

# RIDT

ANO III / MAIO 2023 / Nº 4  
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

22 Design e Comunicação  
[www.vinteedois.pt](http://www.vinteedois.pt)

## 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

22 Design and Communication  
[www.vinteedois.pt](http://www.vinteedois.pt)

# ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

## I. Orientação

A Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT) é uma publicação periódica eletrónica de livre acesso, com um sistema de *double-blind peer review*, criada e detida pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Centro de Investigação de Direito Privado da Universidade de Lisboa.

## II. Objetivos

A RIDT prossegue, com plena independência, os seguintes objetivos:

- a) Fomentar a investigação científica nas áreas do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas;
- b) Promover o aprofundamento da investigação científica em Portugal e no estrangeiro, através da publicação de artigos científicos que versem especialmente sobre Direito Laboral ou sobre outras áreas de estudo com impacto neste ramo do Direito;
- c) Promover a internacionalização das áreas de estudo da RIDT, através da publicação de artigos científicos de investigadores estrangeiros, de artigos científicos que versem sobre ordenamentos jurídicos estrangeiros ou que adotem perspetivas comparatísticas do estudo do Direito;
- d) Fomentar a liberdade académica dos autores e a inovação científica;
- e) Disseminar o conhecimento do Direito do Trabalho, da Segurança Social e áreas conexas, aproximando a comunidade académica da sociedade civil.

## III. Investigação científica

A RIDT promove a investigação científica publicando artigos originais e inéditos, admitindo a publicação de textos já divulgados, nomeadamente em caso de atualização ou de a publicação inicial ter tido reduzida divulgação, assegurando o autor a autorização, quando necessária, e fazendo-se menção à anterior publicação, nos termos definidos no regulamento.

#### **IV. Peer review**

1. A RIDT promove a investigação e divulgação de artigos científicos de excelência, assegurando o rigor técnico da investigação através da implementação de um sistema de *double-blind peer review*.
2. A RIDT assegura que a revisão dos textos é realizada de forma anónima e com garantias de imparcialidade, nos termos estabelecidos no regulamento.

#### **V. Princípios deontológicos**

A RIDT assegura o respeito pelos princípios deontológicos e pela ética profissional dos jornalistas, assim como pela boa fé dos leitores, nos termos do Código Deontológico dos Jornalistas e Boa fé dos Leitores.

#### **VI. Publicação**

A publicação dos textos enviados e revistos ficará condicionada à aprovação da Direção, a qual poderá recusar a publicação de qualquer texto, tendo em conta, nomeadamente, a sua originalidade, a atualidade do tema, os parâmetros em que se baseia a revisão pelos pares (através do sistema de *double-blind peer review*), os comentários dos revisores e quaisquer condicionamentos editoriais.

#### **VII. Estrutura orgânica**

1. A RIDT é composta pela Direção e pelo Conselho Científico.
2. A Direção é composta por cinco membros: dois Diretores, um Subdiretor, um Secretário Geral e um Secretário Geral Adjunto, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.
3. O Conselho Científico é composto por personalidades de reconhecido mérito, designadamente, académicos, magistrados, advogados ou profissionais de outras áreas, com relevante currículo académico, científico ou profissional na área do Direito, em especial, do Direito do Trabalho e matérias conexas, desempenhando as competências estabelecidas no regulamento.

# ***EDITORIAL STATUTES OF RIDT***

## **I. Introduction**

The International Labour Law Review (RIDT) is a free-access electronic periodical publication with double-blind peer review, created and owned by the Labour Law Institute of the Faculty of Law of the University of Lisbon, within the scope of the Centre for Research in Private Law of the University of Lisbon.

## **II. Objectives**

RIDT pursues, with full independence, the following objectives:

- a) Promoting scientific research in the areas of Labour Law, Social Security and related areas;
- b) Promoting the deepening of scientific research in Portugal and abroad, through the publication of scientific articles especially focused on Labour Law or other areas of study with an impact in this branch of Law;
- c) Promoting the internationalization of the areas of study of RIDT, through the publication of scientific articles authored by foreign researchers, scientific articles that study foreign legal systems or that develop comparative legal research;
- d) Encouraging academic freedom of authors and scientific innovation;
- e) Disseminating knowledge of Labour Law, Social Security and related areas, bringing the academic community closer to the civil society.

## **III. Scientific research**

RIDT promotes scientific research by publishing original and unpublished papers, although previous published papers can be eligible for publication if they include updates or if the previous publication had low dissemination, in which case the author shall ensure permission from the publisher, if necessary, and mention the previous publication of the paper.

#### **IV. Peer review**

1. RIDT promotes research and dissemination of scientific articles of excellence, ensuring the technical accuracy of research through the implementation of a double-blind peer review system.
2. RIDT ensures that the review of papers is carried out anonymously and with guarantees of impartiality, in accordance with the terms established in the regulations.

#### **V. Ethical principles**

RIDT ensures the respect for the deontological principles and professional ethics of journalists, as well as for the good faith of readers, in accordance with the Journalists' Code of Ethics and Readers' Good Faith.

#### **VI. Publication**

The publication of papers sent and reviewed will be subject to the approval of the Board, which may refuse to publish any paper, considering, notably, its originality, the topicality of the subject, the criteria which the review is based on (through double-blind peer review), the comments of the reviewers and any editorial constraints.

#### **VII. Organisational structure**

1. RIDT is composed of the following bodies: the Board and the Scientific Council.
2. The Board is composed of five members: two Directors, an Assistant Director, a Secretary-General, and a Deputy Secretary-General, with the responsibilities set forth in the regulations.
3. The Scientific Council is composed of personalities of recognized merit, namely, academics, magistrates, lawyers or professionals from other areas, with relevant academic, scientific or professional curriculum in the area of Law, in particular, Labour Law and related matters, with the responsibilities set forth in the regulations.

# CONSELHO CIENTÍFICO *SCIENTIFIC COUNCIL*

**Alberto Arufe Varela**

Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

**André Pestana Nascimento**

Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (Portugal)

**Ângela Carrascalão**

Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

**António Menezes Cordeiro**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**António Monteiro Fernandes**

Universidade Nova de Lisboa, Universidade Lusófona de Lisboa (Portugal)

**António Moreira**

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

**António Nunes de Carvalho**

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Apelles J. B. Conceição**

Advogado (Portugal)

**Benjamim Mendes**

DLA Piper ABBC - ABBC - Azevedo Neves, Benjamim Mendes, Carvalho e Associados, Advogados, SP, RL (Portugal)

**Bernardo Lobo Xavier**

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Carmo Sousa Machado**

Abreu Advogados (Portugal)

**Catarina Carvalho**

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Catarina Levy Osório**

ALC Advogados (Angola)

**Cristina Leite**

MLA - Menezes, Leite e Associados, Sociedade de Advogados (Cabo Verde)

**Dário Moura Vicente**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Diogo Leote**

Miranda & Associados - Sociedade de Advogados, SP, RL (Portugal)

**Duarte Casimiro**

Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

**Estêvão Mallet**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

**Fernando Araújo**  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Francisco Liberal Fernandes**  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal)

**Franco Carinci**  
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (Itália)

**Geraldo da Cruz Almeida**  
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Cabo Verde)

**Giuseppe Ludovico**  
Università degli Studi di Milano (Itália)

**Guilherme Dray**  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Jean-Claude Javillier**  
Université Panthéon-Assas, Paris II (França)

**Jesús Cruz Villalón**  
Universidad de Sevilla (Espanha)

**Jesús Martínez Girón**  
Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

**Joana Vasconcelos**  
Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**João Leal Amado**  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

**José Artur Duarte Nogueira**  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**José João Abrantes**  
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / Juiz do Tribunal Constitucional (Portugal)

**José Luis Monereo Pérez**  
Universidad de Granada (Espanha)

**Júlio Manuel Vieira Gomes**  
Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Luís Gonçalves da Silva**  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Luís Menezes Leitão**  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Luís Miguel Monteiro**  
Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados (Portugal)

**Manuela Manuel Lopes Mendes**

Procuradoria Geral da República e Faculdade de Direito de Bissau (Guiné-Bissau)

**Margarida Seixas**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Maria Emilia Casas Baamonde**

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

**Nuno Guedes Vaz**

PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

**Otávio Pinto e Silva**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

**Paula Borges Santos**

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (Portugal)

**Paula Ponces Camanho**

Faculdade de Direito da Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Paula Rosado Pereira**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Paula Vaz Freire**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Pedro Furtado Martins**

Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa (Portugal)

**Pedro Madeira de Brito**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Pedro Romano Martinez**

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

## BRASIL

- Guilherme Sebalhos Ritzel / Marcelo Barroso Kümmel**  
Desemprego e novas tecnologias: espaço aberto para o trabalho mediante plataformas digitais: o caso dos motoristas de aplicativo no Brasil 7
- Nael Neri de Souza Júnior**  
A dimensão coletiva da tutela de dados pessoais de trabalhadores: uma perspectiva a partir do Brasil 49

## PORTUGAL

- Apelles J. B. Conceição**  
Os rendimentos de substituição e a sua tutela administrativa (algumas considerações) 105
- António Menezes Cordeiro**  
Do tratamento mais favorável no Direito do Trabalho 163
- Joana Neto**  
A alteração ao estatuto dos profissionais da cultura. Amputaram a nova presunção de laboralidade? 181
- Joana Vasconcelos**  
Os regimes especiais de teletrabalho no Código do Trabalho 221

**João Leal Amado / Catarina Gomes Santos**

A compensação pelo despedimento, a presunção de aceitação deste e a obrigatória devolução daquela: algumas considerações em torno da jurisprudência recente

237

**Júlio Manuel Vieira Gomes**

Notas críticas sobre a jurisprudência mais recente do TEDH em matéria de tutela do denunciante (*whistleblower*)

261

**Pedro Romano Martinez / Luís Gonçalves da Silva**

Constituição e Agenda do Trabalho Digno

279





# BRASIL





# DESEMPREGO E NOVAS TECNOLOGIAS: ESPAÇO ABERTO PARA O TRABALHO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITAIS: O CASO DOS MOTORISTAS DE APLICATIVO NO BRASIL\*

*UNEMPLOYMENT AND NEW TECHNOLOGIES: OPEN SPACE FOR WORK  
THROUGH DIGITAL PLATFORMS: THE CASE OF APP DRIVERS IN BRAZIL*

**Guilherme Sebalhos Ritzel<sup>1</sup>**

**Marcelo Barroso Kimmel<sup>2</sup>**

Sumário: 1. Introdução. 2. Reformas trabalhistas e geração de emprego no Brasil: aumento do trabalho precário. 2.1. Reformas trabalhistas no Brasil e a geração de empregos qualificados. 2.2. As novas tecnologias e o trabalho mediante plataformas digitais. 3. O trabalho em plataformas digitais e as características de uma relação de emprego conforme a CLT. 3.1. O trabalho mediante plataformas digitais no Brasil. 3.2. Os motoristas de aplicativos no Judiciário brasileiro. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

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

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Franciscana (UFN), Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) e Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Graduação em Direito e de Direito Internacional do Trabalho do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Franciscana (UFN). Professor convidado da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

#### Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo verificar se o trabalho prestado por meio das plataformas digitais é autônomo, a desafiar uma nova regulamentação desta espécie de prestação de trabalho, ou se visa a afastar-se da aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), deixando de garantir aos trabalhadores, assim, uma série de direitos trabalhistas. Para isso, analisa as reformas trabalhistas de 2017, e seu objetivo de gerar mais empregos, e o desenvolvimento das novas tecnologias, que permitiram o surgimento das plataformas digitais no Brasil. Mediante a análise de decisões dos tribunais trabalhistas brasileiros, conclui que presentes os requisitos da relação de emprego, na forma da legislação brasileira, o vínculo de emprego pode ser reconhecido entre os trabalhadores e as plataformas digitais, notadamente em se tratando de plataformas *crowdsourcing offline* específicas, como a Uber.

#### Abstract:

*The present work aims to verify if the work provided through digital platforms is autonomous, to challenge a new regulation of this kind of work, or if it aims to move away from the application of the Consolidation of Labor Laws (CLT), thus failing to guarantee workers a series of labor rights. For this, it analyzes the 2017 labor reforms, and their objective of generating more jobs, and the development of new technologies, which allowed the emergence of digital platforms in Brazil. Through the analysis of decisions of the Brazilian labor courts, it concludes that present the requirements of the employment relationship, in the form of Brazilian legislation, the employment relationship can be recognized between workers and digital platforms, notably in the case of specific offline crowdsourcing platforms, like Uber.*

## 1. Introdução

Em tempos de crise econômica, ressaca mundial da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19) e desenvolvimento acelerado das novas tecnologias, notadamente a expansão da internet, o mundo do trabalho enfrenta novos desafios. Dentre estes, está a criação de empregos qualificados, que permitam aos trabalhadores a sua sobrevivência com dignidade.

No Brasil, o ano de 2017 se caracterizou por uma intensa produção legislativa na área trabalhista, sendo aprovada em julho a Lei n.º

13.467, que ficou conhecida como reforma trabalhista. Uma das promessas de tal reforma era justamente gerar novas vagas, mediante uma maior flexibilidade da legislação, representada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principal diploma jurídico-trabalhista brasileiro.

Os números oficiais não apontaram a geração de empregos qualificados, formais, protegidos pela legislação. Ao contrário, a flexibilidade levou a estímulo de criação de postos de trabalho informais, mediante o trabalho autônomo, dentre os quais se destacam os prestados por meio das plataformas digitais.

O trabalho mediante plataformas digitais se expandiu no Brasil nos últimos anos em decorrência da rápida evolução das tecnologias de informação e comunicação e da internet, e também em razão da necessidade de postos de trabalho em um ambiente econômico restritivo ante uma série de crises por que passou o país, desde aspectos políticos, econômicos e sanitários.

O presente trabalho procura concatenar a evolução da legislação trabalhista nos últimos anos no Brasil e o crescimento da prestação de serviços por meio das plataformas digitais, analisando ao final o tratamento jurídico dado pelos tribunais trabalhistas à discussão sobre a existência ou não da relação de emprego entre os motoristas que atuam por meio da plataforma Uber, com o objetivo de verificar se o trabalho prestado é realmente autônomo, a desafiar uma nova regulamentação desta espécie de prestação de trabalho; ou se a forma como atua a Uber no Brasil visa a afastar-se da aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho, deixando de garantir aos trabalhadores, assim, uma série de direitos trabalhistas.

## **2. REFORMAS TRABALHISTAS E GERAÇÃO DE EMPREGO NO BRASIL: AUMENTO DO TRABALHO PRECÁRIO**

Em razão das modificações do mundo do trabalho, decorrentes das crises econômicas (e ultimamente, também, de crises sanitárias e da guerra) e do desenvolvimento das tecnologias, os países se deparam com o desafio de tornar sua legislação trabalhista adequada aos novos tempos.

O Brasil nos últimos anos tenta enfrentar esse desafio, de atualizar sua legislação trabalhista com o objetivo de favorecer a geração de novas vagas de trabalho. Dessa forma, a seguir serão analisadas as modificações da legislação trabalhista brasileira no ano de 2017; seus impactos no mercado de trabalho; e a criação de vagas de trabalho precárias, supostamente fora do alcance das normas trabalhistas, mediadas por tecnologias no âmbito de plataformas digitais.

### **2.1. Reformas trabalhistas no Brasil e a geração de empregos qualificados**

O ano de 2017 foi o ano das “reformas trabalhistas” no Brasil. Embora a Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017 e que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, tenha sido conhecida por lei da reforma trabalhista, também neste ano entraram em vigor a Lei n.º 13.419, de 13 de março, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (doravante “CLT”) para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional (gorjetas) sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares; a Lei n.º 13.429,

de 31 de março, que alterou dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispunha sobre o trabalho temporário, para dispor sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, a terceirização; e a Medida Provisória n.º 808, adotada em 14 de novembro, três dias depois da vigência da Lei n.º 13.467, alterando cerca de quinze dispositivos da CLT, notadamente oriundos da reforma trabalhista promovida pela Lei n.º 13.467.

Esta Medida Provisória explica a tramitação acelerada do projeto de lei que originou a Lei n.º 13.467, pois é resultado de uma promessa do então Presidente da República para que o projeto oriundo da Câmara dos Deputados fosse aprovado no Senado Federal sem alterações, para que não fosse necessário retornar à Casa de origem. O plano era o Presidente da República vetar alguns trechos da lei, possivelmente inconstitucionais, e após corrigir por meio de Medida Provisória (BENEDETTO, 2017, p. 550). A Lei n.º 13.467, entretanto, foi aprovada sem qualquer veto. Porém, o Poder Executivo adota a Medida Provisória 808, em 14 de novembro de 2017, tratando de pontos específicos acerca do regime de trabalho 12 x 36, dano extrapatrimonial, trabalho da gestante em ambiente insalubre, contratação de trabalhadores autônomos, contrato de trabalho intermitente, gorjetas, comissão de representantes de empregados, enquadramento do grau de insalubridade por meio de negociação coletiva, participação dos sindicatos em ação coletiva com objetivo de anulação de cláusula de acordos e convenções coletivos e recolhimento de FGTS e contribuições previdenciárias. Referida medida provisória, entretanto, não foi aprovada pelo Congresso, tendo sua vigência encerrada em 23 de

abril de 2018, conforme Ato Declaratório n.º 22, de 24 de abril de 2018, firmado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional.

Assim, a Lei n.º 13.467 entra definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer veto ou correção, e sem qualquer alteração pelo Senado Federal, o que demonstra que foi totalmente gestada na Câmara dos Deputados, que apreciou projeto, apresentado em 21 de dezembro de 2016, que visava a alterar sete artigos da CLT e oito artigos da Lei n.º 6.019/74 (que originaram a mencionada Lei n.º 13.429, regulamentando a terceirização). Entre 21 de dezembro de 2016 e 13 de julho de 2017, passaram-se menos de sete meses, dentre eles o recesso parlamentar, e a reforma trabalhista foi aprovada com alterações em 97 artigos da CLT, cinco artigos da Lei n.º 6.019/74 (já alterada quatro meses antes), um artigo da Lei n.º 8.036/90 (que trata do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS) e mais um artigo da Lei n.º 8.212/91 (que trata do custeio da Seguridade Social). Roberto Di Benedetto (2017, p. 547-548) demonstra que o relator na Câmara dos Deputados apresentou relatório sobre o projeto original, e substitutivo com os acréscimos que resultaram nas alterações acima mencionadas, em 12 de abril de 2017, e no dia 26 do mesmo mês o substitutivo foi aprovado, ou seja, em apenas 14 dias, texto que não mais foi modificado.

Conforme Leonardo Tibo Barbosa Lima (2018, p. 373-374), as alterações tinham por objetivo, ainda que o autor questione “se do ponto de vista político-democrático e jurídico-sistemático, os meios eleitos para chegar a elas são ou não adequados.”, a geração de empregos, a modernização da legislação, a garantia de segurança jurídica e a diminuição da litigiosidade.

Em consulta ao Painel PNAD Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL, 2022-a), é possível comparar os dados entre o 4º trimestre de 2016, período em que foi apresentado o projeto de reforma trabalhista e o 2º trimestre de 2022, último período em que os dados já foram divulgados quando da redação deste trabalho. Neste período é possível perceber que o número de pessoas em idade para trabalhar aumentou em cerca de 10 milhões de pessoas, mas que cerca de 3 milhões delas ficaram de fora da força de trabalho. O número de pessoas empregadas no setor privado, potenciais beneficiárias da proteção da CLT, aumentou de 45,4 milhões de pessoas para 48,8 milhões de pessoas; entretanto, o número de pessoas empregadas no setor privado com Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), beneficiárias objetivas da proteção da CLT, aumento de 34,7 milhões de pessoas para 35,7 milhões de pessoas. Tais dados apontam duas conclusões: 1) há um déficit de formalização do trabalho no setor privado; 2) esse déficit aumentou entre final de 2016 e o início de 2022. As conclusões são reforçadas pelo aumento das pessoas ocupadas informalmente, que passou de 35,2 milhões em 2016 para 39,2 milhões em 2022. Pode-se perceber que o número de pessoas desocupadas diminuiu de 12,6 milhões de pessoas para pouco mais de 10 milhões; o que fez com que a taxa de desocupação passasse de 12,2% a 9,3%.

O que se percebe dos números, dentre outras conclusões possíveis, é que houve uma diminuição da taxa de desemprego, de 12,2% pré-reforma trabalhista para 9,3% nos dias atuais; porém houve um incremento de menos de 3% nos empregados com CTPS assinada e cerca de 13% no mercado informal.

Observe-se que há uma redução do desemprego, mas as ocupações de qualidade não são criadas no mesmo ritmo das vagas oferecidas. O aumento da informalidade, ou seja, de ocupações fora do âmbito de incidência da CLT, se traduz na falta de garantias de direitos como salário-mínimo, férias, 13º salários e limitação de jornada, além de outros como horas extras, adicional noturno, adicionais de insalubridade e periculosidade. Da mesma forma, não há recolhimentos previdenciários e de FGTS, às vezes de imposto de renda, o que prejudica não só os trabalhadores, mas também outras políticas públicas, como o financiamento de previdência social e as políticas de saneamento básico, infraestrutura urbana e habitação e crédito às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuam com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS (art. 9º, § 2º, da Lei n.º 8.036/90), onde investidos os recursos do FGTS.

Em que pese o notório fato de que os anos de 2020 e 2021 foram nefastos para o mercado de trabalho, em função da pandemia decorrente do novo Coronavírus, que resultou, conforme dados do início de outubro de 2022, em mais de 686.000 mortes no Brasil (BRASIL, 2022-b), as mudanças na legislação trabalhista não foram capazes de gerar número significativo de novos empregos, especialmente postos de trabalho qualificados e protegidos pela CLT.

Nesse norte, a ampliação do trabalho informal e a valorização do trabalho autônomo no próprio texto legal que regula o emprego típico (o novo art. 442-B da CLT prevê que a contratação do autônomo, cumpridas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta sua caracterização como empregado),

deram espaço para novas formas de trabalho intermediadas por plataformas digitais, geralmente mantidas por grandes empresas, sem vínculo formal de emprego e esquivando-se da aplicação da legislação trabalhista.

## 2.2. As novas tecnologias e o trabalho mediante plataformas digitais

Os últimos tempos apresentam um grande desenvolvimento de novas formas de contratar e anunciar a prestação de serviços. Notadamente aquelas pessoas que estão fora do mercado formal de trabalho, procuram ocupação para oferecer serviços, produtos e mão de obra a quem deles necessitem, uma vez que, pela falta de vagas de trabalho, não conseguem colocar sua mão de obra à disposição de uma empresa. A incapacidade de o Estado fomentar políticas públicas para estimular a criação de novos empregos qualificados, o que implica no aumento da informalidade nas relações de trabalho; e o desenvolvimento de novas tecnologias abriu um enorme espaço para o surgimento do trabalho intermediado por plataformas digitais.

O avanço das novas tecnologias, especialmente a popularização da internet, permitiram que novas formas de prestar o trabalho, inclusive *on line*, surgissem em todo o mundo, superando o conceito tradicional de posto de trabalho, normalmente fixado em uma empresa com um estabelecimento físico, geograficamente localizado. Aliado a esses avanços está também o surgimento de novas formas de consumo, que fazem com que a oferta de bens e serviços se diversifique. De outro lado, grandes empresas podem alcançar espaços

geográficos de atuação antes impensáveis, por meios remotos, com baixo custo de instalação e mão de obra (VASCONCELOS; VALENTINI; NUNES, 2017, p. 91).

Este incremento das novas tecnologias permite uma expansão da exploração do trabalho humano nos vínculos tradicionais de trabalho, com controle à distância, trabalho em domicílio (teletrabalho), uso dos recursos do próprio trabalhador, como energia elétrica, conexão à internet e equipamentos informáticos; mas também a oferta de serviços por meio de plataformas digitais.

Neste novo formato de oferta de serviços, “o modelo de negócios consiste em colocar em contato o demandante do serviço com o provedor deste”, menciona Adrián Todolí Signes (2017, p. 29).

Portanto, além de as novas tecnologias diminuírem profundamente os custos das empresas tradicionais, permitindo sua atuação global; também criam novas formas de prestação de serviços e produção, pois neste caso o papel da empresa é conectar consumidores e produtores ou prestadores de serviços, supostamente sem empregados. Signes (2017, p. 30) diz que este novo tipo de atuação das empresas vem sendo chamado como *on-demand economy*, ou economia sob demanda, descrevendo-a como “um modelo de negócio em que as novas tecnologias na Internet permitem que as plataformas virtuais disponham de grandes grupos de prestadores de serviços, os quais ficam à espera de uma solicitação de serviço de um consumidor.”. O autor (2017, p. 30) também relata que outros a chamam de *peer-to-peereconomy* ou economia de igual para igual, sob a ideia de que desapareceria a empresa intermediária, pois o consumidor

procuraria diretamente o prestador de serviços e ambos estariam em igualdade de condições.

Para Signes (2017, p. 30), ambos os conceitos merecem críticas: o primeiro, *on-demandeconomy*, porque antes mesmo das plataformas digitais, a economia já era “sob demanda”, pois os serviços são prestados somente quando solicitados por um cliente ou consumidor; o segundo, *peer-to-peereconomy*, porque seria enganoso, já que há um tradicional desequilíbrio entre quem presta o serviço e quem o solicita, pois este tem o dinheiro para o pagamento, enquanto aquele, ao não prestar o serviço hoje, ao não vender seu trabalho hoje, não poderá fazê-lo amanhã, o que sempre o coloca em desvantagem. Signes (2017, p. 30) prefere, então, a expressão “prestação de serviços através de plataformas virtuais”. Dada a abrangência do tema, pois a tecnologia pode ser utilizada de várias maneiras e em diferentes modelos de negócios, Signes (2017, p. 31) classifica a prestação de serviços por meio de plataformas em quatro tipos de negócios: *crowdsourcing online* e *offline*; e *crowdsourcing* genérico e específico.

Moreira (2022, p. 342), depois de abordar o advento da *sharing economy* ou economia colaborativa, que resulta da confluência das mudanças no mundo do trabalho e os avanços das tecnologias também faz a distinção entre *crowdsourcing online* e *offline*, o que será abordado mais adiante. Sobre a economia colaborativa, Moreira (2022, p. 343) afirma que frequentemente levanta questões relativa aos regimes jurídicos aplicáveis, “diluindo a tradicional distinção entre consumidor e fornecedor, trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, prestação de serviços profissionais e não

profissionais”. A autora (2022, p. 344) também denuncia que a *sharing economy* surge com um “discurso amável”, unindo hábitos digitais à falta de oportunidades, bem como uma estratégia de *marketing* que converte as pessoas em “empreendedores”, donos de seu tempo e destino, “mesmo que, na verdade, esse tempo e esse destino estejam nas mãos de grandes empresas internacionais.”.

Tanto Signes (2017, p. 31), quanto Moreira (2022, p. 346), classificam o *crowdsourcing online* como aquele tipo de serviço que pode ser realizado de forma totalmente virtual; enquanto a modalidade *offline* exige um trabalho físico para serem realizados. No primeiro tipo a concorrência é global, pois o serviço pode ser prestado de qualquer local do planeta, como por exemplo, se requer o desenho gráfico de um cartaz ou rótulo, como exemplifica Signes (2022, p. 31); ou o pedido de uma tradução de textos ou revisão de um livro ou trabalho científico. Já no segundo caso, exige-se uma execução local, e a concorrência será menor, a exemplo da Uber, como menciona Moreira (2022, p. 346), hipótese em que “Os trabalhadores competirão em igualdade de condições - mesmos direitos trabalhistas - que os outros possíveis prestadores de serviços.”.

Moreira (2022, p. 347) assevera que “Claro que esta divisão é muito importante do ponto de vista do Direito a aplicar porque a segunda modalidade [*crowdsourcing offline*] é mais fácil de enquadrar nos meios tradicionais de resolução previstos na lei do que a primeira, permitindo maior controlo dos trabalhadores, sobretudo quando se trata de atividades concretas.”.

Signes (2017, p. 31) ainda classifica a prestação de serviços por meio de plataformas genéricas ou específicas. Nas primeiras, pode

ser requerido qualquer tipo de serviços, como, no Brasil, a plataforma Youtaf ([www.youtaf.com.br](http://www.youtaf.com.br)), uma plataforma de serviços online fundada na Suíça, por dois brasileiros, e no Brasil desde 2019, que conta com mais de 600 profissionais cadastrados em mais de 400 áreas, divididos em 15 diferentes categorias como design, tecnologia, finanças, aulas, construção e reforma, veículos, etc. A plataforma permite aos prestadores, por meio de um plano pago, realizar a divulgação dos serviços profissionais a serem ofertados ao mercado consumidor. Segundo Signes (2017, p. 32) “funcionam mais como um quadro de anúncios, onde qualquer atividade pode ser divulgada e onde a reputação da empresa não depende de como é realizada essa atividade (já que a empresa não está vinculada a nenhuma atividade em concreto). Isso faz com que as plataformas virtuais exerçam um menor controle sobre como os prestadores de serviços realizam suas atividades - menor subordinação.”.

Já as plataformas específicas de um setor de atividade, como a Uber, “exercem um controle muito maior sobre seus trabalhadores. Ou seja, como se fosse uma empresa tradicional, uma companhia que se dedica ao transporte de passageiros deseja manter sua marca em alta consideração, para isso, deve fornecer um bom serviço e assegurar que seus trabalhadores/microempresários assim o façam.” (SIGNES, pp. 31-32).

Portanto, pode-se concluir que as plataformas digitais específicas, que exigem uma manutenção da sua reputação, em que a prestação de serviços não é totalmente *online*, sendo necessária uma prestação física, local, estão mais próximas da relação jurídica de

emprego, podendo, inclusive, ser utilizadas justamente para evitar a aplicação de todo o arcabouço jurídico-legal trabalhista.

### 3. O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS E AS CARACTERÍSTICAS DE UMA RELAÇÃO DE EMPREGO CONFORME A CLT

O mundo do trabalho contemporâneo se caracteriza por diferentes formas de labor oportunizados pelo avanço tecnológico. Neste sentido, atividades exercidas de maneira telepresencial passaram a ser recorrentes nos últimos anos, e na mesma perspectiva, atividades onde o consumidor e o prestador de serviços são vinculados a uma plataforma digital também passaram por um grande crescimento recentemente.

Ambos os assuntos vêm sendo debatidos pela comunidade acadêmica e chegam ao Poder Judiciário brasileiro com bastante frequência. Deste modo, é de grande importância que se conceitue devidamente essas atividades.

#### 3.1. O trabalho mediante plataformas digitais no Brasil

O teletrabalho implica a execução a execução de atividades fora do ambiente físico da empresa, com a utilização da telemática mediante um contrato de trabalho (MELLO, 2019, p. 76), costumeiramente desempenhado na residência do trabalhador (o chamado *home office*), mas podendo também ocorrer em ambientes diversos, como em espaços públicos (BARROS, 2009, p. 327). Já o trabalho “plataformizado” é um fenômeno caracterizado pela intermediação

de trabalho humano que em tese é autônomo (DORNELLES JUNIOR, 2020, p. 38).

Castels (2011, p. 267) ressalta que esta realidade representa a chamada “sociedade pós-industrial”, isto é, uma sociedade marcada pelo declínio da indústria como principal elemento produtivo e pela ascensão da “sociedade da informação”. Nesta linha, o eixo predominante da atividade econômica passou a ser o setor de serviços, o que denota grandes mudanças sociais em muitos países que viram suas capacidades industriais migrarem para outras nações tendo em vista a globalização crescente.

Outra característica desta nova dinâmica do trabalho é a crescente flexibilização das leis trabalhistas no mundo, que no Brasil culminou com o termo “empreendedorismo de si mesmo”. Tal tendência traz outra explicação para a flexibilização, que não seria a de precarização das relações trabalhistas, mas sim, de prestação autônoma de trabalho. (ANTUNES, 2019, p. 16)

Entretanto, a ideia de “autonomia” no trabalho deve ser entendida não apenas como autonomia operacional de dias e horários laborados, mas de uma maneira mais abrangente. Sobre isso, Oliveira (2021, p. 28) invoca que a liberdade de estabelecer preços também é uma das características da autonomia, mesmo que sendo uma liberdade condicionada por fatores inerentes a cada atividade, que segundo o autor se configura como; “estabelecer e se apropriar dos frutos do trabalho, na ideia plena de labor por conta própria”.

Sérgio Pinto Martins (2019, p. 95) analisa o trabalho autônomo como uma atividade por conta própria, fazendo a ressalva de que é necessário observar se o trabalhador recebe ordens corriqueiramente

ou não: “Não é o trabalhador autônomo subordinado, pois exerce sua atividade por conta própria e não do empregador. Por esse motivo distingue-se do empregado, pelo fato que é independente. É preciso, contudo, verificar a quantidade de ordens a que está sujeito o trabalhador, para se notar se pode desenvolver normalmente seu mister sem qualquer ingerência do empregador.”.

Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 373) analisa o trabalho autônomo no sentido de que o trabalhador acolhe para si a direção empresarial do serviço prestado: “[...] a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho.”.

O autor ainda enfatiza que a autonomia se caracteriza como o oposto da subordinação, o que vale lembrar, é um dos requisitos para a configuração do vínculo de emprego. Assim, destaca-se que o direito trabalhista brasileiro prevê como uma relação de emprego as relações jurídicas que possuem as características elencadas no artigo 3º da CLT, que define como empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Filgueiras e Antunes (2020, p. 67) tecem grandes críticas ao entendimento de que não há vínculo de emprego neste tipo de situação. Conforme lembram os autores, as plataformas e os aplicativos estabelecem quem pode ou não pode trabalhar, além de determinar

o valor a ser recebido em uma corrida, por exemplo. Assim sendo, além da dependência do trabalhador em relação a muitos aspectos do trabalho, outro argumento que pode ser rebatido é a impossibilidade de subordinação.

Entende-se que o requisito “subordinação” pode sim ser configurado (ou mesmo alargado) na relação entre o motorista e o aplicativo. Essa afirmação se baseia no parágrafo único no artigo 6º da CLT, inserido em 2011 no direito laboral brasileiro (por meio da Lei n.º 12.551): “Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”.

Isto é, as tecnologias utilizadas para a consumação do trabalho plataformizado serve de fato para facilitar a subordinação telepresencial, e não para descaracterizá-la. Assim, vale ser dito que o trabalho subordinado é sim viável de maneira fora das dependências de um espaço físico tradicional, podendo ocorrer a subordinação com a ajuda dos meios telemáticos e informatizados.

Outro fator importante para a caracterização do vínculo de emprego, a continuidade no trabalho também é normalmente vista entre os motoristas de aplicativo no Brasil. Por exemplo, em pesquisa destinada a avaliar a saúde de motoristas de aplicativo, Grecco, Lucca, Azevedo e Bandini (2022, p. 97) abordam que 83% dos motoristas entrevistados afirmaram possuir este trabalho como sua única

remuneração enquanto para os demais se trata de uma renda extra. Ainda, 52% afirmaram trabalhar onze ou mais horas por dia e 92% dos entrevistados responderam que a jornada semanal é de cinco a sete dias.

Sobre isso, ressalta-se que a não-eventualidade, isto é, a continuidade na prestação de serviços é requisito essencial para a configuração do vínculo de emprego conforme o Direito do Trabalho brasileiro (DELGADO, 2017, p. 317). Deste modo, embora não seja correto afirmar que todos os trabalhadores por aplicativo laboram nessas condições, é viável entender que a grande maioria se encontra nesta realidade.

Outro importante elemento, a pessoalidade, também deve ser considerada para a configuração (ou não) do vínculo. Como bem salienta Delgado (2017, p. 315), a relação pactuada é *intuito personae*, isto é, não pode o trabalhador se fazer substituir por outro, pois não basta a atividade ser efetivamente desempenhada, deve ser desempenhada pela pessoa física do empregado. Sobre isso, cabe a reflexão: Os motoristas de aplicativo possuem a liberdade de emprestar o carro para outra pessoa efetuar a corrida? Ou mesmo, os contratantes podem ser pessoas jurídicas terceirizadas que subcontratam motoristas profissionais?

Oliveira (2021, 10) afirma que a falta de regulação afeta os trabalhadores em três diferentes dimensões, a falta de segurança física pela responsabilização própria dos motoristas em assumir os riscos da atividade (riscos que podem ofender sua integridade), a falta de segurança biológica pela falta de regulação da jornada de trabalho (compreendendo que a limitação de jornada diz respeito à saúde do

trabalhador), e a falta de segurança financeira por se tratar de uma atividade que não garante ao menos um salário mínimo.

Tal problemática ganhou grande relevância no debate social e jurídico nos últimos anos tendo em vista que muitos defensores deste tipo de trabalho afirmam que a atividade só é capaz de se manter por causa da falta de regulação. Como por exemplo Andrade (2020, p. 662) que defende que a livre-iniciativa e a autonomia da vontade devem prevalecer a uma eventual regulação ou equiparação do trabalho ao subordinado: “Ora, se o trabalhador concordou, em um regime de parceria, com as regras do jogo, não pode ter conduta contraditória e bater às portas do Judiciário pleiteando o reconhecimento de vínculo de emprego que jamais existiu. Não obstante, importante levarmos em consideração, ainda, os princípios da livre-iniciativa e da autonomia da vontade. Afinal, na Gig Economy, os prestadores de serviços se tornam empreendedores graças aos aplicativos, podendo atuar como, onde e quando desejarem.”.

O pensamento da autora utiliza o termo *gig economy*, que significa “trabalho por encomenda ou por tarefa”, nomenclatura utilizada para se referir ao trabalho intermediado pelas plataformas, ao mesmo modo de *sharing economy* ou “economia do compartilhamento” (DORNELLES JUNIOR, 2020, pp. 34-35). Porém, a premissa de colaboração ou de compartilhamento pode ser questionada tendo em vista várias das características dessa relação jurídica, como bem aborda Oliveira (2021, p. 15): “Nas plataformas que se perfilam apenas como mercado de trabalho (‘marketplace’), o vendedor de ‘trabalho’, formalmente classificado como livre e autônomo, deve agir como um trabalhador livre numa economia de mercado. Somente a

este livre trabalhador cabe a negociação e a barganha da sua mercadoria: o trabalho. Expedientes de controle, seja de índole econômica, de desempenho ou fiscalizatória, corroem essa ideia de autonomia e impedem que, nestas circunstâncias, a plataforma seja apenas uma mediadora ou conectora. Como ilustração, uma rádio taxi que tão somente se atenha a promover a comunicação entre clientes e taxistas seria assim uma mediadora legítima e não lhe cabendo a imputação de empregadora. No plano oposto, há relação de emprego quando a plataforma não se adstringe à função tradicional de plataforma de mera conexão.”.

Sobre isso, o que se pretende afirmar é que em casos onde o aplicativo faz apenas a intermediação entre prestadores de serviços autônomos e os seus eventuais clientes (*crowdsourcing online*, por meio de plataformas genéricas) não há relação de emprego. Dornelles Junior (2020, p. 36) explica que o termo não traz segurança ao tema: “Uma das principais críticas à terminologia ‘sharing economy’ é que, na realidade não existe uma economia do compartilhamento. O que existe é a monetização de um bem infrautilizado”.

Outros pontos debatidos são os que questionam a possibilidade de parceria, como bem destacou a *Cour de cassation* do Poder Judiciário francês, que discorreu ser o serviço caracterizado por três fatores: a) o motorista adere as normas da empresa, que regula as ofertas de serviço, sendo imprescindível para o seu funcionamento; b) o motorista não possui clientela própria e não defini livremente os preços; c) o itinerário da corrida via de regra, sempre foi previamente estabelecido até o destino final. (GAURIAU, 2020, p. 161)

Ainda, Gauriau (2020, p. 161) também aborda que a Corte francesa também destacou o poder disciplinar empresarial ao desconectar o motorista após três recusas de corridas. Assim sendo, percebe-se que há uma relação assimétrica entre as partes contratantes, onde um adere as condições preestabelecidas pelo outro.

Contudo, parece de grande importância destacar que as relações jurídicas, se baseando nas mudanças sociais e econômicas não podem apenas trabalhar com a dicotomia entre a subordinação e a autonomia. Abordando isso, parte da doutrina ressalta o conceito de trabalho “parassubordinado”, configurado de maneira intermediária entre o trabalho autônomo e o subordinado, prestado por profissionais liberais e de representação comercial, preenchendo os requisitos de pessoalidade, continuidade e subordinação (NASCIMENTO, 2008, p. 460).

Explicando a parassubordinação, Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 190) faz a seguinte crítica da polarização entre os conceitos: “[...] a dicotomia trabalho autônomo e trabalho subordinado gera uma diferença de tratamento radical, maniqueísta, onde as alternativas são tutela integral ou tutela nenhuma”.

Sobre isso, o que se pretende mencionar é que a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego aos motoristas de transporte individual das plataformas digitais pode ser invocada tendo em vista o cumprimento dos elementos fático-jurídicos dispostos nos artigos 2º e 3º da CLT no Brasil. Porém, seria interessante que por meio do legislativo o assunto fosse melhor debatido para evitar a insegurança jurídica, e também para evitar generalizações.

Um bom exemplo de como o tema é delicado é o fato de países com padrões trabalhistas normalmente parecidos tenham tomado posições opostas, como Portugal que negou o reconhecimento por meio da Lei 45/2018 e a Espanha que inseriu os trabalhadores no “Estatuto de los Trabajadores” por meio da Ley de Riders em 2021.

Desta maneira, havendo ou não a relação de emprego, a própria natureza de uma eventual ação judicial muda, modificando também qual a competência judiciária para julgar a lide. Abordando essa problemática, o próximo capítulo irá tratar de decisões judiciais brasileiras onde motoristas de aplicativo ajuízam ações na Justiça do Trabalho, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício e as verbas de natureza trabalhista, assim como outras ações ajuizadas na Justiça comum em que a natureza da relação jurídica é tida como de prestação autônoma de serviço.

### 3.2. Os motoristas de aplicativos no Poder Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário do Brasil precisou enfrentar os problemas decorrentes ao trabalho plataformizado e seus prestadores de serviço. Diante disso muitos casos foram analisados por decisões judiciais nos últimos anos.

Para o direito do trabalho brasileiro o que importa para a caracterização do vínculo é a real situação (princípio da primazia da realidade), independente se um contrato formal entre as partes afirme uma realidade diversa, como se vê por exemplo em decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1), do Rio de Janeiro que assim dispõe: “No caso em análise, resta claro nos autos que o

que a Uber faz é codificar o comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neo-fordista” (BRASIL, 2020-a).

Assim, o que é importante para a configuração ou não de um possível vínculo de emprego entre o motorista e a empresa, neste caso, a Uber, é a realidade fática e não a forma contratual. O chamado “princípio da primazia da realidade” direciona a análise das normas laborais nesse sentido, que conforme Américo Plá Rodriguez (1978, p. 228) significa a realidade se sobressaindo em relação à forma, pois os fatos se sobrepõem a uma irrestrita autonomia das partes contratantes.

Desta forma, obviamente que o que dispõe em um contrato de trabalho ou em um de prestações de serviços tem grande importância, porém, o princípio da primazia da realidade visa a ressaltar as ocorrências do cotidiano nas relações laborais. Por isso, há de se ressaltar que litígios com essa problemática vão além dos ocorridos com os motoristas de aplicativo, ocorrendo também em outras atividades.

Nesta linha, por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 4<sup>a</sup> Região (TRT4), do Rio Grande do Sul, reformou uma sentença que não havia entendido ser relação de emprego um vínculo entre uma vendedora de cosméticos e a empresa Natura. Analisando o conjunto probatório produzido em primeira instância, o TRT4 entendeu que a trabalhadora fazia a gestão de um grupo de vendedoras e estabelecia metas que eram ordens expressas da empresa, além também de não poder se ausentar de nenhuma reunião sobre as vendas entre outras

ordens hierárquicas, preenchendo assim os requisitos que caracterizam uma relação empregatícia (BRASIL, 2022-c).

Trata-se de um caso bastante parecido com o dos motoristas de aplicativo que se baseia no fato de que a relação entre as partes é de autonomia dos prestadores de serviço. Isto é, há determinados casos em que é possível identificar a subordinação, a continuidade e a pessoalidade, mesmo que, evidentemente, não seja viável fazer generalizações com todas as situações.

Esse problema é de grande relevância para o direito do trabalho, pois existe uma diferenciação grande de tratamento entre um trabalhador protegido pela CLT e por um contrato de trabalho e outro trabalhador que presta serviço de maneira autônoma. Sobre isso, resalta-se que existem as situações como a citada acima, onde o trabalho em via de regra se enquadra como autônomo e foi comprovada uma relação de emprego. Nesta perspectiva, a Justiça do Trabalho brasileira também lida com ações onde empresas contratam trabalhadores como Microempreendedores Individuais, os chamados “MEIs”, burlando a proteção trabalhista (conforme § 1º do art. 18-A da Lei Complementar 123/2006, nela inserido pela Lei Complementar 128/2008, MEI é o empresário individual a que se refere o art. 966 do Código Civil brasileiro que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00, optante pelo regime de tributação do Simples Nacional).

Muitos casos assim chegam ao Judiciário brasileiro, como o julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3), de Minas Gerais, que reconheceu vínculo de emprego de um pedreiro com uma empresa da construção civil, relação maquiada como prestação

de serviço de microempreendedores individuais (BRASIL, 2020-b). Com o colhimento de provas testemunhais ficou comprovado que muitos trabalhadores eram contratados como “MEI”, ou mesmo eram dispensados da empresa e no dia seguinte seguiam prestando serviço como microempreendedores, ficando à margem da proteção trabalhista por meio da prática fraudulenta.

Nesta linha, vale ressaltar que o trabalho desempenhado com vínculo de emprego enseja no pagamento de direitos previstos na CLT como a limitação de jornada e o pagamento de hora extraordinária quando esta for excedida (artigo 59), descanso semanal remunerado (artigo 67) e férias (artigos 130 e 134), por exemplo, também na proteção previdenciária disposta na Lei n.º 8.213/91 (lei que trata dos benefícios previdenciários) que possibilita proteger o trabalhador de eventuais adoecimentos e também da inevitável velhice em um momento futuro, além de possibilitar ao empregado o recebimento de verbas rescisórias ao término do seu contrato de trabalho (o que enseja dentre outras garantias, no direito ao aviso-prévio e no saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, previsto no inciso III do art. 7º da Constituição da República e na Lei n.º 8.036/90). Deste modo, deve ser levado em consideração o fato de que a proteção que o vínculo de emprego garante tem um caráter de extrema importância para a estabilidade econômica do país e para a qualidade de vida das pessoas.

Outra questão bastante pertinente diz respeito a eventual litígio entre as partes contratantes no trabalho plataformizado. Por exemplo, considerando a relação autônoma de serviços, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) condenou a Uber ao

pagamento de indenização pecuniária a um motorista desligado sem prévio aviso. Neste julgado (RIO GRANDE DO SUL, 2021), o Judiciário utilizou as normas de direito civil como os lucros cessantes do motorista e o princípio da probidade e da boa-fé contratual por causa da quebra imotivada do contrato (além da interpretação mais favorável ao aderente, considerando ser de fato um contrato de adesão pelo motivo de a empresa estabelecer os termos gerais da relação jurídica, cabendo ao motorista apenas decidir aderir ou não).

Porém, há também decisões na Justiça comum desfavoráveis para os motoristas de aplicativo. Sobre isso, ressalta-se o julgado do TJRS que manteve a exclusão de um motorista que teve o vínculo rompido após ter tido uma sequência de baixas avaliações de alguns passageiros. Após o autor do pedido alegar não ter tido o direito de se defender de eventuais reclamações e das notas baixas dos passageiros, o Tribunal de Justiça gaúcho fundamentou a sua decisão da seguinte forma: “É de conhecimento comum que a qualidade do serviço de transporte individual oferecido pelos aplicativos é de preponderante importância para que o passageiro opte por utilizar este ou aquele aplicativo e, desta forma, nenhuma irregularidade há na conduta da UBER em proceder na avaliação constante do motorista pelos usuários de forma a manter a qualidade e segurança dos serviços oferecidos” (RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Sobre este tipo de decisão, vale destacar que ao contrário do direito do trabalho e da sua justiça especializada que analisa as falhas do trabalhador sob a ótica do artigo 482 da CLT, norma que destaca situações passíveis do término contratual por justa causa, a justiça cível neste acórdão não elencou nenhuma justificativa

fundamentada. Deste modo, embora seja uma medida interessante para proteger o passageiro de eventuais maus motoristas, é de se refletir que muitos motoristas podem sofrer injustiças e discriminações de passageiros que apenas não “simpatizaram” com a pessoa que dirige ou com a corrida.

Outra decisão interessante diz respeito ao um recurso interposto perante o TJRS em que um motorista não teve a avaliação mínima exigida alcançada. Nesse caso específico, o julgador da justiça comum afirmou ser incompetente para a apreciação do feito que, como dispôs, se trata de competência da Justiça do Trabalho por se tratar de relação de trabalho, de acordo com a Constituição brasileira, no seu artigo 114 (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Nota-se que as decisões judiciais apreciadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possuem características bastante variadas, mesmo sendo em um mesmo tribunal (e considerando, ainda, que o Brasil possui muitas outras justiças estaduais, em cada unidade da federação). Deste modo, percebe-se que casos bastante semelhantes tiveram decisões bem diversas, o que difere da Justiça do Trabalho que vincula as suas decisões ao vínculo de emprego para depois apreciar os eventuais pedidos formulados pelo autor.

Assim, vale mencionar que, como já citado, diferentes Tribunais Regionais do Trabalho tomaram posição favorável ao reconhecimento do vínculo em diferentes regiões do país, como as decisões do TRT da 7ª Região no Ceará (BRASIL, 2022-d) e do TRT da 4ª Região no Rio Grande do Sul (BRASIL, 2021). No caso do segundo, inclusive houve críticas com a atual pretensão de se conceituar as novas formas de trabalho intermediadas pelo uso tecnológico com novas

denominações, sendo que segundo o julgador, apenas se utilizam do tradicional trabalho subordinado: “A chamada uberização das relações de trabalho (não por casualidade originada no próprio nome da ré), no capitalismo de plataforma, gig economy, crowdwork, trabalho digital, etc., operam figuras derivadas da quarta revolução industrial (a tecno-informática) que pretensamente criariam ‘novas formas’ de relações de trabalho quando, na verdade, os elementos que as compõem são exatamente os mesmos de uma relação de emprego, escamoteados por nomes pomposos (normalmente estrangeiros), que transmudam a figura do empregador no ‘facilitador’, ‘gestor’ ou ‘aproximador de pessoas’.” (BRASIL, 2021).

