aspecto, JOSÉ LUÍS CARDOSO e MARIA MANUELA ROCHA, “O seguro social obrigatório em Portugal (1919-1928): acção e limites de um Estado providente”, *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009, pp. 439-470; ver também FILIPE DE AREDE NUNES, “Os Seguros Sociais Obrigatórios de 1919. Perspectiva jurídico-política”, in *Da escravidão ao trabalho digno. Nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT*, Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), Lisboa, 2021, pp. 71-82. Os seguros instituídos foram os seguros sociais obrigatórios na doença, contra os desastres no trabalho e contra a invalidez, velhice e sobrevivência.

¹⁹⁸ JOSÉ LOBO D’ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., p. 320.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 330.

²⁰⁰ *Idem*, p. 332, quanto ao seguro-doença; p. 340, quanto ao seguro-invalidez e velhice; pp. 349-350, quanto ao seguro-acidentes de trabalho.

concelhias” (subvenções das entidades camarárias)²⁰¹, com funções reparadoras e preventivas, estudando as doenças e as melhores formas de as evitar, “no dominio da prophylaxia e da hygiene preventiva”²⁰².

Para o seguro-invalidéz e velhice, defendia a criação de “um organismo *especial*”²⁰³, com organização semelhante à referida para o seguro-doença e acumulação dos contributos de toda a carreira laborativa do proletário, podendo também desempenhar uma missão preventiva, não obviamente quanto à velhice, mas quanto à invalidéz.

No seguro-acidentes de trabalho, o Autor tecia as considerações acima referidas quanto à responsabilidade pelo risco e preconizava a obrigatoriedade de os patrões e empresários se organizarem em “corporações profissionaes sob a vigilancia do Estado”²⁰⁴, de acordo com cada profissão e com atribuições várias: a) publicar os regulamentos e medidas para prevenir os acidentes, a submeter ao Ofício Imperial dos Seguros; b) fixar a indemnização para cada operário, com recurso para um tribunal arbitral e em última instância para o representante do Estado; c) repartir anualmente as indemnizações a pagar e os encargos gerais, recaindo o encargo “inteiro sobre os patrões ou antes sobre a corporação”²⁰⁵, sem descontar qualquer valor nos salários.

Quanto ao seguro-sobrevivência, o Autor parecia pressupor ser necessário proteger a viúva e os órfãos do trabalhador falecido, o pai

²⁰¹ *Idem*, p. 333.

²⁰² *Idem*, p. 335.

²⁰³ *Idem*, p. 341.

²⁰⁴ *Idem*, p. 350.

²⁰⁵ *Idem*, p. 351.

de família, “amparo exclusivo da conservação familiar”²⁰⁶, o que não correspondia minimamente ao contexto operário português da época, com fortíssima presença feminina²⁰⁷. Defendia um seguro com intenção de proteger a família, “com triplice participação do proletário, do patrão e do Estado”, embora quanto ao primeiro na “reduzida medida”²⁰⁸ das suas posses.

No seguro-sem trabalho, protecção em caso de desemprego involuntário, advertia para o melindre do problema e para a discussão entre: a) seguro obrigatório, geral ou limitado; b) seguro facultativo, geral ou limitado; c) mutualidade privada e organizações operárias; d) subvenção dos institutos de previdência individual²⁰⁹. Reconhecendo que nenhum dos sistemas estava isento de desvantagens, acabava por optar pela última solução (“systema de Gand”, instituído nessa e noutras cidades belgas e também na Noruega e Dinamarca) com resultados positivos onde os trabalhadores tinham “um grau notavel de iniciativa”²¹⁰. Este sistema deveria ser acompanhado de “meios preventivos e repressivos”, com auxílio do Estado às instituições de colocação e de assistência, planificação dos trabalhos públicos e influência do sistema de produção, bem como execução excepcional de trabalhos e estabelecimento de oficinas ou mesmo criação de seguros e instituições públicas para colocação de desempregados²¹¹.

²⁰⁶ *Idem*, p. 369.

²⁰⁷ Cf. VIRGÍNIA BAPTISTA, *Protecção e Direitos das Mulheres Trabalhadoras em Portugal, 1880-1943*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2016.