Ainda, o julgador expôs a contradição do pensamento dominante que trata o motorista como “microempreendedor”: “[...] a figura da pessoa trabalhadora no indivíduo microempreendedor de si mesmo ou no autônomo, que pretensamente não precisa ‘bater ponto’ e não tem ‘patrão’, mas cuja sobrevivência depende da prestação de serviços por longos períodos (normalmente acima de 10 horas de trabalho ao dia), sete dias por semana, trinta dias por mês e doze meses por ano” (BRASIL, 2021).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que julga os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos tribunais regionais do trabalho, com o objetivo de uniformizar a interpretação das normas trabalhistas no Brasil, também enfrentou esse problema. Em dezembro de 2021, a 3ª Turma do TST formou maioria para reconhecer o vínculo de emprego entre a Uber e motoristas (TAVARES, 2021) após manter uma tendência contrária a esta hipótese, se baseando

nos elementos fáticos-jurídicos dos artigos 2º e 3º da CLT (BRASIL, 2020-c).

Deste modo, a Corte trabalhista brasileira após ser constantemente invocada a se manifestar passou a ter decisões favoráveis ao vínculo, o que ensejou na necessidade de uniformização do tema. Assim, até o presente momento em que este trabalho foi escrito, está tramitando na Subseção Especializada em Dissídios Individuais I (SBDI-I) do TST, dois Recursos de Revista que poderão servir como tese vinculante sobre a questão (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2022).

Vale destacar que uma uniformidade do Tribunal Superior do Trabalho tende a trazer maior segurança jurídica, pois se trata do órgão do Judiciário brasileiro competente para resguardar e interpretar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e da legislação trabalhista em geral, no país. Porém, como já destacado nos capítulos anteriores, não é possível considerar que o tema não seguirá sendo pauta de discussões, seja na justiça ou na opinião pública de um modo geral.

Considerando a crescente demanda pelo trabalho prestado mediante as plataformas, em especial o transporte individual de passageiros (em que a Uber tem uma posição de destaque), é de se pensar que o grande número de trabalhadores à margem das proteções trabalhistas e previdenciárias enseja em um problema não apenas individual, mas também de cunho social. Diante da insegurança proveniente do desemprego, da informalidade, da precarização das leis trabalhistas e da automação do mundo do trabalho, pesquisadores como Van Parijs e Vanderborght (2018, p. 13) sustentam a necessidade de

os Estados destinarem uma renda básica universal como combate à pobreza e ao crescente desemprego.

Portanto, a reflexão pertinente ao trabalho intermediado pelas plataformas digitais precisa vir ao encontro das suas questões positivas e das negativas, isto é, não pode ser viável apenas a observação positiva do trabalho facilitado pelo uso tecnológico sem a devida observação dos problemas estruturais que a sociedade contemporânea enfrenta. Logo, a prova empírica de que a relação entre motoristas de aplicativo e as plataformas é complexa está no grande número de vezes que o Poder Judiciário foi invocado nos últimos anos.

#### 4. CONCLUSÃO

As modificações no mundo do trabalho decorrem de uma série de fatores, dentre eles sanitários (especialmente nos últimos dois anos, decorrentes da pandemia do novo Coronavírus), econômicos e tecnológicos.

Analisando estes últimos, se verificou que as reformas trabalhistas levadas a efeitos no Brasil não foram capazes de cumprir as promessas de gerar novos empregos. A crise econômica e o desenvolvimento das tecnologias, notadamente a internet, criaram amplo espaço para a expansão do trabalho mediante plataformas digitais no país. Tais postos de trabalho têm sido criados de forma precária, pois a eles não se aplicaria a legislação de proteção ao trabalho.

O trabalho apresentou uma, dentre tantas possíveis, classificação da prestação de serviços por meio de plataformas, dividida em

quatro tipos de negócios: *crowdsourcing online* e *offline*; e *crowdsourcing* genérico e específico.

O *crowdsourcing online* é o tipo de serviço que pode ser realizado de forma totalmente virtual; enquanto a modalidade *offline* exige um trabalho pessoal para ser realizado. No primeiro tipo a concorrência é global, pois o serviço pode ser prestado de qualquer local do planeta; mas no segundo caso, exige-se uma execução local, pessoal.

De outro lado, a prestação de serviços pode ser realizada por meio de plataformas genéricas ou específicas. Nas primeiras, pode ser requerido qualquer tipo de serviço e tem por intuito realizar a divulgação dos serviços profissionais a serem ofertados ao mercado consumidor. A plataforma não está vinculada às atividades, razão pela qual sua reputação não depende da atividade dos usuários. Assim, o controle sobre como os prestadores de serviços atuam é menor, o que acarreta menor ou ausência de subordinação.

Já as plataformas específicas exercem maior controle sobre os prestadores de serviços, pois normalmente se dedicam a um nicho específico de mercado e sua reputação depende do desempenho do trabalho dos prestadores. Assim, as plataformas digitais específicas, que exigem uma manutenção da sua reputação, em que a prestação de serviços não é totalmente online, sendo necessária uma prestação física, local, estão mais próximas da relação jurídica de emprego, podendo, inclusive, ser utilizadas justamente para evitar a aplicação de todo o arcabouço jurídico-legal trabalhista.

As normas trabalhistas brasileiras admitem a relação de emprego a partir da conjugação dos conceitos de empregador (art. 2º da CLT)

e empregado (art. 3º da CLT), mesmo que outro nome jurídico tenha sido dado à relação jurídica mantida entre as partes. Vigora no país o princípio da primazia da realidade. Nesse sentido, o art. 6º, parágrafo único, da CLT, admite que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, o que facilita o reconhecimento da relação de emprego, mesmo que o trabalho seja controlado a distância ou por meio de algoritmos.

O legislador brasileiro tem evitado a regulamentação do tema. O Poder Judiciário brasileiro não se manifestou de forma inquestionável e definitiva sobre o tema da relação de emprego com as plataformas digitais, embora o Tribunal Superior do Trabalho esteja em vias de uniformizar a interpretação do tratamento jurídico a ser dado entre os motoristas e a plataforma Uber, decisão que deve ser pronunciada em breve.

A legislação brasileira atual, embora não tenha se debruçado sobre a prestação de trabalho por meio das plataformas digitais, permite o reconhecimento da existência da relação de emprego (e, por consequência, a aplicação de toda a legislação trabalhista), notadamente a plataforma *offline* específica, como é o caso da Uber. Assim, a análise de cada caso, mediante a presença dos requisitos da relação de emprego previstos nos artigos 2.º e 3.º da CLT, é que vai permitir concluir se está presente ou não o vínculo de emprego e a decorrente aplicação da legislação trabalhista.

A importância de se estabelecer um arcabouço jurídico de proteção a estes trabalhadores, ou estender o estatuto jurídico-

trabalhista existente, é o de permitir uma maior estabilidade jurídica destes trabalhadores, seja para sua inserção qualificada no mercado de trabalho, seja pela garantia de mínimo direitos trabalhistas e previdenciários, de modo a estimular a economia e não deixar seu futuro à espera de uma atuação provedora do Estado.

A decisão que o país vier a tomar, seja por meio de lei, seja por meio do seu Poder Judiciário, terá impacto profundo na economia, na Previdência Social, e na própria sociedade como um todo, em futuro muito próximo. Oxalá os titulares dos poderes coloquem a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da república brasileira, como objetivo a ser atingido.

## 5. REFERÊNCIAS

### 5.1. Referências bibliográficas

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. As relações de trabalho na Gig Economy e o papel do Judiciário. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; Wolkart, Erick Navarro; [et al.]. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. p. 651-664.

ANTUNES, Ricardo. Proletariado digital, serviços e valor. In: ANTUNES, Ricardo (org). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida: o mosaico da exploração*. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 15-23.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Editora LTr, 2009.

BENEDETTO, Roberto Di. Revendo mais de 70 anos em menos de 7 meses: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*. Joaçaba, v. 18, n.º 2, p. 545-568, maio/ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. 1º trim. 2016 a 2º trim. 2022-a. Disponível em <https://painel.ibge.gov.br/pnadc/>. Acesso em 09 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. COVID 19: Painel Coronavírus. Atualizado em 06 out. 2022-b. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 09 out. 2022.

CASTELS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Editora LTr, 2017.

DORNELLES JUNIOR, Paulo Roberto. *A plataformização das relações de trabalho: como as tecnologias inovadoras das plataformas digitais impactam na economia e desafiam as estruturas do direito do trabalho*. São Paulo: Editora Tirant lo Blanc, 2020.

ESPAÑA. *Ley de Riders (Decreto Real 9/2021)*, que insere os trabalhadores de plataformas digitais no Estatuto de los Trabajadores. Disponível em:

<https://www.boe.es/boe/dias/2021/05/12/pdfs/BOE-A-2021-7840.pdf>.

Acesso em 16 set. 2022.

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. In: ANTUNES, Ricardo. *Uberização, trabalho digital e indústria 4.0*. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 59-78.

GREGGO, João Pedro; LUCCA, Sérgio Roberto de; AZEVEDO, Valmir; BANDINI, Marcia. Percepção de motoristas de Uber sobre condições de trabalho e saúde no contexto da Covid-19. *Revista Saúde em Debate*. v. 46, 2022, p. 93-103.

LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. A reforma trabalhista na perspectiva da história da CLT. In: TREMEL, Rosangela; CALCINI, Ricardo (Orgs.). *Reformas trabalhistas: primeiras impressões*. Campina Grande (PB): Editora da Universidade Estadual da Paraíba (eduepb), 2018. p. 357-405.

MOREIRA, Teresa Coelho. O trabalho nas plataformas digitais e a presunção de laboralidade. *Revista Internacional de Direito do Trabalho*. Lisboa, Ano II, n.º 3, p. 341-372, abr. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MELLO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Paraná*. v. 8. p. 73-83. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Plataformas digitais e regulação trabalhista: precificação e controle do trabalhador neste novo modelo empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. v. 45. n. 3. p. 1-44. 2021.

SIGNES, Adrián Todolí. O mercado de trabalho no Século XXI: *on-demand economy*, *crowdsourcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Traduzido por Ana Carolina Paes Leme e Carolina Rodrigues Carsalade. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR,

José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017, p. 28-43.

TAVARES, João Victor. *Turma do TST forma maioria para reconhecer vínculo entre Uber e motorista*. Disponível: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/12/4971078-turma-do-tst-forma-maioria-para-reconhecer-vinculo-entre-uber-e-motorista.html>. Acesso em 12 out. 2022.

VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick. *Renda básica: uma proposta radical para uma sociedade livre e economia sã*. São Paulo: Editora Cortez, 2018.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; VALENTINI, Rômulo Soares; NUNES, Talita Camila Gonçalves. Tecnologia da informação e seus impactos nas relações capital-trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017, p. 89-100.

## 5.2. Referências jurisprudenciais

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário 0101291-19.2018.5.01.0015*. Reclamante: Erica Abade Rodrigues. Reclamado: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relatora: Desembargadora Carina Rodrigues Bicalho, 02 mar. 2020-a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trt-reconhece-vinculo-emprego-entre2.pdf>. Acesso em 09 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário 0011087-17.2019.5.03.0021*. Recorrentes: Newton Barbosa dos Santos & Metrópolis Engenharia LTDA. Relatora: Desembargadora Paula Oliveira Cantelli, 09 nov. 2020-b. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br>. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário 0020554-82.2021.5.04.0292*. Recorrente: Bruna dos Santos Martins. Recorrido: Natura Cosméticos S/A. Relator: Ricardo Carvalho Fraga, 05 out. 2022-c. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso ordinário 0020750-38.2020.5.04.0405*. Recorrente: Marcio Antunes Correa. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Relator: Desembargador Marcelo José Ferlin D'Ambroso, 23 set. 2021. Disponível em [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br). Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. *Recurso Ordinário 0000678-90.2022.5.07.0012*. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Luiz Felipe Barroso Barros. Relator: Desembargador Raimundo Dias de Oliveira Neto, 04 out. 2022-d. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br>. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do TST. *Pedido de vista suspende julgamento de vínculo empregatício entre motorista e a Uber*. 06 out. 2022-e. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/pedido-de-vista-suspende-julgamento-de-v%C3%ADnculo-empregat%C3%ADcio-entre-motorista-e-a-uber>. Acesso em 12 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038*. Recorrente: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Recorrido: Marcio Vieira Jacob. Relator: Ministro Breno Medeiros, 05 fev. 2020-d. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em 09 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 5001351-04.2020.8.21.0052*. Apelado: Uber Tecnologia Ltda. Apelante: Rogério Soares de Oliveira. Relator: Desembargador Pedro Luiz Pozza, 22 set. 2022. Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 13 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 50051451320208213001*. Apelante: Carlos Alberto da

Silva. Apelado: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Relatora: Desembargadora Cláudia Maria Hardt, 12 ago. 2021. Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 13 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Inominado 71007533391*. Recorrentes: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. e Vanderlei Telles de Lima. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Alexandre de Souza da Costa Pacheco, julgado em 26 set. 2018. Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br). Acesso em 13 out. 2022.

### 5.3. Referências legislativas

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Brasília, DF, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 14 set. 2022.

PORTUGAL. *Lei 45/2018*, que trata sobre o regime jurídico do transporte individual. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/45-2018-115991688>. Acesso em 16 set. 2022.





# A DIMENSÃO COLETIVA DA TUTELA DE DADOS PESSOAIS DE TRABALHADORES: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO BRASIL<sup>1</sup>

*THE COLLECTIVE DIMENSION OF PROTECTION OF WORKERS' PERSONAL  
DATA: A PERSPECTIVE FROM BRAZIL*

Nael Neri de Souza Júnior<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução; 2. Notas sobre a proteção de dados pessoais de trabalhadores: conformação normativa internacional e doméstica e desenvolvimento teórico no Brasil; 3. Rumos concretos da tutela de dados de trabalhadores; 4. A dimensão coletiva da proteção de dados no contexto trabalhista; 5. Considerações finais.

Resumo:

Pretende-se discutir a tutela de dados pessoais de trabalhadores enfocando a dimensão coletiva do tema. No Brasil, cresce a produção bibliográfica afeta ao direito à proteção de dados de trabalhadores. No entanto, ainda é pouco desenvolvido teoricamente o aspecto coletivo. Isto é, discute-se pouco acerca de como os atores coletivos do trabalho devem participar da rede normativa de proteção de dados em âmbito laboral. Tendo isso em conta, este artigo se desenvolve a partir da seguinte questão: como pode ser concretizada a tutela coletiva dos dados pessoais de trabalhadores? Com o auxílio de pesquisa bibliográfica e documental, nacional e estrangeira, busca-se enfatizar alguns temas concretos que envolvem o direito à proteção de dados e como tais temas podem ser disciplinados por instrumentos coletivos de trabalho.

---

<sup>1</sup> Artigo aprovado para publicação após submissão a *double blind peer review*.

<sup>2</sup> Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Membro do grupo de pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho, da UFRJ. Advogado.

**Abstract:**

*It is intended to discuss the protection of workers' personal data focusing on the collective dimension of the theme. In Brazil, the bibliographical production affects the worker's right to data protection. However, the collective aspect is still underdeveloped theoretically. That is, there is a little discussion about how collective actors at work should participate in the normative network of data protection in the workplace. Taking this into account, this article develops from the following question: how can the collective protection of the worker's personal data be implemented? Based on national and foreign bibliographical and documental research, the aim is to emphasize some specific themes that involve the right to data protection and how such themes can be disciplined by collective work instruments.*

## **1. Introdução**

O artigo discute a proteção de dados de trabalhadores com enfoque na dimensão coletiva e a partir de uma perspectiva brasileira. Justifica-se pela atualidade do tema e pelo diagnóstico de que a teoria do direito do trabalho brasileira está pouco voltada ao aspecto coletivo da tutela de dados pessoais. Dialoga-se com referências teóricas que enfocam a proteção de dados genérica em seu aspecto coletivo; com trabalhos empíricos que identificam os dados pessoais de trabalhadores que mais necessitam de atenção; e com obras brasileiras e estrangeiras que também sustentam a necessidade de olhar para a dimensão coletiva de dados pessoais de trabalhadores.

O objetivo geral é o de contribuir para o quadro teórico ao qual esta pesquisa se vincula - especificamente para o corpo de trabalhos acadêmicos que pesquisam proteção de dados pessoais de trabalhadores - mediante ênfase sobre o aspecto coletivo da tutela. São três os objetivos específicos. O primeiro é o de pesquisar a conformação dogmática sobre proteção de dados de trabalhadores em âmbito

internacional e doméstico, bem como o de verificar como têm reagido os teóricos brasileiros nesse sentido. Isto é, quais os temas específicos que são mais enfocados e se há olhares sobre o aspecto coletivo.

Para isso, há uma releitura dos instrumentos normativos pertinentes e um breve estudo sobre dissertações e teses confeccionadas entre 2020 e 2022. O critério para o recorte temporal é o pressuposto de que o tema ganhou mais adeptos no Brasil a partir de 2020, ano em que a Lei Geral de Proteção de Dados passou a vigorar na integralidade, conforme o artigo 65, inciso II, da lei n.º 13.709/2018 (BRASIL, 2018). O segundo objetivo específico é o de investigar concretamente se existem dados pessoais de trabalhadores que demandam maior direcionamento. Para tanto, foram preferidas pesquisas empíricas que revelam isto, sobretudo as que têm por foco a dataficação do trabalho.

O terceiro objetivo específico é o de analisar o que se discute, principalmente no Brasil, a respeito da dimensão coletiva de dados pessoais de trabalhadores, a fim de identificar quais são as proposições teóricas lançadas até então. Além disso, busca-se esboçar novas proposições no mesmo sentido, precisamente quanto aos temas dos encarregados do tratamento de dados pessoais e da sensibilidade dos dados pessoais dos trabalhadores. As fontes de pesquisa são documentais e bibliográficas. A pesquisa não tem pretensão de ser empírica. Não se fundamenta em análise de entrevistas com trabalhadores e também não analisa projetos legislativos e nem decisões judiciais.

## **2. Notas sobre a proteção de dados pessoais de trabalhadores: conformação normativa internacional e doméstica e desenvolvimento teórico no Brasil**

O debate sobre proteção de dados pessoais está em ascensão no Brasil e no mundo. Trata-se de um tema que ganhou notoriedade em razão da adoção do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, o RGPD (UNIÃO EUROPEIA, 2016), que revogou a Diretiva n.º 95/46/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1995), com vistas a reforçar a tutela desempenhada pelo regramento mais antigo<sup>3</sup>. Vaz (2018, p. 7) sustenta que essa pretensão justificou a opção pela edição de um regulamento em vez de uma nova diretiva, visto que os regulamentos incidem diretamente sobre os Estados-Membros. Isso garantiria uma aplicação mais homogênea das previsões.

No que se refere às relações de trabalho, o RGPD traz algumas disposições específicas. A primeira delas pode ser encontrada no artigo 9º do regramento<sup>4</sup>. O referido artigo se refere às nomeadas

---

<sup>3</sup>Veja-se, a respeito, o nono considerando do RGPD: “(9) Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrónica. As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção de dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, por conseguinte, constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46/CE” (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 2).

<sup>4</sup>A previsão normativa enfocada não é novidade. Também estava incorporada pela revogada Diretiva n.º 95/46/CE (UNIÃO EUROPEIA, 1995, p. 41), precisamente no artigo 8º e fundamentalmente com a mesma redação.

categorias especiais de dados pessoais. O primeiro parágrafo é um comando proibitivo do tratamento de dados que permitam conhecer - dentre outras categorias especiais, como as opiniões políticas, as convicções religiosas e filosóficas - a filiação sindical de trabalhadores<sup>5</sup>. No parágrafo subsequente, porém, há uma cláusula de exceção à regra de proibição. Isto é, permite-se o tratamento dos dados de categorias especiais, dentre eles os dados de filiação sindical, em dez hipóteses, definidas entre os itens a e j do parágrafo supramencionado.

Dentre as hipóteses em que se permite o tratamento de dados de filiação sindical, estão, por exemplo, a de quando o titular dos dados consentir expressamente com o tratamento para finalidades específicas (item a)<sup>6</sup> e a de quando seja necessário o tratamento dos dados para o cumprimento de obrigações e para o exercício de direitos - até mesmo dos titulares -, em determinadas matérias, inclusive os temas que estejam relacionados à legislação trabalhista (item b)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>Artigo 9.º Tratamento de categorias especiais de dados pessoais: 1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 38, grifo no original).

<sup>6</sup>Artigo 9.º [...] 2. O disposto no nº 1 não se aplica se se verificar um dos seguintes casos: a) Se o titular dos dados tiver dado o seu consentimento explícito para o tratamento desses dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas, exceto se o direito da União ou de um Estado-Membro prever que a proibição a que se refere o nº 1 não pode ser anulada pelo titular dos dados (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 38).

<sup>7</sup>Artigo 9.º [...] 2. [...] b) Se o tratamento for necessário para efeitos do cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social, na medida em que esse tratamento seja permitido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ou ainda por uma convenção coletiva nos termos do direito dos Estados-Membros que preveja garantias adequadas dos direitos fundamentais e dos interesses do titular dos dados

Ainda no item b do parágrafo segundo do artigo 9.º, existe uma deferência expressa aos Estados-Membros e aos sujeitos coletivos do trabalho, estes por meio de negociação coletiva, para que definam limites mais adequados à cláusula de exceção.

A segunda proteção conferida aos trabalhadores no RGPD está contida no artigo 88.º O parágrafo primeiro é um exposto permissivo para que os Estados-Membros e os sujeitos coletivos do trabalho possam articular, por meio dos instrumentos normativos pertinentes, sendo os últimos por meio de convenção coletiva, regras específicas para a proteção da dignidade, dos interesses legítimos e dos direitos fundamentais dos trabalhadores<sup>8</sup>, nomeadamente titulares dos dados, conforme o parágrafo segundo<sup>9</sup>. O terceiro parágrafo do artigo 88.º estabelece a obrigação de os Estados-Membros notificarem a Comissão Europeia em havendo tais regras específicas<sup>10</sup>.

---

(UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 38).

<sup>8</sup>Artigo 88.º Tratamento no contexto laboral: 1. Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 84, grifo no original).

<sup>9</sup>Artigo 88.º [...] 2. As normas referidas incluem medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, com especial relevo para a transparência do tratamento de dados, a transferência de dados pessoais num grupo empresarial ou num grupo de empresas envolvidas numa atividade económica conjunta e os sistemas de controlo no local de trabalho (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 84).

<sup>10</sup>Artigo 88.º [...] 3. Os Estados-Membros notificam a Comissão das disposições de direito interno que adotarem nos termos do nº 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, de qualquer alteração subsequente das mesmas (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 84).

A lei n.º 13.709/2018 (BRASIL, 2018), a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), porém, é mais lacônica do que o RGPD no que se refere aos trabalhadores. A única referência que há está contida no artigo 5.º, inciso II. O dispositivo, em verdade, é uma reprodução praticamente integral do artigo 9.º do RGPD. A distinção fundamental é a de que a LGPD utiliza a expressão “dados pessoais sensíveis” em vez da locução europeia “categorias especiais de dados”. A qualidade da proteção, porém, é basicamente a mesma. O artigo 11.º da LGPD, assim como o segundo parágrafo do artigo 9.º do RGPD, estabelece hipóteses em que é lícito o tratamento de dados sensíveis.

Considerando, portanto, que somente existe essa previsão isolada, é seguro admitir que a LGPD não foi pensada para as relações de trabalho. É preciso enfatizar que o RGPD faz diversas menções à possibilidade de atuação dos sujeitos coletivos do trabalho na tutela de dados pessoais de trabalhadores; a LGPD, por sua vez, nada traz a respeito, em que pese proteja o direito dos trabalhadores de manter os dados sobre sua filiação sindical predominantemente em sigilo, por meio das restrições ao tratamento dessa espécie de dados pessoais sensíveis.

A proteção dos dados de filiação sindical protege não somente o emprego do trabalhador contra uma eventual dispensa imotivada<sup>11</sup>, mas também garante que ele participe ativamente perante sua

---

<sup>11</sup>Diz-se imotivada porque o direito brasileiro segue permitindo, com contrapartidas financeiras, despedidas desprovidas de motivação, a despeito da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho em sentido contrário. O Estado brasileiro, mesmo diante das resistências manifestadas, denunciou a referida convenção em 1996. Com isso, é lícito que um empregador realize dispensas discriminatórias fundadas em razões sindicais sem, no entanto, revelá-las; ou, ainda, revelar falsas razões, já que o ordenamento jurídico também não exige que os motivos sejam provados, salvo quando se alega ocorrência de justa causa.

categoria, uma vez que o objetivo da norma é evitar que os empregadores utilizem dados sobre filiação sindical com o propósito discriminatório. Todavia, a atribuição da qualidade de dados sensíveis aos dados sindicais dos trabalhadores não é suficiente para protegê-los em todos os aspectos das relações trabalhistas. Tampouco é suficiente para garantir efetiva participação dos sujeitos coletivos do trabalho na articulação da tutela de dados pessoais.

Nem mesmo a Emenda Constitucional n.º 115/2022 (BRASIL, 2022) trouxe alguma referência mais específica à proteção de dados pessoais de trabalhadores, em que pese tenha incluído a proteção de dados pessoais no rol do artigo 5.º da Constituição de 1988, o que sabidamente se aplica aos trabalhadores. Não houve nenhuma modificação entre os artigos 7.º e 11.º da Constituição brasileira pela reforma constitucional supramencionada. A mesma omissão se verifica quando observada a justificação da Proposta de Emenda à Constituição correspondente, de n.º 17, de 2019 (BRASIL, 2019). Na justificação que acompanha a minuta inicial, nada há sobre tutela de dados em âmbito laboral.

A despeito disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Estado brasileiro é parte, tem se preocupado com o tema pelo menos desde a década de 1990<sup>12</sup>, período em que emergiu o repertório de recomendações práticas da OIT sobre proteção de dados de trabalhadores (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997), que se funda justamente na necessidade de estabelecer

---

<sup>12</sup>As reuniões que culminaram no repertório, ainda de acordo com o prefácio, ocorreram entre 1 e 7 de outubro de 1996. Contaram com a participação de 24 especialistas, nenhum brasileiro.

previsões específicas para o âmbito do trabalho<sup>13</sup>. Sua finalidade declarada é a de orientar, sem caráter obrigatório, a elaboração de normas domésticas a respeito do tema, inclusive os instrumentos coletivos que sejam firmados nesse sentido<sup>14</sup>.

O repertório de recomendações práticas da OIT também traz, com mais de detalhes do que o regramento europeu, disposições em relação à atuação dos sujeitos coletivos do trabalho. Existe um item específico<sup>15</sup> para os chamados “*derechos colectivos*” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 14-15). O primeiro parágrafo prevê que as negociações pertinentes ao tratamento de dados pessoais de trabalhadores deveriam observar os princípios dispostos no mesmo repertório, que garantem aos trabalhadores o direito de conhecer e determinar os dados pessoais que são utilizados, bem como as condições e os fins do tratamento<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>Confira-se trecho do prefácio do repertório de recomendações práticas: “Si bien varias leyes nacionales y normas Internacionales han establecido procedimientos de carácter obligatorio para el tratamiento de datos personales, existe la necesidad de perfeccionar las disposiciones específicamente dirigidas al uso de los datos personales de los trabajadores” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. V).

<sup>14</sup>Ainda segundo o prefácio do repertório: “La finalidad de este repertorio de recomendaciones prácticas consiste en señalar orientaciones para la protección de los datos personales de los trabajadores. En tanto repertorio de recomendaciones de la OIT, no tiene carácter obligatorio, sino que se limita a efectuar recomendaciones. No suple la legislación nacional, regulaciones, normas Internacionales del trabajo ni otras normas aceptadas. Puede utilizarse para elaborar leyes, reglamentos, convenios colectivos, directivas y políticas laborales, y disposiciones de orden práctico en el nivel de la empresa” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. V).

<sup>15</sup>As referências aos sujeitos coletivos não se resumem ao item 12. Há várias outras referências aos representantes de trabalhadores ao longo de todo o repertório. Veja-se, por exemplo: “5.8. Los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de toda actividad de acopio de datos, de las reglas que la gobiernan y de sus derechos” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 4).

<sup>16</sup>12. Derechos colectivos. 12.1. Toda negociación sobre el tratamiento de datos personales de los trabajadores debería acatar e regirse por los principios

O segundo parágrafo do item 12 compreende e disciplina algumas minúcias das práticas relacionadas ao tratamento de dados. A primeira delas é referente à questão da automação. O repertório orienta que os representantes dos trabalhadores deveriam ser informados e consultados sobre sistemas automatizados de tratamento de dados pessoais<sup>17</sup>. A segunda hipótese prevê que deve haver notificação e consulta aos representantes antes da incorporação de sistemas de vigilância eletrônica no local de trabalho<sup>18</sup>. Por fim, há a previsão de que eles sejam indagados também sobre questionários e testes aplicados que envolvam dados pessoais de trabalhadores<sup>19</sup>.

A distinção principal entre o RGPD e o repertório de recomendações práticas da OIT parece ser a de que este último corpo normativo pressupõe o conteúdo do artigo 88 do primeiro, o que permite avançar para compreender necessidades ainda mais peculiares dos trabalhadores, como a vigilância eletrônica no local de trabalho e a automação. Em contrapartida, o RGPD confere a qualidade especial aos dados sobre filiação sindical; enquanto a norma da OIT nada fala a respeito. Apesar dessas pequenas diferenças, há uma comunicação

---

enunciados en el presente repertorio que protegen el derecho de cada trabajador a conocer y determinar los datos que deberían utilizarse sobre su persona, en qué condiciones o con qué fines (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 14).

<sup>17</sup>12. [...] 12.2. Los representantes de los trabajadores, cuando los haya, y de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberían ser informados y consultados: a) acerca de la instalación o modificación de sistemas automatizados de tratamiento de los datos personales de los trabajadores” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 14-15).

<sup>18</sup>12. [...] 12.2. [...] b) antes de la instalación de sistemas de vigilancia electrónica del comportamiento de los trabajadores em el lugar de trabajo” (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 15).

<sup>19</sup>12 [...] 12.2. [...] c) sobre la finalidad, el contenido, la aplicación y la interpretación de cuestionarios y pruebas relativos a los datos personales de los trabajadores (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 15).

implícita entre ambos, os quais, conjugados, reforçam a rede de proteção de dados pessoais dos trabalhadores.

Essa comparação deixa ainda mais explícita a omissão da LGPD no que se refere às particularidades laborais. Ainda assim, está em ascensão, no Brasil, literatura jurídica que enfoca a relação entre proteção de dados e trabalho. Esse escopo teórico não surgiu com a LGPD. Está presente desde o início da década passada, mas ganhou mais adeptos em razão da elaboração da nova lei. Mediante pesquisa no Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), aplicando os filtros “2020” no campo do ano e “direito” no campo área conhecimento<sup>2021</sup>; bem como os seguintes termos “dados pessoais”, “trabalho” e “trabalhadores” no mecanismo de busca, é possível obter, pelo menos até a data da pesquisa realizada, 30 de julho de 2022, 378 resultados.

Excluindo-se do universo dos trabalhos obtidos aqueles que não possuem, no título, a maioria dos termos de pesquisa - ou suas derivações<sup>22</sup> - inseridos no mecanismo de busca, chega-se a três dissertações, publicadas em 2020, que abordam diretamente a relação entre proteção de dados pessoais e trabalho: Gularte (2020), Buim

---

<sup>20</sup>Não foi utilizado nenhum outro filtro mais específico para o direito do trabalho, pois as áreas de concentração ou linhas de pesquisa dos programas de pós-graduação em direito brasileiros, ainda que possuam afinidade temática, costumam ter distintas denominações. Além disso, considere-se que a quantidade de trabalhos obtida a partir do filtro mais genérico seria pouco dispendiosa para uma triagem manual a partir dos títulos e resumos.

<sup>21</sup>Não foi utilizado nenhum outro campo do conhecimento entre os filtros de pesquisa, pois o argumento é construído para demonstrar a ascensão da literatura jurídica acerca do tema.

<sup>22</sup>No caso de dados pessoais: “LGPD”, “informações pessoais” e “discriminação algorítmica”; no caso de trabalho ou trabalhadores: “emprego” ou “empregados”.

Junior (2020) e Oliveira (2020). Realizando-se o mesmo procedimento com a modificação do filtro de ano para 2021, há seis dissertações brasileiras entre 425 resultados: Duque (2021), Fernandes (2021), Fogarolli Filho (2021), Lapa (2021), Lins (2021) e Menezes Neta (2021).

Alterando-se o filtro de ano para 2022, encontra-se, até 30 de julho de 2022, a tese de Matos (2022) entre 87 trabalhos com aqueles mesmos termos de pesquisa. Desse modo, embora a LGPD seja omissa no que toca às peculiaridades das relações de trabalho; e apesar de ainda não haver lei específica para a proteção de dados pessoais no âmbito laboral, há significativa e recente teorização sobre o tema nos programas de pós-graduação do Brasil. Isso indica que há necessidades concretas dos trabalhadores que envolvem a tutela de dados pessoais. É nesse espaço de interlocução que se insere este artigo, que visa a contribuir para o debate enfatizando a dimensão coletiva do tema.

### **3. Rumos concretos da tutela de dados de trabalhadores**

A análise anterior foi importante para enfatizar algo óbvio: dados pessoais de trabalhadores devem ser protegidos. Há normas internacionais e domésticas que prescrevem isso. Além disso, no Brasil, há vários teóricos que partem do mesmo pressuposto para desenvolver pesquisas nesse sentido. Mas quais dados precisam de proteção? Essa é uma questão que pode ser respondida de duas maneiras. A primeira, mais abstrata: todos. Pode-se argumentar que todos os dados

pessoais precisam de proteção. Uns mais que os outros, notadamente no caso de dados sensíveis.

A segunda maneira de responder é mais complexa, porém mais concreta: depende do que se observa na realidade. Essa resposta exige que se dirija a atenção para o elemento realidade. Exige reflexões deste teor: quais são os problemas que decorrem do tratamento de dados desregulado pelos empregadores? Existem pesquisas empíricas que revelam esses problemas? Quais são os fenômenos que se destacam em tais análises? Quais aspectos das relações de trabalho são afetados pelo tratamento indevido de dados? Somente há impacto nos direitos de personalidade do trabalhador? Ou será que outros direitos, tipicamente trabalhistas, também experimentam alguma restrição?

Essas são algumas questões norteadoras deste tópico. A princípio, é preciso enfatizar que as categorias “dados” e “trabalho” estão mais imbricadas na realidade do que se imagina. Veena Dubal (2021) enfoca o problema dos trabalhadores ou processadores de dados da *Amazon Mechanical Turk (AMT)*. São trabalhadores e trabalhadoras que desempenham as chamadas Tarefas de Inteligência Humana<sup>23</sup>. São conhecidos como *turks* ou *turkers* e são pagos por peça. O trabalho realizado, o processamento de dados, interessa diretamente a empresas de inteligência artificial. A autora demonstra, com base em pesquisa empírica, diversos problemas enfrentados por trabalhadoras da AMT, principalmente relacionados à duração do trabalho.

Baylos (2021, p. 168), por sua vez, apresenta um diagnóstico de emergência de novos direitos que exigem a reinvenção dos sujeitos

---

<sup>23</sup>Em inglês: Human Intelligence Tasks (HITs).

coletivos do trabalho, entre os quais o autor inclui os direitos digitais, de que é espécie o direito à proteção de dados pessoais, considerando-se que o fluxo de dados tem sido otimizado em razão do fenômeno de digitalização (BAYLOS, 2021, p. 170). Apesar de focar a situação do movimento sindical na Espanha perante a emergência desses novos direitos, suas constatações também se aplicam em boa medida ao Brasil, pois o contexto doméstico não está alheio a essa realidade, que tem contornos globais. Além disso, o fato de a LGPD e a LOPDP (ESPANHA, 2018), Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais, terem sido elaboradas no mesmo ano, notadamente em 2018, permite correlacionar ambos os Estados.

Ele cita alguns exemplos de dados frequentemente controlados pelas empresas e que demandam atenção dos sujeitos coletivos para a proteção de dados de trabalhadores: os dados oriundos de videomonitoramento; os dados obtidos por gravação sonora; e os dados de geolocalização (BAYLOS, 2021, p. 170). Importa destacar também a ênfase do autor a outro direito relacionado à proteção dos dados pessoais de trabalhadores: o direito à desconexão, do qual as trabalhadoras da AMT, por exemplo, são absolutamente privadas (DUBAL, 2021). Em artigo anterior, Baylos Grau (2019) detalhou mais a necessidade de tutela desses tipos de dados pessoais de trabalhadores.

Em relação ao direito à desconexão, ele nota que existem poucos avanços, sobretudo pelos instrumentos coletivos de trabalho, para concretização desse direito. Argumenta que as disposições encontradas em tais instrumentos se limitam, em diversas ocasiões, a proibir o uso pessoal, pelos trabalhadores, dos dispositivos informáticos da empresa. E indica que poderia haver mais detalhamento normativo

em algumas direções, como a previsão de hipóteses de exceção ao comando proibitivo, assim como do tempo destinado a esse uso privado excepcionalmente permitido. Tais hipóteses excepcionais, ainda segundo ele, poderiam ser acompanhadas da obrigação de a empresa informar os trabalhadores a respeito delas (BAYLOS GRAU, 2019, p. 7).

Sobre o videomonitoramento, Baylos Grau (2019, p. 8) inicia enfatizando a condição de estado de visibilidade permanente dos trabalhadores que emana desse sistema de controle e de vigilância. Faz referência à obrigação empresarial de informar os trabalhadores e seus representantes a respeito<sup>24</sup>. Na sequência, recomenda que os instrumentos coletivos de trabalho poderiam complementar essa obrigação, de modo a atribuir capacidade decisória aos representantes de trabalhadores na empresa a respeito da implantação do sistema de videomonitoramento; ou, ainda, a estabelecer que a vigilância se dê à distância. Reconhece, porém, que a alternativa tem como empecilho a ampla discricionariedade do empresário, protegida pela legislação<sup>25</sup>.

No que toca à gravação sonora, sublinha que a legislação de proteção de dados pessoais da Espanha é mais rigorosa, a qual somente admite a implantação desse tipo de vigilância em hipóteses muito

---

<sup>24</sup>Artículo 89. [...] 1. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida [implantação de videomonitoramento] (ESPANHA, 2018, p. 50).

<sup>25</sup>Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral. [...] 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad” (ESPANHA, 2015, p. 26).

restritas, isto é, sempre que haja risco à segurança patrimonial e pessoal e com observância dos princípios de proporcionalidade e de intervenção mínima, dentre outras garantias<sup>26</sup>. O autor sugere que os sujeitos coletivos poderiam desenvolver tais proteções em negociações coletivas, precisamente para estendê-las à hipótese de videomonitoramento, o que reduziria a ampla discricionariedade empresarial que a legislação chancela (BAYLOS GRAU, 2019, p. 9).

Por fim, Baylos Grau (2019, p. 9-10) disserta acerca da proteção de dados de geolocalização prevista na LOPDP. Argumenta inicialmente que a lei, ao prever o dever de informação aos trabalhadores sobre o sistema de controle de dados de geolocalização, atribui primazia ao caráter individual desse dever informacional, em detrimento do protagonismo dos sujeitos coletivos na promoção dessa tutela específica. Observa também as amplas possibilidades de violação da intimidade ou privacidade dos trabalhadores pelos sistemas de geolocalização implantados pelas empresas, visto que o controle pode se estender para além da jornada e do local de trabalho.

Nesse contexto, defende que as negociações coletivas podem limitar essa ingerência, com a previsão, por exemplo, do princípio da necessidade. Isto é, da obrigação de o empregador demonstrar a indispensabilidade dos mecanismos de controle de geolocalização. Concretamente, sugere que os instrumentos coletivos de trabalho prevejam os momentos de desconexão ou de suspensão do dispositivo

---

<sup>26</sup>Artículo 89. [...] 3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores [...] (ESPANHA, 2018, p. 50-51).

de GPS; ou, ainda, que condicionem a utilização do GPS a uma necessidade específica da empresa. Ao final, faz referência ao exemplo das pulseiras ultrassônicas da *Amazon*, utilizadas com o propósito de controlar a eficiência dos trabalhadores (BAYLOS GRAU, 2019, p. 10).

Outra pesquisa que se coloca na discussão teórica enfocada é a de Hernaiz (2020). Assim como Baylos Grau (2021, 2019), a autora volta o olhar para a realidade das relações de trabalho na Espanha. Sua investigação se destaca a princípio pelo diagnóstico de que existem problemas na legislação doméstica sobre proteção de dados de trabalhadores. Ela nota que a legislação espanhola, ao conferir ênfase aos direitos digitais como objeto da tutela, cria uma restrição aparente à atuação dos sujeitos coletivos em matéria de proteção de dados (HERNAIZ, 2020, p. 119), sendo que, para a pesquisadora, o controle de dados envolve mais direitos fundamentais do que o direito à intimidade. Utiliza como exemplo o do direito à não discriminação (p. 116-117).

A análise de Hernaiz (2020) merece relevo também pela metodologia de pesquisa, que recai não somente sobre o direito estatal propriamente dito, mas alcança minúcias de instrumentos coletivos. A autora se vale de várias normas coletivas existentes para formular as suas proposições concretas para negociações coletivas que se proponham a disciplinar o controle de dados pessoais de trabalhadores. São mais de 20 instrumentos coletivos e mais de 50 dispositivos estudados. Todas as normas são recentes. Algumas têm vigência que se estende inclusive para 2023, a indicar que o tema de proteção de dados tem atraído a atenção dos sujeitos coletivos de trabalho na Espanha.

O mais enfatizado pela autora é o de indústria, tecnologia e serviços do setor metalúrgico (ESPAÑA, 2019). São pelo menos treze dispositivos aos quais ela faz referência, contidos no universo de 130 disposições, incluindo as adicionais e as transitórias. Ao tema de proteção de dados é deferido o último capítulo: o XX, denominado “*Protección de datos de carácter personal y garantías digitales*” (ESPAÑA, 2019, p. 137203-137206). Da leitura dos dispositivos, é perceptível que se fez tão somente reprodução e disciplina um pouco mais pormenorizada das normas existentes na Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais (ESPAÑA, 2018).

Portanto, o instrumento coletivo estudado que mais dispõe sobre proteção de dados de trabalhadores vai ao encontro da crítica realizada por Hernaiz (2020). Os sujeitos coletivos parecem dispensar muito mais atenção à intimidade dos trabalhadores do que aos demais direitos fundamentais. O direito à desconexão, vinculado à jornada, saúde e segurança, é o único protegido especificamente além do da intimidade. Outro instituto não necessariamente associado ao direito à intimidade é o que consta do permissivo contido no artigo 120 do diploma, no qual se prevê a recomendação de que seja criada uma comissão própria para a proteção dos direitos digitais na empresa.

Em Portugal, também há quem olhe para a realidade das práticas envolvendo dados pessoais de trabalhadores. Moreira (2022), por exemplo, atribui destaque ao problema do consentimento como base legal para o tratamento de dados no âmbito laboral. Enfatizando o considerando 43 do RGPD, o qual reconhece expressamente a

fragilidade do consentimento no âmbito de relações assimétricas<sup>27</sup>, a autora sustenta (p. 97) que o controle de dados pessoais no âmbito trabalhista deve ocorrer não com base no consentimento, mas com esteio nos (i) interesses legítimos da empresa empregadora, bem como em observância a (ii) princípios fundamentais que já constam, inclusive, da legislação trabalhista portuguesa<sup>28</sup>.

Em artigo anterior, Moreira (2012) já dissertava também a respeito do direito à desconexão, tão enfatizado por Baylos Grau (2021, 2019) no que toca ao sistema espanhol de proteção de dados dos trabalhadores. Ademais, a autora denunciava algumas práticas concretas de vigilância no âmbito do trabalho, como as que ocorrem em redes sociais ou em blogs pessoais de trabalhadores, a envolver não somente o direito à proteção de dados, mas também o direito à liberdade de expressão. Trata-se, este, de um exemplo genuíno do segundo argumento da autora aqui colacionado, de que o controle de dados deve respeitar diversos princípios fundamentais. É dizer: em tais casos, é possível aplicar não somente o RGPD (UNIÃO

---

<sup>27</sup>“(43) A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa. Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

<sup>28</sup>“Assim, tendo em atenção a irrelevância do consentimento, o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores nas relações de trabalho só poderá ser feito atendendo a certos princípios fundamentais que são os que já existem atualmente nos artigos 14.º a 22.º do CT, mas que agora foram de certa forma clarificados e reforçados pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais” (MOREIRA, 2022, p. 97).

EUROPEIA, 2016), mas a lei n.º 58/2019 (PORTUGAL, 2019) e o Código do Trabalho (PORTUGAL, 2009).

Em hipóteses como as referidas, incide a proteção do artigo 9.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais<sup>29</sup>, já que envolve o tratamento de dados pessoais de categoria especial, uma vez que os perfis pessoais de redes sociais ou de blogs normalmente veiculam opiniões políticas ou convicções filosóficas dos trabalhadores. Aplica-se também o artigo 24.º, n.º 1, da lei n.º 58/2019<sup>30</sup>, que trata especificamente sobre a harmonia normativa entre liberdade de expressão e proteção de dados pessoais. Da mesma lei, aplicável também o disposto no artigo 28.º, n.º 1<sup>31</sup>, que defere ao Código do Trabalho proteções complementares à tutela de dados de trabalhadores. Deste último diploma, por fim, resulta incidente o artigo 14.<sup>32</sup>, que garante a concretização da liberdade de expressão e de opinião nas relações laborais.

Isa António (2022) é outra autora portuguesa que demonstra preocupação com a vigilância de trabalhadores, especialmente aqueles

---

<sup>29</sup>“Artigo 9.º 1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

<sup>30</sup>“Artigo 24.º 1 - A proteção de dados pessoais, nos termos do RGPD e da presente lei, não prejudica o exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa, incluindo o tratamento de dados para fins jornalísticos e para fins de expressão académica, artística ou literária (PORTUGAL, 2019).

<sup>31</sup>“Artigo 28.º 1 - O empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho e respectiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo” (PORTUGAL, 2019).

<sup>32</sup>“Artigo 14.º É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representem, e do normal funcionamento da empresa” (PORTUGAL, 2009).

que prestam serviço em teletrabalho. Ela chama atenção não somente para a legislação portuguesa que disciplina o teletrabalho, mas também à orientação da Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais (CNPD) a respeito (PORTUGAL, 2020). A pesquisadora enfatiza comando proibitivo da CNPD no que se refere a *softwares* de vigilância automatizada. Além disso, mostra que o mesmo órgão não admite a exigência empresarial de que os trabalhadores fiquem permanentemente com câmeras ligadas durante a jornada.

Ainda a respeito da proteção de dados de trabalhadores em Portugal, vale mencionar a análise de Barzotto (2022). A pesquisa da autora, embora direcionada à realidade brasileira, mostra que a tutela de dados de trabalhadores tem sido pensada também em Portugal, inclusive no aspecto coletivo. Ela inicialmente faz referência à lei portuguesa de proteção de dados pessoais, constatando a tendência de aumento das negociações coletivas fundadas na necessidade de proteção de dados pessoais de trabalhadores. Na sequência, analisa alguns instrumentos coletivos de trabalho já firmados.

Dentre eles, destaca-se o acordo realizado entre a Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM (AGERE) e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro. Barzotto (2022) bem notou que existe cláusula específica sobre proteção de dados, que está encartada no artigo 5º do ajuste. A norma protege não somente a vida privada dos trabalhadores em sentido mais geral, mas também os dados mais específicos sobre saúde e sobre o estado de gravidez das trabalhadoras (PORTUGAL, 2021), sabidamente sensíveis, nos termos do RGPD.

As abordagens dos autores dialogam estreitamente com as categorias teóricas denominadas controle algorítmico ou dominação algorítmica. Embora não se refiram expressamente ao fenômeno em seus escritos, alguns elementos de suas análises compõem o conceito de dominação algorítmica sustentado por Muldoon e Raekstad (2022). Segundo estes autores, a dominação algorítmica se dá quando um poder descontrolado se impõe sobre um indivíduo por meio de um algoritmo<sup>33</sup>. A discricionariedade do empregador para implementar o sistema de videomonitoramento, por exemplo, pode se configurar como uma expressão de dominação algorítmica. Pode-se dizer o mesmo em relação ao controle da geolocalização dos trabalhadores.

Ainda conforme Muldoon e Raekstad (2022, p. 9-10), o poder do empregador, na dominação algorítmica, é incontrolado porque são muito limitados os canais de comunicação com o trabalhador. Assim, a capacidade de negociação fica anulada<sup>34</sup>. O exemplo concreto trabalhado pelos autores é o da Uber. Eles apontam três assimetrias informacionais e computacionais entre os trabalhadores e a empresa. Uma delas consiste na assimetria econômica para investimento em mecanismos de informação sobre o trabalho desenvolvido. A opacidade algorítmica da Uber culmina no surgimento de canais secundários, como as redes sociais, em que os motoristas conjecturam uns

---

<sup>33</sup>No original, em inglês: “We argue that algorithmic domination occurs when an individual is subjected to an uncontrolled power, the operations of which are determined by an algorithm” (MULDOON; RAEKSTAD, 2022, p. 2).

<sup>34</sup>No original: “The apps enable the company to capture data on every aspect of the work process, but offer extremely limited opportunities for workers to have any avenues to communicate with the company. This lack of communication means that workers are not able to negotiate aspects of their work contract or have any discussion with management over how they perform their tasks (MULDOON; RAEKSTAD, 2022, p. 9).

com os outros sobre o funcionamento do seu próprio trabalho, com vistas a otimizá-lo<sup>35</sup>.

A dominação algorítmica alimenta, ainda, outro tipo de dominação: aquela realizada por meio do psicopoder (PRAXEDES, 2020), exercido de modo a interferir no comportamento dos trabalhadores com base nos dados sobre eles acumulados (PRAXEDES, 2020, p. 82). Praxedes (2020) também utiliza como paradigma de análise o trabalho exercido perante a Uber. O autor atribui destaque aos mecanismos empresariais de fidelização e de incremento da produtividade, que são fundados no controle de dados dos trabalhadores da empresa. São utilizados os dados sobre o trabalho realizado para a articulação e definição de metas personalizadas (p. 83).

Todos os elementos analíticos trabalhados pelos autores supra-mencionados dialogam com a categoria teórica “dataficação do trabalho”, enfocada, por exemplo, por Abílio (2022, p. 131-132). A autora traz um diagnóstico de que as empresas que controlam o trabalho mediante plataformas digitais possuem aparato técnico apto a capturar os mais diversos dados, de forma a racionalizar o uso da força de trabalho. Ela também faz referência à assimetria existente entre empresas e cidadãos no que toca ao controle de dados, bem como à obscuridade dos procedimentos empregados. Arremata que o “o que está em jogo é a programação humanamente realizada das

---

<sup>35</sup>No original: “Third, the company’s investment in software engineers, data analysts and computational programs leads to a large asymmetry between the two parties’ capacity to generate insight from workers activities (Shapiro, 2020: 173). This is not simply an informational asymmetry, but unequal access to the calculative equipment and the data that would enable workers to make meaningful and informed decisions about their work. Without this insight, drivers and riders are left to second guess how the algorithm operates by communicating with each other via WhatsApp and Facebook groups about preferable locations and times to work” (MULDOON; RAEKSTAD, 2022, p. 10).

regras que operarão no gerenciamento do trabalho” (ABÍLIO, 2022, p. 132).

O estudo de Abílio (2022) é importante não somente pela utilização da referida categoria de análise, mas também pela pesquisa empírica concretizada pela autora, cujos resultados se relacionam com a noção de dominação algorítmica de Muldoon e Raekstad (2022). Isto é, a pesquisa da autora revela, mediante entrevistas com trabalhadores brasileiros, que existem dados obscuramente tratados pelas empresas. E que esse controle opaco causa prejuízos a diversos direitos dos trabalhadores, como ao salário, à duração do trabalho, à saúde e à segurança. A autora constata que os trabalhadores vinculados às plataformas não têm plena ciência a respeito dos critérios e das circunstâncias de avaliação do seu trabalho (p. 154-159), o que impacta os direitos supramencionados.

A combinação entre suas entrevistas e seus referenciais teóricos permite o diagnóstico de que o controle de dados realizado pelas empresas representa um empecilho ao acesso ao trabalho, à definição do preço do serviço e, por consequência, à limitação da jornada e da carga laboral (159-163). Os resultados dialogam também com a perspectiva de Baylos Grau (2021, 2019), que atribui ênfase à necessidade de proteger os dados dos trabalhadores a respeito de sua geolocalização e de garantir a eles o direito à desconexão. Sem essa articulação protetiva, não serão somente os direitos de privacidade ou intimidade dos trabalhadores que seguirão prejudicados, mas também todos aqueles direitos trabalhistas fundamentais anteriormente indicados.

A partir disso, tem-se que, no caso específico dos trabalhadores vinculados a plataformas digitais, a proteção qualificada de dados sobre filiação sindical - que é a única proteção deferida pela LGPD (BRASIL, 2018) aos trabalhadores - acaba sendo uma tutela praticamente vazia. Isso se dá sobretudo pela relutância, no Brasil especificamente, quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício desses trabalhadores com as empresas correspondentes. Embora seja uma norma relevante para a classe trabalhadora como um todo, pouco serve aos trabalhadores que atuam para empresas que se utilizam de plataformas digitais, já que a ausência de reconhecimento oficial do vínculo empregatício prejudica a vinculação sindical.

O mesmo pode se dizer a respeito das cláusulas normativas que garantem protagonismo aos instrumentos coletivos do trabalho, as quais estão situadas no repertório de recomendações práticas da OIT (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997). Em que pese também seja garantia importante - não vinculante, lembre-se - à militância coletiva dos trabalhadores, trata-se de uma proteção inaplicável aos trabalhadores que atuam por meio de plataformas digitais. Por decorrência da ausência de enquadramento sindical, a capacidade negocial desses trabalhadores fica praticamente reduzida a zero. A conclusão de instrumentos coletivos nesse sentido seria uma mera liberalidade da sociedade empresária correspondente.

Isso significa que a proteção de dados pessoais de trabalhadores deve ser pensada de uma maneira significativamente ampla, a fim de atenuar o fenômeno da dominação algorítmica (MULDOON; RA-EKSTAD, 2022). Uma vez que a dataficação do trabalho tem causado prejuízos aos direitos tipicamente trabalhistas, como revelaram as

pesquisas empíricas de Abílio (2022) e de Dubal (2021), é preciso que a rede normativa de proteção de dados seja articulada de modo a tutelar não somente a privacidade ou intimidade dos trabalhadores, como nas hipóteses de videomonitoramento e de gravação sonora (BAYLOS GRAU, 2019), mas também os direitos ao salário digno e previsível, à duração razoável da prestação laboral, à saúde e à segurança.

#### **4. A dimensão coletiva da proteção de dados no contexto trabalhista**

A proteção de dados pessoais tem sido pensada em sua dimensão coletiva mesmo fora do mundo do trabalho. No Brasil, Zanatta e Souza (2019) argumentam que a LGPD (BRASIL, 2018) passou a integrar o corpo normativo das ações judiciais coletivas, incorporando a tradição brasileira de fomento da coletivização, de modo a possibilitar que a tutela de dados seja concretizada para além do individual, inclusive perante o Poder Judiciário (p. 2-3). Os autores detalham em seu artigo a dogmática da tutela coletiva dos dados pessoais presente na LGPD, mas indicam a existência de algumas incertezas trazidas pela referida norma jurídica, especialmente quanto ao momento de intervenção por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário (p. 33-34).

O estudo consiste, precipuamente, numa interpretação combinada entre a LGPD, a Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), precisamente para capturar o caráter coletivo que emana das normas jurídicas; assim

como em referências a expressões recentes da coletivização pertinente à proteção de dados pessoais, o que se dá, por exemplo, pela análise da atuação concreta do Ministério Público (ZANATTA; SOUZA, 2019, p. 26-30). Em que pese reconheçam que a LGPD poderia ter sido mais minuciosa em relação aos dispositivos correspondentes à dimensão coletiva, os autores se mostram bastante esperançosos quanto ao potencial dessa dimensão da tutela de dados pessoais a partir do diálogo entre os referidos instrumentos normativos (ZANATTA; SOUZA, 2019, p. 34-35).

Em artigo mais recente, Zanatta (2020, p. 3) chama a atenção para o fato de que a dimensão coletiva - em seus termos, a “coletivização” - da tutela de dados pessoais tem sido levada a efeito mesmo antes da elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Mas que tende a se intensificar a partir da entrada em vigor da referida lei. A pesquisa mais recente de Zanatta (2020) se destaca também por atribuir ênfase à lei n.º 12.965/2014 (BRASIL, 2014), conhecida como o Marco Civil da Internet, bem como ao espaço que o diploma confere à dimensão coletiva da proteção de dados. Zanatta enfoca, novamente neste artigo (2020), a atuação do Ministério Público para concretização do direito à proteção de dados pessoais. Constata que um dos desafios postos à pesquisa jurídica é o de definir limites para a ação ministerial nesse sentido. Segundo o autor, a definição dessas balizas se daria com vistas a evitar a ascensão de uma visão tradicional a respeito da tutela de dados pessoais (p. 17-20). Roque (2019) realiza uma análise semelhante. Também conjuga diversos instrumentos normativos e a LGPD, especificamente para verificar quais são os sujeitos legitimados para promover a tutela

coletiva de dados pessoais judicialmente. É interessante notar a ênfase que o autor atribui à legitimidade da Defensoria Pública nesse mister (p. 11).

Outro ponto abordado pelo autor é o da complexidade inerente às pretensões que promovam a estruturação de redes normativas de proteção de dados em processo judicial coletivo. Para ele, deve haver certa tolerância judicial aos pedidos formulados com esse teor, tendo em conta a dificuldade de os sujeitos legitimados especificarem todas as circunstâncias da pretensão no início do processo. Para isso, incorpora ao estudo dispositivos do Código de Processo Civil (ROQUE, 2019, p. 13-15).

Tais análises teóricas são importantes para demonstrar que há autores sustentando a necessidade de pensar a proteção de dados em sua dimensão coletiva mesmo fora do direito do trabalho, principalmente no campo do direito do consumidor. Isso significa que também é preciso articular as reflexões de ambas as áreas, bem como as demais intersecções.

No âmbito das relações de trabalho, como já adiantado, também há debate nesse sentido. O próprio repertório de recomendações práticas da OIT sobre proteção de dados pessoais (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997) é um exemplo normativo suficientemente robusto para ilustrar o ponto. Nele, como já se viu, há diversas previsões que remetem aos sujeitos coletivos. O artigo de Baylos Grau (2019) e de Hernaiz (2020) são exemplos teóricos aptos a demonstrar que o tema segue muito atual na Europa, sobretudo após a aprovação do RGPD (UNIÃO EUROPEIA, 2016) e, no caso específico da Espanha, da elaboração da LOPDP (ESPANHA, 2018). O

mesmo pode se dizer dos escritos de Moreira (2022, 2012) e de Antônio (2022) em relação ao sistema jurídico português de proteção de dados de trabalhadores.

No Brasil, Sanden (2012), muito antes da elaboração da LGPD, já formulava proposições teóricas a respeito. A autora colocava que a participação dos sujeitos coletivos é um pressuposto básico para a articulação de critérios para o controle dos dados. Exemplifica que a atuação poderia se dar na limitação à aplicação de testes aos trabalhadores (p. 227-228), na linha do que orienta o artigo 12.2., c, do repertório de recomendações práticas da OIT (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 15), dentre outros temas pontuais do cotidiano das relações de trabalho.

Após a elaboração da LGPD, surgiram trabalhos com o mesmo teor. Pamplona Filho e Coni Junior (2020, p. 31) sustentam que a existência de instrumentos coletivos de trabalho que disponham a respeito da proteção de dados pessoais pode garantir mais segurança jurídica aos controladores no que se refere à necessidade de consentimento dos titulares para o tratamento de seus dados pessoais. A linha argumentativa é semelhante à de Sanden (2012). É dizer: os instrumentos coletivos podem conter disposições que confirmam maior segurança aos dados dos trabalhadores. Defendem, ainda, que as normas protetivas devem ser aplicadas inclusive ao processo negocial.

Correia e Boldrin (2020, p. 9) igualmente se preocupam com a dimensão coletiva da tutela de dados pessoais de trabalhadores, mas a partir de outra perspectiva. Os autores rejeitam com veemência a possibilidade de as entidades sindicais firmarem normas a respeito

do controle de dados sensíveis. Propõem que isso somente seria dado na hipótese de autorização individual de cada trabalhador, com observância das respectivas vontades individuais. O fundamento é o de que os dados sensíveis estão circunscritos pelo escopo de proteção dos direitos à intimidade e privacidade, por exemplo.

Pinheiro e Bomfim (2020) consignam posicionamento semelhante, notadamente a respeito da impossibilidade de envolver os direitos à intimidade e à privacidade no processo negocial. Apesar disso, consideram que a negociação coletiva também pode servir à tutela de dados pessoais. É relevante notar que somente admitem tal possibilidade por força do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), que permite a aplicação supletiva do direito comparado, e, por consequência, do artigo 88 do RGPD. Aparentemente interessante é o de que os instrumentos coletivos poderiam prever, por exemplo, a nomeação de um só encarregado<sup>36</sup> na hipótese de configuração de grupo econômico.

Mais recentemente, surgem novos trabalhos a respeito da dimensão coletiva da proteção de dados de trabalhadores. A esse respeito, há o artigo de Barzotto (2022), cuja questão norteadora é se a negociação coletiva é o meio mais idôneo à proteção de dados de trabalhadores. A autora se direciona primeiramente à questão dos dados sobre filiação sindical, que gozam de proteção qualificada por força da LGPD (p. 389-390). Na sequência, ela demonstra que antes mesmo da elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais já existia

---

<sup>36</sup>Nos termos da LGPD: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)” (BRASIL, 2018).

controvérsia judicial que envolveu o tratamento de dados no âmbito coletivo, notadamente por meio dos sindicatos. Para tanto, cita um antigo precedente do Tribunal Superior do Trabalho (BARZOTTO, 2022, p. 392).

As normas europeias de proteção de dados de trabalhadores também são criticadas no artigo de Barzotto (2022), porém pelo caráter individualista que possuem, principalmente o RGPD (p. 394). Ela dá continuidade ao desenvolvimento do texto de modo a centralizar o direito de imagem em hipóteses de teletrabalho e o direito ou dever de vacinação contra o coronavírus. Em relação ao primeiro tema, a autora atribui ênfase à qualidade de dados sensíveis do direito à imagem dos trabalhadores, por serem dados biométricos, nos termos da LGPD (p. 395). No tocante ao segundo, ela propõe que a negociação coletiva poderia solucionar tanto a controvérsia acerca do responsável pelo fornecimento da vacina, quanto a questão da exigência e armazenamento de dados de vacinação, os quais também são dados sensíveis segundo a autora (p. 399).

Outros dois pontos que merecem destaque no artigo de Barzotto (2022) são (i) a atenção teórica que ela atribui aos dados sobre filiação sindical; e (ii) o aspecto empírico de sua pesquisa. A pesquisadora identifica que a base jurídica para o tratamento dos dados sobre filiação sindical é a do cumprimento de obrigação por parte do controlador. Quanto ao aspecto empírico, ela faz referência a alguns instrumentos coletivos de Portugal e do Brasil (p. 392-398). Em que pese não seja um estudo tão detalhado como o de Hernaiz (2020), tem o mérito de indicar que o tema tem sido inserido nas pautas dos sujeitos coletivos do trabalho, inclusive em território brasileiro.

Por fim, no último tópico de sua análise, há mais de uma dezena de proposições para a tutela de dados pessoais pela via da negociação coletiva (p. 400). Aqui, destacam-se algumas delas, como a do item “f”, em que se recomenda o questionamento às empresas, pelos sujeitos coletivos, das decisões que culminem em discriminação algorítmica. Barzotto (2022) sublinha que isso é autorizado pelos artigos 20 e 22 da LGPD. Mas importa lembrar que também é uma postura fomentada pela alínea “a” do segundo parágrafo do item 12 do repertório de recomendações práticas da OIT sobre proteção de dados pessoais (*ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO*, 1997, p. 15).

A segunda proposição que se destaca é a do item “h”, oportunidade em que ela propõe a definição negociada, à luz dos artigos 42 e 43 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, das responsabilidades atribuídas aos operadores de dados, sobretudo quando sejam trabalhadores. O terceiro destaque é para a recomendação do item “m”, no qual Barzotto (2022) verifica a necessidade do estabelecimento de garantia provisória de emprego para os encarregados de dados caso sejam trabalhadores. Sublinha-se, por fim, a proposição do item “n”. Nele, a pesquisadora propõe que a negociação avance de modo a revelar o procedimento das coletas tecnológicas de dados.

Nesse contexto, é notável que está sendo desenvolvido um corpo teórico composto por autores e autoras que sustentam a necessidade de tutela coletiva de dados pessoais de trabalhadores. É importante demonstrar isso para que a agenda de pesquisa avance para além das propostas de implementação de mecanismos de *compliance*, que têm ganhado cada vez mais espaço no campo do direito do trabalho,

inclusive no Brasil. A dissertação de Reis (2019) é um claro exemplo. Sua análise tem como pressuposto que tanto o repertório de recomendações práticas da OIT, precisamente no item 5.11<sup>37</sup>, quanto a LGPD, no artigo 50<sup>38</sup>, fomentam a implementação de programas de *compliance*.

Com base no artigo de Frazão, Oliva e Abílio (2019), a autora analisa “dez elementos que caracterizam um programa de *compliance* robusto” (REIS, 2019, p. 124). Em nenhum dos dez elementos há referência aos atores coletivos do trabalho, nem mesmo às entidades do sistema confederativo sindical. Além disso, o quinto elemento<sup>39</sup> pode culminar numa leitura totalmente descolada da materialidade convencional e constitucional sem a ressalva de que independência e autonomia dos setores de *compliance* não significam supressão da comunicação com os sujeitos coletivos do trabalho.

---

<sup>37</sup>5.11. Los empleadores, los trabajadores y sus representantes deberían cooperar en la protección de los datos personales y en la elaboración de una política de empresa que respete la vida privada de los trabajadores, con arreglo a los principios enunciados en el presente repertorio (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1997, p. 4).

<sup>38</sup>Apesar de autora transcrever o artigo na integralidade em sua obra, aqui transcreve-se tão somente o caput do artigo, o que já é suficiente para capturar o objetivo da norma: “Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais” (BRASIL, 2018).

<sup>39</sup>Cf.: “O quinto elemento relaciona-se à autonomia e independência do setor de *compliance*, o qual poderá ser um setor específico dentro da empresa ou então um escritório especializado para este fim. Independentemente da situação, o setor deve ser dotado de poderes para implementar políticas, procedimentos e controles adequados, bem como ter capacidade para supervisionar e executar as normas previstas no programa, podendo tomar decisões sem a necessidade de recorrer a outras áreas (REIS, 2019, p. 126-127, grifos no original).

Portanto, as análises que tenham como proposta a implementação de programas de *compliance* devem tomar isso em consideração.

Frazão, Oliva e Abílio (2019), por sua vez, fazem brevíssima referência às “entidades de classe” (p. 697), de modo que a atuação destas seria pertinente em razão de serem conhecedoras das especificidades setoriais. Também utilizam o artigo 50 da LGPD para fundamentar tal compreensão. Mas o teor do argumento é o de que a atuação é facultativa, como se as empresas pudessem, sem caráter imperativo, tomar em conta os apontamentos realizados pelos atores coletivos do trabalho. Fala-se, ainda, em participação ou influência do titular na tomada de decisões (p. 704-705), notadamente, porém, sem referência à dimensão coletiva desse direito.

Não há dúvida de que os programas de *compliance* podem ser eficazes para a tutela de dados pessoais de trabalhadores. Entretanto, conferir atenção teórica demasiada aos respectivos mecanismos pode culminar na ratificação da gestão empresarial unilateral pelos empregadores quanto ao tema. Em outros termos, pode resultar numa retomada das premissas dos tempos em que se sustentava o modelo de controle exclusivo patronal (SILVA, 1988), em detrimento das prescrições voltadas à democracia nas relações de trabalho. Os atores coletivos sempre foram protagonistas na conquista dos direitos dos trabalhadores brasileiros (MORAES, 1905, p. 60-66; MORAES FILHO, 1952, p. 190-207). No que se refere ao direito à proteção de dados, não será diferente.

Pensar a tutela de dados pessoais para além do aspecto individual é um imperativo sobretudo na realidade brasileira, em que houve uma investida normativamente declarada de afastamento dos

sujeitos coletivos do trabalho. Sobretudo no início da pandemia, proliferaram-se normas com esse teor, as quais atribuíam caráter facultativo à negociação coletiva (BRASIL, 2020, 2020a). À época, estes instrumentos foram denunciados por diversos artigos que relacionavam pandemia e o mundo do trabalho, de que é exemplo o artigo de Neves Delgado e Santos Amorim (2020), que ressaltaram também a postura ratificadora adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais normas maximizaram o rigor da reforma trabalhista de 2017 (BRASIL, 2017) em face movimento dos trabalhadores, cujos impactos foram sentidos em diversas frentes, principalmente na faceta financeira, por meio da conversão da contribuição sindical em parcela de recolhimento facultativo. Tal modificação normativa impeliu as entidades sindicais a adotarem as mais diversas estratégias de reação, tais como a redução de apoio a movimentos sociais, a dispensa de pessoal e a restrição da representação somente aos associados, sendo esta uma providência significativamente controversa (CAMPOS; GALVÃO; LEMOS; TRÓPIA, 2021, p. 339-341).

Portanto, articular a proteção de dados de trabalhadores em sua dimensão coletiva milita não somente em favor da proteção mais qualificada de dados, mas contribuiria também para a retomada do protagonismo dos atores coletivos na evolução do direito do trabalho. As referências teóricas citadas neste artigo consignam diversas e intrigantes ideias para a tutela coletiva de dados pessoais; por essa razão, busca-se aqui tão somente esboçar algumas outras linhas nesse sentido, com o propósito de diversificar as proposições teóricas que já foram lançadas e de definir um paradigma de argumentos para

aprofundamento em trabalho posterior, cuja pesquisa seja mais detalhada.

A primeira delas é a de que os sujeitos coletivos do trabalho, precisamente as entidades do sistema confederativo sindical, possam ser indicados como encarregados. A função é prevista no artigo 5º, VIII<sup>40</sup>, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Essa ideia foi esboçada por Olivieri (2019), oportunidade em que ele recomenda que a função, no âmbito das relações de trabalho, é cumprida da melhor maneira pelos sindicatos e até mesmo pelos representantes de trabalhadores na empresa. Ele sublinha que as empresas não possuem interesse econômico na referida função, sendo mais pertinente atribuir a competência aos sujeitos coletivos, que possuem a intermediação como função própria.

No artigo 41 da LGPD, há o regime dos encarregados pelo tratamento de dados. Disposição importante é a do § 1º<sup>41</sup>, que obriga que se divulgue a identidade e as informações para contato com os encarregados, bem como o modo dessa divulgação. No âmbito trabalhista, isso é importante para que sejam reveladas as relações humanas que embasam o controle de dados pessoais, de modo a contribuir para desfazer a deturpada compreensão de que o controle de dados ocorre de maneira exclusivamente automatizada. Em outros termos, isso serviria para criar fissuras no imaginário tecnodeterminista. As

---

<sup>40</sup>Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (BRASIL, 2018).

<sup>41</sup>Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais. § 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador (BRASIL, 2018).

atribuições dos encarregados são previstas no parágrafo seguinte<sup>42</sup> e rumam exatamente no sentido do que consta do artigo 5º, II, da LGPD. É um instituto que funciona como canal de comunicação na empresa entre todos os interlocutores interessados.

Note-se que Barzotto (2022, p. 400) admite que os sindicatos atuem junto aos encarregados do tratamento de dados pessoais de trabalhadores, notadamente por meio de denúncias formuladas a eles. Mas nada fala em serem, os próprios sindicatos, os encarregados. Também não parece ser bem discutida a hipótese de os representantes de trabalhadores na empresa poderem atuar nessa condição (OLIVIERI, 2019). É um tema pertinente à tutela coletiva de dados que pode ser aprofundado posteriormente.

Outro ponto que pode vir a ser desenvolvido posteriormente é o dos dados aparentemente não sensíveis ou atípicos. Para tanto, é preciso partir da premissa de que o rol de dados sensíveis da LGPD não é exaustivo, e que, para os trabalhadores, há outras espécies de dados sensíveis. Fala-se muito sobre os dados pessoais que se enquadram na categoria de dados sensíveis definida na legislação. Barzotto (2022), por exemplo, considera as gravações de teletrabalho e os dados de vacinação como exemplos de dados sensíveis, justamente por serem, respectivamente, dados biométricos e dados referentes à saúde dos titulares. Ela também enfoca os dados sobre filiação sindical.

---

<sup>42</sup>Art. 41 [...] § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares (BRASIL, 2018).

Mas nada se diz muito a respeito de dados que não possam ser enquadrados no artigo 5º, II, da LGPD. O debate deverá envolver reflexões acerca da noção da sensibilidade de dados de trabalhadores, nos seguintes termos: somente devem ser considerados sensíveis os dados referentes à intimidade ou privacidade dos trabalhadores? Os dados sobre geolocalização devem ser considerados sensíveis, sobretudo na hipótese de trabalho mediado por plataformas? Na linha do que propõe Hernaiz (2020), idade<sup>43</sup> e sexo devem ser tidos como dados pessoais sensíveis? Os dados utilizados para decisões automatizadas devem ser considerados sensíveis?

Os atores coletivos devem ser integrados aos debates relacionados à proteção de dados pessoais de trabalhadores. Devem tomar o protagonismo para si, de forma a possibilitar a conclusão de instrumentos coletivos que realmente avancem para além das normas contidas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Não se deve admitir que a única disposição normativa pertinente à proteção de dados pessoais se resuma aos dados sobre a filiação sindical. Não se deve admitir que somente os mecanismos de *compliance* sejam as únicas formas de tutela de dados pessoais de trabalhadores. A negociação coletiva deve seguir sendo utilizada para tanto. E não se deve compreender que a ausência de lei específica dispense a tomada de providências nesse sentido.

---

<sup>43</sup>Abílio (2022) identificou em sua pesquisa empírica relato de dificuldade de acesso ao trabalho mediado por plataformas em razão da idade: “Raul atualmente enfrenta as dificuldades da vida acadêmica, destacando a ausência de perspectivas profissionais. Para ele, ter 40 anos também dificulta o acesso ao trabalho. Chega a omitir sua idade nas plataformas quando busca por tarefas. Atualmente trabalha com a Lionbridge e também realiza serviços de tradução por meio das plataformas ProZ e Upwork” (p. 153).

## 5. Considerações finais

A proteção de dados de trabalhadores deve ser pensada em sua dimensão coletiva. Nenhum direito trabalhista foi conquistado sem a participação dos atores coletivos do trabalho. Não será diferente quanto à proteção de dados pessoais. Embora não exista, no Brasil, legislação específica sobre a tutela de dados de trabalhadores e tampouco sobre a dimensão coletiva dessa tutela, os sujeitos coletivos do trabalho devem seguir atuando nesse vácuo normativo. Como demonstrou a pesquisa de Barzotto (2022), há alguns instrumentos coletivos no Brasil que consideram a necessidade de proteger os dados dos trabalhadores. É preciso que a proteção seja ampliada e aprofundada.

Além disso, as negociações devem tomar em consideração os dados e as análises empíricas realizadas, inclusive no que se refere aos trabalhadores que atuam por meio de plataformas digitais, sabidamente precarizados. Alguns trabalhos citados demonstram que existem dados pessoais que requerem mais atenção, como é o caso dos de geolocalização. Isso significa que a tutela, em que pese tenha legalmente a pretensão de abranger todos os dados pessoais, deve ser direcionada a certos tipos de dados. A compreensão de que todos os dados devem ser protegidos não deve ser tida sem esse cuidado analítico.

É preciso também que sejam investigadas como mais detalhes a questão da (i) sensibilidade dos dados de trabalhadores, precisamente com enfoque nos dados sensíveis aparentemente não sensíveis; e a questão de (ii) sindicato ou de representantes de

trabalhadores na empresa como ocupantes da condição de encarregados. São assuntos que devem ser refletidos necessariamente à luz das peculiaridades das relações laborais, sob pena de serem criados instrumentos coletivos meramente reprodutores da LGPD.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Perfis e trajetórias ocupacionais. *In*: MACHADO, Sidnei; ZANONI, Alexandre Pilan (org.). *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos*. UFPR. Clínica Direito do Trabalho: Curitiba, 2022. Disponível em: [https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2022/04/Livro\\_O-trabalho-controlado-por-plataformas-digitais\\_eBook.pdf](https://cdtufpr.com.br/wp-content/uploads/2022/04/Livro_O-trabalho-controlado-por-plataformas-digitais_eBook.pdf). Acesso em: 4 ago. 2022.

ANTÓNIO, Isa. O teletrabalho em Portugal e a proteção dos dados pessoais do trabalhador: formas abusivas de controlo e fiscalização do empregador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, nº 1, abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v12i1.7914>. Acesso em: 7 fev. 2023.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Negociação coletiva e LGPD. *In*: BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister Martins. *Estudos sobre LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados - lei nº 13.709/2018: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral*. Diadorim: Porto Alegre, 2022, p. 388-404. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/238583/001140619.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BAYLOS, Antonio. *¿Para qué sirve un sindicato?* Catarata: Madrid, 2021. ISBN: 978-84-1352-324-8.

BAYLOS GRAU, Antonio. El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España. *Labour & Law Issues*, LLI, v. 5, n. 1, 2019, ISSN 2421-2695. Disponível em: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/22619/9608-31119-1-PB%20%281%29.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Anexo XLVI - Convenção nº 135 da OIT sobre Proteção de Representantes de Trabalhadores [...]. *Diário Oficial da União*: 6 nov. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm). Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*: 9 ago. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. *Diário Oficial da União*: 11 fev. 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 25 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*: 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*: 15 ago. 2018. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020. Dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: 22 mar. 2020 (vigência encerrada em 19 de julho de 2020). Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm). Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020a. Instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências (convertida na lei n. 14.020/2020). *Diário Oficial da União*: 1 abr. 2020. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019. Pretendia acrescentar o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art.

22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria (convertida na Emenda Constitucional n. 115, de 2022). Autoria: Senador Eduardo Gomes e outros. *Diário do Senado Federal*: ano LXXIV, nº 25, quarta-feira, 13 de março de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/100300?sequencia=282>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BUIM JUNIOR, Wladir Muzati. A lei geral de proteção de dados considerados como fundamentais e os impactos nas relações de trabalho: boas práticas como vetor de mitigação de riscos impostos pela lei. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Eurípedes de Marília. Marília, 2020. Disponível em: [https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1964/Disserta%C3%A7ao\\_Wladir%20Muzati%20Buim%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1964/Disserta%C3%A7ao_Wladir%20Muzati%20Buim%20Junior.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 30 jul. 2022.

CAMPOS, Anderson; GALVÃO, Andréia; LEMOS, Patrícia; TRÓPIA, Patrícia Vieira. O impacto da reforma trabalhista no sindicalismo brasileiro: reações e resistências (cap. 9). *In*: KREIN, J. D. et al (org.). *O Trabalho pós-reforma trabalhista (2017)*, v. 1. São Paulo: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021. Disponível em: [https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2021/06/VOL-1\\_A-reforma-trabalhista\\_21.06.21.pdf](https://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2021/06/VOL-1_A-reforma-trabalhista_21.06.21.pdf). Acesso em: 26 ago. 2022.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho. *Migalhas*, out. 2020. Disponível em:

[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/C5F4B9361D5940\\_LeiGeraldeProtecaodeDados-LGPD.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/C5F4B9361D5940_LeiGeraldeProtecaodeDados-LGPD.pdf). Acesso em: 12 ago. 2022.

DUBAL, Veena. A Política do Tempo no Trabalho Digital por Peça Baseado em Domicílio (No original, em inglês: *The Time Politics of Home-Based Digital Piecework*). Tradução: Rodrigo de Lacerda Carelli. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 6, 2021.

Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/e43067>. Acesso em: 1 ago. 2022.

DUQUE, Flavia Potcker. *A proteção de dados sensíveis nos processos seletivos de emprego sob a ótica da LGPD e a promoção da diversidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2021.

Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=11025601](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11025601). Acesso em: 30 jul. 2022.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado n. 294*: de 06 dic. 2018.

Disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado n. 255*: de 24 oct. 2015. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ESPAÑA. Resolución de 11 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal (CEM). *Boletín Oficial del Estado n. 304*: de 19 dec. 2019. Disponível em:

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/12/19/pdfs/BOE-A-2019-18227.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

FERNANDES, Paulo Roberto. *A proteção de dados pessoais dos trabalhadores no contexto da dataficação das relações de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário do Distrito Federal. Brasília, 2021.

FOGAROLLI FILHO, Paulo Roberto. *Discriminação algorítmica nas relações de trabalho*. Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação). Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas. São Paulo, 2021.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). *A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 677-715. Disponível em:

[https://www.academia.edu/40040787/Compliance\\_de\\_dados\\_pessoais](https://www.academia.edu/40040787/Compliance_de_dados_pessoais). Acesso em: 22 ago. 2022.

GULARTE, Caroline de Melo Lima. *A proteção de dados pessoais no uso de tecnologia na relação de emprego: efeitos do compliance trabalhista nas negociações coletivas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

HERNAIZ, Elisa Sierra. El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores. *Temas laborales*, n. 125, 2020, p. 115-138. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464725>. Acesso em: 14 ago. 2022.

LAPA, Alessandra Almeida. *A Lei Geral de Proteção de Dados aplicada às relações de emprego: desafios de implementação e interpretação*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2021.

LINS, Ricardo Galvão de Sousa. O consentimento e o tratamento de informações pessoais de trabalhadores subordinados: uma análise sob a ótica da proteção cooperativa de dados pessoais. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2021. Disponível em: [https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/45805/1/Consentimentotratamentoinformacoes\\_Lins\\_2021.pdf](https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/45805/1/Consentimentotratamentoinformacoes_Lins_2021.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022.

MATOS, Larissa Lopes. A proteção de dados e o monitoramento corporal no contexto das relações de trabalho: direitos e liberdades individuais do empregado *versus* proteção da atividade econômica. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022.

MENEZES NETA, Ideltrudes Barreto de. *O direito à privacidade dos dados genéticos do trabalhador: autonomia da vontade versus ato negocial*. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Universidade Tiradentes. Aracaju, 2021.

Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=11311672](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=11311672). Acesso em: 30 jul. 2022.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operario*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/589>. Acesso em: 26 ago. 2022.

MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. Rio de Janeiro, 1952.

MOREIRA, Teresa Coelho. Novas tecnologias: um admirável mundo novo do trabalho? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 15-52, jan./jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i11>. Acesso em: 6 fev. 2023.

MOREIRA, Teresa Coelho. O consentimento do trabalhador e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister Martins. *Estudos sobre LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados - lei nº 13.709/2018: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral*. Diadorim: Porto Alegre, 2022, p. 91-98. Disponível em: 06 fev. 2023.

MULDOON, James; RAEKSTAD, Paul. *Algorithmic Domination in the Gig Economy*. *European Journal of Political Theory*, 2022, pp. 1-21. DOI: <https://doi.org/10.1177/14748851221082078>. Acesso em 3 ago. 2022.

NEVES DELGADO, Gabriela.; SANTOS AMORIM, Helder. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento*

*Humano*, v. 3, 29 set. 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/80/48>. Acesso em: 26 ago. 2022.

OLIVEIRA, João Paulo Rodovalho de. A prevenção da empresa frente à proteção da privacidade do empregado em relação aos dados pessoais gerados no exercício da atividade laboral à luz da lei geral de proteção de dados brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre, 2020.

OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho: lei de dados não foi pensada para as peculiaridades do trâmite de informações entre patrão e empregado. *Jota*, 28 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>. Acesso em: 27 ago. 2022.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT* (ISBN 92-2-310329-0). Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09\\_118\\_span.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1997/97B09_118_span.pdf). Acesso em: 30 jul. 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Revista Direito UNIFACS*, n. 239, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744>. Acesso em: 12 ago. 2022.

PINHEIRO, Iuri; BONFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. *Instituto Trabalho em Debate*, 1 out. 2020. Disponível em:

<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 12 ago. 2022.

PORTUGAL. Acordo de Empresa n.º 5/2021, de 8 de janeiro. Acordo de empresa entre a AGERE - Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro. *Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 1, 8 jan. 2021.

Disponível em:

<https://dre.pt/dre/detalhe/acordo-empresa/153138191>.

Acesso em: 7 fev. 2023.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Proteção de Dados. Orientações sobre o controlo à distância em regime de teletrabalho. Lisboa, 17 abr. 2020.

Disponível em: <https://www.cnpd.pt/organizacoes/orientacoes-e-recomendacoes/trabalho/>. Acesso em: 7 fev. 2023.

PORTUGAL. Lei n.º 7/2009. Código do Trabalho. *Diário da República* n.º 30/2009, série I, 12 fev. 2009. Disponível em:

<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 6 fev. 2023.

PORTUGAL. Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento 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. *Diário da República* n.º 151/2019, série I, 08 ago. 2019, p. 3-40. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2019-123815982>. Acesso em: 6 fev. 2023.

PRAXEDES, Rafael da Nóbrega Alves. *Psicopoder e autoexploração: as faces do trabalho em plataformas de tecnologia*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Christus. Fortaleza, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unichristus.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1027/1/RAFAEL%20DA%20N%C3%93BREGA%20ALVES%20PRAXEDES.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

REIS, Beatriz de Felipe. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7469/1/Beatriz%20De%20Felipe%20Reis.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2022.

ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 2, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42138/30270>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa

ao empregado. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/publico/TESE\\_AnaFranciscaMoreiradeSouzaSAN-DEN.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/publico/TESE_AnaFranciscaMoreiradeSouzaSAN-DEN.pdf). Acesso em: 12 ago. 2022.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa. São Paulo: LTr, 1988.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*: L 281, 23 nov. 1995, p. 31.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 26 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção de dados das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). *Jornal Oficial da União Europeia*: L 119, 4 mai. 2016.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 26 jul. 2022.

VAZ, Ana Rita Francisco. *O Regulamento Geral de Proteção de Dados: Desafios e Impactos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Universidade de Coimbra. Coimbra, 2018.

Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/85758/1/Disser%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2023.

ZANATTA, Rafael A. F.; SOUZA, Michel Roberto de. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. *In: DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de.; MACIEL, Renata Mota (coord.). Direito & Internet, v. 4: Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019. ISBN: 9788574538389.*

Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/344495215\\_A\\_Tutela\\_Coletiva\\_em\\_Protecao\\_de\\_Dados\\_Pessoais\\_tendencias\\_e\\_desafios](https://www.researchgate.net/publication/344495215_A_Tutela_Coletiva_em_Protecao_de_Dados_Pessoais_tendencias_e_desafios). Acesso em: 10 ago. 2022.

ZANATTA, Rafael A. F. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados pessoais. *In: PALHARES, Felipe et al (coord.). Temas Atuais de Proteção de Dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/350852661\\_Tutela\\_coletiva\\_e\\_coletivizacao\\_da\\_protecao\\_de\\_dados\\_pessoais](https://www.researchgate.net/publication/350852661_Tutela_coletiva_e_coletivizacao_da_protecao_de_dados_pessoais). Acesso em: 11 ago. 2022.*



# PORTUGAL





# OS RENDIMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO E A SUA TUTELA ADMINISTRATIVA (ALGUMAS CONSIDERAÇÕES)

*REPLACEMENT INCOME AND ITS ADMINISTRATIVE GUARDIANSHIP*  
(*SOME CONSIDERATIONS*)

Apelles J. B. Conceição<sup>1</sup>

Sumário: 1. A incompletude do ordenamento jurídico da segurança social; 2. Os direitos subjectivos públicos; 3. Estado social de direito; 4. A sub-rogação; 4.1. A sub-rogação no Direito das Obrigações; 4.2. A sub-rogação nas obrigações prestacionais da segurança social; 5. A substituição tributária nas obrigações contributivas da segurança social

Resumo:

Primeiro, é assumida a incompletude do ordenamento jurídico da segurança social e a conseqüente necessidade de recurso a áreas do Direito teórica e normativamente mais desenvolvidas sem que tal constitua obstáculo à organização de um edifício jurídico com contornos próprios.

Depois, retoma-se a questão da presença dos direitos subjectivos públicos na segurança social e sua relevância na ampliação da esfera jurídica individual.

Sequencialmente, dá-se uma breve nota da estadualização da colectividade e da socialização do Estado - no âmbito do princípio da socialidade - como superação da concepção liberal da separação da sociedade e do Estado na consecução dos interesses protegidos (dignidade da pessoa) dada a expansão das funções sociais do Estado moderno.

De seguida, aborda-se um instituto com particular relevo na preservação dos interesses e consolidação dos direitos quer privados quer públicos no âmbito do seguro social - a sub-rogação legal com transmissão de obrigações prestacionais quando há responsabilidade de terceiros.

Finalmente, descreve-se uma figura jurídica aparentemente próxima da sub-

---

<sup>1</sup> Advogado.

rogação - a *substituição tributária* - e da subsequente liquidação oficiosa pela sua relevância na obrigação contributiva.

Abstract:

*First, the incompleteness of the legal system of social security and the consequent need to use areas of law theoretically and normatively more developed without this constitute an obstacle to the organization of a legal building with its own contours.*

*Then, the question of the presence of subjective public rights in social security and its relevance in the expansion of the individual legal sphere is resumed.*

*Sequentially, a brief note is given to the stateization of the community and the socialization of the State - within the framework of the principle of sociality - as overcoming the liberal conception of the separation of society and the State in the achievement of protected interests (dignity of the person) given the expansion of the social functions of the modern State.*

*Next, we approach an institute with particular importance in preserving interests and consolidating both private and public rights in the context of social security - legal surrogacy with the transmission of installment obligations when there is liability of third parties.*

*Finally, it describes a legal figure apparently close to the surrogacy - the tax substitution - and the subsequent unofficial settlement for its relevance to the contributory obligation.*

## RAZÃO DE ORDEM

A dado passo da sua Teoria da Relação Jurídica de Seguro Social<sup>2</sup>, referindo-se ao instituto da *substituição tributária*<sup>3</sup>, designação pacificamente aceite na segurança social, Sérvulo Correia escreve: “Na situação que examinamos, o regresso em vez de *a posteriori* é prévio (se se nos permite esta imagem), não chegando a haver uma *sub-*

---

<sup>2</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Teoria da Relação Jurídica de Seguro Social*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta de Acção Social, Lisboa, 1968, p. 294 e Escritos de Direito Público II, Almedina, Coimbra, 2022.

<sup>3</sup> A questão da natureza da substituição tributária será abordada adiante.

*rogação* porque as contribuições só são pagas no mês seguinte ao do recebimento das remunerações a que respeitam e é ao satisfazer estas que o empregador desconta a contribuição do beneficiário. Na realidade, o que se verifica neste caso é a outorga aos empregadores de um *poder-dever* de cobrança das contribuições dos beneficiários<sup>4</sup> e da respectiva entrega às instituições seguradoras. Ao poder corresponde por parte dos beneficiários uma *sujeição*, visto que se não podem opor ao desconto das contribuições nas suas remunerações.”

Ou seja, em apenas 3 períodos o ilustre professor remete-nos para vários institutos próprios da teoria geral do Direito, a saber: o regresso (direito de regresso), a sub-rogação e o poder-dever / sujeição<sup>5</sup>, aliás dentro da percebida falta de autonomia da segurança social e do seu carácter amplamente tributário do ordenamento jurídico geral, quer substantivo quer adjectivo, desafia-nos a dar especial atenção à dominância dos institutos de Direito Civil no campo

---

<sup>4</sup> Nesta matéria ver também substituição tributária.

<sup>5</sup> Rememorando conceitos:

*Poderes-deveres ou poderes funcionais* - poder de exercício obrigatório ou que tem de ser exercido obrigatoriamente no interesse de outrem. Trata-se, em regra, de um poder em sentido forte, para actuar juridicamente na esfera de outra pessoa, mas no interesse desta, donde advém o dever de o exercer (PESSOA JORGE, Fernando, *Direito das Obrigações*, 1.º Vol, 1975, p. 52) (Exemplo clássico: o poder parental).

Acrescentando CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Gestlegal, 2021, 4.ª ed, p. 133, “Na esfera dos interesses abrangem-se os interesses seus e os que fazem seus”.

*Estado de sujeição* - situação inelutável de ter de suportar na sua própria esfera jurídica os efeitos a que tende o exercício do direito potestativo (ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 5.ª edição, 1.º, p. 49), constituindo o seu reverso, correlato ou simétrico (CARVALHO, Orlando de, op. cit., p. 138).

*Direito potestativo* - poder conferido a determinadas pessoas de introduzirem uma modificação na esfera jurídica de outras pessoas - criando, modificando ou extinguindo direitos, sem a cooperação destas (ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 2.ª edição 1.º, p. 45), constituindo o seu reverso, correlato ou simétrico do *estado de sujeição* (CARVALHO, Orlando de, op. cit., p 137).

dos direitos e deveres de contribuintes e beneficiários da segurança social.

Assim, tomamos como ponto de partida a necessidade de explorar e desenvolver os conteúdos das especificidades próprias da segurança social face aos principais ramos do Direito que integram o seu ordenamento e o funcionamento das instituições de segurança social, sobretudo na atribuição de prestações ou na captação das receitas contributivas, gera situações obrigacionais de toda a ordem, só tecnicamente avaliáveis com os instrumentos jurídicos próprios do Direito Civil, no caso, do Direito das Obrigações.

Na medida em que já havíamos abordado sucintamente algumas questões prévias susceptíveis de permanentes desenvolvimentos e aprofundamentos doutrinários como a relevância da presença de *direitos subjectivos públicos* nas relações entre os trabalhadores, os empregadores e as instituições gestoras da segurança social<sup>6</sup> (estadualização das sociedades) e dos meios de tutela dos interesses públicos no âmbito do *Estado Social de Direito* (socialização do Estado), tais temas serão naturalmente retomados.

Porque as instituições gestoras de segurança social fazem parte da estrutura administrativa indirecta do Estado, grande parte dos actos que praticam têm, formalmente, natureza de actos administrativos, mas substancialmente constituem a expressão do exercício da satisfação de interesses públicos configuráveis como direitos subjectivos públicos, nomeadamente quando cobram contribuições e

---

<sup>6</sup> No ponto 2.1. do artigo *Rendimentos de Substituição na Gestão do Tempo de Trabalho*, in *Revista Internacional do Trabalho* n.º 3, p. 150, a propósito da natureza jurídica das prestações de segurança social.

atribuem prestações sociais, matéria relativamente à qual seguem também algumas breves considerações.

## 1. A INCOMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO DA SEGURANÇA SOCIAL

O recurso à utilização de institutos jurídicos de ramos ou áreas gerais do Direito de grande desenvolvimento científico, doutrinário e normativo com vista a completar ordenamentos jurídicos teórica ou tecnicamente menos avançados, é um facto que não carece de justificação.

É o caso do Direito da segurança social, pois, não constituindo propriamente um ramo de Direito autónomo, em matéria não especificamente regulada, é amplamente tributário do ordenamento jurídico geral, ou por remissão expressa ou por integração necessária.

Embora sem grandes preocupações de exaustão, podemos apresentar o seguinte

Quadro de ramos do direito relevantes em matéria de segurança social  
(principal, subsidiário, supletivo ou complementar)

i) Direito substantivo (público ou privado)

Ramos do Direito aplicáveis	Matérias
Direito Administrativo	Actos administrativos constitutivos de direitos (de atribuição de direitos) Acordos de cooperação - CCP Organização da segurança social (desde 1977) Gestão de pessoal
Direito Administrativo Social	Instituições do sector social (IPSS...)
Direito Administrativo Penal ou de mera ordenação social	Contra-ordenações dos regimes contributivos, não contributivos e dos equipamentos sociais

Direito Fiscal	Obrigações contributivas - questões fiscais (desde 1980) - LGT, CPPT
Direito do Trabalho	Enquadramento de trabalhadores Acidentes de trabalho e doenças profissionais
Direito Civil	Obrigações prestacionais Pessoas colectivas - IPSS Responsabilidade civil de terceiro (artº 70º da LSS)
Direito Comercial e das Sociedades Comerciais Direito da Insolvência	Estatuto das sociedades comerciais e dos corpos sociais Reclamação de créditos
Direito Penal	Crimes contra a segurança social Falsas declarações
Direito Financeiro	Orçamento e Conta - IGFSS Gestão e aplicações financeiras - IGFCSS
Direito dos Seguros	Acidentes de trabalho Regimes profissionais complementares Fundos de pensões
Direito Internacional Privado	Direito Internacional e Europeu - coordenação de regimes e prestações - normas remissivas
Direito Internacional Público	Organizações internacionais e celebração de convenções bi ou multilaterais de segurança social
Direito da União Europeia	Regulamentos Europeus de Segurança Social (UE) (coordenação) Directivas (de harmonização dos direitos nacionais)

ii) Direito adjectivo

Ramos do Direito aplicáveis	Matéria
Organização judiciária	Competência dos tribunais - LOSJ
Direito Processual Administrativo	Impugnação administrativa e contenciosa de actos administrativos em geral - CPA, CPTA
Direito Processual Tributário	- Impugnação contenciosa da liquidação oficiosa (desde 1999) - LGT e CPPT - Oposição à execução (desde 1976) - CPPT
Direito Processual do Trabalho	- Acidentes de trabalho e doenças profissionais - Impugnação contenciosa de decisões no âmbito das contra-ordenações
Direito Processual Civil	- Reclamação de créditos - CPC - Reembolso de prestações - responsabilidade de terceiros

Direito Processual Penal	- Crimes contra a segurança social (RGIT) - Pedido de reembolso de prestações nas acções penais - Falsas declarações
Direito Processual Contra-ordenacional	Contra-ordenações

Ora, o ordenamento da segurança social “vagueando ainda nessa terra jurídica de ninguém entre o Direito Laboral, o Direito Fiscal e o Direito Administrativo”, (segundo alguns), aparentemente com défices de auto-suficiência científica, numa enorme e inexplicável errância; o que sucede é que os procedimentos necessários ao bom funcionamento e prossecução dos seus fins, nas suas várias vertentes, já estão presentes nos ramos de Direito clássicos: seria tolice a não adesão a soluções técnicas já experimentadas e adoptadas com sucesso, só por não lhe pertencerem originária ou exclusivamente.

Vejamos, por exemplo, o seguro social, designadamente quanto às obrigações contributivas ou prestacionais, natural será que se faça aproximação, mesmo integração, de institutos próprios ou do Direito Fiscal, do Direito Civil ou do Direito do Trabalho, quer substantivos, quer adjectivos, pois o desenvolvimento quer doutrinal, normativo ou jurisprudencial dessas áreas do Direito assim o impõe, em função dos interesses públicos e privados de protecção social em presença, assentes nos princípios de justiça (comutativa ou distributiva) e de equidade.

É tardia a formação do Direito Social (em especial o Direito da Segurança Social). Na verdade, perdidas as células naturais de protecção dos indivíduos (a família, a tribo e a corporação), a intervenção social inicial era determinada pela caridade, portanto dentro do sentido ético-religioso sem necessidade de regras jurídicas -

protecção social sem regras, mesmo o aparecimento das primeiras comunidades de solidariedade com disposições estatutárias subver-sivamente à margem do direito do Estado<sup>7</sup>.

Só no século XIX surgem iniciativas de instituições com regras aceites pelo Estado - protecção social subvencionada.

No século XX a secularização da intervenção social passa a dever do Estado com regras próprias - instituições protectoras específicas<sup>8</sup>, só depois seguidas do envolvimento do Estado - Estado Social, quer sob a forma de Estado de bem-estar liberal ou Estado de bem-estar integral.

O ordenamento da segurança social em formação consagra as soluções jurídicas efectivamente geradores de contributos úteis e necessários para a realização dos princípios e direitos já claramente assumidos pelas sociedades contemporâneas e não porque podem ser obtidas sem esforço ou gratuitamente.

A formação e edificação progressiva de um verdadeiro Estado Social em camadas sucessivas (assistência social / seguro social / segurança social) sem suprimir as camadas anteriores, antes as orientando para objectivos comuns com os recursos técnicos já disponíveis (eg. cálculo probabilístico do seguro mutualista) naturalmente adequados ao desenvolvimento económico e social e, numa lógica de economia de meios, de não fazer caminho já percorrido com aproveitamento das melhores soluções jurídicas já obtidas.