²⁰⁸ JOSÉ LOBO D’ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., p. 377.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 385-386.

²¹⁰ *Idem*, p. 389.

²¹¹ *Idem*, pp. 390-391.

Com os seguros sociais, Ávila Lima conectava a assistência médica imediata e regular e a sua organização²¹², para preservar ou recuperar a capacidade de trabalho do operário, valorizando a medicina preventiva e a afirmação de “uma nova disciplina - a *medicina social*”²¹³, com conhecimento da regulação e da realidade industriais e actuação directa na prevenção e reparação dos danos. O Autor dedicava até algumas páginas à organização do ensino desta nova disciplina.

Reconhecendo as exigências financeiras das propostas que apresentava, fazia uma sugestão original: o fim da paz armada, ou seja, a redução acentuada das despesas militares porque, na sua opinião, o pacifismo deixara de ser “uma lenda mystica” para se tornar numa “corrente generosissima”, com “crescente acceitação e radicado aplauso”²¹⁴. Lembro que o Autor escrevia em 1909.

A última parte da obra (IV) tratava da “previdência social internacional” e referia os últimos congressos mutualistas, as teses existentes sobre a mutualidade, a criação do *Bureau Pérmament International d’Études et de Statistique Mutualistes* e da *Federação Internacional da Mutualidade*²¹⁵.

Mencionava ainda o “movimento em prol do estabelecimento duma legislação operaria internacional”, defendido por vários Autores e traduzido mais recentemente na Conferência de Berlim (1890), nos Congressos internacionais de 1897, em Zurique (protecção operária) e Bruxelas (legislação do trabalho), no

²¹² *Idem*, pp. 393-409, a quase totalidade do capítulo XX.

²¹³ *Idem*, p. 399.

²¹⁴ *Idem*, p. 414.

²¹⁵ *Idem*, pp. 443-453.

Congresso Internacional de 1900, com a criação subsequente da *Associação Internacional para a protecção legal dos trabalhadores*, nos Congressos, por esta última promovidos, em Colónia (1902), Basileia (1904), e Berna (1905 e 1906), com a aprovação das bases das convenções sobre a proibição do fósforo branco e sobre a proibição do trabalho nocturno das mulheres (assinadas e ratificadas por Portugal)²¹⁶. Também referia alguns tratados bilaterais²¹⁷.

Mais uma vez fica bem patente a preocupação em acompanhar os contextos nacional e internacional, a legislação, as estatísticas e as mais recentes teorias sobre as matérias estudadas.

Ávila Lima apresentava a divisão da legislação do trabalho exposta pelo internacionalista Machado Vilela: 1.º) “regulamentação geral do trabalho” (jornada de trabalho, salário mínimo, segurança dos trabalhadores); 2.º) “resolução dos conflictos do trabalho”; 3.º) “previdência operária”²¹⁸. É interessante a afirmação inequívoca - na esteira do afirmado ainda por Machado Vilela - de que a legislação deveria proteger da mesma forma e em todos os aspectos os trabalhadores nacionais e estrangeiros, com o gradual abandono de outros princípios, entre os quais o da reciprocidade.

Também na obra de Emygdio da Silva sobre acidentes encontramos o tratamento desta matéria no capítulo II - *O seguro obrigatório complemento do risco profissional* (utilizando

²¹⁶ *Idem*, pp. 457-460.

²¹⁷ *Idem*, pp. 460-465.

²¹⁸ *Idem*, p. 465. A obra referida é *Relações jurídicas internacionais de caracter privado*, indicada com a data de 1907 e que corresponde certamente a ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILELA, *Relações jurídicas internacionais de caracter privado: lições de 1907-1908*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1908.

parcialmente a expressão de Machado Vilela²¹⁹), admitindo a intervenção do Estado e a sua função de tutela, apresentando as opções para garantir a reparação dos danos causados pelo acidente: fixar a responsabilidade dos patrões, com escolha dos meios por estes (ainda que com alguns mecanismos de correcção), impor o seguro obrigatório ou “provocar, embora indirectamente”²²⁰ o seguro pelos patrões (por exemplo, pagando estes um valor ao Estado quando não tivessem contratado o seguro de acidentes).

Analisando os vários factores associados ao seguro obrigatório (necessidade, legitimidade da intervenção do Estado, imposição de organização oficial - “ponto mais melindroso do problema”²²¹, espaço reservado às companhias seguradoras), defendia-o e à “organização das *mutualidades patronais* obrigatórias”²²².

O Autor também realçava o lugar “muito especial” do seguro contra os acidentes entre os seguros sociais: nos restantes, justificava-se a regra da tríplice participação nos encargos (“do operário, do patrão e do Estado”), no primeiro os encargos ficariam “todos a cargo do patrão”²²³.

No seu livro sobre os seguros mútuos, obra muito completa, que extravasa amplamente o tema tratado nesta sede, abordava, de

²¹⁹ ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILELA, *Seguro de vidas: esboço histórico, económico e jurídico*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, transcrito por FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., p. 36: “seguro obrigatório era o complemento natural e lógico do risco profissional”.

²²⁰ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, cit., p. 39.

²²¹ *Idem*, p. 43.

²²² *Idem*, p. 45.

²²³ *Idem*, p. 49.

forma mais breve, o papel mutualista das “organizações syndicalistas”²²⁴ e dos “seguros sociaes”²²⁵.

Acentuando a ligação entre o sindicalismo e as instituições mutualistas, apresentava os valores despendidos na Alemanha e em Inglaterra pelos sindicatos e *unions* com os socorros aos seus associados em situações de desemprego, doença, morte e despesas funerárias, greve, acidentes e velhice.

Quanto aos seguros sociais, entendidos em sentido restricto enquanto “especial organização do seguro operario”²²⁶, defendia mais uma vez a intervenção do Estado com uma tripla missão de ser: a) “*organizador dos seguros sociaes*”, b) “*seu directo explorador ou indirecto auxiliar pela constituição de subsidios*”, c) “*seu legitimo coactor, decretando a obrigatoriedade*”²²⁷. Apesar desta intervenção, continuaria a existir, na sua opinião, espaço para o seguro privado²²⁸, através de “uma organização inteligente em que os nucleos da mutualidade privada”²²⁹ não sucumbissem.

Emygdio da Silva apontava quatro tipos principais - “*seguro-invalidês e velhice, seguro-doença, seguro-inactividade, seguro-accidentes de trabalho*”²³⁰ - a que juntava o “*seguro das viúvas e orphãos (seguro por morte)*”²³¹.

²²⁴ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros mútuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911, pp. 271-273.

²²⁵ *Idem*, pp. 275-301.

²²⁶ *Idem*, p. 275. Apresentava, *idem*, pp. 276-284, os conceitos e regras relativas ao funcionamento dos seguros, nomeadamente para cálculo dos prémios, mas são aspectos menos relevantes nesta sede.

²²⁷ *Idem*, p. 286.

²²⁸ *Idem*, pp. 290-298.

²²⁹ *Idem*, p. 301.

²³⁰ *Idem*, pp. 287-288.

²³¹ *Idem*, p. 289.

Veremos agora a obra de Barbosa de Magalhães, analisada *supra* quanto ao tema dos acidentes de trabalho. O tratamento do seguro não estava autonomizado em capítulo específico e sim disperso ao longo do texto, referindo com algum detalhe a legislação alemã dos seguros obrigatórios (doença, acidentes e velhice, em 1883, 1884 e 1889) e dos países que lhe tinham seguido o exemplo ou estabelecido soluções diversas, conjugando seguros obrigatórios e facultativos²³². Quanto a Portugal, mencionava a escassa e ineficaz legislação e dava conta de projectos de lei apresentados para instituir os seguros sociais, mas ainda não aprovados²³³.

Face à responsabilidade pelo risco nos danos causados pelos acidentes de trabalho, o Autor justificava a obrigatoriedade do seguro com a dificuldade ou mesmo impossibilidade de as empresas (especialmente as pequenas) suportarem um enorme encargo e com a possibilidade de “muitas e muitas vezes” as vítimas ficarem privadas da indemnização devida “por absoluta carencia de meios por parte dos patrões”²³⁴. O retrato deixado era impressionante e, em alguns aspectos, ainda actual:

“É sabido que, especialmente para as pequenas empresas industriais, singulares ou coléctivas, a falência representa um grande, senão total desfalque para os credores. O activo, quasi sempre minimo, desvalorizado, nem sempre chega para as despesas judiciais.