---

<sup>7</sup> Como sabemos, entre nós, para além da evolução descrita, as misericórdias, desde o século XV, sempre seguiram um caminho próprio até à formação do Estado Social.

<sup>8</sup> Entre nós uma 1ª geração previdencial desde 1935 a 1962 - Lei n.º 1884, de 16 de Março de 1935; a 2ª geração previdencial desde 1962 - Lei n.º 2115, de 18 de Junho de 1962, seguidas em 1976 da constitucionalização de um sistema de segurança social - art.º 63º da Constituição da República Portuguesa (CRP) - e da primeira Lei de bases da segurança social - Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto.

...Portanto, não vagueando, mas sim serpenteando entre os vários ramos do direito público ou privado, conforme a matéria em causa e independentemente da discutível necessidade de determinação do nível do grau de reconhecimento científico que lhe esteja a ser atribuído como ramo de Direito<sup>9</sup>... sem comportamentos desajustados de dependência ontológica (sem complexos ou supostos parasitismos) e sem cedências passivas ou sujeições ao poder de atracção (satelitização) doutras áreas do Direito de superior desenvolvimento científico.

## 2. OS DIREITOS SUBJECTIVOS<sup>10/11</sup> PÚBLICOS

Pretender fazer algum enquadramento doutrinário dos direitos e deveres dos sujeitos privados e públicos<sup>12</sup> no âmbito das relações jurídicas obrigacionais da segurança social conduz-nos necessariamente a deitar mão dos instrumentos próprios da teoria geral do Direito.

---

<sup>9</sup> O pretendido reconhecimento científico de um Direito da segurança social não passa pela busca formal de autonomia como ramo de direito mas substancialmente pelo seu necessário desenvolvimento e aprofundamento doutrinário e científico.

<sup>10</sup> CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Gestlegal, 2021, 4.<sup>a</sup> ed., p. 101.

*Direito subjectivo* como mecanismo de regulamentação adoptado pelo direito que consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico intervir na esfera jurídica de outrem, p. 109.

Tem como reverso, correlato ou simétrico o dever.

<sup>11</sup> *Direito subjectivo* - poder conferido pela ordem jurídica a certa pessoa de exigir determinado comportamento de outrem, como meio de satisfação de um interesse próprio ou alheio (ANTUNES VARELA, João de Matos, *Obrigações*, 5.<sup>a</sup> edição, 1.<sup>o</sup>, p. 46).

<sup>12</sup> Portanto não limitados aos direitos subjectivos públicos conforme parece decorrer do texto de Marcello Caetano, transcrito na Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), n.º 3, p. 151.

Para isso vamos retomar<sup>13</sup> alguma avaliação sobre a natureza dos direitos subjectivos públicos e da sua presença na segurança social com suporte doutrinário predominantemente, quanto à teoria e seu processo de formação, em Reis Novais<sup>14</sup> e, quanto às suas especificidades em matéria de segurança social, em Sérvulo Correia.

Quanto à amplitude do âmbito dos direitos subjectivos públicos em relação aos direitos fundamentais pode dizer-se que os direitos subjectivos públicos abrangem, para além dos direitos fundamentais<sup>15</sup>, “direitos que relevam do Direito Administrativo, do Direito Fiscal ou do Direito Processual e incluem tanto direitos dos particulares como direitos de entidades públicas”<sup>16</sup>.

## 2.1. Quanto à teoria e processo de formação dos direitos subjectivos públicos

Pressuposto necessário da presença de direitos subjectivos públicos é, naturalmente, a personalidade jurídica do Estado<sup>17</sup>. Na verdade, só o Estado e os entes públicos como pessoas jurídicas e os particulares podem ser sujeitos de direitos e correspondentes

---

<sup>13</sup> Questão já abordada no ponto 2.1. do artigo *Rendimentos de Substituição na Gestão do Tempo de Trabalho* in RIDT, n.º 3, pp. 137 e ss. a propósito da natureza jurídica das prestações de segurança social.

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, separata do Volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 76 e ss.

<sup>15</sup> Para J J Gomes Canotilho aparentemente apenas estes, conforme parece decorrer do texto transcrito na RIDT n.º 3, p. 150.

<sup>16</sup> MIRANDA, Jorge, *Aditamentos de Direito Constitucional*, Lisboa, 1982, pp. 114 e ss.

<sup>17</sup> Quanto à teoria do Estado ver, nomeadamente, KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Estado*, Arménio Amado, Coimbra, 1951.

deveres, ou seja, titulares de posições subjectivas tuteladas pelo Direito.<sup>18</sup>

Teria sido Gerber, referido por Reis Novais, quem pela primeira vez sustentou a existência dos direitos subjectivos públicos (1852), porém subvalorizando-os e considerando-os apenas como efeitos reflexos do direito soberano do Estado.

Por seu lado, Kelsen<sup>19</sup> não autonomiza o direito subjectivo pois entende o direito subjectivo como o resultado da aplicação do direito objectivo aos indivíduos - efeito reflexo da aplicação do direito objectivo sem admitir que a esfera jurídica individual resulta ampliada: os direitos subjectivos seriam meras vantagens que o indivíduo retira da aplicação da lei.

É devida a Jellinek<sup>20</sup>, em 1892, a teoria da autolimitação do Estado e do Estado de Direito (matriz germânica<sup>21</sup>).

Considerando o direito subjectivo como o poder de querer (elemento formal) que o homem tem, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico enquanto se refere a um bem ou a um interesse (elemento material), procedendo à destriça entre direitos

---

<sup>18</sup> Quanto à constituição do Estado ver SARAIVA, A Rocha, *Construção Jurídica do Estado*, Coimbra, 1912, citado por Reis Novais.

Ver também BURDEAU, Georges, *O Estado*, Publicações Europa-América, s/ d, nomeadamente pp 35 e ss., tradução de *L'État*, Seuil, Paris, 1970.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Estado*, Arménio Amado, Coimbra, 1951, p. 58.

<sup>20</sup> JELLINEK, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milão, 1912. Tradução italiana de *System der subjektiven offentliche Rechte*, Tübingen, 1905 (2ª edição).

Seguindo de perto as transcrições feitas por Reis Novais, *op. cit.*, pp.76 e ss.

<sup>21</sup> O estado é a fonte, condição e medida dos direitos concedidos aos particulares num processo de auto-limitação da soberania estadual; por oposição à matriz francesa de fundamentação jusnaturalista dos direitos fundamentais concedidos como limites exteriores e originários à soberania do Estado.

subjectivos públicos e privados fundado em cada um dos dois planos ou elementos (o formal e o material), assim

i) No domínio do elemento formal o direito subjectivo privado é resultado do reconhecimento jurídico de faculdades e capacidades já existentes, física e naturalmente, na esfera do indivíduo enquanto homem e refere-se a relações entre sujeitos colocados em posições jurídicas iguais; por sua vez, o direito subjectivo público, consistindo exclusivamente de capacidade de pôr em movimento normas jurídicas no interesse individual, traduz-se num poder dirigido a obter um reconhecimento ou uma protecção jurídica e funda-se exclusivamente, não em faculdades pré-existentes, mas numa exclusiva concessão do ordenamento jurídico positivo. Nesta medida, o direito subjectivo público refere-se às relações entre o Estado (entidade que cria o direito) e as entidades investidas de poder público e o indivíduo.

No domínio do elemento material, ainda que a distinção não se possa fazer tão rigorosamente - pois todo o direito individual (público ou privado) deve necessariamente ter por conteúdo um interesse individual - Jellinek considera que o interesse subjacente ao direito subjectivo público é reconhecido pelo ordenamento jurídico essencialmente por razões de interesse geral, reflectindo o indivíduo, não como personalidade isolada, mas como membro da comunidade. Portanto, no que se refere ao elemento material, o direito subjectivo público é o que pertence ao indivíduo em virtude da sua qualidade

de membro do Estado - estadualização da sociedade (primeira componente do princípio da socialidade<sup>22</sup>).

A percepção do enquadramento dos direitos subjectivos públicos no mundo do Direito é-nos proposto por Jellinek quando desenvolve a sua classificação dos diferentes estádios da posição do indivíduo relativamente ao Estado, tomando como critério a progressão do engrandecimento da vontade do indivíduo perante o Estado<sup>23</sup>:

- *status* passivo, *status subjectionis* - estádio de subordinação, de ausência de autodeterminação individual e, logo, de personalidade - direitos públicos do Estado;

- *status* negativo, *status libertatis* - estádio em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem da intervenção do Estado - direitos de liberdade;

- *status* positivo, *status civitatis* - estádio em que o indivíduo tem direito a prestações a fornecer pelo Estado - direitos cívicos;

- *status* activo, *status activae civitatis* - estádio em que o indivíduo é já sujeito do poder político, tem o direito a participar no exercício do poder - direitos políticos.

---

<sup>22</sup> A segunda é a socialização do Estado.

<sup>23</sup> Nesta matéria ver MIRANDA, Jorge, *Manual e Direito Constitucional*, tomo IV - Direitos Fundamentais, Coimbra Ed, Coimbra, 1988, pp. 83 e ss.

Também referido por Reis Novais, *op. cit.*, p. 80.

Igualmente reconhecidos como direitos de 1ª geração, de 2ª geração...

No estágio actual, a dignidade do sujeito do poder político<sup>24</sup> e a sua titularidade resultam de um complexo de direitos subjectivos públicos - que o colocam numa relação de paridade com as instituições do Estado.

2.2. O Professor Doutor Sérvulo Correia é peremptório quanto à presença da figura do direito subjectivo público no domínio das prestações de atribuição vinculada, quer das contribuições de segurança social (*lato sensu*).

O direito subjectivo público é definido por Sérvulo Correia como “aquele cuja prossecução pelo seu titular corresponde não à realização de um seu fim concreto mas directamente também à de um fim do Estado”, demonstrando a sua consagração separadamente conforme se trate de prestações (atribuição de direitos aos trabalhadores - rendimento de substituição) ou de contribuições (direito público à imposição contributiva).

i) Quanto à atribuição das prestações<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Como sabemos, sempre como princípio máximo dos princípios e ponto primeiro dos instrumentos jurídicos fundamentais:

- na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 (artº 1º), sob a fórmula “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e em direitos”;

- na Constituição da República Portuguesa (artº 1º) acolhido como fundamento do Estado sob a forma de “*dignidade* da pessoa humana”;

- no Tratado da União Europeia (artº 2º) nos seguintes termos “A União funda-se nos valores do respeito pela *dignidade* humana...”; e semelhantemente

- na Declaração dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artº 1º), sob a forma de “A *dignidade* do ser humano é inviolável...”.

<sup>25</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Teoria da Relação Jurídica do Seguro Social*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta de Acção Social, Lisboa, 1968, pp. 274 e ss. e Escritos de Direito Público II, Almedina, Coimbra, 2022.

Fundamentando a caracterização dos direitos subjectivos públicos relativamente às prestações acrescenta que “ao estabelecer que, quando se verificarem os eventos típicos que descrevemos (as eventualidades) o beneficiário ou o familiar poderão exigir determinadas prestações, a lei olha à satisfação de um fim público de garantia de subsistência mas não apenas a ela; olha também simultaneamente à consecução de um fim concreto de uma pessoa individualmente determinada. Como escreve Persiani, no interesse legítimo o interesse privado é ontologicamente diverso do público e apenas se verifica uma coincidência quanto ao meio por que podem ser satisfeitos.

Pelo contrário, o interesse público e o interesse dos sujeitos à tutela previdencial coincidem... o funcionamento do sistema de seguros sociais corresponde à prossecução de interesses e fins da colectividade política. A cobertura dos riscos sociais através do seguro obrigatório é nos nossos dias uma questão fundamental para a conservação e desenvolvimento da sociedade política e do nosso ordenamento pode já hoje retirar-se a conclusão de que aquela forma de seguro representa a realização de um fim e o exercício de uma função do Estado.

A verificação dos eventos típicos faz surgir direitos. Automaticamente essa concretização produz afectação jurídica de quantias pecuniárias, de coisas ou serviços determinados à consecução de um fim concreto - o da subsistência - do beneficiário ou do familiar. Esta afectação, essência do direito subjectivo, traduz um poder de exigir tais bens e no correspondente dever de os prestar por parte das instituições seguradoras.

Aqui, o fim individual e o fim colectivo não se justapõem ocasional mas antes estruturalmente. Para que se prossiga o fim colectivo de garantir a subsistência a todos os que dependem do seu trabalho é preciso que cada um dos que pertencem a esse vasto grupo tenha o direito a determinadas prestações que lhe permitam tal subsistência em condições nas quais seria de presumir uma situação de carência”.

ii) Quanto à determinação do montante e cobrança de contribuições<sup>26</sup>

Sérvulo situa o acento tónico na forma como o seguro social determina as contribuições a pagar às instituições em função não na gravidade ou probabilidade do risco mas apenas em proporção da remuneração do trabalhador, sublinhando que é “sobretudo nesta característica da fixação da contribuição segundo critérios genéricos independentemente do grau individual do risco que se traduz a solidariedade entre trabalhadores a que nos temos referido a propósito do princípio da garantia da subsistência através da *solidariedade corporativa*<sup>27</sup>.

Ela é, por outro lado, uma exigência directa da finalidade de garantia da subsistência: se aos maus riscos correspondessem prémios proporcionais, o sistema tornar-se-ia incomportável para alguns e acabariam por ficar sem protecção precisamente aqueles que dela mais carecem.

---

<sup>26</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *op. cit.*, pp. 291 e ss.

<sup>27</sup> Diríamos agora: solidariedade profissional.

Tal como o direito às prestações, o direito às contribuições é um direito subjectivo público. Ele é concedido às instituições seguradoras para que possam prosseguir um fim do Estado. A protecção directa dos interesses públicos ressalta aqui com evidência das sanções penais que correspondem ao desrespeito da obrigação de contribuir.”

### 3. ESTADO SOCIAL DE DIREITO

No século XIX impunha-se, afinal, encontrar a fórmula ideal da superação da concepção liberal da separação da sociedade e do Estado cujas consequências se mostraram socialmente insuportáveis, ou seja, introduzir mecanismos de responsabilização social das empresas, adoptando autoritariamente regras ao funcionamento da economia liberal mas condicionada pelo respeito de valores socialmente enquadradas na “descoberta” da dignidade da pessoa humana.

#### a) A questão social<sup>28</sup>

Como sabemos, na resolução da chamada questão social no século XIX, perante o rasto das funestas consequências sociais da industrialização<sup>29</sup>, tornou necessária a determinação do nível de

---

<sup>28</sup> Nesta matéria ver GONÇALVES DA SILVA, LUÍS, *From the Social Question to Legislative Protection*, AAFDL, Lisboa, 2021, e toda a extensa bibliografia referida, em especial, no enquadramento histórico, JACCARD, Pierre, *História Social do Trabalho*, Círculo de Leitores.

<sup>29</sup> Implicando alterações profundas relativamente às sociedades rurais dada a perda das células naturais de protecção dos indivíduos: a família, a tribo, a corporação

intervencionismo e do seu grau adequado (do intervencionismo moderado<sup>30</sup> ao dirigismo e à planificação) para travar um liberalismo selvagem<sup>31</sup>, sem preocupações sociais quanto às condições de existência das pessoas<sup>32</sup>, nomeadamente dos trabalhadores, conduziu os Estados a adoptar soluções de vária ordem<sup>33</sup>. Na verdade, sinteticamente<sup>34</sup>:

---

(comunidades de solidariedade) (já atrás referidas).

<sup>30</sup> Formas de “socialismo limitado”, na expressão de GALBRAITH, John Kenneth, in *Novo Estado Industrial*, Civilização brasileira, Rio de Janeiro, 1969, 2ª edição, p. 110.

<sup>31</sup> O que favoreceu o sentimento de indispensabilidade do Estado muito embora a ideia de Estado se imponha não apenas pela sua virtude prática, onde não passaria de “açaimo cuja finalidade é tornar inofensivo um animal carnívoro chamado homem” (na expressão de Schopenhauer, referido por Burdeau, op. cit., p. 47) numa declarada adesão à posição pessimista de Hobbes do *homo homini lupus* (por oposição ao *bon sauvage* de Rousseau).

<sup>32</sup> Situação doutrinariamente também justificada por teses demográficas pessimistas (mesmo catastrofistas) de Malthus e Ricardo de uma preocupante progressão aritmética da produção de alimentos (“avareza da natureza”) contra a progressão geométrica do crescimento da população a qual duplicaria em cada 25 anos...Na expressão atribuída a Lacordaire (pregador dominicano da catedral de *Notre-Dame*, no século XIX, referido por BURDEAU, op. cit., p. 178), “a chaga económica da nossa sociedade... o ter-se imaginado que a terra é suficientemente vasta para dar a todos satisfações materiais”.

<sup>33</sup> Prosaicamente em “busca do caminho para o paraíso” a que, aliás, não é alheia a conhecida fragmentação em 3 grandes blocos de posições religiosas cristãs em questões temporais na Europa Ocidental: o calvinismo liberal da Inglaterra e da Suíça, o luteranismo austero e rigoroso do Norte da Europa, nomeadamente a Alemanha, e o catolicismo dogmático e dirigista do resto da Europa do Sul.

Quanto à resposta da Igreja Católica às acusações de não se reconciliar nem transigir com o progresso, o liberalismo e a civilização moderna, constituem a base da doutrina social da Igreja as designadas encíclicas sociais, para além das pioneiras *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891) e *Quadragesimo Anno* de Pio XI (1931), mas, sobretudo pela sua função fortemente reformadora, a *Mater Magistra* (1961) e a *Pacem in Terris* (1963) de João XXIII e a *Populorum Progressio* de Paulo VI (1967). O *aggiornamento* prosseguiu com a *Centesimus Annus* de João Paulo II (1991).

Nesta matéria ver, para além do texto de três das principais encíclicas indicadas, a introdução sobre a pedagogia da responsabilidade de MONTVALON, Robert de, *Trois Encycliques Sociales*, Seuil, 1967, pp. 5-34.

<sup>34</sup> Nesta matéria ver breve nota histórica no nosso *Segurança Social - Manual Prático*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 29 e ss.

i) a subsistência da perspectiva assistencialista<sup>35</sup> (caso das *poor laws*<sup>36</sup> em Inglaterra) ou perspectiva institucional das misericórdias em Portugal como componente de um conceito mais amplo de direitos sociais<sup>37</sup>;

ii) consagração formal de cartas de intenções sociais integradas normalmente nas constituições dos Estados a partir do século XIX, caso das constituições francesas, nomeadamente de 1791 e 1848, ou das constituições do liberalismo em Portugal a partir de 1822;

iii) efectiva criação dos seguros sociais obrigatórios<sup>38</sup> - iniciativas previdenciais de natureza comutativa (*do ut des*): a socialização da protecção do trabalhador na mutualização dos riscos sociais.

---

<sup>35</sup> Aliás, como sabemos, nunca abandonada na mente e na prática dos políticos que não deixam de preferir intervenções pecuniárias concretas (caso a caso) entendidas como generosidade do Governo (favor do príncipe) à atribuição legalmente prevista como direitos do cidadão dados os dividendos obtidos.

<sup>36</sup> Conjunto de leis inglesas sobre protecção dos pobres, desde o estatuto de protecção ao desvalido de Henrique VIII (1531) e o código da beneficência de Isabel I (1601), forma de intervenção social calvinista de neutralização dos pobres que os autores contrapõem ao modelo de tolerância católica de integração dos pobres proposto por VIVES, Juan Luis, *Del Socorro de los Pobres*, Nueva Biblioteca Filosofica, Madrid, 1931. Tradução castelhana da *De subventionem pauperum...*, Bruges, 1526.

Veja-se, nesta matéria, GEREMEK, Bronislaw, *A Piedade e a Força*, Terramar, Lisboa, 1987.

<sup>37</sup> Veja-se sobre a questão da natureza da pobreza a posição de GALBRAITH, John Kenneth, *A Sociedade da Pobreza*, Dom Quixote, Lisboa, 1979.

<sup>38</sup> De algum modo ameaçavam fazer desaparecer entidades anteriormente constituídas numa prática de solidariedade profissional voluntária em pleno liberalismo “selvagem” - as *friendly societies* (assumindo clandestinamente funções de intervenção sindical) e as associações mutualistas - que até aí conviveram com uma sociedade sem seguros obrigatórios, pondo, assim, em causa o seu estatuto identitário - liberdade, independência, democracia e solidariedade. V. GIBAUD, Bernard, *De la Mutualité à la Sécurité Sociale*, Les éditions ouvrières, Paris, 1986, p. 244.

Entre nós ilustrada, para além da integração de algumas associações mutualistas em casas do povo (organização corporativa de então) por mero despacho, a posterior estatização das caixas de previdência por conversão em institutos públicos com redução da participação dos beneficiários.

- quer na Alemanha pelo Chanceler Bismarck, desde 1883, olhada com desconfiança dado o autoritarismo do Estado prussiano presente na repressão que a acompanhou;

- quer em Inglaterra com o *National Insurance Act* de David Lloyd Georges em 1911.

iv) a alternativa soviética inscrita na Constituição bolchevista russa de 5 de Julho de 1918 temida, dada a sua origem revolucionária, pela generalidade dos Estados como experiência ameaçadora, perdurou como exemplo;

v) o modelo do 2º pós-guerra<sup>39</sup>, foi determinado pela conjugação das vontades e impulsos políticos da aliança militar de Franklin Roosevelt<sup>40</sup> e William Churchill (expressa no nº 5º da Carta do Atlântico, de Agosto de 1941), com a filosofia social e a revolução económica de Keynes, conduziu William Beveridge (1942) a propor soluções agrupadas na designação de *Welfare State* ou Estado-Providência (estado de bem-estar social)<sup>41</sup> no relatório *Social Insurance and Allied Services (1942)*, mais conhecido por *Relatório Beveridge*.

---

<sup>39</sup> Antecipadas pelo *New Deal* (1933 / 1935) nos EUA em consequência da crise económica de 1929 e pela Lei da Segurança Social Neozelandesa, de Setembro de 1938.

<sup>40</sup> Percursor da proposta de libertação da necessidade e autor da fórmula “o homem necessitado não é um homem livre” proferida no âmbito de uma conferência em Filadélfia, em 27 de Junho de 1936.

<sup>41</sup> Entre nós objecto de divulgação e comentário por GUEDES, Armando Marques, *O Plano Beveridge*, Ed. Século, Lisboa, s/d.

## b) A nova questão social

Após 30 anos gloriosos<sup>42</sup> (dos anos 45 a 75) de desenvolvimento económico e social crescente, nos anos 70 do século XX as sucessivas crises económicas e financeiras conduziram à crescente dificuldade em garantir níveis de suficiência de bens aptos à satisfação de necessidades próprias de uma sociedade desenvolvida - visão edílica de um Estado-providência “como paraíso na terra”<sup>43</sup>, sobretudo em eventualidades como a saúde<sup>44</sup> e a velhice<sup>45</sup> que, submetidas a crescente pressão financeira, vão sendo objecto de “indispensáveis ajustamentos e reorganizações” (restrições) - num indisfarçável e assumido retrocesso social.

## c) O Estado social

Estado social seria então um Estado que garante *integração existencial*, isto é, que se responsabiliza pelas condições vitais de existência de que o homem carece.

Trata-se de assumir uma concepção da sociedade como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social generalizada e financiada por políticas fiscais e de financiamento por iniciativa do

---

<sup>42</sup> Na expressão da doutrina francesa.

<sup>43</sup> Questões tratadas com profundidade em:

- ROSANVALLON, Pierre, *La Crise de l'Etat-providence*, Seuil, Paris, 1981; e

- ROSANVALLON, Pierre e FITOUSSI, Jean Paul, *Le Nouvel Âge des Inégalités*, Seuil, Paris, 1996.

<sup>44</sup> Sob pressão de uma procura crescente de cuidados, nomeadamente com a sua procissão de indignas e tendencialmente crescentes listas de espera.

<sup>45</sup> Com taxas de substituição submetidas a mecanismos de redução como factores de sustentabilidade.

Estado, face aos princípios da igualdade e equidade enquadrados quer pela estadualização da sociedade (presença de direitos subjetivos públicos que colocam as pessoas como membros do Estado) quer pela socialização (intervenção) do Estado, como expressão do *princípio da socialidade* “no sentido de criar as condições de uma real vivência e desenvolvimento da liberdade e pluralidade individuais”.

Nesta matéria Reis Novais<sup>46</sup> segue de perto Ernst Forsthoff<sup>47</sup> na sua teoria do espaço vital (*Daseinsvorsorge*).

#### d) O “Estado social corporativo”

O desenvolvimento da protecção social não basta para legitimar um Estado como social fora do quadro da democracia política e de efectiva socialização do Estado.

Na verdade, “para que o qualificativo social seja apostado ao Estado não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais<sup>48</sup>; é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida

---

<sup>46</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, separata do Volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 194 e ss.

<sup>47</sup> FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975. Tradução castelhana de *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munique, 1971.

<sup>48</sup> Neste quadro, vejam-se exemplos de utilização do conceito de Estado social assente no mero desenvolvimento da previdência social dos trabalhadores sem democracia política, apresentados por Jorge Reis Novais, op. cit., p. 203, em 2 discursos nos anos 70 do século passado (de Marcelo Caetano e Baltazar Rebelo de Sousa) parcialmente transcritos.

democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante na decisão colectiva democraticamente tomada”.

e) O risco de inflação legislativa<sup>49</sup>

Apostar numa legalidade autoritária pode significar uma “normatização integral da vida em sociedade pelo desdobramento de normas e regulamentos (o reino das leis) para diminuir os riscos de arbítrio pode gerar insegurança jurídica pela incerteza e desconhecimento das leis - a dificuldade de controlo da sua aplicação”.

Foi exemplo desta realidade na vertente da administração da previdência desde os anos 40 até aos anos 70 do século passado, a gestão por milhares de despachos do Governo divulgados através de milhares de circulares internas, formalmente ao abrigo sobretudo do art.º 202.º do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963, (Regulamento Geral das Caixas Sindicais de Previdência)<sup>50</sup> e gerador de um extensíssimo “direito circulatório” imposto às instituições gestoras até à normalização da produção normativa num quadro institucionalmente estável, após os anos 70.

---

<sup>49</sup> Referida por NOVAIS, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 217.

<sup>50</sup> Que dispunha “Os casos omissos e as dúvidas suscitadas na execução deste diploma ou dos estatutos das caixas sindicais de previdência serão resolvidos por despacho do Ministro das Corporações e Previdência Social publicado no Diário do Governo”.

Dispositivo legal aliás, doutrinariamente considerado inquinado “de inconstitucionalidade orgânica e formal” (SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *op. cit.*, p. 102)

#### 4. A SUB-ROGAÇÃO<sup>51</sup>

Assumida a importância dos direitos subjectivos públicos integrados num Estado Social de Direito e dada a especial frequência com que alguns institutos jurídicos próprios da teoria geral do Direito são invocados nas situações jurídicas próprias da segurança social, vamos abordar o mecanismo da sub-rogação como forma especial de tutela dos interesses públicos e privados.

Na verdade, para além do sentido comum de substituição (nomeadamente de uma pessoa por outra) que a expressão encerra, não se pode descurar o seu sentido técnico-jurídico.

Assim, antes de abordarmos a figura no contexto específico do seguro social, vamos liminarmente fazer o seu enquadramento e recordar algumas breves noções do Direito em geral.

##### 4.1. A sub-rogação no Direito das Obrigações. A transmissão de créditos<sup>52</sup>

Variantes da sub-rogação:

---

<sup>51</sup> Nesta matéria veja-se:

VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva, *Sub-rogação nos Direitos do Credor*, BMJ n.º 37, 1953, pp. 5-64;

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, 2.ª edição, volume II, pp. 293 e ss.;

Anotação aos arts 589.º a 600.º do Código Civil em PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol I, Coimbra Ed, Coimbra, 1987, 4ª edição.

<sup>52</sup> Para a transmissão de dívidas ver assunção de dívidas em ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, 2.ª edição, volume II, pp. 318 e ss.

i) *Sub-rogação pessoal* (substituição de uma pessoa por outra); por oposição a *sub-rogação real*, substituição de uma coisa por outra.

Critério presente na definição de Galvão Telles quando refere que “quando uma pessoa se substitui a outra pessoa ou uma coisa se substitui a outra coisa”<sup>53</sup>.

Na sub-rogação pessoal há uma substituição com transferência de direitos - um sujeito jurídico (o terceiro - o *solvens*, o substituto, o sub-rogado) que toma o lugar do credor (*accipiens*, o substituído), sucedendo nos seus direitos de crédito, designadamente com *direito de regresso*<sup>54</sup> sobre o devedor (essência da sub-rogação).

Castro Mendes<sup>55</sup> dá-nos nota da separação entre sub-rogação legal pessoal transmissiva e substitutiva, conforme haja ou não perda da titularidade do direito subjectivo do primeiro titular.

ii) consoante a sua proveniência<sup>56</sup>

A lei admite duas espécies de sub-rogação: a sub-rogação convencional ou voluntária e a sub-rogação legal (*ope legis* - exclusivamente fundada na lei).

a. A sub-rogação convencional ou voluntária resulta de um acordo entre o terceiro que pagou (o *solvens*) e o credor primitivo, a quem é feito o pagamento, ou entre o terceiro e o devedor. A lei

---

<sup>53</sup> GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual de Direito das Obrigações*, Coimbra ed, 1957, tomo I, p. 148.

<sup>54</sup> Frequentemente designado de reembolso, como veremos relativamente à segurança social.

<sup>55</sup> CASTRO MENDES, João de, *Direito Civil - Teoria Geral*, 1979, Tomo II, p. 42.

<sup>56</sup> Seguindo de perto a jurisprudência mais relevante, designadamente o Acórdão da Tribunal da Relação de Évora, de 17 de Junho 2021.

prevê três modalidades de sub-rogação voluntária: uma delas efectuada pelo credor e as duas restantes pelo devedor.

No que se reporta à sub-rogação pelo credor, estabelece o artigo 589.º do Código Civil que “[o] credor que recebe a prestação de terceiro pode sub-rogá-lo nos seus direitos, desde que o faça expressamente até ao momento do cumprimento da obrigação.”

Portanto, a validade da sub-rogação pelo credor exige uma declaração expressa de vontade nesse sentido, manifestada no acto do cumprimento da obrigação ou anteriormente. De contrário, entende-se que houve o propósito de extinguir a relação obrigacional e não o de transmiti-la pelo lado activo<sup>57</sup>.

Mas, como também refere Almeida Costa, a sub-rogação expressa não tem de ser necessariamente feita por escrito<sup>58</sup>.

Quanto à sub-rogação pelo devedor, determina o artigo 590.º do Código Civil que “[o] terceiro que cumpre a obrigação pode ser igualmente sub-rogado pelo devedor até ao momento do cumprimento, sem necessidade do consentimento do credor” (n.º 1); e que “[a] vontade de sub-rogar deve ser expressamente manifestada” (n.º 2).

Ou seja, a declaração de sub-rogação pelo devedor tem que ocorrer até ao momento do cumprimento pelo terceiro e tem que ser expressa.

A sub-rogação pelo devedor poderá ainda ocorrer em consequência de um empréstimo de dinheiro ou de outra coisa fungível com

---

<sup>57</sup> Cf. neste sentido ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição revista e actualizada, p. 822.

<sup>58</sup> Nos termos do artigo 219º do Código Civil.

que ele próprio, e não o terceiro, cumpre a obrigação, nos termos previstos no artigo 591º do Código Civil.

b. No que se reporta à sub-rogação legal<sup>59</sup>, estipula-se no n.º 1 artigo 592.º do Código Civil que: “*Fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito.*”

E, acrescenta-se no n.º 2 que “[a]o cumprimento é equiparada a dação em cumprimento, a consignação em depósito, a compensação ou outra causa de satisfação do crédito compatível com a sub-rogação.”

É que a sub-rogação no âmbito da aplicação do n.º 1 do artigo 592.º do Código Civil está restringida aos terceiros que tenham “*interesse próprio*”, na extinção do crédito, tanto para evitar a perda ou limitação, como a consistência prática de um seu direito<sup>60</sup>.

Em síntese<sup>61</sup>:

«(...) VIII. Não é qualquer terceiro que cumpra obrigação alheia que beneficia da sub-rogação, mas apenas aquele a quem foi atribuído esse direito, por vontade expressa do credor ou do devedor, ou aquele a quem a lei reconhece esse direito, quer por ter garantido, previamente, o cumprimento da obrigação, quer por ter um interesse patrimonial e próprio na satisfação do crédito.

---

<sup>59</sup> Quando o legislador define previamente os requisitos de validade.

<sup>60</sup> Cf. ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 824.

<sup>61</sup> Como se decide no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/03/2019 (proc. n.º 281648/11.7YIPRT.L1.S1) disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

IX. Não beneficia do direito de ficar sub-rogado nos direitos do credor o terceiro que, apesar de não ter um interesse “directo e próprio” no cumprimento, assume a dívida e realiza a prestação alheia, valendo, antes, a regra geral do artigo 767.º, n.º 1 do Código Civil, segundo a qual a prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, e verificando-se, nestas circunstâncias, a extinção da obrigação.»

Das múltiplas definições e caracterizações de sub-rogação pessoal que se podem recolher nos manuais de Direito das Obrigações preferimos as seguintes:

Para Pessoa Jorge, como forma de transmissão de obrigações, “consiste na transmissão do crédito por efeito do pagamento realizado por quem não é devedor, ou realizado pelo devedor com meios fornecidos por terceiro.”<sup>62</sup>

Para Antunes Varela quanto aos efeitos “pode definir-se como a substituição do credor, na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao cumprimento”<sup>63</sup>.

É, na verdade, exactamente o que resulta do artigo 593.º do Código Civil, onde se dispõe que:

*1. O sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito*

---

<sup>62</sup> PESSOA JORGE, Fernando, *Direito das Obrigações*, AAFDL, 1975, 2.º volume, p. 26.

<sup>63</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos,, *Das Obrigações em Geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, 2.ª edição, volume II, pp. 293 e ss.

*do credor, os poderes que a este competiam.*

*2. No caso da satisfação parcial, a sub-rogação não prejudica os direitos do credor ou do seu cessionário, quando outra coisa não for estipulada.*

*3. (...).*

#### **4.2. A sub-rogação nas obrigações prestacionais da segurança social**

Parece inegável que as instituições gestoras de segurança social em nome dos objectivos públicos e privados que prosseguem tendem, para além da uma mera officiosidade burocrática (a chamada simplificação administrativa), a tutelar uma intervenção procedimental officiosa efectivamente substitutiva, susceptível de libertar os beneficiários do exercício de diligências de maior complexidade por alteração legal da relação obrigacional para as adequar à consecução de objectivos sociais pretendidos; é o caso da sub-rogação.

Previamente terá interesse situar com precisão as posições relativas e titularidade de direitos (créditos) e deveres (débitos) dos sujeitos das relações obrigacionais de seguro social <sup>64</sup>, passíveis de intervenção substitutiva, que podemos organizar do seguinte modo:

- i) relativamente a obrigações prestacionais
  - credor - trabalhador ou membro de órgão social (Moes)

---

<sup>64</sup> Estamos, portanto, a excluir as prestações do sistema de protecção social de cidadania (subsistemas de solidariedade, de protecção familiar e de acção social).

- devedor - instituição da segurança social

ii) relativamente a obrigações contributivas (contribuições e quotizações)

- credor - instituição da segurança social;

- devedor

. de contribuições - entidades empregadoras, trabalhadores independentes, aderentes ao seguro social voluntário, entidades contratantes;

. de quotizações - trabalhadores por conta de outrem e MOEs<sup>65</sup>;

a. Primeiro grupo de situações - relativamente a obrigações prestacionais de segurança social que constituem um padrão pela generalidade e frequência da sua previsão

As prestações de atribuição vinculada<sup>66</sup> na sub-rogação de créditos (transmissão do direito de créditos) - lado activo - as instituições de segurança social (o terceiro, o *solvens*, o sub-rogado) substitui e assume a posição de credor obrigacional do trabalhador / beneficiário (credor).

Ou seja, quando as instituições de segurança social pagam a prestação (devida por outra entidade), assume como efeito legal a titularidade do crédito do trabalhador.

---

<sup>65</sup> Por substituição legalmente imposta à entidade empregadora cabe a esta promover a entrega dos valores correspondentes das quotizações (substituição tributária), como veremos.

<sup>66</sup> Estamos a excluir as prestações de atribuição não vinculada, nomeadamente, as prestações de acção social.

Para classificação e caracterização das prestações da segurança social ver nosso *Manual Prático*, Almedina, Coimbra, 2022, 13<sup>a</sup> edição, pp. 233 e ss.

Na segurança social a sub-rogação (legal) pessoal constitui um dos seus principais mecanismos de substituição, por determinação legal, da posição jurídica dos trabalhadores / beneficiários, aliás na linha de uma gestão crescentemente oficiosa<sup>67</sup>.

Tomemos o exemplo da satisfação dos interesses dos trabalhadores por antecipação do pagamento de prestações cujo montante deverá ser satisfeito pelo principal responsável ainda não determinado, objecto de futuro reembolso <sup>68</sup> (direito de regresso). A lei determina que a segurança social substitua o beneficiário no exercício dos seus direitos relativamente a terceiros responsáveis, adquirindo o crédito do trabalhador.

Na verdade, assumindo a segurança social, portanto, os poderes do beneficiário com acréscimos de eficácia:

- garante a oportuna atribuição da prestação em causa e, assim, evita situações de desprotecção mesmo que temporária, acautelando, por outro lado, eventuais morosidades administrativas ou jurisdicionais <sup>69</sup>;
- assegura mais eficientemente o *direito de regresso* - o reembolso da prestação atribuída;

---

<sup>67</sup> Veja-se, como expressão de tal preocupação, o dever imposto aos tribunais de comunicar à segurança social decisões que impliquem direitos de pessoas, inscrito no art.º 21.º da Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto (regime do maior acompanhado).

<sup>68</sup> No âmbito da segurança social não confundir reembolso com restituição, pois esta corresponde apenas à devolução de valores indevidos.

<sup>69</sup> Não se confunde com a figura das *entidades centralizadoras*, situação ilícita (sub-rogação de facto) em que as empresas substituíam transitoriamente a segurança social, antecipando o pagamento da prestação ao trabalhador e recebendo posterior e directamente da segurança social a mesma, violando, assim, o princípio da não cessão da prestação (n.º 1 do art.º 72º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro - Lei da Segurança Social (LSS)).

- evita a acumulação indevida de prestações atribuídas relativamente a uma mesma eventualidade <sup>70</sup>, acautelando assim o locupletamento à custa alheia (enriquecimento sem causa).

Em matéria de protecção social, podemos considerar como regime geral da sub-rogação (legal) pessoal para prestações de atribuição vinculada (substitutivos de rendimentos e não contributivos) as regras anti-cúmulo consagradas no art.º 70º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro (bases gerais do sistema de segurança social - LSS), que dispõe:

Art.º 70.º - Responsabilidade civil de terceiros

No caso de concorrência pelo mesmo facto do direito a prestações pecuniárias dos regimes de segurança social com o de indemnização a suportar por terceiros, as instituições de segurança social ficam sub-rogadas nos direitos do lesado até ao limite do valor das prestações que lhes cabe conceder. <sup>71</sup>

Procede-se, assim, à transmissão legal de um crédito do trabalhador para a segurança social, sucedendo esta nos direitos do credor (o trabalhador).

Trata-se de verdadeiras situações de concessão provisória substitutiva de rendimentos de substituição com sub-rogação, ou seja, estamos em presença de uma dupla substituição - para além da

---

<sup>70</sup> Prevista no art.º 67.º da mesma Lei da Segurança Social.

<sup>71</sup> Pelo Despacho n.º 35/SESS/93, de 6 Maio (DR II, de 19/5/93), este regime foi considerado não aplicável às situações de cumulação de prestações familiares a crianças e jovens (porque não são substitutivas de rendimento de trabalho) com deficiência com indemnização devida aos portadores de deficiência por terceiros responsáveis pela situação de incapacidade.

Veja-se o regime actual no art.º 8º do Decreto-Lei n.º 126-A/2017, de 6 de Outubro (prestação social para a inclusão).

substituição dos rendimentos, própria de atribuição das prestações substitutivas de rendimentos, acresce a substituição da posição jurídica do credor.

Seguem expressamente este regime geral, entre outras, as seguintes situações:

- . doença e acidentes de trabalho: artº 7º do DL 28/2004, 04.02;
- . garantia salarial: artº 4º do DL 59/2015, 21.04;
- . invalidez: arts 6º e 7º do DL 187/2007, 10.05;
- . morte: artº 6º-A do DL 322/90, 18.10;
- . prestação de alimentos: arts 5.º e ss. DL 164/99, 13.05.

Quanto à questão do reembolso por via judicial da prestação atribuída a efectivação do direito de regresso em processo cível declarativo ou penal faz-se por mecanismo específico de determinação dos valores da indemnização em causa previsto Decreto-Lei n.º 59/89, 22 de Fevereiro, - processo declarativo prévio relativamente a uma eventual cobrança coerciva de dívida que seja constituída.

Ora, a cobrança coerciva de dívidas à segurança social está prevista no Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro, que fixa um conceito vastíssimo de dívida à segurança social no n.º 2 do seu art.º 2º <sup>72</sup>:

(...)

2 - Para efeitos do presente diploma, consideram-se dívidas à segurança social **todos os montantes devidos às instituições do sistema de segurança social** ou pagos indevidamente por estas a pessoas singulares, colectivas ou outras entidades a estas legalmente

---

<sup>72</sup> Na redacção da Lei n.º 64/2012, de 20 de Dezembro.

equiparadas, **designadamente:**

- a) Contribuições, quotizações, taxas, incluindo as adicionais e juros;
  - b) Prestações, subsídios e financiamentos de qualquer natureza, incluindo juros;
  - c) Coimas e outras sanções pecuniárias, custas e outros encargos legais;
  - d) Reposições de pagamentos indevidos efectuados por qualquer instituição do sistema de segurança social.
- (...)

Sucedendo-se, assim, uma intervenção de 2 jurisdições diferentes: a jurisdição cível para determinação da indemnização e a jurisdição administrativa e fiscal para a cobrança coerciva.

Na verdade, este dispositivo parece abranger todas as situações que constituam a segurança social como credora em todas as relações obrigacionais em que tenham intervenção, naturalmente dívidas constituídas “dentro do sistema de solidariedade e segurança social”<sup>73</sup>.

Por outro lado, quanto ao âmbito, estas regras também são expressamente aplicáveis ao regime especial de protecção social convergente (RPSC), com a especificidade de quem suporta o encargo correspondente é a entidade empregadora ficando, assim, e por isso, esta sub-rogada no seu direito de regresso, nos termos do art.º 20.º da Lei n.º 4/2009, 29 de Janeiro, que dispõe:

---

<sup>73</sup> Nos termos do art.º 38.º da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de Abril (Lei de autorização legislativa do Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro).

#### Artigo 20.º - Responsabilidade civil de terceiros

Quando o beneficiário do regime de protecção social convergente tenha recebido, como lesado, pelo mesmo facto, as prestações sociais e a indemnização suportada por terceiros, as entidades empregadoras exercem o direito de regresso com reembolso até ao limite do valor das prestações por que são responsáveis, sem prejuízo do disposto no artigo 70.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

Note-se que, complementarmente ao dever geral de não acumulação de prestações que o mecanismo do art.º 70.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro (Lei da Segurança Social), também pretende acautelar, previsto nos arts 71.º e 80.º da mesma lei, acresce o dever de comunicação especificamente quando ocorre indemnização determinado pelo art.º 11.º do Decreto-Lei n.º 64/89, 25 de Fevereiro<sup>74</sup>, nos termos seguintes:

#### Artigo 11.º - Comunicação do pagamento da indemnização

Nos casos em que tenha havido concessão provisória de prestações por incapacidade decorrentes de acidente de trabalho ou de acto de terceiro que determinem direito a indemnizações, a falta de comunicação às instituições de segurança social pelo interessado do pagamento das mesmas pelo terceiro responsável constitui contra-ordenação punível com coima de 5 000\$00 a 50 000\$00.

Constituem situações específicas de aplicação do regime de sub-rogação previsto no artº 70º da LSS, consagradas na lei:<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> “Sobrevivente” da longa lista de revogações do n.º 1 do art.º 5º da Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro (Lei preambular do Código de Regimes Contributivos), no caso a alínea g).

<sup>75</sup> Transcrevem-se os textos legais para garantir a sua reprodução na versão actual.

a. Relativamente a prestações substitutivas de rendimento

i) Subsídio de doença - Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro

Artigo 7.º - Concessão provisória do subsídio

1 - Nas situações de incapacidade temporária para o trabalho decorrentes de acidente de trabalho ou de acto da responsabilidade de terceiro, pelo qual seja devida indemnização, há lugar à concessão provisória de subsídio de doença enquanto não se encontrar reconhecida a responsabilidade de quem deva pagar aquelas indemnizações.

2 - A concessão provisória do subsídio de doença cessa logo que se verifique o reconhecimento judicial da obrigação de indemnizar ou o pagamento voluntário da indemnização, sem prejuízo do disposto no artigo 31º.

3 - Sempre que seja judicialmente reconhecida a obrigação de indemnizar, as instituições de segurança social têm direito ao reembolso dos valores correspondentes à concessão provisória do subsídio de doença até ao limite do valor da indemnização.

4 - Nas situações de incapacidade temporária para o trabalho dos trabalhadores independentes decorrentes de acidente de trabalho, a concessão provisória do subsídio de doença depende da existência de seguro válido de acidentes de trabalho.

*(O n.º 3 consagra o direito ao reembolso (regresso) previsto genericamente no artº 70.º da Lei 4/2007, 16 de Janeiro (Lei de Bases da Segurança Social).*

ii) Pensão de invalidez - Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio

SECÇÃO II - Regime da responsabilidade civil de terceiro na protecção na invalidez (e sobrevivência, por remissão)

Artigo 6.º - Responsabilidade civil de terceiro

1 - Existindo responsabilidade civil de terceiro pelo facto determinante da incapacidade que fundamenta a atribuição da pensão de invalidez, não há lugar ao pagamento das respectivas prestações até que o somatório das pensões a que o beneficiário teria direito, se não houvesse tal responsabilidade, atinja o valor da indemnização por perda de capacidade de ganho.

2 - Quando não seja discriminado o valor da indemnização por perda da capacidade de ganho, presume-se que a mesma corresponde a dois terços do valor total da indemnização atribuída.

Artigo 7.º - Direito ao reembolso das pensões pagas

Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, se tiver havido pagamento de pensões, a instituição gestora tem o direito de exigir o respectivo reembolso.

*(Consagra expressamente o reembolso no quadro geral do art.º 70º da Lei de Bases da Segurança Social)*

Artigo 8º - Não pagamento da indemnização por falta de bens penhoráveis

Nos casos em que, por falta de bens penhoráveis, o beneficiário

não possa obter do responsável o valor da indemnização devida, não há lugar à aplicação do disposto no artigo 6.º.

#### Artigo 9.º - Celebração de acordos

1 - Nos casos em que o pedido de reembolso do valor das pensões não tiver sido judicialmente formulado pela instituição gestora, nenhuma transacção pode ser celebrada com o beneficiário titular do direito à indemnização nem pode ser-lhe efectuado qualquer pagamento com a mesma finalidade sem que se encontre certificado, pela mesma instituição, o pagamento de pensões e o respectivo montante.

2 - Havendo acordo, o responsável pela indemnização deve:

a) Comunicar à instituição gestora o valor total da indemnização devida;

b) Reter e pagar directamente à instituição gestora o valor correspondente ao das pensões pagas, até ao limite do montante da indemnização.

3 - Em caso de incumprimento do disposto nos números anteriores, o terceiro responsável pela indemnização responde solidariamente com o beneficiário pelo reembolso do valor das pensões pagas a este.

*(A alínea b) do n.º 2 consagra o mecanismo do reembolso previsto genericamente no art.º 70º da Lei de Bases da Segurança Social)*

iii) Pensão de sobrevivência - Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro

Artigo 6.º-A - Responsabilidade civil de terceiro <sup>76</sup>

Em caso de responsabilidade civil de terceiro pelo facto determinante da morte são aplicáveis à pensão de sobrevivência, com as devidas adaptações, as normas que regulam esta matéria no âmbito do regime jurídico de protecção nas eventualidades invalidez e velhice do regime geral.

*(A remissão deve entender-se feita para os arts 6.º a 9.º do Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio)*

iv) Fundo de compensação do trabalho, do mecanismo equivalente e do fundo de garantia de compensação do trabalho - Lei n.º 70/2013, de 30 de Agosto

Artigo 52.º - Sub-rogação legal

1 – No referente aos valores da compensação legalmente devida, na parcela garantida pela presente lei, fica o FGCT sub-rogado nos direitos de crédito e respectivas garantias dos trabalhadores, incluindo privilégios creditórios, na medida dos pagamentos efectuados, acrescidos de juros de mora.

2 – Sendo o património do empregador insuficiente para garantir o pagamento da totalidade dos créditos referidos no número anterior, designadamente os da massa insolvente, os créditos em que o FGCT ficou sub-rogado são pagos imediatamente após satisfeitos os créditos dos trabalhadores.

v) Garantia Salarial - Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de Abril

---

<sup>76</sup> Aditado pelo DL 79/2019, de 14 de Junho.

#### Artigo 4.º - Sub-rogação legal

1 – O Fundo fica sub-rogado nos direitos e nos privilégios creditórios do trabalhador, na medida dos pagamentos efectuados, acrescidos de juros de mora vincendos.

2 – Sendo os bens da massa insolvente insuficientes para garantir o pagamento da totalidade dos créditos laborais, são graduados os créditos em que o Fundo fica sub-rogado a pari com o valor remanescente dos créditos laborais.

vi) Não pagamento pontual da retribuição - Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro (salários em atraso)

#### Artigo 31.º - Sub-rogação legal nos direitos do trabalhador

1 – O serviço responsável pelas prestações de desemprego e o Fundo de Socorro Social do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I. P. ficam sub-rogados nos direitos do trabalhador perante o empregador no montante correspondente às prestações que tiverem pago nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 25.º e do artigo 29.º, respectivamente, acrescidas dos juros de mora, não sendo liberatório o pagamento da quantia correspondente a entidade diferente, designadamente o trabalhador.