²³² J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho*, cit., pp. 31-33 e 36-47. De novo, mais à frente, pp. 99-101, 113-114 e 117-121.

²³³ *Idem*, pp. 47-49.

²³⁴ *Idem*, p. 107.

Outras vezes, essas pequenas empresas somem-se, desaparecem, sem se saber como, nem quando: as portas do estabelecimento não se abrem n'um dia nem nos seguintes e passado tempo sabe-se que o dono partiu para o Brasil, para Africa, ou para parte incerta.”²³⁵.

Embora benéfico para os patrões, o seguro obrigatório garantia principalmente os interesses dos operários e mesmo o interesse público - deveria ter sido consagrado na Lei dos acidentes de 1913, como o Autor defendera, pois a sua instituição assentava nos mesmos princípios de “justiça e de solidariedade”²³⁶ que sustentavam a responsabilidade pelo risco profissional, como afirmara Machado Vilela (na obra citada por Emygdio da Silva), e da obrigatoriedade resultava como “logico corollario o seguro pelo Estado”²³⁷, já consagrado em alguns países.

Analisando a Lei portuguesa de 1913, enumerava, como Emygdio da Silva, as suas deficiências, que apenas poderiam ser superadas pelo seguro obrigatório, “meio eficaz da efetivação da responsabilidade dos patrões”²³⁸, e apontava as medidas acima referidas para auxiliar nessa efectivação.

Tal como nos restantes temas, as obras menos específicas abordavam brevemente a matéria dos seguros sociais. Ennes Ulrich referia-o a propósito dos acidentes de trabalho, defendendo “a instituição do seguro obrigatorio” como “corollario necessario do principio da responsabilidade baseada no risco profissional”²³⁹, uma

²³⁵ *Idem*, pp. 107-108.

²³⁶ *Idem*, p. 110.

²³⁷ *Idem*, p. 113.

²³⁸ *Idem*, p. 126.

²³⁹ RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portuguesa*, cit., p. 256.

vez que o espontâneo e livre não seria suficiente. Depois de expor diferentes posições, optava por um seguro que não deveria ser público/estatal, mas antes contratado pelos patrões com as seguradoras e por eles pago, respondendo ainda os mesmos “no caso de insolvência da companhia seguradora”, de forma a impedir a escolha de “companhias duvidosas, que lhe exigissem um premio muito baixo, mas que não oferecessem garantias nenhuma”²⁴⁰.

Esta última solução, transferindo para os empregadores em exclusivo o risco de insolvência das seguradoras, parece excessiva, nomeadamente porque o Autor admitia a intervenção pública em várias matérias, podendo estender-se também à fiscalização das companhias seguradoras e consequente garantia de reparação nos casos de insolvência.

Neste tema, encontramos uma opinião maioritária favorável aos seguros obrigatórios, embora com regras diferentes, que dependiam do tipo de seguro, das contribuições devidas e do cálculo actuarial. Muitos aspectos estavam mais relacionados com o Direito dos seguros que com as matérias laborais.

6. Um novo Direito

Nos textos analisados, é bem visível a consciência da necessidade de mudança no tratamento jurídico do fenómeno trabalho, ainda que reconhecendo também as dificuldades existentes.

A propósito do contrato colectivo, Ennes Ulrich considerava conveniente a regulação legislativa minuciosa, mas admitindo que se

²⁴⁰ *Idem*, p. 264.

teriam de vencer “não poucas dificuldades de ordem jurídica”, o que aumentaria a “glória” dos “nossos jurisconsultos”²⁴¹. Quanto aos acidentes de trabalho, afirmava estar em curso “uma profunda alteração das ideias em vigor”, substituindo os “acanhados preceitos do direito romano” pelas “novas theorias” animadas por um “poderoso hálito de equidade e altruismo”²⁴²; defendia, como referi, uma rápida modificação da legislação portuguesa, “de harmonia com o modo de pensar humanitário e justo”, característico das “sociedades modernas”²⁴³.