2 – Para efeitos do número anterior, o serviço responsável pelas prestações de desemprego e o Fundo de Socorro Social devem, ao mesmo tempo, notificar o empregador dos pagamentos que efectuar.

b. Relativamente a prestações não contributivas

i) Complemento solidário para idosos - Decreto-Lei n.º 232/2005,  
de 29 de Dezembro

Artigo 14.º - Obrigação de exercício de direitos e sub-rogação

1 - Sempre que o requerente do complemento solidário para idosos tenha direito a outras prestações de segurança social, fica obrigado a exercê-lo, no prazo de 60 dias úteis a contar da data da notificação do direito, ou no prazo que se encontre estabelecido no regime jurídico da prestação, se este for superior.

2 - Nas situações em que o requerente do complemento solidário para idosos tenha direitos de crédito relativamente a terceiros, fica obrigado a exercer esses direitos no prazo de 60 dias úteis a contar da data da notificação para o efeito.

3 - A entidade gestora fica sub-rogada no exercício do direito previsto nos números anteriores nos casos em que o titular do complemento solidário para idosos não o exerça.

(...)

Artigo 16.º - Entidade gestora

1 - A gestão do complemento solidário para idosos compete ao Instituto da Segurança Social, I. P., no território continental, e às entidades competentes das administrações regionais autónomas, nas respectivas Regiões.

2 - No exercício das suas competências, cabe à entidade gestora, designadamente, proceder à averiguação oficiosa dos recursos do requerente relevantes para a atribuição da prestação e exercer o direito de sub-rogação, previsto no n.º 3 do artigo 14.º.

ii) Rendimento social de inserção - Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio

Artigo 16.º - Sub-rogação de direitos<sup>77</sup>

1 - O titular deve manifestar disponibilidade para requerer outras prestações de segurança social que lhe sejam devidas e para exercer o direito de cobrança de eventuais créditos ou para reconhecimento do direito a alimentos.

2 - Nos casos em que o titular do rendimento social de inserção não possa exercer por si o direito previsto no número anterior, fica sub-rogada no mesmo direito a entidade competente para atribuição da prestação em causa.

3 - Quando seja reconhecido ao titular da prestação, com eficácia retroactiva, o direito a outras prestações do sistema previdencial e do subsistema de solidariedade, fica a entidade gestora competente sub-rogada no direito aos montantes correspondentes à prestação do rendimento social de inserção entretanto pagos e até à concorrência do respectivo valor.

4 - (revogado)

(...)

Artigo 32.º-A - Competências da entidade gestora<sup>78</sup>

São competências da entidade gestora:

a) Reconhecer o direito, atribuir e proceder ao pagamento da prestação;

b) Exercer o direito de sub-rogação previsto no artigo 16º;

(...)

---

<sup>77</sup> Redacção do DL 133/2012, de 27 de Junho, e do DL 90/2017, de 28 de Julho.

<sup>78</sup> Aditado pelo DL 133/2012, de 27 de Junho.

(...para além das competências do art.º 25º)

iii) Prestação social para a inclusão - Decreto-Lei n.º 126-A/2017,  
de 6 de Outubro

Artigo 8.º - Responsabilidade civil de terceiro

1 - Existindo responsabilidade civil de terceiro por facto determinante da deficiência, com incapacidade igual ou superior a 60 %, não há lugar ao pagamento do complemento a que o beneficiário teria direito, até que o somatório do complemento devido atinja o valor da indemnização por perda da capacidade de ganho.

2 - Quando não seja discriminado o valor da indemnização por perda da capacidade de ganho, presume-se que a mesma corresponde a dois terços do valor total da indemnização atribuída.

iv) Prestação de alimentos - Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio

Artigo 5.º - Garantias de reembolso <sup>79</sup>

1 – O Fundo fica sub-rogado em todos os direitos do menor a quem sejam atribuídas prestações, com vista à garantia do respectivo reembolso.

2 – O IGFSS, I. P., após o pagamento da primeira prestação a cargo do Fundo, notifica o devedor para, no prazo máximo de 30 dias úteis a contar da data da notificação, efectuar o reembolso.

3 – Decorrido o prazo previsto no número anterior sem que o reembolso tenha sido efectuado, o IGFSS, I. P., acciona o sistema de

---

<sup>79</sup> Redacção do art.º 17º da Lei nº 64/2012, de 20 de Dezembro.

cobrança coerciva das dívidas à segurança social, mediante a emissão da certidão de dívida respectiva.

4 – *(revogado)*

5 – *(revogado)*

6 – *(revogado)*

*(O n.º 3 refere expressamente a cobrança coerciva, aliás meio normal de satisfação dos interesses em causa quando o pagamento voluntário se não verifica)*

b. - Segundo grupo de situações - relativamente a obrigações contributivas

Assunção de dívidas<sup>80</sup> - lado passivo - prevista nos arts 201.º e 202.º do CRC (e arts 595.º a 600.º do CC) constitui situação residual. Trata-se de uma forma de extinção da dívida assente na vontade expressa do credor (segurança social).

A Segurança social é substituída - transfere para o sub-rogado (o *solvens*, o terceiro) o seu direito de crédito sobre o devedor (mantém posição inalterada).

Artigo 201.º - Assunção da dívida

1 – A assunção por terceiro de dívida à segurança social pode ser autorizada por despacho do membro do Governo responsável pela área da segurança social, podendo ser delegada nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

---

<sup>80</sup> Nesta matéria ver ANTUNES VARELA, João de Matos, op. cit., pp. 318 e ss.

2 – À assunção de dívida à segurança social é aplicável o disposto nos artigos 595º e seguintes do Código Civil.

*(A assunção da dívida total regulariza a dívida nos termos da alínea a) do n.º 2 do art.º 208º do CRC.*

*Para a delegação - arts 44º e segs do CPA)*

Artigo 202.º - Transmissão de dívida e sub-rogação

1 – Nas situações em que a segurança social autorize o pagamento da dívida por terceiro pode sub-rogá-lo nos seus direitos.

2 – A sub-rogação carece de autorização do membro do Governo responsável pela área da segurança social, podendo ser delegada nos termos do Código do Procedimento Administrativo.

*(Para o n.º 2 a sub-rogação tem de ser objecto de ratificação - concordância expressa para o sub-rogado)*

## 5. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OBRIGAÇÕES CONTRIBUTIVAS

5.1. O Professor Doutor Sérvulo Correia propõe o afastamento da figura da sub-rogação relativamente à interposição legal do empregador no mecanismo da *substituição tributária*.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Figura jurídica própria do Direito Fiscal consagrada no art.º 20.º da Lei Geral Tributária (LGT) mas aplicável subsidiariamente à segurança social nos termos da alínea a) do art.º 3º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRC), aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro. *Op. cit.*, p. 294.

Anteriormente prevista no art.º 114.º do Decreto n.º 45 266, de 23 de Setembro de 1963 (Regulamento Geral das Caixas Sindicais de Previdência), e agora no art.º 59.º da

Na verdade, embora constitua uma figura aparentemente próxima da sub-rogação pela designação assumida, porque aparentando uma substituição do devedor mas sem transferência de posições obrigacionais; não se verifica transmissão da relação obrigacional: nem substituição do credor, nem assunção de dívida.

Não há sub-rogação: não se verifica transmissão de obrigações (de direitos ou deveres) para terceiro. Tudo se passa dentro da mesma relação contributiva (Instituição gestora / contribuinte). Simplesmente ao empregador cabe legalmente a prática dos procedimentos de liquidação da sua contribuição e da quotização do trabalhador.

Ora, nos mesmos termos, Braz Teixeira<sup>82</sup>, para quem o único sujeito passivo na relação jurídica tributária<sup>83</sup> (e semelhantemente na

---

Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro - Lei de Bases da Segurança Social (LSS)

“Artigo 59.º - Responsabilidade pelo pagamento das contribuições

1 - As entidades empregadoras são responsáveis pelo pagamento das quotizações dos trabalhadores ao seu serviço, devendo para o efeito proceder, no momento do pagamento das remunerações, à retenção na fonte dos valores correspondentes.

2 - São nulas as cláusulas do contrato, individual ou colectivo, pelo qual o trabalhador assuma a obrigação de pagar, total ou parcialmente, as contribuições devidas pela entidade empregadora.”

E no art.º 42.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial (CRC)

“Artigo 42.º - Responsabilidade pelo cumprimento da obrigação contributiva

1 - As entidades contribuintes são responsáveis pelo pagamento das contribuições e das quotizações dos trabalhadores ao seu serviço.

2 - As entidades contribuintes descontam nas remunerações dos trabalhadores ao seu serviço o valor das quotizações por estes devidas e remetem-no, juntamente com o da sua própria contribuição, à instituição de segurança social competente.

3 - Sem prejuízo do disposto no Regime Geral das Infracções Tributárias, a violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 constitui contra-ordenação leve quando seja cumprida nos 30 dias subsequentes ao termo do prazo e constitui contra-ordenação grave nas demais situações.”

<sup>82</sup> TEIXEIRA, António Brás, *Princípios de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1979,

p. 219, onde são apresentadas as várias posições doutrinárias sobre a natureza jurídica da substituição tributária.

<sup>83</sup> Porém, relativamente a garantias, a eventual legitimidade procedimental ou processual do trabalhador / substituído parece não estar em causa como na apresentação de queixa promotora de liquidação oficiosa por incumprimento do

relação jurídica contributiva) é o substituto (a entidade empregadora), exclui, portanto, o substituído (o trabalhador e / ou os membros dos órgãos sociais) desta equação, baseado na não constituição (do direito) de regresso.

Concordamos com a posição assumida, pois pode dizer-se que, na verdade:

- se por um lado, não há transmissão de crédito - pois o substituto (a entidade empregadora) não fica investido na qualidade de credor do trabalhador de regresso de um valor subtraído à remuneração e retido de que aquela é transitoriamente mero depositário, que a instituição de segurança social ou a lei não permitem conclusão quanto à sua eventual transmissão (não há substituição do credor);
- por outro lado, também não há transmissão de débito mas sim meio de extinção da obrigação fiscal (e parafiscal) - o substituto (a entidade empregadora) após a retenção não mais é titular do valor retido, pois apenas tramita os procedimentos de retenção do valor da quotização e entrega-o (conjuntamente com a sua contribuição) em substituição legal do trabalhador, sob pena de abuso de confiança contra a segurança social penalmente punido<sup>84</sup>.

---

empregador (alínea d) do art.º 27.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro) ou eventual situação de reversão por responsabilidade subsidiária do trabalhador em processo executivo.

<sup>84</sup> Para a lei são *responsáveis pelo pagamento de contribuições* (art.º 59.º da LSS) e são responsáveis pelo cumprimento da obrigação contributiva (art.º 42.º do CRC).

...quando as entidades empregadoras, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das quotizações (na lei contribuições) por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social - nos termos do art.º 107.º do Regime

Embora Castro Mendes pareça admitir sub-rogação sem perda de titularidade do direito - que designa de sub-rogação substitutiva - não é a posição doutrinariamente dominante.

5.2. A "outorga aos empregadores de um poder-dever de cobrança das contribuições dos beneficiários", defendida pelo Professor Doutor Sérvulo Correia<sup>85</sup>, conduz-nos à seguinte ordem de considerações.

Na lei, a cobrança de contribuições para a segurança social é exclusivamente atribuída às instituições de segurança social - os sujeitos activos da relação contributiva: no continente para cobrança voluntária, o Instituto da Segurança Social (ISS) e, para cobrança coerciva, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS)<sup>86</sup>; e, nas regiões autónomas, às instituições regionais: Instituto da Segurança Social dos Açores (ISSA) e Instituto de Segurança Social da Madeira (ISSM)<sup>87</sup>; qualquer eventual transferência do direito

---

Geral das Infracções Tributárias (RGIT), aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho.

De notar que só os valores relativos à quotização objecto de retenção relevam para a verificação do tipo penal, ou seja, o empregador está legalmente impedido de manter como património seu, valores que não lhe pertencem.

<sup>85</sup> *Op. cit.*, p. 294

<sup>86</sup> Respectivamente, alínea c) do n.º 2 do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 83/2012, de 30 de Março, e alínea a) do n.º 3 do art.º 3.º do Decreto-Lei n.º 84/2012, de 30 de Março.

Acompanhamos a perplexidade dos que não compreendem a existência na administração indirecta do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social no continente de duas entidades distintas com atribuições sequenciais na gestão da dívida, como é o caso da cobrança de contribuições - a dívida constitui-se e a cobrança voluntária tem lugar no âmbito das atribuições de uma entidade (o ISS) para ser cobrada coercivamente por outra entidade (o IGFSS); não se entende em termos organizacionais a utilidade em subtrair ao Instituto da Segurança Social a execução das dívidas à segurança social, dadas até as consequências de ordem prática que passam por exemplo, pelo não reconhecimento de garantias bancárias prestadas ao ISS e consideradas não válidas no âmbito do IGFSS.

<sup>87</sup> Respectivamente: alínea a) do art.º 3.º do Decreto Legislativo Regional n.º 2/2014/A, de 24 de Janeiro, e alínea e) do art.º 4.º da Orgânica do ISSM aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 34/2012/M, de 16 de Novembro.

de cobrança de contribuições para o empregador, o sujeito passivo da relação contributiva, teria sempre de ser objecto de adequado enquadramento normativo.

Ora, o empregador na qualidade de único *sujeito passivo da relação contributiva*, e, por economia procedimental está vinculado a deveres como a *autoliquidação* legalmente imposta, aliás sob apertado escrutínio da segurança social submetida a aceitação pois pode ser objecto de rejeição<sup>88</sup>.

No exercício dos deveres procedimentais de colaboração com a segurança social no caso na cobrança de contribuições<sup>89</sup> o empregador deve:

- i) elaborar a declaração de dívida como sujeito passivo da relação contributiva submetendo-a à aceitação da instituição de segurança social competente<sup>90</sup>;
- ii) proceder simultaneamente à retenção na fonte<sup>91</sup> do valor da quotização a favor da segurança social e da sua entrega no prazo legal (transferência)<sup>92</sup> conjuntamente com a sua contribuição à instituição de segurança social competente.

---

<sup>88</sup> Admitida na alínea c) do art.º 27.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro.

<sup>89</sup> O que não o torna sujeito activo da relação jurídica (como cobrador de contribuições da segurança social).

<sup>90</sup> Nos termos do art.º 22.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro.

<sup>91</sup> Expressão técnica que o art.º 42.º do Código dos Regimes Contributivos estranhamente evita.

<sup>92</sup> Entre o dia 10 e 20 do mês seguinte - art.º 43.º do Código dos Regimes Contributivos.

Aliás, a exigência de imediatismo da entrega do valor retido é comum à figura da retenção na segurança social. Veja-se o n.º 3 do art.º 198.º do Código dos Regimes Contributivos (CRC) e art.º 18º da Portaria n.º 66/2011, de 4 de Fevereiro.

O trabalhador / beneficiário, embora titular da obrigação contributiva do dever de quotizar (n.º 2 do art.º 42º do CRC), está legalmente substituído, portanto impedido do seu exercício: em momento algum pratica qualquer acto que corresponda a essa titularidade, nem o valor previamente retido pelo empregador e por este entregue chega a fazer parte do seu património, pois é entregue directamente pelo empregador (substituto) à segurança social - não há qualquer transferência do valor da quotização para o trabalhador, mas entrega directa à segurança social com tutela penal, como já foi referido - está em causa a protecção dos elevados interesses do trabalhador na não dissipação e subtracção de valores que contribuem para a formação das suas prestações, nomeadamente das suas pensões.

Na verdade, o conjunto de procedimentos em que podemos decompor a autoliquidação - são apenas deveres do sujeito passivo que recaem, assim, só sobre o empregador / empresa, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 40.º do Código dos Regimes Contributivos, sem qualquer intervenção do trabalhador, compreendendo:

- a determinação (quantitativa) do valor e natureza da atribuição patrimonial (qualitativa) sobre que incide - incidência;
- a aplicação das normas legais que definem as taxas contributivas e a base de incidência sobre que recaem;
- o apuramento aritmético - liquidação *stricto sensu*;
- a remessa ou entrega dos elementos informativos quanto aos valores sobre que incidem as contribuições, tempo de trabalho e remunerações devidas aos trabalhadores - a declaração de remunerações;
- o pagamento espontâneo, incluindo as importâncias devidas pela

retenção na fonte das quotizações dos trabalhadores e membros dos órgãos sociais, nos locais e pelos modos previstos.

Acresce, como sabemos, que qualquer suspeita de imperfeição, perturbação ou desrespeito por algumas regras de autoliquidação, nomeadamente as relativas aos elementos que compõem a declaração de remunerações, coloca o empregador / contribuinte numa situação de sujeição a liquidação oficiosa promovida pelas instituições de segurança social em suprimento oficioso dos procedimentos em falta que, após a tramitação prevista nos arts 27.º a 30.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro, podem conduzir à verificação constitutiva da existência da obrigação contributiva e determinará sem mais a extracção da correspondente *certidão de dívida*<sup>93</sup> - *liquidação oficiosa* - nos termos dos n.ºs 3 e 4 do art.º 40.º do Código dos Regimes Contributivos (CRC).

Mas também nesta situação não se verifica uma sub-rogação, pois tudo acontece dentro da mesma relação obrigacional cuja tramitação a instituição gestora avoca a si para prática da liquidação contributiva em falta.

#### Artigo 40º - Declaração de remunerações<sup>94</sup>

1 - As entidades contribuintes são obrigadas a declarar à segurança social, em relação a cada um dos trabalhadores ao seu serviço, o valor da remuneração que constitui a base de incidência contributiva, os tempos de trabalho que lhe corresponde e a taxa

---

<sup>93</sup> Assumindo legalmente a natureza de título executivo extrajudicial base da execução no processo executivo do sistema de segurança social (art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro, na redacção actual).

<sup>94</sup> O n.º 3 na redacção do art.º 175.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro.

contributiva aplicável.

2 - A declaração prevista no número anterior deve ser efectuada até ao dia 10 do mês seguinte àquele a que diga respeito.

3 - Sem prejuízo do disposto no número seguinte, a falta ou a insuficiência das declarações previstas nos números anteriores podem ser supridas ou corrigidas oficiosamente pela instituição de segurança social competente, designadamente por recurso aos dados de que disponha no seu sistema de informação, no sistema de informação fiscal ou decorrente de acção de fiscalização.

4 - O suprimento oficioso das declarações previstas nos números anteriores é notificado à entidade contribuinte nos termos do disposto no Código do Procedimento Administrativo.

5 - A não inclusão de trabalhador na declaração de remunerações constitui contra-ordenação muito grave.

6 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 constitui contra-ordenação leve quando seja cumprida nos 30 dias subsequentes ao termo do prazo e constitui contra-ordenação grave nas demais situações.

E arts 27.º a 30.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro

Artigo 27º - Suprimento oficioso da declaração de remunerações

O suprimento oficioso da declaração de remunerações previsto no artigo 40º do Código ocorre, designadamente, quando:

- a) A entidade empregadora não apresente declaração de remunerações;
- b) A entidade empregadora omita trabalhador ou valores na

declaração de remunerações;

c) Tenha sido rejeitada a declaração de remunerações e considerada como não entregue nos termos do nº 5 do artigo 22º;

d) O trabalhador o solicite ou, encontrando-se este impedido, tal solicitação seja efectuada por familiar que prove ter interesse no cumprimento daquela obrigação, mediante apresentação de prova documental.

#### Artigo 28º - Notificação do suprimento oficioso

Nas situações previstas no artigo anterior, a instituição de segurança social notifica a entidade empregadora da falta detectada, convidando-a a suprir ou a justificar a mesma, no prazo de 10 dias, findo o qual é elaborada declaração oficiosa de remunerações.

*- Nos termos do artº 110º do CPA com audiência prévia - artº 121º do mesmo CPA.*

#### Artigo 29º - Elaboração oficiosa da declaração de remunerações

1 - O cumprimento das obrigações referidas no artigo 40º do Código é aferido mensalmente e o seu incumprimento determina a elaboração oficiosa da declaração de remunerações e do respectivo registo.

2 - A declaração oficiosa de remunerações é efectuada considerando a remuneração base dos trabalhadores constante da última declaração de remunerações com 30 dias de trabalho.

3 - Na falta de elementos relativos à remuneração base dos trabalhadores, o valor das remunerações a considerar corresponde ao da retribuição mínima mensal garantida, reportada a 30 dias de

trabalho.

- *Liquidação oficiosa do n.º 3 do art.º 40.º do CRC. Cf. n.º 7 do art.º 59.º do CPPT.*

Artigo 30.º - Comunicação do registo da declaração oficiosa

1 - Findo o prazo para a justificação ou suprimento da falta, a declaração de remunerações é elaborada e registada oficiosa-mente, sendo remetido à entidade empregadora o respectivo comprovativo para efeitos de pagamento voluntário das contribuições e quotizações devidas.

2 - A falta de cumprimento da obrigação contributiva determina a sua cobrança coerciva.

- *Em complemento do n.º 4 do art.º 40.º do CRC e nos termos do CPA.*

### **Bibliografia**

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 2 Volumes, Livraria Almedina, Coimbra, 1974, 2.ª edição

BEVERIDGE, William, *Social Insurance and Allied Services*, 1942 (V. Guedes)

BURDEAU, Georges, *O Estado*, Publicações Europa-América, s/ d. Tradução de *L'État*, Seuil, Paris, 1970

CARVALHO, Orlando, *Teoria Geral do Direito Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2021, 4.ª ed.

CASTRO MENDES, João de, *Direito Civil - Teoria Geral*, Lisboa, 1979

CONCEIÇÃO, Apelles, *Segurança Social - Manual Prático*, Almedina, Coimbra, 2022, 13.ª edição

FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975.  
Tradução castelhana de *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munique,  
1971

GALBRAITH, John Kenneth

- *O Novo Estado Industrial*, Civilização brasileira, Rio de Janeiro,  
1969, 2ª edição

- *A Sociedade da Pobreza*, Dom Quixote, Lisboa, 1979

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual de Direito das Obrigações*, Coimbra  
ed, 1957

GERBER, *Diritti Pubblici*, Roma, 1936, Tradução italiana de *Über  
öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852

GEREMEK, Bronislaw, *A Piedade e a Força*, Terramar, Lisboa, 1987

GIBAUD, Bernard, *De la Mutualité à la Sécurité Sociale*, Les éditions  
ouvrières, Paris, 1986

GONÇALVES DA SILVA, Luís, *From the Social Question to Legislative  
Protection*, AAFDL, Lisboa, 2021

GUEDES, Armando Marques, *O Plano Beveridge*, Ed. Século, Lisboa, s/  
d. Tradução do Relatório *Social Insurance and Allied Services*, 1942

JACCARD, Pierre, *História Social do Trabalho*, Círculo de Leitores, s/  
d.

JELLINEK, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milão, 1912.  
Tradução italiana de *System der subjektiven öffentliche Rechte*,  
Tübingen, 1905, 2.ª edição

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Estado*, Arménio Amado, Coimbra,  
1951

MIRANDA, Jorge

- *Aditamentos de Direito Constitucional*, Lisboa, 1982

- Manual de Direito Constitucional, tomo IV -  
Direitos Fundamentais, Coimbra Ed, Coimbra, 1988
- MONTVALON, Robert de, *Trois Encycliques Sociales*, Seuil, Paris, 1967
- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*,  
Coimbra, 1987, separata do Volume XXIX do Suplemento ao Boletim da  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- PESSOA JORGE, Fernando, *Direito das Obrigações*, AAFDL, 2 volumes,  
1975
- PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol I, Coimbra  
Ed, Coimbra, 1987, 4.<sup>a</sup> edição
- ROSANVALLON, Pierre, *La Crise de l'Etat-providence*, Seuil, Paris, 1981
- ROSANVALLON, Pierre e FITOUSSI, Jean Paul, *Le Nouvel Âge des  
Inégalités*, Seuil, Paris, 1996
- SARAIVA, A Rocha, *Construção Jurídica do Estado*, Coimbra, 1912
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Teoria da Relação Jurídica do Seguro  
Social*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta de Acção Social,  
Lisboa, 1968 e *Escritos de Direito Público II*, Almedina, Coimbra, 2022
- TEIXEIRA, António Brás, *Princípios de Direito Fiscal*, Almedina,  
Coimbra, 1979
- VAZ SERRA, Adriano Pais da Silva, *Sub-rogação nos Direitos do Credor*,  
BMJ n.º 37, 1953
- VIVES, Juan Luis, *Del Socorro de los Pobres*, Nueva Biblioteca  
Filosofica, Madrid, 1931. Tradução da *De subventionem pauperum...*,  
Bruges, 1526





# DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL NO DIREITO DO TRABALHO

*OF THE MOST FAVOURABLE TREATMENT IN LABOUR LAW*

**António Menezes Cordeiro**

Sumário: 1. O favor laboratoris; 2. Aplicações potenciais; princípio programático; 3. Um ditame de interpretação; 4. O problema nos contratos individuais; 5. Uma regra probatória, índole dos institutos e norma de conflitos; 6. Posturas metodológicas; 7. O papel do pré-entendimento; 8. *Favor laboris*.

Resumo:

O presente artigo revisita a evolução do princípio do tratamento mais favorável e as suas potenciais aplicações na atualidade, abordando e articulando as suas duas concepções: o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador (*favor laboratoris*) e o princípio do tratamento mais adequado da situação de trabalho (*favor laboris*).

Abstract:

*This article revisits the evolution of the principle of the most favourable treatment and its potential applications in the present day, addressing and articulating its two conceptualizations: the principle of the most favourable treatment of the worker (favor laboratoris) and the principle of the most appropriate treatment of the employment situation (favor laboris).*

## 1. O *favor laboratoris*

I. Vamos revisitarmos o denominado princípio do tratamento mais favorável, no Direito do trabalho<sup>1</sup>. Ele pode ser tomado como *favor laboratoris* ou princípio do tratamento mais favorável do trabalhador ou como *favor laboris*, o tratamento mais adequado da situação de trabalho. Haverá incompatibilidade entre essas duas orientações?

II. O Direito do trabalho surgiu, historicamente, para defesa dos trabalhadores. Constatou-se, no terreno, a incapacidade do Direito civil tradicional, assente na liberdade e na igualdade das partes, de enquadrar com justiça as relações de trabalho. Justamente e por evidentes razões práticas faltam, aí e no plano individual, quer a liberdade, quer a igualdade. As normas laborais foram ocorrendo para tutela da parte fraca na relação de trabalho. Faziam sentido em função dessa sua vontade normativa. E como tal deviam ser interpretadas, sob pena de inutilidade. Seja na dúvida, seja na integração de lacunas, havia que partir de um princípio do tratamento mais favorável do trabalhador.

III. Foi significativa, neste sentido, por ter dogmatizado um princípio difuso entre os laboristas, a obra de Hugo Sinzheimer (1875-1945)<sup>2</sup>. Sinzheimer foi um reformador e estudioso

---

<sup>1</sup> Vide Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, 10ª ed. (2022), 206 ss..

<sup>2</sup> Hugo Sinzheimer, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeiten eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland* (1914) = Otto Kahn-Freund/Thilo Ramm, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie 1* (1976), 457 pp., 35-61; *idem*, *Der Tarifgedanke in Deutschland* (1915) = *idem*, 1 (1976), 150-168; *idem*, *Über soziologische und dogmatische Methoden in der Arbeitsrechtswissenschaft* (1922) = *idem*, 2 (1976), 356 pp., 33-41.

social-democrata<sup>3</sup>. De origem judaica, foi perseguido pelos nazis, tendo-lhe sido retirado o grau de doutor em Direito (Heidelberg) e a própria cidadania alemã. Refugiado na Holanda, foi capturado, com a mulher, pela Gestapo. Conseguiu, todavia, libertar-se, vivendo na clandestinidade. Faleceu pouco depois da libertação, vítima dos maus tratos recebidos e de subnutrição. Hoje, o seu nome é celebrado como o “pai do Direito do trabalho alemão”.

A natureza militante do tratamento mais favorável do trabalhador jogou contra ele. Há que repor o tema em moldes jurídico-científicos, sem preconceitos de qualquer tipo.

## 2. Aplicações potenciais; princípio pragmático

### I. No *favor laboratoris*<sup>4</sup>, podemos distinguir

- (a) um princípio de política legislativa;
- (b) um ditame de interpretação;
- (c) uma máxima probatória;
- (d) um aforamento de certos princípios;
- (e) uma norma de conflitos.

### II. Enquanto princípio de política legislativa, o *favor laboratoris*

---

<sup>3</sup> Susanne Knorre, *Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung: Hugo Sinzheimer (1875-1945): eine politische Biographie* (1991), X + 268 pp.; Keiji Kubo, *Hugo Sinzheimer - Vater des deutschen Arbeitsrechts: eine Biographie* (1995), 226 pp..

<sup>4</sup> Quanto ao *favor laboratoris*: Aldo Cessari, *Il “favor” verso il presatore di lavoro subordinato* (1983), 1 ss.; Giuliano Mazzoni, *Diritto del lavoro*, 1, 6.<sup>a</sup> ed. (1988), 50 ss.; Guilherme Dray, *O princípio da proteção do trabalhador* (2015), 926 pp., com muitos elementos.

guiaria o legislador aquando da aprovação dos diplomas com relevância laboral: estes deveriam conter medidas favoráveis aos trabalhadores. Assim entendido, o *favor laboratoris* tem consistência histórica: foi justamente a necessidade, sentida por legisladores de pensamento muito diverso, de enfrentar as questões sociais postas pela industrialização, que conduziu às medidas laborais do início. Nas sociedades modernas, ele só limitará, no entanto, a soberania legislativa na medida em que resulte de prescrições constitucionais. As Constituições - designadamente a portuguesa - compreendem variadas normas laborais, que ao legislador ordinário cabe respeitar.

III. É de boa técnica constituinte o especificar, tanto quanto possível, os vetores a adotar, evitando meras referências abstratas, de concretização problemática e duvidosa. Resta concluir que, como princípio de política legislativa, o *favor laboratoris* exprime a necessidade, em si evidente, de respeitar, na legislação infra-constitucional, as regras contidas nas leis fundamentais, quando visem a tutela dos trabalhadores.

### ***3. Um ditame de interpretação***

I. Como ditame de interpretação, o *favor laboratoris* levaria a escolher, perante fontes polissémicas, o sentido que mais favorável se mostrasse aos trabalhadores. Ainda aqui, duas possibilidades se oferecem à consideração científica:

(a) ou o *favor* se apresenta como uma projeção interpretativa

dos institutos laborais tomados em si: dir-se-ia, então, que a escolha, na dúvida, da solução mais favorável ao trabalhador é uma projeção interpretativa da própria fonte a interpretar, uma vez que esta, sendo laboral, teria já ínsita a mensagem protetora;

- (b) ou o *favor* é, verdadeiramente, uma regra geral: independentemente do sentido concreto de cada fonte, haveria sempre que ponderar a via mais favorável para o trabalhador, em derrogação ao dispositivo do artigo 9.º do Código Civil.

II. No primeiro caso, o *favor* merece apoio: quando uma fonte vise a prossecução de um objetivo, há que lhe subordinar todas as hipóteses interpretativas. Mas não é uma regra geral: só caso a caso e fonte a fonte se poderá dizer qual o seu objetivo e, conseqüentemente, quais as suas projeções interpretativas. Apenas quando tais objetivos compreendessem a tutela do trabalhador se poderia falar em *favor laboratoris*.

III. No segundo caso, o *favor* é contestado, por empirismo. Na verdade, estando ausente das fontes a interpretar, o *favor laboratoris* apenas poderia fazer a sua aparição por via da instância aplicativa ou, se se quiser, pelo pensamento do sujeito autor dessa aplicação. Uma subjetivação geral da aplicação seria problemática, dificultando, depois, o controlo e a crítica das decisões. O progresso do Direito - em termos que habilitem a falar, dele, como sendo uma Ciência - assenta na determinação de regras que tornem previsíveis e objetivamente controláveis as saídas para os litígios. As vantagens

para os trabalhadores são instiladas pelas fontes, podendo justificar-se, no quadro geral do sistema e dentro dos limites constitucionais, a adoção pontual de medidas que os desfavoreçam. Uma ideia geral de proteção apenas poderia embaçar esta realidade, dificultando, inclusive, a sua crítica. Censura-se-lhe, também, um certo paternalismo, próprio de concepções dogmáticas comunitário-pessoais, hoje criticadas. Pode, pois, concluir-se: seja por falta de autonomia, seja por insubsistência, não se atribui, ao *favor laboratoris*, o sentido de um princípio interpretativo autónomo.

#### ***4. O problema nos contratos individuais***

I. Pertencia ao acervo tradicional do Direito do trabalho a regra segundo a qual, na interpretação dos respetivos contratos, também funcionava a regra da interpretação mais favorável para o trabalhador ou *favor laboratoris*. No anteprojeto apresentado por Galvão Telles à Câmara Corporativa, em 1961 e que esta aceitou, surgia um artigo 7º, epígrafado “princípio do tratamento mais favorável ao prestador de trabalho”, cujo nº 1 propunha<sup>5</sup>:

Em caso de dúvida, a interpretação e aplicação das normas e usos sobre contratos de trabalho e das respectivas cláusulas, bem como a qualificação daquelas normas como imperativas ou não imperativas, devem fazer-se à luz do princípio do tratamento mais

---

<sup>5</sup> Parecer da Câmara Corporativa acerca do projecto de proposta de Lei sobre o Regime do Contrato de Trabalho, em Pareceres da CC/VII Legislatura, 1961, II (1962), 515-560.

favorável ao prestador de trabalho, sem prejuízo da produção.

II. Por seu turno, o anteprojeto de Lei do Contrato de Trabalho de Pessoa Jorge<sup>6</sup>, referia:

#### Artigo 10º

*(Princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador)*

Os preceitos referidos no nº 1 do artigo anterior, bem como as cláusulas dos contratos de trabalho, devem, em caso de dúvida, ser interpretados e integrados à luz do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, sem prejuízo da possível satisfação equitativa dos interesses de ambas as partes.

Uma regra semelhante manteve-se na revisão ministerial, com modificações de redação<sup>7</sup>. Assim, segundo o artigo 13º dela resultante:

Em caso de dúvida, a interpretação e a integração das normas que regulam os contratos de trabalho bem como das cláusulas destes devem fazer-se à luz do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, em prejuízo da possível satisfação equitativa dos interesses de ambas as partes.

---

<sup>6</sup> Fernando Pessoa Jorge, *Contrato de trabalho / Anteprojecto de diploma legal*, ESC IV, nº 15 (1965), 247-301 (253).

<sup>7</sup> *Contrato de trabalho / Projecto de Diploma Legal (Revisão ministerial)* (1964), 16.

III. Esta orientação não passou às Leis do Contrato de Trabalho: nem à de 1966, nem à de 1969. Todavia, a referência aí feita ao princípio do *favor laboratoris* no tocante aos conflitos hierárquicos de fontes do trabalho<sup>8</sup>, no artigo 12º/1 da LCT de 1969, era reportada ao “princípio do tratamento mais favorável no domínio da interpretação das normas juslaborais”. Mais tarde, a doutrina desviou-se deste critério, propendendo para a aplicação do regime comum da interpretação.

IV. No plano dos princípios, assim será. No entanto, a integração das regras da interpretação no universo concreto do contrato de trabalho obriga, ainda que por outra via, a reabrir a questão. Chamamos a atenção para os pontos seguintes, todos relativos ao Código do Trabalho:

- (a) o artigo 476º, epígrafado “princípio do tratamento mais favorável” só permite que o contrato de trabalho afaste disposições de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho quando ele estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador;
- (b) a nulidade ou a anulação parciais do contrato de trabalho não o invalidam, à partida, no seu todo (121º/1);
- (c) a cláusula do contrato de trabalho que viole uma norma imperativa considera-se substituída por esta (121º/2);
- (d) a invalidade do contrato de trabalho não impede os efeitos

---

<sup>8</sup> J. F. Almeida Policarpo/A. Monteiro Fernandes, *Lei do Contrato de Trabalho anotada* (1970), 58 (nº 3).

- produzidos durante a sua execução (122º/1);
- (e) o contrato invalidado pode convalidar-se, com efeitos *ex tunc*, isto é, desde o início (125º).

V. Todas estas regras visam, de modo claro e assumido, a proteção do trabalhador. E fazem-no com prejuízo para o princípio fundamental da autonomia privada: ora se posterga um contrato (476º), ora se admite a sua manutenção, mesmo sendo inválido e com enxertos legais, fora da vontade das partes (121º), ora se permitem efeitos de “contratos” inválidos [quicá por não haver vontade válida ! (122º/1)] e ou ora se permite, pela convalidação, a repescagem retroativa de contratos que não deviam subsistir (125º).

Estes dispositivos exercem uma pressão sobre a interpretação dos contratos, em nome da natureza integrada desse tipo de operação. Na dúvida, o intérprete irá validar a solução que menos faça sofrer a autonomia privada. E isso equivalerá a validar as soluções mais favoráveis para o trabalhador sempre que (e isso será frequente) elas equivalham a uma “interpretação conforme com a ordem laboral”.

VI. Quando sejam usadas cláusulas contratuais gerais, temos um novo tópico interpretativo em regra “favorável” aos trabalhadores. Reportamo-nos ao princípio *in dubio contra stipulatorum*, consignado no artigo 11º/2 da Lei sobre as Cláusulas Contratuais Gerais<sup>9</sup>. Quando as cláusulas contratuais gerais, envolvendo o regulamento de

---

<sup>9</sup> Aprovada pelo Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro.

empresa, conduzam a dúvidas interpretativas, elas são resolvidas no sentido mais favorável ao aderente: normalmente, o trabalhador.

VII. O mesmo realismo que levou, nas leis recentes, a omitir o princípio do *favor laboratoris* no domínio da interpretação dos contratos de trabalho deve agora ser capaz de reconhecer a realidade dogmática de onde, ainda que em moldes diversos, ele pode decorrer. Por isso, de modo mais ou menos acentuado, a interpretação das declarações de vontade no campo laboral conserva as suas particularidades<sup>10</sup>.

### ***5. Uma regra probatória, índole dos institutos e norma de conflitos***

I. Enquanto máxima probatória, o *favor laboratoris* daria, ao ónus da prova, uma feição particular. Na dúvida, ter-se-iam por não verificados os factos desfavoráveis aos trabalhadores. O ónus da prova tem hoje uma dimensão político-legislativa assumida<sup>11</sup>: a sua configuração deve ser utilizada pelo legislador como mais um instrumento ao serviço dos seus objetivos<sup>12</sup>. E por isso também, por vezes, o legislador, com recurso a presunções ou a disposições diretas, inflete o ónus de prova num sentido favorável ao trabalhador<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Marcus Bieder, *Grundlagen der Auslegung arbeitsrechtlichen Willenserklärungen*, RdA 2011, 142-153.

<sup>11</sup> Gerhard Reinecke, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe* (1976), 206 pp..

<sup>12</sup> No entanto, verifica-se uma escassa utilização com essa finalidade; vide as conclusões de Reinecke, *Die Beweislastverteilung* cit. na nota anterior.

<sup>13</sup> Assim, por exemplo, as presunções do artigo 12º, relativas à existência de

Trata-se, no entanto, de uma medida eventual, a pesquisar caso a caso: não há, com esse conteúdo, nenhum princípio geral.

II. Há, como foi referido, uma quarta possibilidade que embora não assumida, pode influenciar certos autores: a de o *favor laboratoris* figurar, no campo do trabalho, a projeção de outros princípios, como o da tutela da parte fraca ou o da igualdade ou não-discriminação. Esta aceção figurativa ou descritiva poderia dar, ao *favor laboratoris*, um conteúdo renovado. Mas não é uma expressão adequada para o tal efeito: estando em causa outros princípios, melhor será nominá-los pelas designações próprias, apontando-se-lhes, depois, no local próprio, o eventual papel de proteção laboral.

III. Por fim, o *favor laboratoris* traduziria uma norma de conflitos: num concurso de fontes laborais, deverá prevalecer a mais favorável aos trabalhadores. Este aspeto, de grande relevância prática e científica, ocorre a propósito dos conflitos hierárquicos das normas laborais: exige um estudo especializado<sup>14</sup>.

## 6. *Posturas metodológicas*

I. No Direito do trabalho, cabe recorrer, em princípio, às regras comuns da interpretação e de aplicação. Deve, no entanto, ser feita uma prevenção importante. Como disciplina nova, dotada ainda de uma conceptualização pouco consistente e sujeito aos óbices da

---

um contrato de trabalho.

<sup>14</sup> Vide o nosso *Direito do trabalho*, I (2019), 340 ss..

prolixidade legislativa e dos desenvolvimentos linguísticos, o Direito do trabalho é muito sensível às perversões metodológicas.

II. A jurisprudência dos conceitos, por exemplo, para além das críticas justas que desde Jhering lhe têm sido movidas, defrontaria, no domínio laboral, óbices acrescidos: os conceitos são desfocados, apresentam uma articulação insuficiente e não provocam um consenso mínimo. A jurisprudência dos interesses, por seu turno, viria agravar as deficiências ligadas ao seu positivismo<sup>15</sup>: na falta de ponderações legais expressas de “interesses” - hipótese particularmente frequente ou disciplinas que não hajam, sequer, atingido o estágio da codificação - a sua recusa em recorrer à Ciência do Direito, apelidada, com intenção, de “Filosofia do Direito” mais agrava a última solução proposta por Heck: a preponderância dos critérios subjetivos do juiz.

Por isso, exige-se, no Direito do trabalho, um particular esforço de atualização metodológica: os laboristas não podem dispensar as potencialidades que a Ciência do Direito dos nossos dias põe à sua disposição.

III. Não cabe, aqui, desenvolver os parâmetros que enformam, nos nossos dias, a interpretação e a aplicação jurídica<sup>16</sup>. Chama-se, tão-só, a atenção para alguns traços essenciais:

---

<sup>15</sup> Quanto às críticas a apresentar à jurisprudência dos interesses, Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito civil* (1984, 7ª reimp., 2019), 362 ss..

<sup>16</sup> Remete-se para Menezes Cordeiro, *Lei (aplicação da)*, Enc. Pólis 3 (1985), 1046-1062, *Tendências atuais da interpretação da lei: do juiz-autômato aos modelos de decisão jurídica*, Tribuna da Justiça 12 (1985), 1 ss., publicado, também, na Revista Jurídica, 1987, *Introdução à versão portuguesa Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris (1989) e

- (a) a natureza constituinte da Ciência do Direito;
- (b) a essência unitária e volitivo-cognitiva do processo de realização do Direito;
- (c) a relevância do pré-entendimento e da ponderação das consequências.

A Ciência do Direito tem natureza constituinte. Ela não se limita a possibilitar o conhecimento de certa realidade: ela é essa própria realidade que, de outro modo, teria diversa configuração. Assim sendo, apenas no caso concreto decidido há Direito. No Direito do trabalho, esta constatação dá, à situação jurídica laboral, um relevo que transcende o Direito individual do trabalho: a decisão concreta - e, com ela, o próprio Direito do trabalho ocorre apenas a nível de situação laboral. Todo o desenvolvimento científico laboral é condicionado por este estado de coisas.

IV. O processo de realização do Direito tem uma essência unitária e volitivo-cognitiva. A doutrina antiga distinguiu, no processo de realização do Direito, várias fases diferenciadas e estanques: a localização da fonte, a sua interpretação, a integração quando, eventualmente, ocorresse uma lacuna, a determinação dos factos relevantes, a sua qualificação através de subsunção em conceitos e, depois, a aplicação. Além disso, o processo seria automático, no sentido de não implicar movimentações criativas que estariam estritamente reservadas ao legislador: o juiz limitar-se-ia a conhecer a norma

---

*Tratado de Direito civil I*, 4ª ed. (2012), 433 ss. e *passim*.

veiculada pelas fontes, corporizando, depois, a aplicação que seria, tão-só, automática. Esta doutrina é substituída por uma diversa conceção: a localização das fontes, a interpretação e - disso sendo caso, a integração - jogam, em simultâneo, com a localização dos factos relevantes e a sua qualificação. Apenas por preocupação analítica é possível operar destrinças que não devem fazer esquecer a essência ontologicamente unitária do conjunto. A solução jurídica não é, por fim, automática: ela implica sempre uma decisão humana que, embora guiada por elementos objetivos, tem sempre algo de novo ou de criador. Os fatores que modelam essa vontade apresentam-se como argumentos em sentido próprio. Tais argumentos ordenam-se em modelos de decisão, apresentando um peso relativo que lhe advém das fontes e que se torna controlável pela Ciência do Direito. A decisão constituinte, sendo cognitiva é, também, volitiva.

### *7. O papel do pré-entendimento*

I. Finalmente, há que lidar com o pré-entendimento e com a ponderação das consequências. O pré-entendimento chama a atenção para as condicionantes gnoseológicas da hermenêutica jurídica ou, mais longe ainda, do próprio processo de realização do Direito. Perante uma fonte e perante um problema, o operador jurídico conhece-os e equaciona-os em termos que facultem uma decisão, por estar previamente na posse de elementos que a tanto o habilitem: ele domina a linguagem e os quadros conceptuais necessários e tem uma ideia pré-concebida da solução a preconizar. Sem

pré-entendimento, não há solução, obedecendo esta à feição por aquele assumida.

II. O relevo que fatores representativos, políticos e ideológicos - para além, naturalmente das representações jurídicas e científicas e da experiência - podem assumir em geral, surgem acrescidas, em domínios sensíveis como os do Direito do trabalho. Noutra plano, cabe focar a necessidade de ponderar as consequências das decisões que venham a ser assumidas. As proposições jurídicas não valem, apenas, pelo seu teor: a sua finalidade ou teleologia são essenciais. De modo paralelo, também as decisões não se esgotam em si mesmas: elas têm consequências que o intérprete-aplicador deve conhecer e ponderar. Basta ver que uma decisão, em si correta, pode, por razões diversas, conduzir a resultados contrários ao pretendido pela norma de cuja aplicação se trate: impõe-se, então, uma correção. Também aqui há um aspeto que, tendo uma relevância geral, assume, no trabalho, um peso acrescido, em termos que dispensam um maior desenvolvimento.

III. Transpondo estas considerações para o Direito do trabalho, elas documentam a necessidade de, no processo interpretativo e integrativo, ter em conta a globalidade dos valores tutelados pelo Direito. Por certo que, existencialmente, se pretende a tutela dos trabalhadores. Essa tutela passa pelo seu reconhecimento como pessoas, pelo papel dos direitos de personalidade na situação laboral, pelo respeito por direitos adquiridos e pela defesa da estabilidade no emprego. Tudo isso depende de juízos políticos, feitos pelo legislador

legítimo. Tenha-se presente que, em cada concreta realização do Direito, não se aplicam normas isoladas: antes o ordenamento laboral no seu conjunto.

## 8. Favor laboris

I. O Direito do trabalho desenvolve-se em torno de um pólo matricial: uma grande empresa com centenas de trabalhadores. Temos fenómenos desse tipo, por exemplo, no Direito das sociedades, erigido em volta da sociedade anónima com inúmeros acionistas. Por isso, quer os valores quer as próprias soluções estão construídos em torno da grande empresa. A defesa dos trabalhadores e a própria contratação coletiva fazem sentido a esse nível. E não obstante, o Direito do trabalho aplica-se, depois, a inúmeras situações laborais, quicá largamente maioritárias. Exige-se, aí, um esforço de ponderação. Para os trabalhadores como para a generalidade dos agentes em economia de mercado, o bem supremo é a empresa. Sem ela, não há trabalho, digno e bem pago.

II. Uma característica relevante do Direito do trabalho, relevante a propósito da reformulação da situação jurídica laboral, é a da repartição dos papéis (*Rollenverteilung*)<sup>17</sup>. Enquanto nos contratos comuns, as posições dos contraentes - p. ex., compra e venda, doação, locação ou mesmo sociedade - são pontuais e intermutáveis, no

---

<sup>17</sup> Já Wolfgang Zöllner, *Arbeitsrecht und Politik*, DB 1970, 54-62, Ulrich Preis, *Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht* (1993), XXXII + 635 pp., 37 ss., 283 ss. e *passim*; Manfred Lieb, *Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen*, RdA 1974, 257-269 (259); hoje, Rolf Wank, *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht* (2013), 33-34.

trabalho temos um sujeito (sempre) prestador e outro (sempre) empregador. Compreende-se que o Direito contemple, personalizada e diferenciadamente, ambas as posições, visceralmente diferentes. Mas há muitas variantes<sup>18</sup>. No exemplo de Wank, a dona de casa que contrate uma mulher a dias para ajudar na limpeza passa a ser “entidade patronal” e a prestadora, “trabalhadora”. Vale o Direito do trabalho historicamente construído para as grandes empresas? E os valores em jogo serão os mesmos<sup>19</sup>?

III. O Direito do trabalho defende o trabalho em si, ou seja, uma atividade humana remunerada, contratada por outrem. Estão em jogo valores como a pessoa humana, como a empresa, como a paz social e como o progresso da comunidade. Quiçá mais do que ocorrerá noutros ramos do Direito, o laboralismo é uma disciplina empenhada, militante e consecutora de soluções efetivas, em detrimento seja de formalismos, seja de saída contraproducentes em face dos valores em jogo. O “cliché do proletariado indefeso” (Wank) não tem atualidade: mas se surgir pontualmente, o Direito lá estará para o proteger. Hoje, o Direito do trabalho visa a equação trabalho/empresa, articulando-se com outros ramos jurídicos e agindo em defesa do trabalho: *favor laboris*.

---

<sup>18</sup> Dieter Reuter, *Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht / Ein Beitrag zum Problem der Einheit oder Vielheit der Rechtsanwendungsmethoden*, RdA 1985, 321-328 (322 ss.); Rolf Wank, *Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolischen Perspektive*, EuZA 9 (2016), 143-170 (144 e *passim*), concluindo por uma construção teleological da própria ideia de trabalhador, designadamente à luz do Direito europeu.

<sup>19</sup> Rolf Wank, *Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht* (2013), 33.



# A ALTERAÇÃO AO ESTATUTO DOS PROFISSIONAIS DA CULTURA AMPUTARAM A NOVA PRESUNÇÃO DE LABORALIDADE?\*

*THE AMENDMENT TO THE STATUS OF CULTURAL PROFESSIONALS  
HAVE THEY AMPUTATED THE NEW PRESUMPTION OF EMPLOYMENT?*

Joana Neto<sup>1</sup>

Sumário: 1. Contextualização da aprovação do EPAC; 2. Objetivos e inovações do EPAC; 3. A nova presunção de laboralidade; 4. A regulamentação da comunicação de celebração de contratos de prestação de serviços com profissionais da área da cultura; 5. O caso espanhol; 6. A alteração ao EPAC; 7. A ilusão da presunção de laboralidade; 8. Conclusões.