Ávila Lima, após a proposta referida *supra* (redução das despesas militares), pretendia erguer “o Estado de cultura, chamado a edificar uma collectividade de plena prosperidade publica mediante a mais vasta regulamentação das condições economicas e sociaes, no prosseguimento duma missão sucessivamente mais importante em materia de educação, de ensino, de hygiene e de bem-estar”²⁴⁴.

Vilhena Barbosa de Magalhães assinalava de forma claríssima essa urgência de renovação, ainda que dilatada no tempo:

“De forma que urge uma remodelação de todo o nosso direito privado, a qual não póde nem deve fazer-se de repente, sem um profundo e aturado estudo, e que, portanto, tem de demorar ainda alguns anos.”²⁴⁵.

E a área em que mais se fazia sentir a mudança era apontada pelo Autor:

²⁴¹ *Idem*, p. 466.

²⁴² *Idem*, p. 240.

²⁴³ *Idem*, p. 282.

²⁴⁴ JOSÉ LOBO D'ÁVILA LIMA, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, cit., pp. 416-417.

²⁴⁵ J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra accidentes de trabalho I*, cit., quarta página não numerada.

“[O progresso] Tem-se manifestado em todos os ramos do direito, mas onde mais se tem feito sentir e evidenciado é na chamada *legislação social* que, pertencendo a todos êles e abrangendo, de uma maneira geral, todas as providencias tendentes a regular as relações entre o capital e o trabalho e a melhorar a situação das classes trabalhadoras, tem vindo a avassalar o mundo, conquistando os espiritos e impondo se irresistivelmente aos parlamentos e aos governos, aos politicos, aos sociologos e aos jurisconsultos, que não encontra hoje, na teoria ou na prática, opposição séria, e que continuamente, dia a dia, hora a hora, revela tendencias para se alargar e desenvolver.”²⁴⁶.

Revelava-se, porém, mais prudente em aspectos específicos: quanto à equiparação da responsabilidade pelo risco entre acidentes de trabalho e doenças profissionais, dava nota que na discussão parlamentar da lei dos acidentes houvera quem desejasse essa equiparação - a ideia não vingara e ele fora um dos que a não aceitara: “[...] não porque não a achassemos justa, mas porque receávamos fazer uma grande inovação e trazer dificuldades para a aplicação da lei relativamente aos acidentes. Deixemos que esta, em 2 ou 3 ânos, dê as suas provas, para então com maior conhecimento de causa, e maior segurança ainda se continuar a obra benemérita que a nova lei veio iniciar.”²⁴⁷.

Emygdio da Silva defendia que a nova “corrente doutrinal e legislativa de protecção e respeito pela vida operária” não era, como alguns afirmavam, “uma *excepção* e um *privilégio*” ou mesmo uma

²⁴⁶ *Idem*, p. 5.

²⁴⁷ *Idem*, p. 95.

“subversiva *revolução*”, mas apenas a forma de “garantir direitos indeclináveis a quem dessa garantia necessitava”, que não se traduzisse “num mero aparato e lôgro decorativos”²⁴⁸. Nesta corrente se inseriam as medidas para assegurar a igualdade de facto entre contraentes, como o reconhecimento do contrato colectivo e dos direitos de associação e greve, e as medidas de regulamentação do trabalho para proteger a vida, a saúde e a segurança do operário e a responsabilização pelos acidentes de trabalho.

Este espírito novo estava presente em quase todas as obras. No último capítulo do seu livro (sobre o contrato colectivo), Adolpho Lima afirmava estar a entrar no “período de transição entre o presente e o futuro”²⁴⁹. Contudo, embora confiante e entusiasta moderado da contratação colectiva, este era um Autor divergente dos restantes: já assinalei a sua crítica à intervenção legislativa muito marcada²⁵⁰ que o conduzia a conceber um “novo direito” resultado do “pacto contratual”, decretado exclusiva e directamente pelos interessados; os contratos colectivos deveriam ser “*ilegaes*”, querendo o Autor significar “independentes e acima das leis”, “despidos de formas e formalidades burocráticas”, não podendo o Estado intervir neles “por motivo ou razão alguma”²⁵¹.

²⁴⁸ FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho, cit.*, p. 14.

²⁴⁹ ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho..., cit.*, p. 359.

²⁵⁰ *Idem*, por exemplo p. 400, quanto ao legislador: “[...] individuos estranhos, pseudo-enciclopídistas, que numa mesma sessão parlamentar, *apreciam*, discutem (?) e votam com a mesma inconsciência, a mesma imbecilidade, os assuntos mais diversos, os problemas cuja solução requiere os mais variados conhecimentos de técnica e especiaes aptidões.”.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

Queiroz Vaz Guedes assumia também uma posição próxima, mas mais mitigada, admitindo a necessidade de “leis oportunas”²⁵², nomeadamente - como referido na I parte - para regular o trabalho de menores, de mulheres e dos trabalhadores no domicílio, mas considerando que “o operariado organizado” e os patrões não careciam de tutela²⁵³. Na sua outra obra, no capítulo sobre o contrato colectivo, afirmava quanto à legislação social:

“Toda a legislação social, que surgiu, com a sua tendência caracteristicamente restritiva, teve assim plena justificação científica, devendo ser considerada, muito ao contrário de atentatória da liberdade, de restauradora da mesma liberdade, que se achava eminentemente prejudicada em toda uma classe, condenada à degenerescência e à morte possível, presa dêsse novo e terrível despotismo”²⁵⁴.

Mas esta legislação era apenas a mesma já mencionada, com aquela tutela que se destinava a “suprir a incapacidade dos menores, das operárias e de todos aqueles que por circunstâncias ocasionais, estão privados ainda de organização”²⁵⁵. Ainda assim, era evidente a necessidade de mudança: “estava desequilibrada a própria lei civil, cuja parte contratual, de acordo com os princípios, abrangia erradamente aqueles, que praticamente os mesmos princípios

²⁵² QUEIROZ VAZ GUEDES, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, cit., p. 76.

²⁵³ *Idem*, pp. 90-91.

²⁵⁴ QUEIROZ VAZ GUEDES, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, cit., p. 242.

²⁵⁵ *Idem*, p. 265, tutela que o autor considerava “natural e persistente para os menores”, “mais ou menos transitória para as mulheres que breve serão iguais aos homens, e para os operários no domicílio, que entrarão progressivamente na organização redentora”.

relegariam para outras secções de liberdade e igualdade atenuadas”²⁵⁶.

Na leitura destes textos, pode detectar-se uma certa falta de profundidade na análise de alguns problemas: imersos nas preocupações económicas e sociais, até pela precocidade das suas obras, os Autores não tinham ainda elaborado respostas técnico-jurídicas mais sofisticadas, que permitiriam resolver de forma coerente as dificuldades que já identificavam. Um dos mais interessantes aspectos - e talvez até surpreendente para muitos juristas actuais - é que tantos dos temas e problemas que estes autores começaram a tratar há já cerca de cem anos ainda hoje são centrais no Direito do Trabalho e continuam a desafiar os juslaboralistas.

Após a investigação desenvolvida, fica uma certeza para a pesquisa futura: é um conjunto de textos muito fértil, que merece a atenção e a análise crítica de quem se interessa por estes temas e pela sua origem histórica. Voltarei, certamente, muitas vezes. E espero que outros também.

²⁵⁶ *Idem*, p. 266.