Resumo:

O propósito, singelo, deste artigo é analisar o impacto de uma das alterações efetuadas ao Estatuto dos Profissionais da Cultura, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 64/2022, de 27 de setembro, que elimina a obrigação de entidades empregadoras com contabilidade organizada ilidirem fundamentadamente a presunção da existência de contrato de trabalho quando celebram contratos de prestação de serviços. O artigo reflete ainda sobre o modo como, de *iure condendo*, se poderia ultrapassar a fragilização da presunção de laboralidade resultante da alteração em apreço.

Abstract:

*The simple purpose of this article is to analyse the impact of one of the amendments made to the Status of Cultural Professionals, introduced by Decree Law 64/2022, of 27 September, which eliminates (by revoking the ordinance that regulates it) the obligation for employers with organised accounts to rebut the presumption of the existence of an employment contract when they enter contracts for the provision of services. The article also reflects on how the weakening*

---

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

<sup>1</sup> Investigadora do CEDIS - Nova School of Law, Lisboa.

*of the presumption of employment resulting from the amendment in question could be overcome.*

## 1. Contextualização da aprovação do EPAC

Em Portugal, os profissionais da cultura atravessaram um período de agonia devido ao impacto da crise pandémica COVID-19. Imperiosas medidas sanitárias obrigaram à paralisação da atividade do setor cultural. A ausência de proteção laboral e social, resultante do recurso generalizado à prestação de serviços para regular relações de trabalho no setor, foi mitigada com paliativos: apoios sociais também eles marcados por uma necessidade de aprofundamento e dificuldades de acesso<sup>2</sup>. A urgência na obtenção desses apoios sinalizava um

---

<sup>2</sup> O Governo desde março de 2020 aprovou medidas de apoio às famílias, aos trabalhadores, à economia e ao setor da cultura, medidas essas que foram sendo alteradas e alargadas. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de junho, que aprovou o Programa de Estabilização Económica e Social (PEES), e regulamentada pela Portaria n.º 180/2020, de 3 de agosto, que aprova o Regulamento das Linhas de Apoio ao Setor Cultural no âmbito do PEES, criou uma linha de apoio ao setor da cultura. A linha de apoio à adaptação dos espaços às medidas decorrentes da COVID-19 visava apoiar a adaptação de espaços e equipamentos culturais, designadamente teatros, cineteatros e auditórios culturais, às regras e recomendações das autoridades competentes no contexto da pandemia COVID-19, incluindo dos métodos de organização de trabalho e de relacionamento com o público.

Posteriormente, o artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março criou um Apoio extraordinário à redução da atividade económica de trabalhador independente, apoio esse atribuído sob a forma de um apoio financeiro aos trabalhadores abrangidos exclusivamente pelo regime dos trabalhadores independentes e que não sejam pensionistas, sujeitos ao cumprimento da obrigação contributiva em pelo menos 3 meses consecutivos há pelo menos 12 meses, em situação comprovada de paragem total da sua atividade ou da atividade do respetivo setor, em consequência do surto de COVID-19, em situação comprovada, por qualquer meio admissível em Direito, de paragem total da sua atividade ou da atividade do respetivo setor.

O n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 6-E/2021, de 15 de janeiro que estabelecia mecanismos de apoio no âmbito do estado de emergência veio proceder a uma extensão das medidas extraordinárias de apoio conferido aos trabalhadores

velho problema há muito identificado, mas a que este novo contexto dava visibilidade: a instalada precariedade laboral no setor. Era necessária uma resposta estrutural.

A solução encontrada foi a aprovação do Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura (doravante EPAC), um estatuto com o propósito ambicioso de combater a precariedade num setor marcado por várias especificidades, nomeadamente uma certa volatilidade e intermitência no desempenho da atividade.

O revogado regime do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo (doravante “RCTPE”), aprovado pela Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, de escassa aplicação prática e pouco conhecido no setor, tinha uma marca de inoperância no plano laboral, mas também

---

independentes, aos empresários em nome individual, aos gerentes e aos membros de órgãos estatutários com funções de direção, cujas atividades tenham sido suspensas ou encerradas, o direito a recorrer ao apoio extraordinário à redução da atividade económica pelo período da suspensão de atividades ou encerramento de instalações e estabelecimentos por determinação legislativa ou administrativa de fonte governamental, no estado de emergência, independentemente de se ter esgotado o período máximo de concessão referido no n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março. Finalmente, a Portaria n.º 37-A/2021, de 15 de fevereiro que aprovava «o Regulamento das Medidas de Apoio à Cultura no contexto de resposta à pandemia da doença COVID-19» previa várias medidas de apoio à cultura. Nessas medidas estava incluído o programa Garantir Cultura especialmente vocacionado para o setor, que incluía a criação de apoios, a fundo perdido para pessoas singulares e entidades de todos os setores artísticos, micro, pequenas e médias empresas, para criação e programação culturais, que pode abranger apresentações em formatos físicos ou digitais, bem como apoios no âmbito da Direção-Geral das Artes (DGARTES), apoios no âmbito da Direção-Geral do Património Cultural (DGPC), apoios no âmbito da Direção-Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas (DGLAB), apoios no âmbito das Direções Regionais de Cultura e apoios no âmbito do Instituto do Cinema e do Audiovisual, I. P. (ICA, I. P.).

A Portaria em apreço criou ainda o Apoio Social Extraordinário para Profissionais da Cultura. A partir de 18 de fevereiro de 2021 ficou disponível para preenchimento um formulário para requerer um apoio destinado aos trabalhadores da cultura que fossem exclusivamente trabalhadores independentes, apoio esse sob a forma de subsídio, no valor de 1 Indexante de Apoio Social (doravante “IAS”), ou seja, à data de 438,81 euros. Sobre este apoio ler as perguntas frequentes disponibilizadas na página Cultura Portugal.

FAQ - Apoio extraordinário ([culturaportugal.gov.pt](http://culturaportugal.gov.pt))

de disfunção e insuficiência no que respeita à regulação da proteção social.<sup>3</sup> Era uma lei esquecida que parecia já não ter fôlego para uma nova alteração. O legislador optou por uma nova solução: um novo regime laboral, mais abrangente, sob a veste de um Estatuto Profissional, mais apto a incorporar as diferentes realidades jurídico laborais do setor.

O Decreto-Lei n.º 105/2021, de 29 de novembro, que aprovou o EPAC, refere, no seu preâmbulo, o trajeto que levou até ao quadro legal do Estatuto, evidenciando as insuficiências do revogado RCTPE.<sup>4</sup>

Trata-se, de mais do que regular o regime do contrato de trabalho das profissionais da cultura, de acomodar, como também assinala o preâmbulo, uma proteção acrescida dos «profissionais da área da cultura que prestam a sua atividade sem subordinação jurídica, de forma a garantir-lhes boas condições de trabalho e um conjunto específico de direitos que hoje não estão devidamente consagrados».

O EPAC<sup>5</sup> surgiu concomitantemente com a aprovação da Resolução do Parlamento Europeu, a 20 de outubro de 2021, sobre a

---

<sup>3</sup> Sobre o regime da 4/2008, de 7 de fevereiro e os seus anacronismos cfr. JOANA NETO, Na boca de cena da desregulação. O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo. Vila Nova de Famalicão, Novembro Editora, 2019.

<sup>4</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2021 de 29 de novembro  
«o setor da cultura justifica, porém, um tratamento mais abrangente do que aquele que resulta da citada lei, designadamente tendo em conta que, como a Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, na sua redação atual, apenas regula as relações de trabalho subordinado, muitas atividades culturais ficam excluídas do respetivo âmbito de aplicação, nomeadamente as relações de trabalho autónomas e sem subordinação jurídica, com ou sem dependência económica».

<sup>5</sup> Para uma análise sistemática do EPAC ler a obra de VICTOR HUGO VENTURA, O Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura. Regime novo ou Mise-En-Scène? (Decreto-lei N.º 105/2021, de 29 de novembro), Almedina, Coimbra, 2022.

situação dos artistas e a recuperação cultural na UE em que o Parlamento Europeu “25. Exorta a Comissão a propor um estatuto europeu do artista, criando um quadro europeu para garantir condições de trabalho e normas mínimas comuns a todos os países da UE, estatuto europeu do artista” que defina um quadro comum em matéria de condições de trabalho e normas mínimas aplicáveis em todos os países da UE» do Estatuto Europeu do Artista<sup>6</sup> (doravante “EEA”).<sup>7</sup> Assim, a 20 de outubro de 2021 foi aprovada a Resolução do Parlamento sobre a situação dos artistas e a recuperação cultural na UE que recomenda a criação do Estatuto Europeu do Artista e a 21 de outubro de 2021 foi aprovado em Conselho de Ministros o EPAC.

O Estatuto foi apresentado como um sinal do Governo\_ apanhado no tumulto do chumbo do Orçamento de Estado para 2021, chumbo esse que deu origem à dissolução da Assembleia da República e à marcação de eleições antecipadas\_ de que a negociação de um novo regime jurídico-laboral poderia ser uma marca de mudança de paradigma no setor da cultura. As estruturas representativas dos profissionais do setor participaram no processo, ainda que tenham reivindicado a necessidade de mais diálogo, mais reuniões, mas o passo foi dado. Embora o balanço da sua aplicação seja prematuro, o EPAC simboliza um avanço necessário para fazer face à letargia do RCTPE

---

<sup>6</sup> Para consultar o Relatório sobre a situação dos artistas e a recuperação cultural na UE na elaborado na Comissão de Cultura e da Educação do Parlamento Europeu cfr. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0283\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0283_PT.html)

<sup>7</sup> Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2021, sobre a situação dos artistas e a recuperação cultural na UE(2020/2261(INI), cfr. Textos aprovados - A situação dos artistas e a recuperação cultural na UE - Quarta-feira, 20 de Outubro de 2021 (europa.eu)

(apesar das pequenas alterações que lhe foram introduzidas em 2009, 2011 e 2019).

Sinaliza, quanto mais não seja, uma vontade de dar outra centralidade ao trabalho com direitos na cultura.

## 2. Objetivos e inovações do EPAC

A definição de um regime próprio para os profissionais da cultura parte da premissa de que se está perante um contrato especial de trabalho. São apontados vários motivos para essa classificação que se podem subsumir a dois aspetos distintivos essenciais: a natureza e a forma de exercício da atividade. Estas duas dimensões podem, ainda, ser desdobradas em vários fatores: i) a particularidade da prestação trabalho quanto ao seu destino, o público, e aos seus contornos, o maior constrangimento das condutas extralaborais); ii) a alienabilidade, isto é, o reconhecimento do artista também enquanto criador e sujeito de direitos do autor); iii) o quadro em que a atividade se desenvolve, muito dependente do parecer do público); iv) a pessoalidade do vínculo que escapa ao princípio da substituibilidade, sendo a relação laboral baseada, em regra, na confiança recíproca e no sentido equipa) e v) a autonomia técnico-criativa que é, contudo, um fator mais relevante nas atividades artísticas e nem sempre tão presente nas atividades técnico-artísticas.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> A respeito deste critérios distintivos e da qualificação do contrato dos profissionais de espetáculo como contrato especial de trabalho veja-se JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica dos sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais», *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, 2010, pp. 197- 231, [204-212]; JOANA NUNES VICENTE, «A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia», *Prontuário de*

As especificidades em apreço têm sido invocadas como fundamento para a defesa de uma desejável rotatividade dos trabalhadores e para a flexibilização da contratação a termo.<sup>9</sup> Não obstante, nos objetivos centrais do EPAC enquadra-se a maior proteção social e consequente reforço do regime da segurança social, o combate à precariedade e o recurso a ‘falsos’ recibos verdes no setor, a limitação do número de renovações dos contratos a termo, a nova presunção de laboralidade e a previsão de mecanismos administrativos e judiciais de reconhecimento do contrato de trabalho. Ainda assim, a Portaria n.º 23/2022, de 7 de janeiro, coloca a tónica na sazonalidade e intermitência. No preâmbulo é referido que «considerando que o setor da cultura é um setor de atividade com especificidades próprias, particularmente caracterizado pela intermitência, pela sazonalidade, pela ausência de estabilidade e pela existência de uma multiplicidade de relações jurídicas que fogem ao padrão normal das relações de trabalho de outros setores de atividade, criou -se um regime jurídico autónomo, que visa atender às particularidades próprias deste setor».

---

Direito do Trabalho II, 2017, n.º II, Almedina, 2018, pp.259-279 [263-264] e JOANA NETO, «Na boca de cena da desregulação. O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo». Vila Nova de Famalicão, Novembro Editora, 2019, pp. 19-32. Ainda no sentido da qualificação destas relações como relações especiais de trabalho cfr. GIULIANO MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, vol. I, 5.ª edição, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 775-776 e ALZAGA RUIZ, “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, pp. 127-265, [128- 129].

<sup>9</sup> Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “O contrato de trabalho dos profissionais de espetáculos: algumas notas”, *Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Vol. II, Capítulo IX, Nova Causa, 2018, pp. 224-246, [233-234].

Na regulação do contrato de trabalho foram definidas múltiplas modalidades de contratação (10.º EPAC), ainda que já previstas no RCTPE, com realce para o contrato de muito curta duração, cuja previsão tinha sido revogada em 2011, e foi dada maior centralidade à fiscalização, de forma articulada, entre vários organismos (artigos 78.º e 79.º do EPAC). O regime determina ainda, no seu artigo 4.º, medidas de ação positiva, de acordo com as quais os serviços do Estado, do SEE e as associações e fundações maioritariamente financiadas pelo Estado, que contratem profissionais da área da cultura, devem fazê-lo em regime de contrato de trabalho e se contratarem pessoas coletivas para a realização de atividades culturais devem contratar aquelas que tenham ao seu serviço profissionais da área da cultura contratados em regime de contrato de trabalho.

O regime jurídico do EPAC estabelece regras especiais para os profissionais da área da cultura relativas: ao i) registo dos profissionais da área da cultura; ii) ao regime laboral, mas também ao iii) regime de prestação de serviços e ao iv) regime de proteção social, regulando o contrato de trabalho, o contrato de estágio (previsto no artigo 10.º/2 do DL n.º 66/2011, de 1 de junho) e o contrato de prestação de serviços.

O EPAC é aplicável a todos os profissionais das artes do espetáculo, do audiovisual, das artes visuais e da criação literária, que exerçam uma atividade autoral, artística, técnico-artística ou de mediação cultural.

Um dos fatores de inovação deste regime foi precisamente o facto de ter alargado a regulação às atividades realizadas em regime de prestação de serviços e a inclusão das atividades autorais no seu

âmbito objetivo. Não obstante, há normas que correspondem a um decalque do regime geral comum do CT, existem normas (como é natural) do regime de proteção social similares às do revogado RCTPE e no que toca à regulamentação da prestação de serviços remete-se para as regras do Código Civil (doravante CC).

Em suma, o EPAC não trouxe apenas inovações, permitindo ainda esclarecer algumas controvérsias.

Por um lado, em matéria de contratação a termo determinou, de forma clara, a necessidade de concretizar o motivo justificativo nos contratos de trabalho a termo, fixando um limite de renovações (o contrato a termo certo pode ser renovado até três vezes se as partes assim o estipularem por escrito) e manteve o disposto no RCTPE sobre não sujeição ao regime dos contratos sucessivos.

Por outro lado, clarificou os deveres do trabalhador durante a intermitência, bem como a amplitude do dever de ocupação efetiva (n.º 6, do artigo 16.º, do EPAC) e consagrou a necessidade de incapacidade absoluta para a aplicação do regime de reconversão profissional.

Sem prejuízo, são de assinalar algumas perplexidades.

Em primeiro lugar, mantém-se a aplicação do regime, de forma indiferenciada, a atividades muito distintas como as artísticas e as técnico-artísticas, sem que se compreenda a motivação subjacente e, em segundo lugar, a revogação do contrato de trabalho em grupo, figura que poderia funcionar como um mecanismo de desburocratização e simplificação e que encontra acolhimento em ordenamentos jurídicos próximos como o espanhol e o francês.

### 3. A nova presunção de laboralidade

Uma das principais inovações do EPAC, conforme já foi referido, é justamente a presunção de laboralidade.

O artigo 7.º do EPAC define uma nova presunção de contrato de trabalho, suportada no artigo 12.º do CT, mas com especificidades referentes ao local de trabalho e às horas de início e de termo da prestação. De acordo com esta norma, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma atividade autoral, artística, técnico-artística ou de mediação cultural nos termos do presente Estatuto, e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das características previstas no artigo 12.º do CT. Para esse efeito, é densificado e alargado o conceito de tempo e local de trabalho.

À luz do n.º 2, do artigo 7.º do EPAC, entendem-se como locais de trabalho todos os locais pertencentes às entidades beneficiárias da prestação, que sejam ou não por elas determinados, incluindo ateliers e todos os locais onde se realizam trabalhos de desenvolvimento, pré-produção, ensaios, execução, finalização e pós-produção de manifestações de natureza cultural e artística ou outras atividades complementares ou acessórias do trabalho prestado. Salvo melhor opinião, deve extrair-se desta norma que o acréscimo de despesas para deslocação, por exemplo numa digressão, deve ser custeado pela entidade empregadora, por via de pagamento ou reembolso, a menos que a entidade empregadora disponibilize meios próprios.

O n.º 3, do artigo 7.º do EPAC, determina também que, para efeitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 12.º do Código do Trabalho, no que

diz respeito às horas de início e de termo da prestação, considera-se incluída a preparação, execução e finalização de obras e manifestações de natureza cultural e artística, mesmo que em locais escolhidos pelo prestador da atividade e que não sejam determinados pela entidade beneficiária da mesma.

A proclamada nova presunção de laboralidade era uma das pedras de toque do novo regime do EPAC. É natural que assim seja. As dificuldades na qualificação contratual no quadro da relação dos profissionais da cultura foram sendo evidenciadas quer pela doutrina quer pela jurisprudência.

A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços debate-se com a questão complexa da determinação das fronteiras da subordinação jurídica<sup>10</sup>, designadamente no contexto de aceleradas mudanças na organização produtiva das empresas<sup>11</sup> e, sobretudo, em atividades tradicionalmente qualificadas como liberais ou criativas onde a relação estabelecida entre os sujeitos assume contornos muito particulares.<sup>12</sup> Pode-se até discutir se a

---

<sup>10</sup> Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)*, Coimbra, Almedina, 2014, pp 19- 41, RITA GARCIA PEREIRA, “Casa dos Segredos: um novo templo para a subordinação jurídica?” in coordenação João Reis [et al.] *Para Jorge Leite Escritos Jurídico-Laborais - Volume I*, Coimbra Editora, 2014, p. 703 e MILENA ROUXINOL, “Contrato de trabalho - um modelo formoso e não seguro (ou: quando o trabalhador é um “Adónis musculado deambulando pela praia)”, *Questões Laborais* n.º 51, Almedina, 2017, pp. 123-142.

<sup>11</sup> JESÚS CRUZ VILLALÓN, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, Ano I, 2021, N.º1, pp. 337-391, [340-341].

<sup>12</sup> “Esta é, porventura, a grande dificuldade: a de delimitar fronteiras numa relação marcada pela autonomia criativa e em que esta é um elemento chave na relação contratual: que faz definir a subordinação jurídica, ou dar-lhe uma nova configuração, sobretudo se comparada com uma relação laboral comum.” JOANA NETO, *Na boca de cena da desregulação...* cit. pp. 45-46.

subordinação jurídica ainda é, atualmente, o critério determinante para a qualificação do contrato ou se será possível falar de novas formas de subordinação jurídica que devem ser articuladas com outros fatores de ponderação.<sup>13</sup>

O emblemático acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (doravante “STJ”), que se debruçou sobre a qualificação da relação contratual estabelecida entre um maestro e o Teatro Nacional de S. Carlos (doravante “TNSC”), segundo o qual o trabalhador não terá logrado provar a existência de uma relação contratual com o TNSC, foi objeto de críticas por parte da doutrina.<sup>14</sup> Neste acórdão, um dos aspetos determinantes era a apreciação da existência de subordinação jurídica e da aplicação da presunção de laboralidade, prevista no artigo 12.º do CT, nos termos do qual, de acordo com o seu n.º1, se presume a existência de contrato de trabalho quando se verificarem algumas das seguintes características, designadamente: i) a atividade ser realizada em local pertencente à entidade empregadora ou em local por ela determinado, ii) os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencerem à entidade empregadora, iii) o prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pela entidade patronal, iv) ser paga, com

---

<sup>13</sup> Sobre esta questão ALAIN SUPIOT, “Les nouveaux visages de la subordination” in *Droit Social*, 2000 e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, «Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador? II Congresso Europeu de Direito do Trabalho. Os desafios atuais do Direito do Trabalho, Almedina, 2018, pp.97-107.

<sup>14</sup> A este respeito ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação jurídica invisível. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2013”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* n.º 4, 2013, pp. 119 a 140 JOÃO LEAL AMADO e MILENA ROUXINOL, “A partitura da subordinação jurídica - observações em torno do Acórdão do STJ, de 21 de novembro de 2013”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2014.

determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da mesma e o prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

A definição de contrato de trabalho decorre do artigo 11.º do Código do Trabalho (doravante “CT”) em conformidade com o qual aquele é «o contrato pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas». Também o artigo 1152.º do CC determina que “o contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”. Por oposição, o contrato de prestação de serviços surge regulado no artigo 1154.º do CC que determina que o “contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. A fronteira entre estas duas modalidades contratuais reveste-se, por vezes, de alguma dificuldade, apesar da doutrina ter vindo a densificar esta distinção.<sup>15</sup>

A operacionalização da presunção de laboralidade, definida pelo EPAC, resulta da interpretação conjugada do artigo 7.º - que consubstancia uma adaptação dos indícios de subordinação jurídica contemplados no artigo 12.º do CT - com a redação originária do do n.º 2, do artigo 30.º do EPAC. A norma em apreço previa que “a entidade

---

<sup>15</sup> Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.ª edição, Almedina, 2022, pp. 137-142, 152- 162 e 179-180.

beneficiária da prestação, que disponha ou deva dispor de contabilidade organizada, deve comunicar à IGAC e à Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT”), mediante formulário único eletrónico definido por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da cultura e da segurança social, a celebração de contrato de prestação de serviço antes do início da sua produção de efeitos, ilidindo fundamentadamente a presunção da existência de contrato de trabalho prevista no artigo 7.º”.

Em suma, no n.º 2, do artigo 30.º do EPAC, estava previsto que a entidade empregadora teria, de forma fundamentada, através de formulário, de afastar a presunção de laboralidade, constituindo contraordenação muito grave a sua violação, à luz do n.º 3 do mesmo artigo.

#### **4. A regulamentação da comunicação de celebração de contratos de prestação de serviços com profissionais da área da cultura**

O EPAC prevê no n.º 2, do artigo 30.º um dever de comunicação de comunicação da celebração de contratos de serviços por parte de entidades empregadoras que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada.

A Portaria n.º 13-A/2022, de 4 de janeiro, veio regulamentar esse dever de comunicação descrito como uma medida de combate à precariedade.

A comunicação em causa está, de acordo com a referida portaria, disponível no portal ePortugal (cfr. artigo 2.º) e deve ser feita em

momento anterior à produção de efeitos do contrato, exceto em casos de impossibilidade de acesso ao referido Portal, em que a entidade beneficiária da prestação deve proceder à comunicação nas 48 horas posteriores. Nos termos do n.º3, do artigo 4.º, a comunicação é realizada pela entidade beneficiária da prestação, utilizando um dos seguintes meios de autenticação eletrónica: i) cartão de cidadão; ii) chave móvel digital; iii) sistema de autenticação do Portal das Finanças; iv) Certificado digital emitido por Estado membro da União Europeia no âmbito do STORK ou v) outros meios de identificação eletrónica emitidos noutros Estados membros da União Europeia, reconhecidos para o efeito nos termos do artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 910/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho.

De acordo com o n.º 2 da Portaria em apreço, compete à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (doravante “IGAC”) a gestão das comunicações em articulação com: a) A Agência para a Modernização Administrativa, I. P. (AMA); b) A Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT); c) A Autoridade Tributária e Aduaneira (AT); d) Os Serviços da Segurança Social.

Os dados constantes da comunicação, sem prejuízo de outras obrigações legais, são posteriormente comunicados pela Agência para a Modernização Administrativa, I. P. (doravante AMA, I. P.) às restantes entidades, referidas no artigo 2.º da mencionada Portaria.

Acresce que quando, por motivos de indisponibilidade dos sistemas de informação, não seja possível o cumprimento desta comunicação, a transmissão da informação em causa pode ser realizada por

outros meios de transmissão eletrónica de dados que garantam a segurança dos dados transmitidos.

Competia às entidades em apreço a responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais recolhidos, nomeadamente para efeitos de verificação do fundamento para a não celebração de contrato de trabalho, pela IGAC e ACT, a confirmação que o valor relativo ao contrato foi devidamente declarado para efeitos fiscais e contributivos, pela ACT e pelos serviços da Segurança Social e planeamento das atividades de fiscalização. Esta parte, no que concerne à fundamentação da não celebração do contrato de trabalho, por força da alteração introduzida ao EPAC pelo Decreto-Lei n.º 64/2022, de 27 de setembro, a que se aludirá de seguida, deixou de se aplicar.

O artigo 5.º da Portaria em análise determina que, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 30.º, relativo à presunção de laboralidade do artigo 79.º, que se reporta ao procedimento em caso de inadequação do vínculo que titula a prestação de uma atividade em condições correspondentes às do contrato de trabalho, e do n.º 3, do artigo 81.º, referente ao regime de contraordenações, podem ser realizadas verificações eletrónicas por informação recolhida em base de dados entre as comunicações realizadas ao abrigo da presente portaria e as obrigações fiscais e contributivas associadas ao mesmo contrato.

## **5. O caso espanhol**

O estatuto do artista (e dos restantes profissionais da cultura cujo regime apresenta, por vezes, diferenças face ao regime dos

artistas), embora tenha seguido uma rota de aprofundamento legal dos direitos laborais e tem diferentes enquadramentos, em termos de proteção laboral e social, nos vários ordenamentos jurídicos europeus.,. <sup>16</sup>

Espanha procedeu a mudanças na regulação da relação laboral dos artistas que não era alterada desde 1985. O Real Decreto-Lei (doravante RD) 5/2022, de 23 de março de 2022, veio introduzir alterações ao RD 1435/1985, de 1 de agosto que, até lá, nunca tinha sido objeto de alterações e surgiu na sequência dos trabalhos da Sub-Comissão para elaboração do Estatuto do Artista que integra a Comissão de Cultura do Congresso dos Deputados. Esta Sub-Comissão aprovou ainda o Real Decreto-Lei 26/2018, que previa medidas de urgência para a criação artística e cinematográfica no âmbito fiscal e da segurança social, mas que ficou na dependência de alterações ao regime jurídico laboral.

Nas suas alterações foi contemplado o alargamento do âmbito de aplicação ao pessoal técnico e auxiliar<sup>17</sup>, a inclusão de um elenco

---

<sup>16</sup> A este respeito, ler AUGUSTO PEREIRA PORTELA, O Estatuto do Artista nas Jurisdições Europeias, Questionários sobre o Estatuto do Artista. Alemanha. Bélgica. Espanha. França. Itália. Gestão dos Direitos dos Artistas. [https://www.gda.pt/wp-content/uploads/2021/06/GDA\\_questionarios-ea\\_FINAL.pdf](https://www.gda.pt/wp-content/uploads/2021/06/GDA_questionarios-ea_FINAL.pdf)

<sup>17</sup> Importa notar, no entanto, que o regime jurídico espanhol prevê que determinadas normas do RD 1435/1985, na versão do RD-Lei 5/2022 não sejam aplicáveis ao pessoal técnico e auxiliar, designadamente em matéria retributiva, jornada de trabalho ou férias (artigos 2, 6, 7, 8, 9 e 10, n.º 4 do RD 1435/1985 tal como resulta do artigo 2.7 do RD-Lei 5/2022). Em Portugal, à semelhança do regime espanhol, esta era opção do legislador na versão inicial do RCTPE, em que só eram aplicáveis as matérias do tempo e local de trabalho. No entanto, a Lei 28/2011, de 16 de junho passou a admitir a aplicação indiferenciada do regime a todos os profissionais abrangidos pela Lei 4/2008.

Apreciando criticamente esta alteração e a opção do legislador nacional de aplicar indistintamente o regime legal do diploma a todos os profissionais abrangidos (opção que se mantém no EPAC) JOANA NETO, Na boca de cena da desregulação, pp. 84-85.

exemplificativo de atividades artísticas, a atualização dos meios de reprodução e lugares de execução das atividades artísticas<sup>18</sup> (à semelhança da ampliação ou, pelo menos, clarificação do conceito de local de trabalho, prevista no artigo 7.º do EPAC, por referência ao artigo 12.º do CT) que pode incluir criadores de conteúdos mediante o preenchimento de determinadas condições<sup>19</sup>, a nova redação dos elementos da qualificação do contrato (que tem um papel, sobretudo, de clarificação), a introdução de medidas contra o abuso da contratação a termo e o aumento das compensações por caducidade para reforço da estabilidade de emprego e a alteração da regulação em matéria de proteção social.

Foi ainda introduzida uma presunção de contrato por tempo indeterminado (à semelhança do artigo 15.º/1 do ET).

Não obstante, persiste a dúvida se se aplica o regime laboral geral, previsto no artigo 15.5 do ET, segundo o qual os trabalhadores que, durante um período de 24 meses, permaneçam em funções por um período superior a 18 meses, com ou sem interrupção, para o

---

<sup>18</sup> Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (Texto Consolidado) “Artículo 1. Ámbito de aplicación.

(...)

Tres. Quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto todas las relaciones establecidas para las distintas fases de la ejecución de actividades artísticas, técnicas y auxiliares en los términos descritos en los apartados anteriores, mediante comunicación pública o destinadas a la fijación o difusión a través de cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, producción fonográfica o audiovisual, en medios tales como teatro, cine, radiodifusión, televisión, internet, incluida la difusión mediante streaming, instalaciones deportivas, plazas, circo, festivales, tablaos, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier lugar destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a grabaciones, producciones o actuaciones de tipo artístico o de exhibición.”

<sup>19</sup> A este respeito ler JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA/MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS, “La relación laboral especial de artistas tras el Real-Decreto-Ley 5/2022”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 12, núm. 2 (2022). 2022, pp. 1-29, [8-10].

mesmo posto ou para um posto diferente na mesma empresa ou grupo de empresas, ao abrigo de dois ou mais contratos devido a circunstâncias de produção, quer diretamente, quer através da sua disponibilização por agências de trabalho temporário, adquirem o estatuto de trabalhadores permanentes.<sup>20</sup>

O artigo 5.2 do RD 5/2022, supra referido, estipula uma forma de controlo formal, isto é, determina que, para que se entenda que existe causa justificada para a celebração de contrato de trabalho a termo, será necessário que o contrato especifique precisamente o motivo, as circunstâncias específicas que o justificam e a sua relação com a duração do contrato.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Pronunciando-se no sentido de que só se aplicará o regime laboral normal quando a contratação cumprir os critérios do artigo 15.5 do Estatuto de los Trabajadores aprovado pelo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro na sua versão atualizada ler JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA/ ELENA GARCÍA TESTAL, «La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 449-450, pp. 63-88, [85-86].

<sup>21</sup> Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

Artículo 5. Duración y modalidades del contrato de trabajo.

(...)

“Dos. El contrato laboral artístico de duración determinada, que solo se celebrará para cubrir necesidades temporales de la empresa, podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, o por el tiempo que duren las distintas fases de la producción. Podrán acordarse prórrogas sucesivas del contrato laboral artístico de duración determinada, siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista.

Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Tres. Los contratos previstos en el apartado dos de este artículo se podrán realizar con el personal técnico y auxiliar que desarrolle actividades en la ejecución directa y exclusiva de la actividad que justifique la realización del contrato artístico, salvo que se trate de actividades estructurales o permanentes del empleador.”

Cuatro. Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas. Igualmente adquirirán la condición de fijas las

É de relevar que as alterações introduzidas contra a ilegalidade e o abuso no recurso à contratação a termo foram realizadas através de um «mecanismo de presunções», designadamente a definição, no artigo 5.4 do RD 1435/1985, de 1 de agosto, de uma regra similar à do artigo 15.4 ET, ou seja, de uma presunção *iuris et de iure*, que determina que os contratos a termo que violem estas normas adquirem o estatuto de trabalhadores permanentes. Tal como já foi sufragado, na doutrina espanhola há uma mudança de paradigma, na medida em que estas presunções deixam de estar ligadas à fraude *ope legis* e passam a estar dependentes da verificação de uma ilegalidade.<sup>22</sup> A este respeito, discute-se ainda quais as consequências da inobservância de forma escrita.<sup>23</sup>

O regime jurídico espanhol superou a perspetiva tradicional, segundo a qual a natureza intrinsecamente temporária da atividade artística não se coadunava com a limitação à realização de contratos a termo sucessivos. Esta questão tem vindo a merecer a atenção da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJUE”) que já se pronunciou sobre esta matéria em vários acórdãos<sup>24</sup> e tem dado lugar, no caso português, à interpretação doutrinária, pelo menos no que toca ao RCTPE (já revogado), de que existiria

---

personas trabajadoras que no hubiesen sido dadas de alta en la Seguridad Social o en los supuestos de encadenamiento de contratos de duración determinada, incluidos los contratos laborales artísticos para artistas, técnicos o auxiliares, en los términos previstos en los apartados 4 y 5 del artículo 15 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.”

<sup>22</sup> JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA/MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS - “La relación laboral especial de artistas tras el Real-Decreto-Ley 5/2022...p.18.

<sup>23</sup> JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA/MARÍA JOSÉ ARADILLA MARQUÉS - “La relación laboral especial de artistas tras el Real-Decreto-Ley 5/2022...pp.19-20.

<sup>24</sup> Acórdão da Comissão contra Luxemburgo. Proc.n.º C-234/14, de 26 de fevereiro de 2015 e Acórdão M. S. contra Fondazione Teatro dell’Opera di Roma. Proc. n.º C-331/117, de 25 de outubro de 2018.

uma desconformidade com a Diretiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo (doravante Diretiva 1999/70/CE).<sup>25</sup> É preciso dar nota que até à alteração introduzida ao RD 1435/1985 se suscitava a apreciação da conformidade da consagração da possibilidade de realização de contratos a termo sucessivos com a legislação comunitária, nomeadamente com a Diretiva 1999/70/CE, bem como da admissibilidade de recurso por parte da jurisprudência espanhola à norma anti fraude do artigo 15.5 do ET de limitação ao recurso a contratos sucessivos.<sup>26</sup>

## 6. A aprovação da alteração ao EPAC

A alteração ao n.º 2, do artigo 30.º do EPAC, de acordo com o seu preâmbulo visava «simplificar e ajustar algumas soluções, nomeadamente a respeito do modelo de comunicação da celebração de contratos de prestação de serviço, do regime a aplicar relativamente à prestação social de inclusão, bem como da modalidade contributiva do trabalhador independente» e «aclarar os termos do apuramento

---

<sup>25</sup> A propósito do RJCTPE cfr. JOANA NUNES VICENTE, “A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia”. *Prontuário de Direito do Trabalho II*, 2017, n.º II, Almedina, 2018, pp.259-270 e, da mesma autora, “O problema da sucessão de contratos a termo e a coordenação dos artigos 148.º e 148.º n.º 5 do Código do Trabalho”, *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho. Os desafios atuais do Direito do Trabalho*, Almedina, 2018, pp. 219-256, [228-235].

<sup>26</sup> Entendendo que não havia desconformidade entre o enquadramento legal anterior à alteração ao regime legal do RD 1435/1985 e, logo, não haveria lugar à aplicação do artigo 15.5 do ET cfr. JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA/ELENA GARCIA TESTAL, “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos” pp. 82-85.

da base de incidência contributiva no que respeita ao Fundo Especial de Segurança Social dos Profissionais da Área da Cultura».

Ora, é frequente, no quadro dos contratos especiais de trabalho, contrato de trabalho doméstico, contrato de trabalho dos praticantes desportivos, entre outros, onde se insere o contrato de trabalho dos profissionais da cultura<sup>27</sup>, reivindicar-se uma simplificação de formalismos que permitam trazer determinadas relações laborais, que tantas vezes se movem na esfera da informalidade e do trabalho não declarado, para uma esfera da proteção laboral resultante da celebração de contratos de trabalho. Assim, mais do que salvaguardar a rigidez de forma é necessário, por um lado, garantir direitos laborais e, por outro lado, uma correspondência efetiva entre a relação realmente estabelecida e o quadro legal que lhe está associado. Não obstante, há que encontrar um equilíbrio, por vezes muito difícil, a não ser no plano teórico, entre flexibilidade e garantia dos direitos que se pretende tutelar numa relação marcadamente desequilibrada. É nessa linha fina e perigosa que se movem estes contratos.

E é justamente por isso que, apesar dos seus propósitos alegadamente benignos, esta alteração foi, legitimamente, vista com preocupação pelos profissionais do setor, (desde logo por via da comissão

---

<sup>27</sup> Sobre a qualificação do contrato dos profissionais da cultura como contrato especial de trabalho veja-se JÚLIO GOMES, «Da fábrica à fábrica dos sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais», *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, 2010, pp.197- 231; JOANA NUNES VICENTE, «A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia», *Prontuário de Direito do Trabalho II*, 2017, n.º II, Almedina, 2018, pp.259-270 e JOANA NETO, «Na boca de cena da desregulação. O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espectáculo». Vila Nova de Famalicão, Novembro Editora, 2019, pp. 19-32.

de acompanhamento da implementação do EPAC), que foram surpreendidos por uma alteração que parecia comprometer o objetivo primordial do EPAC: dignificar as relações laborais no setor cultural. Não é despidendo que o n.º 2 do EPAC criou, pelo prazo de dois anos, uma comissão de acompanhamento da implementação do EPAC (doravante “CaE”) com funções consultivas. Esta comissão funciona na dependência do membro do Governo responsável pela área da cultura e é constituída por representantes da Inspeção-Geral das Atividades Culturais, que preside à Comissão, pela Autoridade Tributária e Aduaneira, a Direção-Geral das Artes, a Direção-Geral do Livro, dos Arquivos e das Bibliotecas, o Instituto do Cinema e Audiovisual, I. P., a Autoridade para as Condições do Trabalho (doravante “ACT”), a Direção-Geral da Segurança Social, a Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho e o Instituto da Segurança Social, I. P. (doravante ISS) e também por um representante de cada uma das entidades representativas dos profissionais da área da cultura e associações sindicais representativas do setor, a indicar por despacho do membro do Governo responsável pela área da cultura. Não obstante, as associações profissionais do setor, a Plateia - Associação de Profissionais das Artes Cénicas, a REDE - Associação de Estruturas para a Dança Contemporânea, a Ação Cooperativista, a Acesso Cultura, a Associação Portuguesa de Realizadores, a Performart e o Sindicato dos Trabalhadores de Espetáculos, de Audiovisual e dos Músicos (Cena-STE) alegaram ter sido surpreendidos pela alteração e assinaram um parecer conjunto requerendo que fosse convocada, com urgência, a CaE.

Como é inequívoco num setor que, pelas suas características \_maior desregulação horária, duração por vezes mais curta ou intermitente\_ escapa mais facilmente à aplicação e fiscalização do regime jurídico laboral vigente, a criação de mecanismos que tornem efetiva sua a implementação é fundamental. Não sendo assim, o EPAC seria apenas uma viagem adiada rumo à estabilidade laboral, um marasmo de ilusão de início de uma nova era, que mais não seria que uma tumba de contratos de trabalho falhados e um mausoléu erigido aos contratos de prestação de serviços, com todas as implicações que daí advêm em matéria de proteção social, designadamente os seus impactos perniciosos na carreira contributiva destes profissionais.

## **7. A ilusão da presunção de laboralidade**

Esta forma de ilusão (sumária) de uma presunção legal de laboralidade, mediante prova em contrário, à semelhança do que dispõe o n.º 2 do artigo 350.º do CC, em caso de celebração de um contrato de prestação de serviços, era um instrumento importante de combate ao recurso ao falso trabalho independente. Não obstante, este procedimento foi alvo de críticas. Tratava-se de um mecanismo de reforço da presunção de laboralidade e destinado a contrariar a prática recorrente de ocultação de relações de trabalho subordinado no setor cultural. Na verdade, se em Espanha o foco parece ter sido o de limitar a contratação (injustificada) a termo, em Portugal o cerne do Estatuto, ainda que tenha limitado o recurso à contratação a termo foi, no fundo, tentar resolver uma questão que lhe antecede,

isto é, garantir que não há contratos de trabalho travestidos de prestação de serviços.

Neste domínio foi observado, por um lado, que a obrigação da comunicação recair apenas sobre as entidades com contabilidade organizada «pelo facto de estas entidades terem estruturas que as capacitam a cumprir estas formalidades, o que não acontece com as demais entidades» e, por outro, foi feita uma crítica sobre a dificuldade da empresa ilidir a presunção através de formulário.<sup>28</sup>

Ora, de acordo a versão do artigo 12.º, resultante do CT de 2009, basta a verificação de dois dos factos índice para que a presunção seja acionada o que permitiu afastar a interpretação tradicional da aplicação das regras gerais do n.º 1, do artigo 342.º do CC, nos termos do qual «Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado». Segundo a interpretação dos tribunais, à luz das regras do Código de 2003, isto é, em momento anterior à aprovação da presunção de laboralidade pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, caberia ao trabalhador demonstrar a existência de contrato de trabalho o que se reputava como especialmente difícil.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> «como é que a empresa vai ilidir a presunção, mormente através do formulário, e fazê-lo \_ assim diz a lei\_ fundamentadamente (...) sendo certo que semelhante encargo probatório recai sobre as entidades beneficiárias de uma atividade quando têm de discutir judicialmente a qualificação de um contrato, a verdade é que, nesse contexto, é comum a produção de prova testemunhal, porque a autonomia ou subordinação revelam-se, sobretudo, e decisivamente, na forma como o contrato é executado.»

VICTOR HUGO VENTURA, O estatuto dos profissionais da área da cultura: regime novo ou Mise-en scène (Decreto-lei n.º 105/2021, de 29 de novembro), Edições Almedina, Maio de 2022, cit. p.201.

<sup>29</sup> Tal como alerta ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES “a carga probatória colocada sobre os ombros do trabalhador (antes de ser estabelecida na lei a “presunção da laboralidade” nunca foi verdadeiramente questionada na sua dimensão”.

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, Prontuário de Direito do Trabalho. 2021-II, Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 95-111, [95-96].

Atualmente, “a prova dos factos demonstrativos da verdadeira natureza do vínculo deixa de ser incumbência do trabalhador. Essa natureza terá que decorrer da demonstração feita pelo empregador ou da conversão da presunção em factos provados”.<sup>30</sup>

Discute-se, a esse respeito, se a presunção opera uma «simplificação do método indiciário tradicional» que «dispensa o intérprete de proceder a uma valoração global de todas as características pertinentes para a formação de um juízo conclusivo sobre a subordinação»<sup>31</sup> ou se «o método indiciário mantém-se válido e operante para os casos de dúvida, em que nem pode proceder-se por via subsuntiva, nem existem condições para a presunção operar, ou seja, quando nem o trabalhador consegue provar a base dela nem o empregador demonstrar, de modo convincente, a existência de trabalho autónomo»<sup>32</sup>. Parecendo acompanhar este segundo entendimento, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante “TRL”), de 06 de junho de 2018.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, p.99.

<sup>31</sup> JOÃO LEAL AMADO, “Presunção de Laboralidade: Nótula sobre o art.º 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação”, Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção legal e método indiciários, 2.ª edição, Jurisdição do trabalho e empresa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 43-53, cit. p. 50. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=WqLyWKW1e10%3D&portalid=30>

<sup>32</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais” p.100.

<sup>33</sup> De acordo com o sumário do Acórdão em apreço:

“I. - Os indícios de laboralidade apurados com recurso ao método tipológico ou indiciário devem ser valorados globalmente, tendo em conta que o seu peso individual relativo é variável e que só em conjunto pode obter-se uma visão correta.

II. - Se o prestador recebe ordens do credor da atividade, e, ainda para mais, há elementos que fazem presumir a laboralidade do contrato, nos termos do art.º 12 do CT, é de concluir pela existência de contrato de trabalho.”

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 06 de junho de 2018, Processo n.º

Sem prejuízo do entendimento adotado, certo é que a nova presunção de laboralidade norteia, de forma objetiva, a intervenção e apreciação judicial dos factos que permitem a qualificação jurídica do contrato.<sup>34</sup>

No entanto, “não existe norma especificamente dedicada à questão da prova dos factos determinantes da natureza da relação contratual, nas situações em que se verifica a prestação de trabalho por uma pessoa em benefício de outra” o que combinado com o facto da jurisprudência insistir “na linha tradicional das decisões sobre a qualificação contratual, se tem jogado com a atribuição do ónus da prova do contrato de trabalho \_ digamos assim, para simplificar ao trabalhador” tem colocado em crise o direito a um “processo equitativo”.<sup>35</sup>

Esta lacuna legal em matéria probatória é um problema transponível para o EPAC que, contudo, oferecia uma solução inovadora.

A respeito da eliminada norma do EPAC sobre a ilisão da presunção de laboralidade, prevista no inciso revogado do artigo 30.º, cumpre, em primeira linha, tecer duas considerações:

i) quanto ao seu objetivo, trata-se, pois, de uma norma que visa dissuadir o recurso abusivo à figura do contrato de prestação de serviços;

---

3809/17.2T8SNT.L1-4. [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>34</sup> Assim, «convencido ou não\_ à luz da sua subjetiva percepção \_ do resultado que assim se alcança, o juiz dispõe de uma regra clara e objectiva de actuação perante a matéria de facto provada, uma vez que os encargos atribuídos a cada um dos contraentes são, por assim dizer, “tabelados” pela presunção», cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, cit. p.101.

<sup>35</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, pp. 108- 109.

ii) quanto aos seus efeitos, uma vez que impõe uma obrigação às entidades empregadoras com contabilidade organizada através de um mecanismo expedito e simplificado, de ilidir a presunção de laboralidade, partindo do pressuposto de que os contratos de prestação serviços são a exceção e não a regra, expressa, assim, a clara preferência pelo recurso ao contrato de trabalho.

Em suma, esta norma correspondia a um robustecimento da presunção de laboralidade cujo contraponto é um mecanismo simplificado de ilidir a presunção que a torna mais difícil.

Será censurável esta formulação legal do ponto de vista da garantia de segurança jurídica? Se a *ratio* da norma é justamente proteger a parte mais fraca, o trabalhador, face a uma relação marcadamente desigual, dissuadindo uma prática reiterada de dissimulação da subordinação jurídica, por via de uma qualificação abusiva do contrato como de prestação de serviços (bastante recorrente no setor, como é sabido), dir-se-ia que não. Acresce que, conforme já foi referido, a aplicação da norma se circunscreve a entidades empregadoras que disponham ou devam dispor de contabilidade organizada, ou seja, com uma situação mais robusta do ponto de vista financeiro.

Não obstante, esta norma lança, ainda, algumas dúvidas.

Desta norma extrai-se que há uma presunção ‘automática’ de contrato de trabalho verificados, pelo menos, dois dos factos índice, mesmo sem se verificar globalmente se dos factos preenchidos se permite apurar que se está perante uma situação de subordinação jurídica? Na linha dos argumentos já esgrimidos e por todo o exposto, inclusivamente tendo em conta o disposto no artigo 12.º do CT,

parece que sim. Ainda assim, sempre se poderá dizer que, em caso de dúvida, se pode fazer apelo a uma valoração global dos fatos índice dados por verificados.

Não tendo sido ilidida a presunção, poderá ou não a entidade empregadora, em sede judicial, carrear prova, nomeadamente testemunhal, que demonstre, em concreto, que não existe subordinação jurídica? Nada parece obstar a que essa prova seja produzida.

Qual a relevância da não ser ilidida esta presunção no âmbito da ação especial de reconhecimento do contrato de trabalho (doravante “AERCT”)?<sup>36</sup>

A AERCT foi criada pela Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto e surgiu na sequência de uma iniciativa cidadã. Recorde-se que a aprovação desta ação, cuja tramitação é especialmente célere e simplificada, deu lugar a alterações do regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social, aprovado pela Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro e esteve ainda na origem da inserção dos artigos 186.º-K a 186.º-R ao Código de Processo do Trabalho (doravante “CPT”). Esta ação, que tem lugar na pendência da relação contratual, é tramitada independentemente da vontade do trabalhador, transferindo-se a iniciativa para o impulso da mesma para o Ministério Público.

Esta ação especial visa justamente responder ao facto de a liberdade do trabalhador estar especialmente constrangida na pendência do contrato, uma vez que a sua manutenção depende a sua subsistência, sendo essa posição de vulnerabilidade do trabalhador que

---

<sup>36</sup> VIRIATO REIS, “Acção de reconhecimento da existência do contrato de trabalho. Coleção Formação Inicial. Jurisdição do Trabalho e Empresa. Centro de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2022, pp.214-216.

justifica uma retração no recurso aos tribunais.<sup>37</sup> A jurisprudência anterior a esta ação demonstra que a apreciação da natureza do contrato e a qualificação como contrato de trabalho ou de prestação de serviços tinha lugar em sede judicial, já muito depois do contrato ter cessado, com impactos negativos para a tutela dos interesses do trabalhador, nomeadamente a “erosão dos meios de prova”.<sup>38</sup>

Cabe, por força desta ação, ao inspetor a elaboração do auto de notícia, sendo atribuído valor probatório aos factos materiais nele contidos com vista a apurar a verificação dos factos índice. A ACT fica, assim, investida de poderes mais amplos no âmbito desta ação. Esta ampliação de poderes, designados por PEDRO ROMANO MARTINEZ como “poderes para-judiciais”, foi objeto de críticas, com base no argumento de que se trata de um “poder decisório substitutivo do conferido aos magistrados judiciais”, tendo sido entendido mesmo que este regime está em “manifesta contrariedade ao princípio da liberdade contratual”.<sup>39</sup>

Ora, a AERCT permite ao empregador que, após a deteção por parte do inspetor de trabalho da ACT de uma situação de falso trabalho autónomo e ainda na fase administrativa, regularize a situação do trabalhador. De acordo com o n.º 1, do artigo 15.º-A, da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, relativo ao procedimento a adotar em caso de utilização indevida do contrato de prestação de serviços,

---

<sup>37</sup> Para uma análise sistemática da procura dos tribunais de trabalho cfr. ANTONIO MANUEL CARVALHO DE CASIMIRO FERREIRA, *Trabalho Procura Justiça A Resolução dos Conflitos Laborais na Sociedade Portuguesa*, Coimbra, 2003.

<sup>38</sup> VIRIATO REIS, *Acção de reconhecimento da existência do contrato de trabalho...*, p. 228.

<sup>39</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, *A autoridade para as condições do trabalho de regulador administrativo a órgão jurisdicional*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, Ano I, 2021, N.º 1, pp. 1219-1257, cit. [1234-1235].

“Caso o inspetor do trabalho verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de atividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho, nos termos descritos no artigo 12.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, lavra um auto e notifica o empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação, ou se pronunciar dizendo o que tiver por conveniente”.

Nos termos do n.º 1, do artigo 79.º, do EPAC, sempre que o inspetor do trabalho verifique a existência de características de contrato de trabalho numa situação de prestação de atividade aparentemente autónoma, nos termos descritos no artigo 7.º do presente Estatuto e no artigo 12.º do CT, adota o procedimento previsto no artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, na sua redação atual. Nesses casos pode ser ainda aplicada a sanção acessória de privação do direito a apoio, subsídio ou benefício outorgados por entidade ou serviço público, designadamente de natureza fiscal ou contributiva, da área da cultura ou proveniente de fundos europeus, por período até dois anos, contados a partir da decisão condenatória definitiva. A sanção acessória aplicada é comunicada pela ACT à IGAC, a qual informa as entidades ou serviços públicos da área da cultura.

Assim sendo, no caso das entidades empregadoras abrangidas pelo n.º 2, do artigo 30.º do EPAC, na sua redação originária, cuja fundamentação tenha sido considerada insuficiente para ilidir a presunção, as entidades inspetivas competentes deverão verificar se, em concreto, se dão ou não por verificados os indícios de laboralidade previstos no artigo 7.º do referido estatuto. De acordo com a alínea a), do artigo 77.º EPAC, a entidade com competência para a

instrução dos processos contraordenacionais e a aplicação das respetivas coimas quando esteja em causa a violação de regras laborais é a ACT. Consoante os casos, as inspeções podem ser efetuadas em articulação entre a IGAC, a ACT e o Instituto ISS, I.P. No entanto, a inspeção da utilização indevida de contrato de prestação de serviço em relações de trabalho subordinado é da competência da ACT (cfr. artigo 78.º/1 do EPAC).

Reitera-se que a parte final da norma do n.º2, do artigo 30.º, agora revogada, correspondia a uma medida proporcional e adequada, uma vez que não se dirigia a estruturas culturais pequenas e frágeis, pelo que com maiores dificuldades no cumprimento dos formalismos impostos com vista à obtenção da verdade material. Acresce que a norma tem como escopo o combate a práticas fraudulentas pelo que as expectativas da entidade empregadora fundadas na dissimulação do contrato, com vista à obtenção de uma determinada vantagem (maior flexibilidade, menores custos...), não são atendíveis nem legítimas.

Salvo melhor opinião, de *iure condendo* poderia ter sido densificada a regulamentação referente à forma das entidades empregadoras abrangidas ilidirem a presunção. No âmbito da AERCT, a ACT pode, administrativamente, notificar a entidade empregadora para regularizar o vínculo, mas também, em caso de dúvida, solicitar elementos adicionais. Em suma, mesmo no âmbito desta ação especial é possível, em fase ulterior, suprir insuficiências do formulário. Não obstante, em sede regulamentar, careceria de clarificar os elementos obrigatórios a fazer constar no formulário.

A opção do legislador não foi essa, foi fazer tábua rasa de um instrumento de relevo de combate ao falso trabalho não subordinado. E é inquestionável que prescindir deste instrumento de combate à fraude e dissimulação do contrato significa amputar a presunção de laboralidade e pode dar um sinal (errado) de que se quis mudar tudo para ficar tudo na mesma. O receio da inovação em matéria probatória num setor tão particular, ainda que em nome da certeza e segurança jurídicas (que são fundamentais e devem, em última instância, ser garantidas), tem sido a razão do fracasso do regime jurídico laboral aplicável aos profissionais da cultura. E, aliás, nem só em relação a estes trabalhadores, mas em todo o regime comum, a questão da prova tem-se apresentado como terreno pantanoso:

«Deslocando para a esfera do empregador a maior carga probatória, relativamente à estrita questão da qualificação do contrato, a presunção sinaliza o reconhecimento, por parte do legislador, de que essa é a fórmula ajustada ao desidério do “processo equitativo”. Resta o pequeno/grande passo, que é o da consagração expressa, em norma própria, de uma regra de ónus da prova coerente com este reconhecimento.»<sup>40</sup>

A ARECT, aquando do seu surgimento, foi olhada com grande suspeição por parte dos operadores judiciais e o receio não era infundado. No entanto, o seu aperfeiçoamento permitiu a regularização de muitos vínculos de trabalhadores em situação irregular, isto é, o reconhecimento de vínculos de subordinação no caso de

---

<sup>40</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, p. 109.

trabalhadores dependentes cuja relação laboral tinha sido dissimulada de trabalho independente.

## 8. Conclusões

Sendo a pedra de toque do EPAC a dignificação das relações laborais no setor cultural é necessário incentivar o recurso aos contratos de trabalho que devem ter modalidades suficientemente flexíveis e ajustadas à especificidade da atividade (acompanhados de mecanismos de robustecimento da proteção social) para que o recurso ao contrato de trabalho se normalize.

Há, assim, um imperativo de justiça que deve nortear o processo legislativo e a calibragem técnico-jurídica, inclusivamente a partir de contributos doutrinários, de normas que consubstanciam formas de assegurar o propósito essencial do regime jurídico em causa. Assim sendo, a densificação de instrumentos novos de combate à fraude deve ser privilegiada em detrimento da revogação de normas cuja curta vigência não permitiu apurar conclusões sólidas.

Por essa razão, a repriminção da norma referente ao n.º 2, parte final, do artigo 30.º do EPAC, combinada com uma densificação, por via regulamentar, da forma de fundamentação (por parte das entidades empregadoras abrangidas) destinada a ilidir a presunção de laboralidade em caso de celebração de contratos de prestação de serviços seria, de *iure condendo*, uma solução ajustada. O EPAC deve cumprir o desiderato de combate à precariedade no setor da cultura. Ainda é possível reverter esta machadada na presunção de laboralidade. Isto se se pretender que, em lugar de recuar quando é tempo

de avançar, depois de se ter dado um passo atrás agora, se possa dar dois passos em frente.

Em suma, para que o EPAC não seja uma recordação vaga de um sonho sempre adiado de garantia de direitos laborais no setor cultural, é preciso que não se desista dele e presume-se (presunção *esta iuris tantum*) que essa matéria será consensual...

### Bibliografia

Abrantes, José João, Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões), Coimbra, Almedina, 2014

Altés Tárrega, Juan Antonio e Marqués, María José, “La relación laboral especial de artistas tras el Real-Decreto-Ley 5/2022”, Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social, vol. 12, núm. 2 (2022), 2022, pp. 1-29.

Altés Tárrega, Juan Antonio e García Testal, Elena, “La aplicación del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 449-450, pp. 63-88.

Alzaga Ruiz, Iciar, “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, pp. 127-265.

Amado, João Leal, “Presunção de Laboralidade: Nótula sobre o art.º 12.º do novo Código do Trabalho e o seu âmbito temporal de aplicação”, Trabalho subordinado e trabalho autónomo: presunção

legal e método indiciários, 2.<sup>a</sup> edição, Jurisdição do trabalho e empresa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 43-53.

Amado, João Leal e Rouxinol, Milena, “A partitura da subordinação jurídica - observações em torno do Acórdão do STJ, de 21 de novembro de 2013”, Revista de Legislação e Jurisprudência, 2014.

Fernandes, António Monteiro, “O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação jurídica invisível. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2013”, Revista de Direito e Estudos Sociais, n.º 4. 2013, pp. 119 a 140.

Fernandes, António Monteiro, Direito do Trabalho, 22.<sup>a</sup> edição, Almedina. 2022.

Fernandes, António Monteiro, «Deverá a subordinação jurídica manter-se como elemento qualificador?», II Congresso Europeu de Direito do Trabalho. Os desafios atuais do Direito do Trabalho, Almedina, 2018, pp.97-107.

Fernandes, António Monteiro, “Nótula sobre o ónus da prova nos litígios laborais”, Prontuário de Direito do Trabalho. 2021-II, Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 95-111.

Gomes, Júlio, “Da fábrica à fábrica dos sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais”. Novos estudos de direito do trabalho. Coimbra Editora. 2010, pp.197-231;

Martinez, Pedro Romano, A autoridade para as condições do trabalho de regulador administrativo a órgão jurisdicional, Revista Internacional de Direito do Trabalho, Ano I, 2021, n.º 1, pp. 1219-125

Neto, Joana, Na boca de cena da desregulação. O regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo, Vila Nova de Famalicão. Novembro Editora, 2019.

Portela, Augusto Pereira, O Estatuto do Artista nas Jurisdições Europeias. Questionários sobre o Estatuto do Artista. Alemanha. Bélgica. Espanha. França. Itália. Gestão dos Direitos dos Artistas. <https://www.gda.pt/>

Rouxinol, Milena, “Contrato de trabalho - um modelo formoso e não seguro (ou: quando o trabalhador é um “Adónis musculado deambulando pela praia)”, Questões Laborais n.º 51, Almedina, 2017, pp. 123-142.

Supiot, Alain, “Les nouveaux visages de la subordination” in Droit Social, 2000

Ventura, Vítor Hugo, O Estatuto dos Profissionais da Área da Cultura. Regime novo ou Mise-En-Scène? (Decreto-lei N.º 105/2021, de 29 de novembro). Almedina, Coimbra, 2022.

Vicente, Joana Nunes, “A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia”, Prontuário de Direito do Trabalho II, 2017, n.º II, Almedina, 2018, pp.259-270.

28

Villalón, Jesús Cruz, “El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo un debate global desde la perspectiva española”, Revista Internacional de Direito do Trabalho, Ano I, 2021, N.º 1, pp. 337-390.

## **Lista de Jurisprudência**

Acórdão do TJUE, Comissão contra Luxemburgo, Processo n.º C-234/14, de 26 de fevereiro de 2015.

Acórdão do TJUE, M. S. contra Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, Processo n.º C-331/117, de 25 de outubro de 2018.

Acórdão do TRL, Processo n.º 3809/17.2T8SNT.L1-4, de 06 de junho de 2018.

Acórdão do STJ, Processo n.º 2867/06.0TTLSB.L2.S1, de 20 de novembro de 2013.





# OS REGIMES ESPECIAIS DE TELETRABALHO NO CÓDIGO DO TRABALHO\*

*THE SPECIAL TELEWORK REGIMES IN THE PORTUGUESE LABOUR CODE*

**Joana Vasconcelos\*\***

Sumário: 1. Regime comum e regimes especiais de teletrabalho no Código do Trabalho 2. Situações abrangidas e finalidades visadas 3. Especialidades dos regimes de teletrabalho consagrados no artigo 166.º-A do Código do Trabalho 4. Direito a teletrabalhar: conteúdo 5. Direito a teletrabalhar (cont.): exercício 6. Oposição do empregador: fundamentos e regras a observar 7. Oposição do empregador: apreciação crítica

Resumo:

O Código do Trabalho contém um conjunto de regimes especiais de teletrabalho, no seu artigo 166.º-A. Quais os sujeitos por estes abrangidos, os interesses acautelados e as especialidades que os caracterizam e diferenciam do regime geral, contido nos artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho são as principais questões versadas no presente artigo.

Abstract:

*The Portuguese Labour Code contains a set of special telework regimes, in its article 166-A. Which employees are covered and which interests are safeguarded by them, as well as which specific solutions characterize and differentiate them from the general regime set forth in articles 165 to 171 of the same Labour Code are the main issues discussed in this article.*

---

\* O presente texto reproduz o essencial da nossa intervenção no XXV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, que decorreu em Lisboa, a 3 e 4 de novembro de 2022. Na revisão que antecedeu a sua publicação, limitámo-nos a introduzir-lhe as indispensáveis correções formais e, bem assim, a completar e a atualizar indicações legislativas e bibliográficas.

\*\* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

1. O Código do Trabalho (CT) estabelece, lado a lado com o regime comum do teletrabalho, contido nos seus artigos 165.º a 171.º, um conjunto de regimes especiais, a que dedica o artigo 166.º-A. Aditado ao respetivo articulado pela Lei n.º 83/2021, de 6-12, este prevê e regula três situações nas quais, verificadas as condições nele definidas, o trabalhador tem “direito a exercer” a sua atividade “em regime de teletrabalho”, não podendo o empregador opor-se ao “pedido” por este formulado senão excecionalmente.

A opção de atribuir a certas categorias de trabalhadores um “direito a teletrabalhar” não surgiu com a Lei n.º 83/2021, de 6-12. Existia já na disciplina do teletrabalho anterior - desde 2009, no caso do trabalhador vítima de violência doméstica<sup>1</sup>, e de 2015, tratando-se de trabalhador com filho até 3 anos de idade<sup>2</sup>. Mais, teve relevantes concretizações na legislação publicada durante o período pandémico, a qual prescrevia, para certas categorias de trabalhadores, naturalmente não coincidentes com as previstas no CT, a “obrigatória” adoção do regime de teletrabalho<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O direito do trabalhador vítima de violência doméstica a “passar a exercer atividade em regime de teletrabalho” remonta ao artigo 166.º, n.ºs 2 e 3, do CT, resultante da Lei n.º 7/2009, de 12-2 (sendo a Lei n.º 112/2009, de 1-9, que estabelece o regime jurídico de proteção às vítimas de violência doméstica, omissa quanto a esta matéria), e a sua disciplina permanece, desde então, inalterada.

<sup>2</sup> O direito do trabalhador “com filho com idade até 3 anos” a “exercer a atividade em regime de teletrabalho” tem origem na Lei n.º 120/2015, de 1-9. Nesta sua versão inicial implicava, em linha com o regime comum vigente, a prestação habitualmente fora da empresa, sem combinação com períodos de desempenho presencial, e dentro do limite temporal fixado. Sobre este regime e a necessidade da respetiva adaptação à Diretiva 2019/1158, de 2-6, v. Maria Irene Gomes, “O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas”, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, acessível *online* em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/67361>, pp. 16-17.

<sup>3</sup> Referimo-nos ao artigo 5.º-B do DL n.º 79-A/2020, de 1-10, revogado pelo DL n.º 66-A/2022, de 30-9, que com tal imposição procurava minimizar o risco de contágio por Sars-Cov-2 nas situações nele previstas (e desde que “as funções em causa” o permitissem e o trabalhador dispusesse “de condições para as exercer”):

Ainda assim, o artigo 166.º-A do CT inova em vários pontos.

Antes de mais, porque reflete necessariamente nesta matéria as novas orientações acolhidas na conformação do teletrabalho e da sua disciplina pela própria Lei n.º 83/2021, de 6-12<sup>4</sup> bem como pela Agenda do Trabalho Digno.<sup>5</sup>

Depois, e não menos significativamente, porque transpõe a Diretiva 2019/1158, de 20-6, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, a qual conforma o teletrabalho - tomado latamente<sup>6</sup> e lado a lado com o

---

trabalhador abrangido pelo regime excecional de proteção de pessoas com condições de imunossupressão, trabalhador deficiente, com grau de incapacidade igual ou superior a 60%, e trabalhador com filho ou outro dependente a cargo, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica, que, de acordo com as orientações da autoridade de saúde, fosse considerado doente de risco e que estivesse impossibilitado de assistir às atividades letivas e formativas presenciais em contexto de grupo ou turma. E, bem assim, aos sucessivos diplomas que, durante a primeira e a segunda vaga de estados de emergência (2020 e 2021), decretaram, transitoriamente e com o mesmo propósito, a genérica obrigação de teletrabalho sempre que as funções em causa o permitissem. Sobre este ponto, mais detidamente e com indicações normativas, v. Teresa Coelho Moreira, “Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões”, in *RIDT*, 2021, I, pp. 1299 segs. e Joana Vasconcelos, “Ontem, Hoje e Amanhã: balanço de 15 meses de Direito do Trabalho em contexto pandémico” in *RDES*, 2021, n.ºs 1-4, pp. 481 segs. e in *Católica Talks - Direito e Pandemia*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pp. 179 segs.

<sup>4</sup> Sobre a conformação do teletrabalho pela Lei n.º 83/2021, de 6-12, v., entre outros, João Leal Amado, “Teletrabalho: os deveres especiais das partes”, in *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 127 segs.; *Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 132 segs.; Maria Irene Gomes, “Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais -um exemplo do intrincado *puzzle* em que se converteu o regime jurídico do teletrabalho?”, in *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 99 segs.; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 675 segs.; Maria Regina Redinha, “A noção de teletrabalho na Lei 83/2021, de 6 de dezembro”, in *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 21 segs.; Milena Rouxinol, “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, in *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 79 segs.; Joana Nunes Vicente, “A nova disciplina do acordo para a prestação de teletrabalho - comentário aos artigos 166.º e 167.º do Código do Trabalho”, in *Questões Laborais*, n.º 60, 2022, pp. 57 segs.

<sup>5</sup> Aprovada pela Lei n.º 13/2023, de 3-4.

<sup>6</sup> *I.e.*, nas suas várias concretizações legalmente admitidas: este o sentido inequívoco das referências a “regimes de teletrabalho” nos Considerandos 34 e 35

trabalho a tempo parcial e com o horário de trabalho flexível<sup>7</sup> -, como meio de alcançar tal conciliação, através da “flexibilização do regime de trabalho”, *i.e.*, da “faculdade de os trabalhadores adaptarem os seus ritmos de trabalho” às suas “necessidades e preferências pessoais”, de modo a poderem “ocupar-se da prestação de cuidados”<sup>8</sup>. Estes têm como destinatários os filhos (até aos 8 anos de idade), mas, também, outros familiares e, bem assim, pessoas que vivam “no mesmo agregado familiar que o trabalhador” e que necessitem “de cuidados ou de assistência significativos por uma razão médica grave”<sup>9</sup>. Significa isto que a conciliação que a Diretiva 2019/1158 promove não se esgota na parentalidade, incidindo, de forma inovadora e devida, noutra/s vertente/s da vida familiar do trabalhador<sup>10</sup>.

É esta renovada disciplina dos regimes especiais de teletrabalho que nos propomos aqui versar, procurando determinar em que

---

e nos artigos 3.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2019/1158.

<sup>7</sup> Entre outras opções, admitidas pelo “nomeadamente” contido na previsão do artigo 3.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2019/1158.

<sup>8</sup> Artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1158.

<sup>9</sup> Artigo 3.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2019/1158, cuja parte final remete para o direito interno de cada Estado membro a definição dos nexos entre cuidador e pessoa cuidada neste contexto relevantes. Entre nós, o Estatuto do Cuidador Informal, aprovado pela Lei n.º 100/2019, de 6-9, esclarece, no seu artigo 2.º, n.º 3, que o cuidador informal não principal - que “acompanha e cuida” de forma “regular, mas não permanente” -, deverá ser “cônjuge ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada” e viver com esta “em comunhão de habitação”. Sempre que o cuidador informal não principal a quem tenha sido reconhecido o correspondente estatuto, nos termos legais, seja também trabalhador (por desempenhar atividade profissional em execução de um contrato de trabalho), beneficiará do regime do “trabalhador cuidador”, contido nos n.ºs 5 e 6 do artigo 166.º - A do CT, aqui versados, e nos artigos 101.º - A a 101.º - H e 252.º, n.º 2, adicionados ao CT pela Lei n.º 13/2023, de 3-4.

<sup>10</sup> É, a este propósito, bem esclarecedor o Considerando 6, quando refere as solicitações que às políticas de conciliação colocam as “alterações demográficas” e os “efeitos do envelhecimento da população”.

consiste, em que soluções se traduz a sua especialidade e que dificuldades suscita.

2. São três as situações previstas no artigo 166.º-A do CT: trabalhador vítima de violência doméstica (n.ºs 1 e 4), trabalhador com filho menor ou, qualquer que seja a sua idade, com deficiência, doença crónica ou doença oncológica (n.ºs 2, 3, 4 e 7) e trabalhador cuidador (n.ºs 5 e 6).

Têm em comum o respeitarem, todas, a situações da vida pessoal e familiar do trabalhador. E distinguem-se entre si pelos objetivos visados com a atribuição do “direito ao teletrabalho”, os quais, naturalmente, determinam a sua particular modelação.

Concretizando, se na primeira das situações legalmente contempladas o teletrabalho visa, como boa parte das soluções que integram a disciplina a que pertence, proteger a vítima de violência doméstica<sup>11</sup>, possibilitando-lhe manter a prestação da sua atividade num outro local, mais seguro ou resguardado que as instalações da empresa, nas duas outras o teletrabalho constitui uma de entre várias alternativas legalmente oferecidas ao trabalhador com responsabilidades familiares em ordem a permitir ou a facilitar a conciliação destas e da sua vida profissional, no âmbito dos regimes jurídicos de que fazem parte.

---

<sup>11</sup> A proteção juslaboral da vítima de violência doméstica concretiza-se, entre nós, num conjunto de soluções muito diversas na sua configuração, propósitos e operacionalidade, que versámos em estudo anterior para onde se remete, porquanto mantém plena atualidade: Joana Vasconcelos, “Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português”, *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça - Volume Especial*, II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 31 segs. e *in RDES - Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2010, n.ºs 1-4, pp. 103 segs.

3. Procurando determinar em que consiste a especialidade dos regimes de teletrabalho previstos no artigo 166.º-A do CT, dir-se-á que a mesma incide, em primeira linha, na adoção deste modelo de prestação da atividade, tal como conformado nos artigos 165.º segs. do CT, a qual é objeto de um “direito” legalmente concedido ao trabalhador<sup>12</sup> - e não já da vontade concorde deste e do empregador em tal sentido, exigida pelo artigo 166.º, n.º 1, do CT.

Acessoriamente, a especialidade destes mesmos regimes exprime-se nos termos em que, exercido o direito pelo respetivo titular, será prestada a atividade em teletrabalho: com sujeição ao regime comum do teletrabalho em tudo o que, nos termos gerais, não seja afastado pela sua particular finalidade e disciplina ou se mostre com estas incompatível.

Concretizando, aplicar-se-ão, nas várias situações previstas no artigo 166.º-A do CT, entre outras, as regras relativas à disponibilização pelo empregador de equipamentos e sistemas (bem como à compensação de despesas adicionais com estes relacionados), à organização, direção e controlo pelo mesmo empregador da prestação do trabalho e aos deveres especiais que sobre este recaem em contexto de teletrabalho (artigos 168.º, 169.º-A e 169.º-B do CT).

Já o “regime de permanência ou de alternância de períodos de trabalho à distância e de trabalho presencial” (artigo 166.º, n.º 3, do CT) será definido, não por acordo entre trabalhador e empregador, mas pelo primeiro, com base nas suas “necessidades e preferências pessoais”<sup>13</sup>, sem que a tanto possa obstar o segundo, fora das

---

<sup>12</sup> É, a este propósito, bem esclarecedora a epígrafe do artigo 166.º-A do CT: “direito ao regime de teletrabalho”.

<sup>13</sup> Artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2019/1158.

hipóteses legalmente previstas. O mesmo vale para a duração do teletrabalho decorrente do exercício deste direito<sup>14</sup>.

4. O direito a teletrabalhar conferido pelo artigo 166.º-A do CT possibilita ao trabalhador passar a prestar a respetiva atividade em regime de teletrabalho, nos termos já descritos. E, nessa medida, supõe sempre um contrato de trabalho preexistente<sup>15</sup>.

Quanto ao seu conteúdo, este direito dir-se-ia, à primeira vista, potestativo, supondo o seu exercício a mera alegação e prova pelo trabalhador de que se encontra numa das situações legalmente recortadas (n.ºs 1, 2, 3 e 5 do artigo 166.º-A do CT), sem possibilidade de oposição pelo empregador (n.ºs 4 e 6 *a contrario* do artigo 166.º-A do CT).

A realidade é, contudo, diversa. Com efeito, o que a disciplina deste direito, nas suas diferentes concretizações, evidencia é a necessidade, em qualquer caso, de um pedido do trabalhador dirigido ao empregador, cuja procedência depende do preenchimento de várias condições - ora comuns, ora específicas de cada situação -, pelo que pode ser recusado com fundamento na sua não verificação (n.ºs 4 e 6 do artigo 166.º-A do CT)<sup>16</sup>.

É, então, outra a especialidade que caracteriza este direito. E resulta bem nítida do cotejo das normas que o conformam com o regime comum, contido no artigo 166.º do CT - que, se estabelece

---

<sup>14</sup> Estes pontos serão retomados adiante nos n.ºs 5 e 6.

<sup>15</sup> E, nessa medida, quedam-se fora do seu âmbito as situações, contempladas na parte final do n.º 1 do artigo 166.º do CT, em que o trabalhador é “admitido para o efeito” de laborar em regime de teletrabalho.

<sup>16</sup> Neste sentido, com desenvolvida argumentação, v. Milena Rouxinol, “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, 2022, cit., pp. 96-97.

como regra que o recurso ao teletrabalho depende de acordo entre trabalhador e empregador, cuja celebração pode ser da iniciativa de um ou de outro, prescreve, também, que pertencendo esta ao trabalhador, a “proposta” só possa ser recusada “por escrito” e com “indicação do fundamento”. O qual, cumpre advertir, não se cinge à incompatibilidade com o regime de teletrabalho “pela forma como se insere no funcionamento da empresa, e tendo em conta os recursos de que esta dispõe”, sendo admitido qualquer outro motivo (n.ºs 2 e 7 do artigo 166.º do CT)<sup>17</sup>.

Ora, é justamente quanto a este ponto - a oposição do empregador à pretensão do trabalhador que pretende passar a teletrabalhar - que os vários regimes previstos no artigo 166.º-A do CT se afastam do regime comum.

Mais concretamente, todos vedam, em geral, ao empregador contestar tal direito do trabalhador, só lhe consentindo fazê-lo com base na não verificação de qualquer das condições legalmente enunciadas. Ou seja, invocando a incompatibilidade do regime de teletrabalho com a atividade a desempenhar (n.ºs 1, 2, 5 e 6 do artigo 166.º-A do CT) e/ou não dispor a empresa “de recursos e meios para o efeito” (n.ºs 2, 5 e 6 do artigo 166.º-A do CT), bem como, tratando-se de trabalhador cuidador, “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” (n.º 6 do artigo 166.º-A do CT).

Significa isto que, conforme houve já ocasião de antecipar<sup>18</sup>, a primeira e principal especialidade destes regimes consiste na recusa de princípio ao empregador de qualquer margem de apreciação e

---

<sup>17</sup> Expressamente neste sentido, Milena Rouxinol, “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, 2022, cit., pág. 89.

<sup>18</sup> V. *supra* o n.º 3.

decisão quanto à adoção do regime do teletrabalho, nos termos pretendidos pelo trabalhador.

Este, não é demais insistir, tem de apresentar um pedido, melhor dizendo, uma “proposta”, que concretize os termos em que pretende exercer a sua atividade em regime de teletrabalho e que será apreciada pelo empregador, que só a poderá recusar nos limitados termos referidos.

Justifica-se que nos detenhamos nestes dois pontos.

5. O trabalhador que pretenda valer-se do direito a teletrabalhar concedido pelo artigo 166.º-A do CT deve, na “proposta” dirigida ao empregador, referir em qual das três situações previstas nos seus n.ºs 1, 2, 3 e 5 se encontra, bem como comprová-lo, nos termos legalmente exigidos<sup>19</sup>.

Deve, ainda, e em conformidade com o previsto no n.º 3 do artigo 166.º e nos n.ºs 1, 2, 3 ou 5 do artigo 166.º-A, ambos do CT, indicar o “regime de permanência ou de alternância de períodos de trabalho à distância e de períodos de trabalho presencial” pretendido - o qual, naturalmente, variará consoante as suas particulares circunstâncias

---

<sup>19</sup> Mais exatamente, o trabalhador vítima de violência doméstica há de alegar e provar o preenchimento das “condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º” do CT - apresentação de queixa-crime e saída da casa de morada de família (n.º 1 do artigo 166.º-A do CT). Sobre estas duas exigências, em especial sobre as reservas que suscita a segunda, no limite justificativas de uma sua interpretação restritiva, v. Joana Vasconcelos, “Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português”, 2011 cit., pp. 31 segs. Já o trabalhador com filho menor de idade, deficiente ou doente deverá sempre atestar, respetivamente, a sua data de nascimento ou a sua condição. E, caso pretenda beneficiar do prolongamento do regime de teletrabalho nos termos do n.º 3 do artigo 166.º-A do CT, sozinho ou em partilha com o outro progenitor, as condições fixadas nas respetivas alíneas a) ou b). Por seu turno o trabalhador cuidador terá de mostrar, pelos meios a tanto adequados, que lhe foi reconhecido tal estatuto, “nos termos da legislação aplicável”.

personais e familiares, no caso de trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico) ou de trabalhador cuidador, mas tenderá já a concretizar-se em atividade prestada apenas à distância, tratando-se de vítima de violência doméstica<sup>20</sup>.

O trabalhador com filho menor e o trabalhador cuidador terão, ainda, de determinar qual a duração do seu desempenho segundo este regime que se adequa às suas necessidades - dentro dos limites máximos que lhes são fixados no artigo 166.º-A do CT<sup>21</sup> e que prevalecerão sobre a possibilidade, genericamente admitida no n.º 1 do seu artigo 167.º, de o mesmo se manter por tempo indeterminado. Diferentemente, o trabalhador com filho deficiente ou doente (crónico ou oncológico) e aquele que seja vítima de violência doméstica beneficiam desta permissão normativa, tendo o legislador optado por não demarcar *a priori* o tempo do seu teletrabalho, que será, pois, fixado em função das particulares exigências que ditam a sua adoção.

6. A apreciação pelo empregador da “proposta” em que se concretiza o direito do trabalhador a teletrabalhar incidirá sobre os específicos termos em que este se propõe passar a (ou continuar a) prestar a sua atividade segundo tal regime<sup>22</sup>. E visa apenas aferir da ocorrência, no caso, de algum dos fundamentos de recusa legalmente enunciados.

---

<sup>20</sup> Em linha com as diferentes finalidades prosseguidas com a atribuição do direito a teletrabalhar nas três situações contempladas no artigo 166.º-A do CT, referidas *supra* no n.º 2.

<sup>21</sup> A saber, até aos três anos do filho ou entre os três e os oito anos deste, tratando-se de prorrogação permitida pelo n.º 3 do artigo 166.º-A do CT, nas situações descritas nas suas alíneas a) e b), para o primeiro, e por quatro anos seguidos ou interpolados, para o segundo.

<sup>22</sup> V. *supra* o n.º 5.

Tais fundamentos - não é demais insistir -, esgotam-se no não preenchimento das condições a que está sujeito o “direito”, que são duas e de caráter objetivo, *i.e.*, relativas à própria atividade a desempenhar à distância e aos meios para tanto requeridos. A primeira consiste na compatibilidade dessa atividade com o regime de teletrabalho e aplica-se a todas as situações abrangidas pelo artigo 166.º-A do CT. A segunda respeita à disponibilidade dos “recursos e meios para o efeito” pelo empregador, e é exigida quanto ao trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico) e ao trabalhador cuidador<sup>23</sup>.

Sobre estas duas condições, que não são novas, pois remontam uma a 2009 e a outra a 2015<sup>24</sup>, dir-se-á que se a primeira se mostra justificada e adequadamente formulada, enquanto requisito objetivo cujo alcance e controlo não oferecem especiais dificuldades, o mesmo não pode dizer-se da segunda. Com efeito, não só não se vislumbra o propósito desta imposição, como se afigura que os termos latos e imprecisos em que está redigida podem bem comprometer o propósito de limitar a oposição ao exercício deste direito com base em juízos subjetivos, *i.e.*, de conveniência ou de interesse, do empregador<sup>25</sup>.

Quando o direito a teletrabalhar seja exercido por trabalhador cuidador, pode o empregador, excecionalmente, recusar a correspondente pretensão, invocando “exigências imperiosas do funcionamento da empresa” (n.º 6 do artigo 166.º-A do CT), numa solução

---

<sup>23</sup> Ou seja, só não se aplica ao trabalhador vítima de violência doméstica.

<sup>24</sup> *V. supra* o n.º 1.

<sup>25</sup> Em sentido muito crítico desta exigência legal, v. Milena Rouxinol, “O direito ao teletrabalho após a Lei n.º 83/2021, de 6/12”, 2022, *cit.*, pp. 86-87.

que transpõe parcialmente<sup>26</sup> para esta eventualidade, e só para esta, o regime traçado para o pedido de trabalho a tempo parcial ou com horário flexível apresentado por trabalhador com filho menor de 12 anos (artigo 57.º, n.º 2, do CT)<sup>27</sup>.

Caso o empregador conclua pelo não preenchimento, no caso, da condição ou das condições legalmente enunciadas, indeferirá o pedido do trabalhador, em linha com o n.º 7 do artigo 166.º do CT - ou seja, por escrito e com indicação do fundamento da recusa, no caso de trabalhador vítima de violência doméstica ou de trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico) e seguindo, “com as necessárias adaptações”, o procedimento previsto nos n.ºs 3 a 10 do artigo 57.º do CT para a recusa do pedido de trabalho a tempo parcial ou com horário flexível de trabalhador com filho menor de 12 anos<sup>28</sup>, tratando-se de trabalhador cuidador.

Prescreve-o expressamente o n.º 6 do artigo 166.º-A do CT, que não se limita a remeter para este regime especial a propósito da recusa com fundamento em “exigências imperiosas do funcionamento da empresa”. Bem pelo contrário, submete-lhe, também, a recusa com fundamento na não verificação das condições previstas no n.º 5 do artigo 166.º-A do CT quanto ao trabalhador cuidador - rigorosamente as mesmas a que está sujeito o direito a teletrabalar

---

<sup>26</sup> O n.º 2 do artigo 57.º do CT permite, ainda, a recusa pelo empregador do pedido de trabalho a tempo parcial ou em regime de horário flexível com fundamento “na impossibilidade de substituir o trabalhador, se este for indispensável”, hipótese que, tratando-se de teletrabalho em princípio não se verificará, visto tal regime implicar que a atividade continue a ser por aquele prestada, pelo mesmo tempo e no mesmo horário.

<sup>27</sup> Ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica (artigos 55.º e 56.º do CT)

<sup>28</sup> V. a nota anterior.

do trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico)<sup>29</sup>.

7. Esta disparidade de tratamento entre o trabalhador cuidador e o trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico) mostra-se incompreensível por vários motivos.

Antes de mais, por serem rigorosamente as mesmas as condições a que os n.ºs 2 e 5 do artigo 166.º-A do CT submetem o respetivo direito a teletrabalhar - em plena conformidade, aliás, com a Diretiva 2019/1158, de 20-6, que equipara o trabalhador com filho menor e o trabalhador cuidador, dotando-os de um mesmo regime, destinado a facilitar a conciliação entre vida profissional e vida familiar e repartido por três principais vertentes: trabalho a tempo parcial, horário flexível e teletrabalho<sup>30</sup>.

Ora, no que respeita aos fundamentos da oposição do empregador ao direito a teletrabalhar, se não merece reparo a opção de os cingir ao não preenchimento das duas condições objetivas definidas no respetivo regime<sup>31</sup> - que neste ponto se perfilaria como especial e mais favorável ao trabalhador, face ao traçado para as hipóteses de hipóteses de trabalho a tempo parcial e com horário flexível (artigo 57.º, n.º 2, do CT)<sup>32</sup> -, o mesmo não pode já dizer-se da limitação do alcance da mesma ao trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico) e da consequente exclusão do

---

<sup>29</sup> V. *supra* o n.º 6.

<sup>30</sup> V. *supra* o n.º 1.

<sup>31</sup> V. *supra* os n.ºs 4 e 6.

<sup>32</sup> Visto tal regime admitir que a recusa do empregador se baseie em motivos ligados à empresa, expressos nas “necessidades imperiosas” do seu funcionamento.

trabalhador cuidador. E, bem assim, da específica solução consistente em submetê-lo, não ao artigo 57.º, n.º 2, do CT, mas à aplicação cumulativa dos dois regimes em causa, nos termos definidos pelo n.º 7 do artigo 166.º-A do CT, os quais resultam num seu tratamento mais exigente, logo, mais gravoso, cujo sentido e propósito estão longe de ser evidentes.

Quanto à efetivação da recusa que ao empregador é consentida neste contexto e no silêncio quanto a este ponto dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 166.º-A do CT, justifica-se, nos termos gerais, a sujeição ao regime comum do teletrabalho, mais exatamente ao n.º 7 do artigo 166.º do CT, da invocação da não verificação das condições de que depende o direito a teletrabalhar do trabalhador vítima de violência doméstica. De igual modo, mostra-se fundada, em razão da pertinência de tal solução a um regime mais vasto em sede de conciliação entre vida profissional e vida familiar, de que o artigo 57.º do CT constitui peça central, a expressa aplicação deste e do procedimento nele regulado da recusa do teletrabalho pretendido pelo trabalhador cuidador - por tal modo equiparada à recusa do trabalho a tempo parcial e do horário de trabalho flexível por este requeridos. Diferentemente, o recurso ao n.º 7 do artigo 166.º do CT, tornado necessário pela ausência de uma específica previsão de igual teor dirigida ao trabalhador com filho menor, deficiente ou doente (crónico ou oncológico), implica, mais que uma inexplicável diferenciação de tratamento da recusa do teletrabalho deste baseada nos mesmos fundamentos previsto para o trabalhador cuidador, a sua subtração a um regime fortemente tutelar aplicável às demais soluções que lhe são

conferidas pela Diretiva 2019/1158, de 20-6, e pelo CT, como meios de alcançar a conciliação da vida profissional e da vida familiar.

Diante do que antecede, forçoso se torna concluir ser a disciplina do artigo 166.º-A do CT de muito questionável conformidade com a Diretiva 2019/1158, de 20-6, que intensifica o papel do teletrabalho como meio de obter a conciliação, equiparando-o ao trabalho a tempo parcial e com horário flexível e que prescreve paralelismo no estatuto atribuído ao trabalhador com filho menor e ao trabalhador cuidador. E de ainda mais questionável conformidade com o princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado.

Trata-se de um ponto que bem poderia ter merecido a atenção do legislador, nas recentes alterações à lei laboral.

Banzão, 3 de abril de 2023



# A COMPENSAÇÃO PELO DESPEDIMENTO, A PRESUNÇÃO DE ACEITAÇÃO DESTE E A OBRIGATÓRIA DEVOLUÇÃO DAQUELA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE<sup>1</sup>

*THE COMPENSATION FOR DISMISSAL, THE PRESUMPTION OF  
ACCEPTANCE OF THE DISMISSAL AND THE MANDATORY RETURN OF THE  
COMPENSATION: SOME CONSIDERATIONS AROUND RECENT CASE LAW*

João Leal Amado\*

Catarina Gomes Santos\*\*

Sumário: 1. Uma presunção iníqua e uma devolução absurda; 2. O *timing* da devolução: o cúmulo do absurdo?; 3. Uma jurisprudência a rever?; 4. Balanço (provisório); 5. Viragem jurisprudencial?

Resumo:

Partindo da análise do regime legal do despedimento por causas objetivas, em concreto no que concerne à presunção de aceitação do despedimento, associada ao recebimento da compensação devida pelo mesmo, o presente texto tece considerações críticas relativamente à pertinência da presunção e à forma como a

---

<sup>1</sup> Este texto destina-se a ser incluído nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pinto Monteiro.

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

\*\* Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola do Porto.

jurisprudência tem admitido a ilusão da mesma, registando, com apreço, uma (aparente) viragem jurisprudencial quanto ao *timing* da devolução da compensação.

Abstract:

*Starting from the analysis of the legal regime of dismissal for objective reasons, specifically regarding the presumption of acceptance of the dismissal, associated with the receipt of compensation due for the same, this text makes critical considerations regarding the relevance of the presumption and the way jurisprudence has allowed its removal, noting, with appreciation, an (apparent) reversal of jurisprudence on the timing of the return of compensation.*

## 1. Uma presunção iníqua e uma devolução absurda

Como é sabido, o Código do Trabalho (CT) admite e regula várias modalidades de despedimento por causas objetivas, isto é, por motivos da esfera da empresa, por razões económicas, de índole gestonária, entre as quais avulta o despedimento coletivo, mas que incluem, outrossim, o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação (este último, diga-se, já com alguns ingredientes de ordem subjetiva). É também sabido que o despedimento por causas objetivas confere aos trabalhadores por ele abrangidos o direito a uma compensação pela perda do emprego, calculada nos termos do art. 366.º do CT. Ao invés do que sucede com o despedimento com justa causa, que se traduz num despedimento de carácter disciplinar, isto é, na aplicação ao trabalhador da mais pesada sanção disciplinar prevista no nosso ordenamento (art. 328.º do CT, «despedimento sem indemnização ou compensação»), medida que deverá ser aplicada em casos de conduta censurável e grave do trabalhador, autor de uma infração disciplinar que, segundo bitolas de normalidade, crie uma crise contratual insuscetível de ser sanada através de outro tipo de sanções disciplinares não extintivas

(suspensão do trabalho, perda de dias de férias, multa, etc.), nestes casos de despedimento com base em causas objetivas o trabalhador tem direito — é lógico que tenha direito — a ser compensado pela perda do seu emprego, que se deve a razões que o ultrapassam. Para além de uma *função reparatória ou compensatória*, ressarcindo o trabalhador pela privação do emprego, é claro que esta compensação desempenha ainda uma *função de carácter moderador*, impelindo o empregador a uma maior ponderação na decisão do despedimento, pelo ónus financeiro que representa o respetivo exercício.

De resto, e quanto a este último ponto, importa sublinhar que a evolução recente do nosso ordenamento, diminuindo drasticamente o montante da referida compensação, implica, como é óbvio, que esta função moderadora resultou comprometida. Como é sabido, segundo a redação inicial do art. 366.º, em caso de despedimento coletivo o trabalhador tinha direito a receber uma compensação pecuniária cujo montante correspondia a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade. A lei acrescentava que, em caso de fração de ano, a compensação seria calculada proporcionalmente, bem como que essa compensação nunca poderia ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades. Na última década, porém, esta norma foi objeto de sucessivas intervenções cirúrgicas por parte do legislador, *maxime* através da Lei n.º 23/2012, de 25-6, a qual, a traço grosso, passou a estabelecer que o trabalhador despedido teria direito a uma compensação correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, e, por último, através da Lei n.º 69/2013, de 30-8, que emagreceu ainda mais esse direito do trabalhador,

fazendo-o corresponder a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade.

Ou seja, num período temporal inferior a dois anos (desde a publicação do primeiro diploma sobre esta matéria, a Lei n.º 53/2011, de 14-10, até à publicação da Lei n.º 69/2013, de 30-8), o critério de cálculo da compensação devida aos trabalhadores abrangidos por despedimento coletivo modificou-se drasticamente: de 30 para 20, primeiro, de 20 para 12, depois; suprimiu-se o tradicional limite mínimo, criaram-se, em substituição, limites máximos... Estas são, cremos, alterações muito significativas e bem sintomáticas da mudança de rumo operada: enquanto a lei anterior se preocupava com a consistência mínima do direito do trabalhador, as novas leis perspetivam este direito, sobretudo, como um custo empresarial - e procuram conter esse custo, embaratecendo o despedimento<sup>2</sup>.

A oferta da referida compensação pecuniária ao trabalhador constitui, aliás, uma condição indispensável para a licitude do despedimento, nos termos da al. c) do art. 383.<sup>o3</sup>, da al. d) do art. 384.<sup>o</sup>

---

<sup>2</sup> No momento em que redigimos este texto, a Assembleia da República prepara-se para infletir o rumo neste domínio, alterando o disposto no art. 366.<sup>o</sup> de modo a que a compensação devida ao trabalhador passe a corresponder a 14 dias de retribuição por cada ano de antiguidade. É, sem dúvida, uma inflexão de rumo - mas, convenhamos, uma inflexão bem suave, quase imperceptível, nada poderosa. Acresce que, parece, essa nova regra não terá aplicação retrospectiva, como seria de esperar e corresponde à regra no Direito do Trabalho, dado que a mesma só terá aplicação no tocante à antiguidade do trabalhador despedido relativa ao período temporal subsequente à publicação da lei — pelo que, suponhamos, se um trabalhador vier a ser objeto de um despedimento por razões de mercado em 2023, a compensação a que terá direito será calculada, em relação aos anos anteriores de vigência do contrato (imagine-se, p. ex., que ele havia sido contratado em 2015), ainda na base dos 12 dias de retribuição por cada por ano. Enfim, uma inflexão legal nada poderosa, dir-se-ia até que pífia, quer pelo parco montante em causa (de 12 para 14 dias de salário), quer pelo âmbito temporal da nova norma (só para a “antiguidade futura” do trabalhador despedido).

<sup>3</sup> Isto sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 5 do art. 363.<sup>o</sup>, relativo a

e da al. c) do art. 385.º do CT. Com efeito, se o empregador não colocar à disposição do trabalhador a compensação devida, até ao termo do prazo de aviso prévio<sup>4</sup>, o despedimento será ilícito. Em contrapartida, parece, contudo, que a *recepção* daquela compensação pelo trabalhador se analisa numa condição suficiente para, por si só, legitimar o respetivo despedimento. Isto porque, segundo se lê no n.º 4 do supramencionado art. 366.º, «presume-se que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe do empregador a totalidade da compensação prevista neste artigo»<sup>5</sup>.

Norma estranha! A lei presume que o trabalhador, recebendo a compensação a que tem direito, está, com isso e do mesmo passo, a aceitar o despedimento. É certo que se trata de uma presunção ilidível, lendo-se no n.º 5 do mesmo artigo que «a presunção referida no número anterior pode ser ilidida desde que, em simultâneo, o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, a totalidade da compensação paga pelo empregador à disposição deste último». Norma estranha e perturbadora, ainda assim, cujo sentido útil não se vislumbra ser outro que não o de impedir o trabalhador de impugnar judicialmente esse despedimento. Ou seja, se o trabalhador receber a compensação, isso significa, segundo a lei, que ele aceita o despedimento. E, se ele aceita o despedimento, então não poderá, mais tarde, contestá-lo em tribunal.

---

situações de empresas declaradas insolventes ou reguladas em legislação especial sobre recuperação de empresas e reestruturação de setores económicos.

<sup>4</sup> O prazo de aviso prévio, em que a decisão de despedimento proferida fica sujeita a um termo suspensivo, oscila entre o mínimo de 15 dias e o máximo de 75 dias, consoante a antiguidade do trabalhador abrangido (arts. 363.º, n.º 1, 371.º, n.º 3 e 378.º, n.º 2, do CT).

<sup>5</sup> Norma relativa ao despedimento coletivo, que também se aplica em caso de despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 372.º) e de despedimento por inadaptação (art. 379.º, n.º 1).

Ora, a nosso ver, nada justifica a instituição desta presunção legal de aceitação do despedimento. Ao criar esta presunção, o CT parece, pura e simplesmente, ignorar ou desprezar a circunstância de estar a regular uma relação laboral, para mais numa fase particularmente delicada da respetiva existência. Sendo esta uma *relação laboral*, isso significa que o trabalhador se encontra juridicamente subordinado ao empregador e, na maior parte dos casos, economicamente dependente dos rendimentos do trabalho para satisfazer as suas necessidades mais elementares (bem como, não raro, as do respetivo agregado familiar). Sendo esta uma relação laboral *em fase terminal*, a posição de fragilidade do trabalhador despedido resulta, como é óbvio, exponencialmente acrescida<sup>6</sup>.

Sejamos claros: criar este dilema ao trabalhador, forçando-o a recusar a oferta da compensação (ou obrigando-o a devolvê-la, na totalidade, ao empregador) a fim de conservar intacta a faculdade de contestar judicialmente a licitude do seu despedimento, mostra-se claramente irrazoável. Não é razoável, em primeiro lugar, que a lei retire do facto de o trabalhador receber a compensação pecuniária a que tem direito a ilação de que tal significa a sua aceitação do despedimento. Neste contexto, recusar a compensação não teria qualquer vantagem para o trabalhador, não bastaria para travar o despedimento promovido pelo empregador, não teria o condão de evitar a consumação deste. A reação do trabalhador contra o

---

<sup>6</sup> Como certamente observa BERNARDO LOBO XAVIER, «só por ficção se pode entender que o trabalhador, ao receber a compensação destinada a minorar a situação de desemprego, está a aceitar um despedimento. Ele está apenas a receber algo numa situação que muitas vezes corresponde a um estado de necessidade» («Compensação por despedimento», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2012, n.º 1-2, p. 84).

despedimento só poderá ocorrer *a posteriori*, através da respetiva impugnação judicial. Receber a compensação nada significa, pois, quanto à aceitação ou não do despedimento por parte do trabalhador. Mais: a recusa da compensação pelo trabalhador equivaleria a um ato de puro masoquismo seu, somando ele essa abdicação patrimonial à perda do emprego. *Nonsense!*

Também não é razoável, em segundo lugar, que a lei obrigue o trabalhador a devolver a verba compensatória recebida ao empregador, caso pretenda contestar, em tribunal, a licitude do despedimento — isto pela razão simples de que o trabalhador sempre terá, no mínimo, direito a essa importância, caso perca a ação judicial; se ganhar, então o trabalhador terá direito a receber um quantitativo pecuniário superior ao daquela compensação — a título de “salários intercalares”, a título de indemnização por todos os danos causados pelo despedimento ilícito, e/ou a título de indemnização substitutiva da reintegração<sup>7</sup>.

Neste contexto, a pergunta impõe-se: *porquê e para quê forçar o trabalhador a devolver o quantitativo da compensação, em ordem*

---

<sup>7</sup> Registe-se, quanto a esta última indemnização, que, segundo as regras atuais, o seu montante deverá ser fixado pelo tribunal, entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade do trabalhador, ao passo que a compensação prevista no art. 366.º do CT será, em princípio, correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade do trabalhador. Ou seja, a fasquia mínima da indemnização substitutiva da reintegração, em caso de despedimento ilícito, está colocada acima da fasquia relativa à compensação a pagar em caso de despedimento lícito por causas objetivas.