Bibliografia

Abrantes, José João Nunes, *Greve, serviços mínimos e requisição civil*, Vega, Lisboa, 1992

Albuquerque, Caetano d'Andrade, *Direitos dos operários: estudos sobre as grèves*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1870

Baptista, Virgínia, *Proteção e Direitos das Mulheres Trabalhadoras em Portugal, 1880-1943*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016

Barreto, José, “Sobre a implantação da contratação colectiva na Europa e em Portugal”, *Análise Social*, Vol. XVI (4.º), 1980 (n.º 64), pp. 699-711

Barreto, José, “Os tipógrafos e o despontar da contratação colectiva em Portugal (I)”, *Análise Social*, Vol. XVII (2.º), 1981 (n.º 66), pp. 253-291

Barreto, José, “Uma greve fabril em 1849”, *Análise Social*, Vol. XVII (3.º-4.-5.º), 1981 (n.º 67-68-69), pp. 479-503

Barreto, José, “Os tipógrafos e o despontar da contratação colectiva em Portugal (II)”, *Análise Social*, Vol. XVIII (1.º), 1982 (n.º 70), pp. 183-211

Cardoso, José Luís, e Rocha, Maria Manuela, “O seguro social obrigatório em Portugal (1919-1928): acção e limites de um Estado previdente”, *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009, pp. 439-470

Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1994

Cordeiro, António Menezes, *Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2018

Costa, Mário Júlio de Almeida, “O ensino do direito em Portugal no século XX (Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XXXIX (1963), pp. 31-106

Costa, Mário Júlio de Almeida, e MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *A Primeira República no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2010

Duguit, León, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912

Fernandes, Paulo Jorge, “A crise do Liberalismo 1890-1930”, in António Costa Pinto e Nuno Gonçalo Monteiro (org.), *História Política Contemporânea. Portugal 1808-2000*, Fundación Mapfre e Objectiva-Penguin Random House, Lisboa, 2019, pp. 139-158

Gomes, Júlio Vieira, *O acidente de trabalho - O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

Gonçalves, Luís (da Cunha), *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, Adolpho de Mendonça & C.^a, Lisboa, 1905

Goodolphim, Costa, *A associação. Historia e desenvolvimento das associações portuguesas*, Typographia Universal, Lisboa, 1876

Guedes, Queiroz Vaz, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, Imprensa Nacional, [Lisboa], 1914

Guedes, Queiroz Vaz, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, dissertação para concurso universitário, Imprensa Nacional, Lisboa, 1914

Hespanha, António Manuel, “Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50)”, *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982-3.º-4.º-5.º, pp. 795-812

Lima, Adolpho, *O contrato do trabalho: esboço historico, crítica do actual contrato do trabalho, contrato colectivo do trabalho*, Antiga Casa Bertrand - José Bastos & Ca Editores, Lisboa, 1909

Lima, João Evangelista Campos, *O Movimento Operário em Portugal*, dissertação para a cadeira de Ciência Económica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra apresentada no ano lectivo de 1903-1904, Guimarães e Companhia Editores /Imprensa da Universidade, Lisboa-Coimbra, 1910

Lima, José Lobo d’Ávila, *Movimento operário em Portugal*, pref. Anselmo de Andrade, Ferreira e Oliveira, Lisboa, [1905]

Lima, José Lobo d’Ávila, *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909

Magalhães, J. M. Vilhena Barbosa de, *Seguro contra acidentes de trabalho I: da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efectivação pelo seguro*, dissertação para concurso a Professor do grupo de Ciências Jurídicas na Faculdade de Estudos Sociais de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1913

María e Izquierdo, María José, “En la crisis de la modernidad: Cuestión social y ciencia jurídica laboral”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXVIII-LXXIX, 2008-2009, pp. 481-494

Martinez, Pedro Romano, *Acidentes de trabalho*, Pedro Ferreira - Editor, Lisboa, 1996

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*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2017

Martins, Conceição Andrade, “Trabalho e condições de vida em Portugal (1850-1913)”, *Análise Social*, vol. XXXII (142), 1997 (3.º), pp. 483-535

Moura, José Barros, *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho: contributo para a teoria da Convenção Colectiva de Trabalho no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1984

Nunes, Filipe de Arede, “Os Seguros Sociais Obrigatórios de 1919. Perspectiva jurídico-política”, in Margarida Seixas e Cristina Rodrigues (org.), *Da escravidão ao trabalho digno. Nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT*, Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), Lisboa, 2021, pp. 71-82

Nunes, Victor Augusto Pereira, *O trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes: exposição e crítica*, dissertação para o concurso de assistente da Faculdade Technica da Universidade do Porto, [Typ. Progresso], Porto, 1918

Pereira, David Teles, “Breve síntese histórica da tutela dos acidentes de trabalho no ordenamento jurídico português: o seguro de acidentes de trabalho em especial (1913-2000)”, *Fórum - Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, Ano XVIII, n.º 34, Abril 2014, pp. 7-23

Pinto, Mário, “O Direito perante a greve”, *Análise Social*, vol. IV, 1966 (13), pp. 48-73

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho - Relatório*, Almedina, Coimbra, 2005

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Negociação Colectiva Atípica - Lição de agregação*, Almedina, Coimbra, 2009

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I - Dogmática Geral*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2015

Saieilles, Raymond, *Les accidents de travail et la responsabilité civile : (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1897

Santa-Rita, Guilherme Augusto de, *O socorro mutuo em Lisboa: relatório - estudo*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1901

Santos, Fernando Piteira, “A fundação de «A Voz do Operário» - do «abstencionismo político» à participação no «congresso possibilista» de 1889”, *Análise Social*, vol. XVII (67-68), 1981 (3º-4º-5º), pp. 681-693

Seixas, Margarida, “A Institucionalização da Justiça do Trabalho em Portugal (1889-1933)”, *100 anos da Organização Internacional do Trabalho - O Centenário do Ministério do Trabalho: a institucionalização da regulação laboral*, Lisboa, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social / Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), 2016, pp. 47-61

Seixas, Margarida, “Jornada de trabalho máxima e descanso semanal na primeira legislação laboral portuguesa: entre o final da monarquia e a I República”, in Mota, Helena, et al. (coord.), *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 275-296

Seixas, Margarida, “História do Direito do Trabalho. Objecto e Método”, *Anuário de História do Direito*, I, 1, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 163-201

Seixas, Margarida, *História do Direito do Trabalho em Portugal, vol. I - Um Direito em construção*, AAFDL, Lisboa, 2021

Seixas, Margarida, “Cem anos depois: juristas e trabalho - I parte”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano I, 2021, nº 1, pp. 1069-1109

Silva, Fernando Emygdio da, *O operariado português na questão social*, pref. Eduardo Villaça, Typographia Universal, Lisboa, 1905

Silva, Fernando Emygdio da, *Seguros mútuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911

Silva, Fernando Emygdio da, *As Greves*, vol. I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913

Silva, Fernando Emygdio da, *Acidentes de trabalho*, dissertação de concurso a Prof. da Secção de Ciências Económicas da Faculdade de Direito de Lisboa, Imprensa Nacional, Lisboa, 1913

Silva, Fernando Emygdio da, Rocha, Albino Vieira da, e Melo, Martinho Nobre de, *Economia social: sumário das lições magistraes e dos assuntos dos exercicios práticos*, [manuscrito] [1913-1919]

Silva, Luís Gonçalves da, *A Greve e os Acidentes de Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1998

Silva, Luís Gonçalves da, *Da eficácia da convenção colectiva*, tese de doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Civis), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2012

Simões, José Maria de Oliveira, *Trabalho dos Adultos na Indústria*, Relatório apresentado ao III Congresso da Liga Nacional contra a Tuberculose, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906

Souza, José Marnoco e, “Caracteres da legislação operária”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano I (1914-15), nº 3, Novembro de 1914, pp. 95-109

Souza, José Marnoco e, e Reis, Alberto dos, *A Faculdade de Direito e o seu Ensino*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1907

Tengarrinha, José, “As greves em Portugal: uma perspectiva histórica do século XVIII a 1920”, *Análise Social*, vol. XVII (67-68), 1981 (3º-4º), pp. 573-601

Ulrich, Ruy Ennes, *Legislação Operaria Portuguesa*, França Amado, Coimbra, 1906

Vasconcellos, D.J. Almeida, e Borges, G. Ferreira, *Estudo da legislação portuguesa sobre desastres no trabalho*, J. Rodrigues, Lisboa, 1915

Ventura, Raul 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, Raul Jorge Rodrigues, *A Greve no Direito Positivo Português*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol.6, [Faculdade de Direito da Universidade e Lisboa], Lisboa, 1949

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, I,
Verbo, Lisboa, 2004

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa,
1983





REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

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