É certo que, em alguns casos, o pagamento desta indemnização não será devido, em virtude de o trabalhador ter optado pela reintegração na empresa (al. *b*) do n.º 1 do art. 389.º do atual CT). Trata-se, todavia, de casos francamente minoritários, sendo certo que, ainda aqui, se mantém o dever de pagar os “salários intercalares” e de ressarcir os danos causados pelo despedimento ilícito. Quando e na medida do necessário, sempre poderá ser feito o “encontro de contas” *a posteriori*.

*a permitir que este ilida a presunção legal de aceitação do despedimento?* Repare-se que estamos a falar de um trabalhador que foi despedido, isto é, que perdeu involuntariamente o seu emprego, em virtude de uma decisão extintiva unilateral da entidade empregadora; e de um trabalhador que, em regra, perdeu o seu principal, por vezes único, meio de sustento. É expectável que, em muitos casos, o trabalhador tenha de fazer face às suas despesas quotidianas com o dinheiro resultante da compensação que o seu empregador lhe pagou, por imposição legal, aquando do despedimento. Esse despedimento pode, porém, ser ilícito (por improcedência do respetivo motivo justificativo, por inexistência ou invalidade do respetivo procedimento, etc.). E todavia, mesmo que o trabalhador tenha declarado, aquando do pagamento da compensação, que a recebia sem prescindir do direito de contestar judicialmente o despedimento, a lei entende que o trabalhador apenas o poderá impugnar se devolver a totalidade da compensação paga ao empregador...

Dir-se-á que o dinheiro (*rectius*: a falta dele pelo trabalhador despedido) contribui, aqui, para a “estabilidade e pacificação das relações jurídicas”, que o estado de necessidade do trabalhador funciona como “elemento redutor da conflituosidade inerente ao despedimento”... Belas palavras. Estabilidade! Pacificação! Redução da conflituosidade! Mas palavras inteiramente deslocadas, quando se pensa que estamos a falar de um trabalhador que foi atingido por um despedimento, que assim perdeu o seu emprego e, provavelmente, o seu único ganha-pão, que, por isso mesmo, não pode dar-se ao luxo de recusar a compensação paga, *ex vi legis*, pelo seu (ex-)empregador e que, também por isso mesmo, não consegue deixar de gastar

ao menos uma parte desse montante para satisfazer as suas necessidades básicas, agora que se encontra sem emprego. E, assim sendo, segundo a lei ele deixa de poder dirigir-se a tribunal, para impugnar o despedimento. *Nonsense!*

## 2. O *timing* da devolução: o cúmulo do absurdo?

O propósito deste texto não consiste, todavia, em analisar e criticar o atual regime legal quanto a este ponto. De resto, tivemos já ocasião de refletir mais longamente sobre a maldade do mesmo num outro artigo, para o qual ousamos remeter o leitor<sup>8</sup>. O ponto, aqui e agora, prende-se com o entendimento que a jurisprudência tem perfilhado quanto ao momento em que o trabalhador despedido, após ter recebido a compensação (e, com isso, presumivelmente, ter aceitado o despedimento), terá de devolver a totalidade desse montante ao empregador, em ordem a tentar contestar, em tribunal, a licitude do despedimento.

Recordem-se os termos da lei, aquilo que estabelece o art. 366.º do CT. Segundo o seu n.º 4, «Presume-se que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe do empregador a totalidade da compensação prevista neste artigo». E o n.º 5 acrescenta: «A presunção referida no número anterior pode ser ilidida desde que, em simultâneo, o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, a

---

<sup>8</sup> «Receber e aceitar: em torno de presunções legais, orientações jurisprudenciais e convicções doutrinárias», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2016-II, pp. 85-102. Para uma perspetiva geral sobre a questão, veja-se ainda CATARINA GOMES SANTOS, in LEAL AMADO, MILENA ROUXINOL, JOANA VICENTE, CATARINA SANTOS e TERESA MOREIRA, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 1015-1022.

totalidade da compensação paga pelo empregador à disposição deste último».

O que significa, então, este segmento da norma, “em simultâneo”? Em simultâneo com quê? Afinal, o que é que se pede ao trabalhador, se ele pretender contestar judicialmente o seu despedimento, caso tenha recebido a compensação? Pela nossa parte, confessamos, sempre nos pareceu mais ou menos linear que aquilo que a lei pretendia era que o trabalhador, se e quando tentasse ilidir a presunção legal de aceitação do despedimento, resultante do facto de ter recebido a compensação paga pelo empregador, teria, em simultâneo, de devolver a totalidade dessa compensação ao empregador. Isto é, ao trabalhador não bastaria fazer prova em contrário (invocando e provando, por exemplo, que ao receber a compensação tinha declarado que tal não equivalia à aceitação do despedimento), a mais disso a lei obrigava este trabalhador a, nesse momento, devolver a quantia compensatória recebida, na íntegra, ao empregador. Vale dizer, *sempre nos pareceu que o “em simultâneo” se referia à tentativa de ilisão da presunção, o que redundaria, assim, em permitir que o trabalhador despedido impugnasse o despedimento dentro dos prazos previstos na lei (em regra, 60 dias em caso de despedimento individual, seis meses em caso de despedimento coletivo), contanto que lograsse ilidir a presunção de aceitação do mesmo e que devolvesse a totalidade da compensação ao empregador.*

Acontece que, afinal, a coisa revela-se ainda mais complicada (em boa verdade, quase diabólica) para o trabalhador despedido. Isto porque a jurisprudência vem entendendo, maioritariamente, que,

quanto ao momento para praticar esse ato de devolução, a lei utiliza no n.º 5 a expressão “em simultâneo”, que se referiria, contextualmente, a um ato anterior, que está mencionado no n.º 4, ou seja, o recebimento da compensação. Vale dizer, a simultaneidade referir-se-ia ao próprio recebimento da compensação, o que, em rigor, obrigaria o trabalhador, em simultâneo, a receber e devolver a compensação, qual *Lucky Luke*, mais rápido do que a própria sombra...

Merece destaque, a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/09/2020, em cujo sumário pode ler-se:

- «1. A expressão “em simultâneo” que consta no n.º 5 do art.º 366.º do Código do Trabalho, refere-se ao recebimento da compensação a que se alude no número anterior da disposição legal citada.
2. À referida expressão “em simultâneo”, que significa “ao mesmo tempo”, tem de ser atribuída a maleabilidade necessária (prazo razoável) para poder abarcar um conjunto de situações que exigem uma apreciação flexível respeitante a eventuais factos que poderão ser alegados pelo trabalhador para afastar a presunção da aceitação do despedimento.
3. Caso o trabalhador pretenda ilidir a presunção, o lapso de tempo entre a data em que o empregador efetuou o pagamento do montante da compensação e a data em que o trabalhador procedeu à devolução terá de ser sempre apreciado judicialmente no sentido de se determinar se é ou não razoável, tendo em conta todo o contexto dinâmico do caso concreto.
4. No caso dos autos, a data da decisão do despedimento (4/1/2019), a data do pagamento do montante da compensação por transferência bancária (13/3/2019), a comunicação da

intenção de impugnar judicialmente o despedimento (15/3/2019), a confirmação do NIB com vista a uma segura devolução do referido montante (19/3/2019) e a data da efetiva devolução do montante da compensação (2/4/2019) permitem-nos, na sua globalidade, concluir que estamos perante um comportamento coerente do trabalhador com idoneidade para que se considere ilidida a presunção prevista no n.º 4 do art.º 366.º do CT»<sup>9</sup>.

Entretanto, como ser mais rápido do que a própria sombra só é possível na banda desenhada, não estando, decerto, ao alcance de um qualquer trabalhador que seja atingido por um despedimento, a jurisprudência vem introduzindo alguns temperos nesta exigência de simultaneidade entre o recebimento da compensação e a devolução da mesma ao empregador. Relativamente ao tempo da devolução, fala-se, por vezes, em “imediatamente após o seu recebimento, ou no mais curto prazo”, ou em “de imediato, ou logo que da mesma tenha conhecimento”, como observa o Conselheiro Leones Dantas, no seu voto de vencido. De forma um pouco menos exigente, o entendimento perfilhado no supracitado acórdão considera que à expressão “*em simultâneo*” (que significa “*ao mesmo tempo*”) «tem de ser atribuída a maleabilidade necessária para poder abarcar um conjunto de situações que exigem uma apreciação flexível respeitante a eventuais factos que poderão ser alegados para afastar a presunção da aceitação do despedimento. Para além de outras situações de ordem prática, relacionadas com a operação da devolução do montante

---

<sup>9</sup> Processo n.º 10840/19.1T8LSB.L1.S1 (Revista) - 4ª Secção, relatado pelo Conselheiro Chambel Mourisco, com voto de vencido do Conselheiro Leones Dantas. O texto integral do aresto encontra-se disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

da compensação, o trabalhador quando confrontado com a decisão do despedimento poderá sentir necessidade de aconselhamento para poder tomar uma decisão informada no sentido de aceitar ou não o despedimento». O Acórdão prossegue: «Não fará muito sentido que o trabalhador devolva o montante da compensação antes de estar devidamente habilitado a poder tomar uma decisão informada sobre se aceita ou não o despedimento. Neste contexto, é de todo pertinente, como já se referiu, atribuir à expressão “*em simultâneo*”, utilizada no n.º 5 do art.º 366.º do CT, a maleabilidade necessária para contemplar também esta realidade que se prende com um aspeto crucial para o trabalhador que consiste no direito de dispor de algum tempo para se poder aconselhar, com vista a poder tomar a decisão se aceita o montante da compensação e conseqüentemente o despedimento». E conclui: «Em abstrato, o lapso de tempo entre a data em que o empregador efetuou o pagamento do montante da compensação e a data em que o trabalhador procedeu à devolução terá de ser sempre apreciado judicialmente no sentido de se determinar se é ou não razoável, tendo em conta todo o contexto dinâmico do caso concreto».

### 3. Uma jurisprudência a rever?

A construção jurisprudencial dominante em torno destas duas normas legais não deixa de nos impressionar. Arranca, toda ela, de um mesmo dogma: o de que a simultaneidade requerida pelo n.º 5 se prende, necessariamente, com o recebimento da compensação a que alude o n.º 4. Claro que, assim sendo, essa simultaneidade é, por

definição, impossível: só se pode devolver aquilo que, *antes*, se recebeu... Mas a jurisprudência não se deixa tolher por tal impossibilidade, apenas adita que, então, a devolução tem de ser efetuada imediatamente após o recebimento da compensação, ou no mais curto prazo, ou logo que o trabalhador tenha conhecimento do pagamento. Ou, na versão mais *soft* perfilhada por este acórdão, a devolução pode até ocorrer um pouquinho mais tarde, num prazo razoável, de forma a dar tempo ao trabalhador para, ao menos, consultar um advogado...

Pela nossa parte, discordamos frontalmente destas leituras jurisprudenciais. A nosso ver, o n.º 4 estabelece que se presume que o trabalhador aceita o despedimento quando recebe a compensação prevista no artigo. E, conjugando o n.º 5 do mesmo preceito com o disposto no art. 350.º do Código Civil, diríamos que esta presunção legal pode ser ilidida mediante prova em contrário, nos termos gerais, contanto que, em simultâneo, o trabalhador devolva a totalidade da compensação paga ao empregador. *Em simultâneo, pois, com a tentativa de ilidir a presunção (através da propositura da pertinente ação judicial), não com o próprio pagamento da compensação, até porque esta última operação, repetimos, seria lógica e cronologicamente impossível*<sup>10</sup>. Ora, sendo impossível, em simultâneo,

---

<sup>10</sup> A este propósito, vejam-se as lúcidas e certeiras reflexões de MILENA SILVA ROUXINOL, «Nótula em torno do art. 366.º, n.º 4 e 5, do Código do Trabalho (o afastamento da presunção, em especial)», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2017-II, pp. 75-88, e de ANTERO VEIGA, «A presunção de aceitação do despedimento como consequência do recebimento da compensação (artigo 366.º do Código do Trabalho) - sua ilisão», *Julgar Online*, março de 2019. Como os autores sublinham, não se pode devolver o que não se chega a receber. E, se não se receber, a presunção legal não chega a operar. A devolução sempre terá de efetuar-se *a posteriori*. Ela poderá ter lugar, segundo os autores, até à data em que a ação for intentada pelo trabalhador. Estamos de acordo.

receber e devolver, isso deveria até ter o condão de alertar os tribunais para a hipótese, altamente provável, de a interpretação que vêm sustentando não ser a mais adequada... Mas não, a jurisprudência vinha-se mantendo, firme e hirta, no trilho tradicional, como o atesta, aliás, um recente Acórdão da Relação de Lisboa, de 24/03/2021. Na espécie, trata-se de um aresto relativo a um caso de despedimento por extinção do posto de trabalho (Relator: Desembargador Eduardo Sapateiro), em cujo sumário pode ler-se:

«I. A interpretação dos números 4 e 5 do artigo 366.º do C.T./2009 não pode deixar de ter em linha de conta a evolução legislativa que, de uma forma impressiva, foi procurando responder a algumas das dúvidas que a doutrina e a jurisprudência foram levantando em torno de tal regime legal - consagração de uma presunção legal, sua natureza jurídica, atos necessários para a sua ilisão, carência ou não de uma declaração expressa de oposição ao despedimento objetivo, obrigatoriedade da devolução da compensação e momento para tal devolução -, encontrando-nos face a uma presunção legal ilidível, que, para ser afastada, tem de se consubstanciar, pelo menos, na devolução total da compensação paga ou, pelo menos, disponibilizada ao trabalhador despedido, tendo tal devolução de ocorrer num prazo relativamente curto (e ponderado por critérios de oportunidade e razoabilidade) após o seu recebimento e como uma das formas de manifestação de oposição à referida cessação do contrato de trabalho.

II. Os textos legais que a tal realidade respeitam, não suportam minimamente uma interpretação que procure estabelecer o esgotamento dos prazos de caducidade das correspondentes impugnações judiciais (artigos 387.º e 388.º do C.T./2009 - 60 dias e 6

meses, respetivamente) como limite máximo admissível para a restituição juridicamente eficaz, à entidade empregadora, da referida compensação por parte do trabalhador.

III. O legislador laboral demanda do trabalhador que pretende impugnar judicialmente o despedimento objetivo de que foi alvo uma atitude proactiva, positiva, diligente, que evidencie, objetiva e subjetivamente, um propósito sério, pautado pela boa-fé, em restituir em tempo razoável a compensação do artigo 366.º do CT/2009, que lhe foi paga oportunamente pela entidade empregadora.

IV. Não se descortina, na situação constatada nos autos, qualquer motivo objetivo, plausível e justificativo para a omissão da devolução da dita compensação, parecendo-nos antes que o Autor, ao contrário da singela missiva sem retorno que enviou à sua ainda entidade empregadora, deveria ter antes desenvolvido diligências e procedimentos empenhados, eficientes e eficazes a disponibilizar efetivamente e num prazo razoável e curto a dita compensação, salvo situações verdadeiramente excecionais, equiparadas ao justo impedimento do artigo 140.º do NCPC».

É caso para perguntar, em jeito de resposta ao que se afirma no ponto II do sumário deste acórdão: a interpretação que fazemos não encontra o mínimo de correspondência na letra da lei? Ainda que imperfeitamente expresso? Pelo contrário, a nosso ver, esta é a interpretação natural, declarativa<sup>11</sup>, resultante da letra da lei. A lei

---

<sup>11</sup> Como se sabe, há interpretação declarativa quando o sentido da lei cabe dentro da sua letra, quando o sentido literal cobre aquilo que se apura ser o que a lei pretende exprimir, quando o intérprete elege um sentido que o texto direta e claramente comporta, por ser esse aquele que corresponde ao pensamento

presume que o trabalhador aceita o despedimento se receber a compensação; a lei afirma que o trabalhador pode, todavia, ilidir essa presunção; e a lei remata estabelecendo que essa elisão carece, sempre, de ser acompanhada pela devolução da totalidade da compensação recebida ao empregador. O legislador exige, afinal, que o trabalhador devolva a compensação se quiser tentar ilidir a presunção de que, ao tê-la recebido, havia aceitado o despedimento. Aquela devolução é condição *sine qua non* para esta ilisão.

O que, cremos, não tem a mínima correspondência na letra da lei, nem obedece a qualquer racionalidade, é, bem ao invés, interpretar o preceito como se o legislador previsse que o trabalhador despedido ia fazer uma coisa e o seu contrário, “em simultâneo”, isto é, “ao mesmo tempo” - receber a compensação e, simultaneamente, devolvê-la ao empregador, assim se presumindo e destruindo a aceitação do respetivo despedimento. E depois, como semelhante passe de mágica seria impossível, o que a jurisprudência faz é acabar por deixar cair a exigência da tal simultaneidade, passando a dizer que a devolução da compensação deve ser feita “no mais curto prazo”, “num prazo razoável”, etc. - e, com isto, aqui sim, chegamos a uma interpretação do “em simultâneo” sem qualquer correspondência na letra da lei...

---

legislativo. No caso, a segunda parte da norma, relativa à devolução da totalidade da compensação “em simultâneo”, refere-se à primeira parte da mesma, relativa à possibilidade de elisão da presunção legal, através e aquando da impugnação judicial do despedimento.

#### 4. Balanço (provisório)

Vale isto por dizer que, a nosso ver, estas normas constantes do art. 366.º do CT são de uma enorme maldade para o trabalhador atingido e fragilizado por uma decisão de despedimento: presumir que ele aceita o despedimento apenas porque ele não enjeita a compensação é uma maldade; obrigar o trabalhador a devolver, na íntegra, a compensação recebida, caso pretenda contestar a licitude do despedimento, eis uma segunda maldade; e, cremos, articular os n.º 4 e 5 do preceito em termos tais que, na prática, quase exigem que o trabalhador, de um golpe e em simultâneo, receba e devolva a compensação, sob pena de o despedimento se tornar judicialmente inatacável, constitui uma terceira maldade.

As duas primeiras maldades resultam da lei e cabe ao parlamento corrigi-las, *rectius*, pôr-lhes cobro<sup>12</sup>. A terceira maldade, porém, resulta da muito discutível leitura que vem prevalecendo nos nossos tribunais. Uma leitura que pede o impossível ao trabalhador, que lhe pede que seja mesmo quase tão rápido como o velho *Lucky Luke*. Uma leitura pouco ou nada sensível à violência que o despedimento representa, amiúde, para o trabalhador, ao desespero e ao sofrimento que aquela decisão expulsiva, não raro, provoca no trabalhador que dele é alvo. E uma leitura que faz descaso, inclusive,

---

<sup>12</sup> O nosso legislador, que, inspirado pelo Memorando da *Troika*, uma década atrás não teve qualquer pejo em rever, em forte baixa, o critério de cálculo da compensação devida aos trabalhadores abrangidos por despedimentos baseados em motivos objetivos (assim embaratecendo substancialmente tais despedimentos e empobrecendo os trabalhadores atingidos), não se lembrou de, ao menos, nem que fosse em jeito de contrapartida, suprimir as normas referentes à presunção de aceitação do despedimento, eliminando os n.º 4 e 5 do art. 366.º do CT. E, a nosso ver, é uma lástima que, tantos anos volvidos, num quadro político e parlamentar substancialmente alterado, estas iníquas normas resistam.

dessas coisas aparentemente despiciendas como são a tutela constitucional da segurança no emprego, o direito fundamental a não ser despedido sem causa bastante e o direito fundamental de acesso aos tribunais — para que, precisamente, estes sindiquem a validade, substancial e procedimental, do despedimento promovido pela entidade empregadora (mesmo daquela que paga a compensação devida ao trabalhador)<sup>13</sup>. Discordamos.

## 5. Viragem jurisprudencial?

Cumprir terminar com uma nota otimista, pois a jurisprudência parece, entretanto, estar a rever o entendimento acima relatado, máxime por obra de um recente e importante aresto do STJ, o Acórdão de 12/10/2022, relatado pelo Conselheiro Domingos Morais. Vamos transcrever a parte nuclear deste aresto, cujo teor integral se pode compulsar em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

«5.5. - Ao intérprete cabe, na medida do possível, esclarecer as “dúvidas” sobre qual o acto a praticar pelo trabalhador, “*em simultâneo*”, com a entrega da totalidade da compensação pecuniária recebida do empregador. A expressão “*em simultâneo*” significa *coincidente*

---

<sup>13</sup> Questionando a constitucionalidade da presunção de aceitação do despedimento por causas objetivas, cfr. JOÃO LEAL AMADO, «O despedimento, a compensação, a receção desta e a aceitação daquele», *Questões Laborais*, n.º 21, 2003, pp. 109-111, LIBERAL FERNANDES, «Sobre a presunção de aceitação do despedimento coletivo no Código do Trabalho», *Questões Laborais*, n.º 41, 2013, pp. 10-11, e JORGE LEITE, «A Reforma Laboral em Portugal», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013, pp. 20-21. Trata-se, nas palavras deste último autor, de uma regra legal que constitui um constrangimento inaceitável ao exercício de diversos direitos fundamentais, desde logo ao direito de acesso aos tribunais.

*com, ao mesmo tempo, diz-se de duas ou mais acções que se realizam ao mesmo tempo, mas não “de imediato”, directo, sem intervalo de tempo, urgente, que actua instantaneamente* [cf. Dicionário Enciclopédico de Língua Portuguesa].

A interpretação dos n.ºs 4 e 5 do citado artigo 366.º, no que respeita à presunção aí estabelecida e à sua ilisão, deve respeitar as regras consagradas no artigo 9.º do C. Civil, com relevo para a letra da lei, a sua razão de ser e a unidade do sistema jurídico, tendo sempre como escopo fulcral o *“evitar arbitrariedade das decisões em concreto com vista a uma maior segurança jurídica e confiança no sistema judiciário”*, dado que *“a questão da presunção do despedimento do trabalhador ou, afastamento dessa presunção, insere-se na temática da segurança do emprego e proibição dos despedimentos sem justa causa”* [cf. Acórdão Formação do STJ de 17.03.2022]. Designios estes, diga-se, de relevância constitucional.

Assim, importa convocar as normas do Código do Trabalho que dispõem sobre os meios processuais de reacção em juízo pelo trabalhador e os respetivos prazos — o procedimento cautelar de suspensão preventiva do despedimento e a impugnação do despedimento —, meios processuais e prazos esses que o legislador considerou razoáveis numa ponderação dos interesses do trabalhador e do empregador com vista à pacificação social - cf. artigos 386.º e 387.º, ambos do CT e artigo 98.º-C do CPT.

Dos citados normativos do Código do Trabalho e do Código de Processo do Trabalho, decorre que a declaração expressa de não aceitação do despedimento, por parte do trabalhador, se consubstancia com a apresentação em juízo do (i) procedimento cautelar de

suspensão preventiva do despedimento e (ii) da declaração de oposição ao despedimento: a impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento. E fixando a lei laboral apenas dois procedimentos de reacção em juízo do trabalhador à comunicada decisão de despedimento por parte do empregador, incluindo o despedimento por extinção do posto de trabalho, não pode o intérprete considerar qualquer outro, não só porque os elementos gramatical e racional da lei não o permitem, mas ainda para garantir as necessárias certeza e segurança jurídicas e a confiança no sistema judiciário, e, assim, evitando arbitrariedade das decisões no concreto, que a “tese do conhecimento pelo trabalhador” poderá causar, a avaliar pelas dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais supra exemplificadas.

Além disso, a expressão “em simultâneo” significa que o fim prosseguido pelo legislador ao elaborar a norma — a “ratio legis” —, se concretiza na prática *simultânea* de dois actos: a devolução da totalidade da compensação e outro acto associado, e não no *imediatismo* dessa devolução, como alguma doutrina defende.

5.6. - No caso em apreço, o Autor optou pela impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento por extinção do posto de trabalho, apresentando o respectivo formulário — a declaração de oposição ao despedimento —, no dia 23.04.2020 e, em simultâneo, devolveu à Ré a quantia que lhe creditara na sua conta, em 06.04.2020. Dito de outro modo: o Autor opôs-se ao despedimento por extinção do posto de trabalho, mediante a apresentação do formulário próprio, junto do tribunal competente, no prazo de 21 dias, contados a partir da recepção da comunicação do despedimento, em 02.02.2020, ou seja, dentro do prazo de 60 dias estabelecido no

citado artigo 387.º, n.º 2, do CT. Mas o autor ainda podia opor-se ao mesmo despedimento nos 60 dias após a cessação do contrato, fixada pela ré em 04 de maio de 2020 (cf. ponto 55.º dos factos provados), como decorre, expressamente, do segundo segmento do n.º 2 do citado artigo 387.º do CT.

Caso o Autor tivesse optado pela suspensão preventiva do despedimento e, em simultâneo, pela devolução da compensação, o prazo seria reduzido a cinco dias úteis a contar da data da receção da comunicação de despedimento, como determina o artigo 386.º do CT.

5.7. - Em conclusão: atentos os elementos (i) textual da lei - “*a letra da lei*” -; (ii) teleológico - “*a ratio legis*” - e (iii) sistemático - “*a unidade do sistema jurídico*” -, a devolução da totalidade da compensação conjuntamente com o procedimento de suspensão de despedimento ou a declaração de oposição ao despedimento por extinção do posto de trabalho, respeitando os respectivos prazos processuais, consubstancia a ilisão da presunção, nos termos previstos no artigo 366.º, n.º 5 do CT».

Creemos que este importante aresto do STJ, que se aplaude, poderá levar a um repensar da orientação que a jurisprudência majoritária tem adotado nesta matéria, quanto ao *timing* da devolução da totalidade da compensação ao empregador. E queremos acreditar que um dia, não tão distante quanto isso, o legislador fará o que lhe compete, para dignificar o trabalho, quem o presta e quem é atingido

pela violência expulsiva de um despedimento, revogando estas iníquas normas<sup>14</sup>.

Coimbra, 12 de dezembro de 2022

---

<sup>14</sup> Também considerando que, *de jure condendo*, o atual regime «não merece aplauso», podendo mesmo dizer-se que «consagra uma solução iníqua e apontada a uma finalidade anti-jurídica: a inibição do recurso aos tribunais por parte de trabalhadores despedidos», ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 22.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 781.



# NOTAS CRÍTICAS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE DO TEDH EM MATÉRIA DE TUTELA DO DENUNCIANTE (*WHISTLEBLOWER*)

*CRITICAL NOTES ON THE LATEST ECHR JURISPRUDENCE ON THE  
PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS*

Júlio Manuel Vieira Gomes<sup>1</sup>

Resumo:

O presente artigo analisa a mais recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de tutela do denunciante (em particular, os casos *Gawlik c. Liechtenstein*, queixa n.º 23922/19, e *Halet c. Luxembourg*, queixa n.º 21884/18) e a sua articulação com os requisitos avançados pela Diretiva (UE) 2019/1937 para a tutela do denunciante. Muito embora neste último caso a decisão final da Grande Chambre tenha sido muito mais favorável à proteção do denunciante, desenha-se, ainda assim, uma tensão entre a perspetiva do legislador da União e a do TEDH, mormente em aspetos como a relevância da motivação do denunciante e o dever deste de verificar a veracidade dos factos que denuncia.

Abstract:

The purpose of this paper is simply to underline the different perspectives on the whistleblower's protection of the European Court of Human Rights, on one hand, and of the European Union legislator, on the other. For the ECtHR the motives of the whistleblower remain of the utmost importance and in principle the public interest of the information must be balanced with the duties of confidentiality or secrecy of the whistleblower. Recent rulings of the European Court of Human Rights raise still other issues, such as the duty of the whistleblower to verify

---

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro, na Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça, Professor Convidado na Escola de Direito no Porto da Universidade Católica Portuguesa.

if the information she or he is providing is accurate.

A jurisprudência do TEDH em matéria de tutela da liberdade de expressão, consagrada no artigo 10.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (e hoje também no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), desempenhou um papel extremamente importante<sup>2</sup> no reconhecimento gradual, sobretudo na Europa continental, da necessidade de uma proteção do *whistleblower*. O seu papel pioneiro foi, de resto, reconhecido, tanto pela Recomendação do Conselho da Europa de 2014<sup>3</sup>, como pela própria Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União. No Considerando 31 da Diretiva pode, mesmo, ler-se que “(...) a presente diretiva assenta na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) sobre o direito à liberdade de expressão<sup>4</sup>, e nos princípios desenvolvidos nesta base pelo Conselho de Europa, na sua Recomendação sobre a proteção dos denunciantes, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho de Europa em 30 de abril de 2014” e na parte final do Considerando 33 faz-se um apelo expresso aos “critérios fixados pela jurisprudência do TEDH”. Todavia, parece

---

<sup>2</sup> HAVA CHARLOTTE LAN YURTTAGÜL, *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the European Union, An Emerging Consensus*, Springer Nature Verlag Switzerland, 2021, p. 111: O TEDH transformou-se no instrumento central para a proteção do *whistleblower* na Europa.

<sup>3</sup> Recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum, Principle 8, n.º 53.

<sup>4</sup> Sobre esta permitimo-nos remeter para JÚLIO VIEIRA GOMES, *Liberdade de expressão do trabalhador subordinado*, in *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, org. por Paulo Pinto de Albuquerque, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 1740 e ss.

existir hoje uma tensão entre a perspetiva do TEDH e aquela outra, que se nos afigura muito mais pragmática adotada pela Diretiva<sup>5</sup>. Esta tensão revela-se, entre outros aspetos na muito maior importância dada à motivação do denunciante pelo TEDH, mas também, designadamente, quanto à questão de saber quem é o denunciante protegido<sup>6</sup> e quanto à prioridade da utilização de eventuais canais internos de denúncia. A jurisprudência mais recente do TEDH tem, inclusive, segundo cremos, agravado o desvio nas referidas perspetivas.

A jurisprudência do TEDH relativamente à tutela de denunciantes começou por afirmar-se em áreas por vezes designadas como

---

<sup>5</sup> Sobre as diferentes perspetivas cfr. JÚLIO GOMES, Portugal: The Protection of the Whistleblower from the Perspective of a Country Without Specific Legislation, in *Whistleblowing - A Comparative Study*, dir. por Gregor Thüsing/Gerrit Forst, Springer International Publishing Switzerland, 2016, pp. 235 e ss.; MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, L'impossible unicité juridique de la catégorie des "lanceurs d'alerte", in *Lanceurs d'alerte, Regards comparatistes*, Actes du colloque organisé par le Centre Français de Droit Comparé le 23 novembre 2018, dir. por Jérôme Chacornac, Centre Français de Droit Comparé, pp.13 e ss., pp. 20-21.

<sup>6</sup> No sistema da Diretiva não se trata necessariamente de um trabalhador subordinado ou de um funcionário público, mas de uma pessoa física que adquire a informação através de um contacto profissional (pode tratar-se, por exemplo, de um candidato a emprego, de um estagiário, de um voluntário que trabalha gratuitamente). No Acórdão do TEDH *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnia and Herzegovina* (Grande Chambre), de 27 de junho de 2017, 17224/11, § 80, afirma-se que um traço característico do whistleblower é a existência de um dever de lealdade e discrição ("La Cour recherche ensuite si, en communiquant les informations litigieuses, les requérantes ont, comme l'avancent les tiers intervenants, agi en donneurs d'alerte, conformément à la définition donnée de ce phénomène dans sa jurisprudence. La Cour note toutefois que les requérantes n'avaient avec la radio publique du district de Brčko aucun lien de subordination dans le cadre d'une relation de travail (paragraphes 43 et 44 ci-dessus), lien qui les aurait tenues à l'égard de celle-ci à un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion, lequel constitue une caractéristique particulière de cette notion telle que la définit sa jurisprudence"). Sobre o tema cfr. FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Semaine Juridique, Édition Générale, n.º 1-2, 8 janvier 2018, Chronique 34, pp. 49 e ss., p. 53, que critica o que considera ser uma visão muito restritiva do *whistleblower*.

“denúncia política” e na esfera pública. O caso *Guja c. Moldávia*<sup>7</sup> respeitava precisamente a uma fuga de informação por parte de um funcionário público, o responsável pela comunicação com os *media* da Procuradoria-Geral da Moldávia, que entregou a cópia de duas cartas, uma do Ministério do Interior e uma outra de um deputado e porta-voz do Parlamento, suscetíveis de revelarem uma tentativa de pressão sobre a Procuradoria e uma violação do princípio da separação de poderes. Foi neste contexto que o TEDH desenvolveu os seis critérios que permitem, nos casos de denúncia, aferir se a interferência com a liberdade de expressão se pode considerar no caso concreto justificada por ser “necessária numa sociedade democrática”. Assim, e para apreciar da proporcionalidade da restrição à liberdade de expressão do funcionário público, o Tribunal atendeu à inexistência de outros meios eficazes (§ 73: a divulgação pública deve ser encarada como “um último recurso, na impossibilidade manifesta de agir de outro modo), ao interesse público da informação divulgada (§ 74 do Acórdão *Guja*), à autenticidade da informação divulgada (§ 75, tendo sublinhado que “o exercício da liberdade de expressão comporta deveres e responsabilidades e quem opta por divulgar informações deve verificar com cuidado, na medida em que as circunstâncias do caso o permitam, se as mesmas são exatas e dignas de crédito”), à ponderação comparada do dano sofrido pela autoridade administrativa visada com a divulgação e o interesse do público na mesma (§ 76; refere-se que um tal juízo comparativo poderá atender ao objeto da divulgação e à natureza da entidade em causa), à motivação do denunciante que expressamente considerou ser um dos fatores

---

<sup>7</sup> *Guja c. Moldávia*, n.º 14277/04, proferido a 12 de fevereiro de 2008.

determinantes para determinar se a denúncia mereceria ou não proteção (§ 77; afirma-se expressamente que uma denúncia motivada por despeito ou animosidade pessoal “não justifica um nível de proteção particularmente elevado”) e, finalmente, à gravidade das sanções e suas consequências negativas sofridas pelo denunciante (§ 78).

Foi, repete-se, a respeito da divulgação à imprensa, realizada por um funcionário público, que estes critérios foram inicialmente elaborados.

No entanto, no caso *Heinisch c. Alemanha*<sup>8</sup> tais critérios foram aplicados no contexto de uma relação de trabalho privada (ainda que com uma sociedade que o Tribunal apelidou de empresa pública)<sup>9</sup>, ainda que o Tribunal não tenha deixado de mencionar que o dever de lealdade de um funcionário público era mais intenso que o de um trabalhador em uma relação de trabalho privada. Contudo, nas suas palavras, a referida diferença de intensidade podia ser adequadamente tida em linha de conta na aplicação dos critérios já referidos<sup>10</sup>, sem necessidade de mais ajustamentos. Destarte, a propósito

---

<sup>8</sup> *Heinisch c. Alemanha*, n.º 28274/08, proferido a 21 de julho de 2011. Sobre o caso cfr., designadamente, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Liberdade de expressão*, cit., pp. 1756 e ss.

<sup>9</sup> Nesse sentido o caso não é, como alguma doutrina sublinha, “puramente” privado e tal circunstância foi relevante na decisão. Veja-se a respeito o § 89 em que se refere que “a confiança do público na qualidade das prestações de serviços públicos vitais fornecidos por sociedades pertencentes ao Estado ou administradas por ele assume uma importância fundamental para o funcionamento e o bem económico do setor [da saúde e cuidados geriátricos] no seu conjunto”.

<sup>10</sup> § 64 do caso *Heinisch v. Germany*: “The Court is at the same time mindful that employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion (see, for example, *Marchenko*, cited above, § 45). While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter category of employment. It therefore shares the Government’s view that the principles and criteria established in the Court’s case-law with a view to weighing an employee’s right to freedom of expression by signalling illegal conduct or wrongdoing on the

de uma denúncia - denúncia que consistiu, aliás, em uma queixa crime - por parte de uma enfermeira geriátrica que trabalhava para uma sociedade que geria um estabelecimento de cuidados médicos e geriátricos, sociedade essa de capitais maioritariamente públicos (mais precisamente da *Land* de Berlim), o Tribunal depois de realçar que a denúncia tinha sido precedida de uma série de queixas internas, sem sucesso, mas que em todo o caso nem sempre é exigível ao denunciante que esgote as vias internas, mormente quando se trata da denúncia de um crime<sup>11</sup>, e que a denúncia relativamente às deficiências dos cuidados aos idosos era indubitavelmente de interesse público, mormente em sociedades com uma população cada vez mais envelhecida<sup>12</sup>, destacou que a denúncia não era desprovida de fundamento nos factos e que nada permitia afirmar que a denunciante tivesse divulgado informações inexatas de maneira deliberada ou imprudente (§ 79). A este respeito, o Tribunal acrescentou que quem faz, de boa fé, uma participação de um crime a uma entidade pública de investigação criminal não tem que saber ou prever se tal participação desembocará em uma acusação ou, ao invés, em um arquivamento<sup>13</sup>. A propósito, precisamente, da boa fé da denunciante, o Tribunal sublinhou não ter quaisquer indícios que suscitassem dúvida sobre a referida boa fé e, tendo ponderado o prejuízo para o

---

part of his or her employer against the latter's right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand. The nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer".

<sup>11</sup> No § 73 afirma-se, com efeito, que nem sempre há que esgotar os meios de denúncia interna. Assim, quando se trata da prática de um crime que o trabalhador deve denunciar sob pena de expor a uma sanção penal ou quando não haja uma expectativa realista de resolução do problema através da referida denúncia interna.

<sup>12</sup> § 71 do caso *Heinisch*.

<sup>13</sup> § 80.

empregador, que considerou existir certamente no que respeita à sua reputação e interesses comerciais, decidiu que o interesse geral conexo com a revelação de deficiências nos serviços institucionalmente prestados aos cidadãos idosos tinha, pela sua importância em uma sociedade democrática, que prevalecer sobre o referido prejuízo sofrido pelo empregador. Finalmente atendeu à gravidade da sanção aplicada à denunciante - o despedimento - a sanção mais grave conhecida pelo direito do trabalho e ao seu efeito dissuasor sobre outros potenciais denunciantes.

Ainda que saudada pela doutrina como uma decisão importante no reconhecimento da tutela do denunciante - tanto mais que tanto o Supremo Tribunal de Trabalho (BAG), como o Tribunal Constitucional alemão não se tinham pronunciado pela ilicitude do despedimento - não deixa de ser importante referir que a aplicação de regras desenvolvidas originariamente para funcionários públicos foi de algum modo facilitada pela circunstância de que aqui o empregador era uma empresa de capitais maioritariamente públicos. Por outro lado, é significativo que as regras e critérios originariamente desenvolvidos para uma divulgação à imprensa tenham sido aplicados a uma denúncia externa, a uma autoridade de investigação criminal (comunicações à imprensa só terão ocorrido após o despedimento).

Dois Acórdãos mais recentes, referentes à tutela do denunciante em situações jurídico-privadas, vieram suscitar novas interrogações e representam, mesmo, para um segmento da doutrina, um significativo recuo nessa tutela. Uma dessas decisões foi a proferida a 16 de fevereiro de 2021, no caso *Gawlik c. Liechtenstein* (23922/19). Neste caso um médico denunciou à procuradoria do Grão-Ducado

pretensas práticas de eutanásia ativa que teriam ocorrido num hospital público, vindo a ser posteriormente despedido por força dessa denúncia. O denunciante era o vice-diretor do gabinete de medicina interna de um hospital público e após a consulta que realizou por meios eletrónicos denunciou o que acreditava ser a administração de morfina pelo diretor desse mesmo departamento a dez pacientes (a denúncia respeitou primeiro quatro e depois ainda a outros seis). Na sequência da denúncia houve uma investigação criminal que acabou, no entanto, por ser arquivada, mas que chegou ao conhecimento da imprensa e foi publicitada por esta. Neste caso, e ainda que o Tribunal não tenha atribuído relevância ao facto de o denunciante não ter utilizado um canal interno de denúncia anónima (que durante algum tempo, pelo menos, fora “gerido” pelo próprio visado), e tenha considerado que havia um claro interesse público na informação, entendeu que o denunciante, até pela posição hierárquica que ocupava não se devia ter quedado pela consulta dos dados eletrónicos e deveria ter consultado as fichas e os dados dos pacientes disponíveis em suporte físico, dos quais resultava que a administração da morfina tinha sido feita adequadamente e no quadro de cuidados paliativos<sup>14</sup>. Destacou, ainda, a gravidade do dano, tanto do dano na

---

<sup>14</sup> § 78 do caso Gawlik: “The Court does not lose sight of the fact that the applicant, in the light of the interpretation he had made of the information in the electronic files, namely that active euthanasia had repeatedly been practised in the hospital and might continue being practised, must have concluded that it was very urgent to act in order to stop that practice. However, given that, as had been found by the domestic courts (see, in particular, paragraph 26 above), the applicant as a deputy chief physician, could have consulted the paper files at any moment, the Court considers that this verification would not have been very time-consuming. Having regard to the gravity of an allegation of active euthanasia the Court therefore agrees with the domestic courts’ finding that the applicant was obliged to, but failed to proceed to such a verification (compare also, *mutatis mutandis*, *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others*, cited above, § 115). He

imagem sofrido pelo hospital, como do dano diretamente sofrido pelo visado pela acusação. Sublinhe-se que o Tribunal não apenas afirmou um dever de o denunciante se certificar na medida do que lhe for possível da veracidade das suas afirmações, como o fez no quadro de uma denúncia a uma autoridade pública<sup>15</sup>. Aliás, afirmou expressamente que apesar de a denúncia ter sido feita à Procuradoria, sujeita a um dever de confidencialidade, seria expetável (!) que acabasse por ser conhecida dos media e discutida por esta<sup>16</sup> <sup>17</sup>. Assim a tutela do denunciante, mesmo que em uma denúncia externa a uma entidade pública, acaba por depender deste ónus de verificação<sup>18</sup>.

Porventura ainda mais surpreendente foi o Acórdão proferido, por maioria, a 11 de maio de 2021, no caso *Halet c. Luxembourg* (21884/18). Tratou-se de uma situação em que os tribunais

---

did not, therefore, carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that the information he disclosed was accurate and reliable”

<sup>15</sup> Cfr. as observações críticas de SIMON GERDEMANN, *Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht - Teil 2: Die Umsetzung der Richtlinie und der Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz*, *Soziales Recht* 2021, n.º 3, pp. 89 e ss. Cfr., igualmente, do mesmo autor, *Nachforschungsobliegenheiten für Whistleblower*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, pp. 2324 e ss. Igualmente críticas são as observações de CHRISTIAN ROLFS/MARGARITA WOLF, *Deutsches Individualarbeitsrecht im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, *EuZA* 2022, pp. 263 e ss., pp. 269 e ss., que observam que a Diretiva não prevê qualquer dever de comprovação pelo denunciante (p. 271).

<sup>16</sup> § 79, parte final.

<sup>17</sup> NINON COLNERIC, *Whistleblowing bei Verdacht auf unerlaubte Sterbehilfe*, *Arbeit und Recht* 2021, pp. 419 e ss., p. 421, crítica, e a nosso ver com inteira razão, esta extensão acrítica de critérios que foram desenvolvidos em *Guja c. Moldávia* para uma divulgação aos *media* para uma denúncia a uma autoridade estatal com competências de investigação (“So wurden restriktive Kriterien, die für den Gang an die Öffentlichkeit aufgestellt worden waren, auf das Whistleblowing gegenüber den Behörden angewandt”).

<sup>18</sup> SARAH HÄUBINGER, *Das Ende der Ära des Whistleblowerschutzes?*, *EuZA* 2021, pp. 368 e ss., p. 376, para quem o Acórdão representa um recuo significativo na proteção dos *whistleblowers* (“eine Niederlage für den adäquaten Schutz von Whistleblowern zu werten”)

luxemburgueses, reconhecendo embora o estatuto de denunciante de um auditor no caso Luxleaks, acabaram por sancioná-lo com uma multa de mil euros e o pagamento de uma compensação de um euro simbólico por danos não patrimoniais à empresa PwC. Os Tribunais luxemburgueses, aplicando, de resto, os critérios enunciados pelo Tribunal de Justiça, entenderam que este era um “segundo” denunciante que nada tinha acrescentado de genuinamente novo à denúncia anteriormente efetuada por outrem e que “não havia qualquer razão imperiosa para o requerente proceder a uma nova violação da lei para se apropriar de e divulgar documentos confidenciais” (§ 33). Este segundo denunciante ter-se-ia limitado a divulgar junto de um jornalista documentos que permitiram identificar como autores de evasões fiscais dois grupos de empresas, mas não teria fornecido “informações essenciais ou fundamentalmente novas” (§ 34). O Tribunal luxemburguês considerou que as revelações feitas ainda que pudessem corresponder a um interesse geral, reportavam-se a declarações fiscais feitas por empresas (e não a respostas das autoridades) e careciam de real importância para o debate público e que o prejuízo sofrido pelo empregador era superior ao interesse do público nas revelações. O TEDH depois de afirmar que quando a ponderação feita pelas autoridades nacionais é realizada com respeito pelos critérios estabelecidos pela jurisprudência do TEDH são necessárias razões sérias para que este Tribunal se substitua às jurisdições nacionais (§ 93), reconheceu o dano sofrido pelo empregador na sua imagem ou reputação, ainda que tenha destacado que não ficou provado a médio ou longo prazo qualquer prejuízo no volume de negócios da PwC, considerou que a sanção aplicada ao denunciante tinha sido

relativamente leve e aderiu ao entendimento de que a divulgação não fora essencial e importante para o interesse público.

O Acórdão foi proferido por maioria e a declaração de voto dos dois juízes vencidos<sup>19</sup> contém várias asserções que nos parecem inteiramente exatas. Como sublinham, a exigência para que o denunciante mereça tutela de que se trate de uma informação essencial, nova e desconhecida até ao momento, “não encontra qualquer fundamento na jurisprudência do Tribunal, assenta numa visão errada sobre o modo como opera o debate público, corre o risco de ter um importante efeito dissuasivo, e é contestável no caso em análise” (§ 12 da declaração de voto). Como destacam, o debate público não é algo de instantâneo, mas frequentemente prolonga-se no tempo e pode ser alimentado com notícias como a identificação mais precisa da identidade de autores de factos ilícitos<sup>20</sup>, sendo que os jornalistas de investigação serão as pessoas em melhores condições para avaliar o interesse da divulgação. Mas e sobretudo a exigência de que a informação seja nova, essencial e desconhecida tem um efeito dissuasor sobre potenciais denunciadores, porquanto a sua tutela acaba por depender de fatores dificilmente controláveis por estes. Trata-se,

---

<sup>19</sup> Opinion Dissidente Commune aux Juges Lemmens et Pavli.

<sup>20</sup> § 14: “A distinção feita pelas jurisdições nacionais entre a primeira e a segunda série de revelações parece assentar na ideia de que uma vez iniciado um debate público pela divulgação de certas informações, o interesse geral em receber informações que confirmem, completem ou reforcem as informações iniciais passaria a ser consideravelmente reduzido (...) é-nos difícil aceitar a visão de um debate público instantâneo ou congelado no tempo. A atitude dos cidadãos sobre as questões de interesse geral pode estar em constante evolução; em certos casos, são necessárias décadas de argumentação e contra-argumentação para que ocorra uma mudança genuína de um comportamento público ou privado (...) as jurisdições nacionais parecem ter subestimado o importante poder de “ilustração” que reside em divulgações semelhantes às feitas pelo requerente; mesmo quando os contornos gerais de um problema (apreendido) são largamente conhecidos, é sempre muito útil esboçar as suas dimensões e manifestações precisas”.

assim, de uma exigência que agrava a incerteza da posição do denunciante<sup>21 22</sup>.

Face ao exposto verifica-se hoje um acentuado e crescente desvio face ao regime da Diretiva. Neste último não só a motivação do agente é irrelevante, como, em princípio, o denunciante pode escolher a via de denúncia, interna ou externa, mais apropriada no caso concreto<sup>23</sup>. Acresce que não existe, neste regime, uma ponderação comparada do prejuízo para o empregador e do interesse público na denúncia ou divulgação. E, aspeto particularmente importante, não se exige propriamente que a informação seja “nova, essencial e desconhecida até ao momento”. Com efeito, e como refere CHRISTIANE SIEMES<sup>24</sup>, no sistema da Diretiva parece que haverá uma denúncia digna de proteção, mesmo que o destinatário da mesma já conheça a informação, desde que não se trate de informações que já são

---

<sup>21</sup> § 15 da declaração de voto de vencidos.

<sup>22</sup> HAVA YURTTAGÜL, LuxLeaks Whistleblower not Protected by Article 10 ECHR: Case Analysis of “Halet v. Luxembourg” (ECtHR, Appl. No. 21884/18), *jeanmonnet-saar* 2021, DOI: 10.17176/20220509-102507-0, p. 1: “But its latest *Halet v. Luxembourg* ruling does not augur well for whistleblowers in Europe. It is in sharp contradiction with the ECtHR’s previous case-law on whistleblowing and the European consensus on stronger whistleblower protection”. A autora (p. 4) fala de “uma ocasião perdida” para reforçar a tutela do *whistleblower* e de um “precedente perigoso e que enfraquece, em grande medida, a proteção do denunciante”. Sublinha também que para o denunciante, mormente em situações muito complexas como mecanismos de fraude e evasão fiscal pode ser delicado determinar o que é essencial e fundamentalmente novo.

<sup>23</sup> Como é sabido não foi este o caminho trilhado pela nossa lei de transposição da Diretiva, mas dos trabalhos preparatórios (designadamente da supressão do artigo 13.º do Projeto da Comissão) e da letra do artigo 10.º parece resultar esta possibilidade de opção entre a denúncia interna e a externa. Este é, todavia, um dos aspetos mais delicados da interpretação da Diretiva que mantém uma certa ambiguidade (veja-se o Considerando 33 e o disposto no artigo 7.º n.º 2 da Diretiva). RUT STEINHAUSER/SIMONA KREIS, *Die Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie als Herausforderung für Gesetzgeber und Unternehmen*, *EuZA* 2021, pp. 422 e ss., p. 430, falam de uma “ambivalência” da Diretiva a este respeito.

<sup>24</sup> CHRISTIANE SIEMES, *Die Whistleblowing-Richtlinie der EU, Perspektiven für die Rechtsdurchsetzung*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2021, p. 66.

plenamente da esfera pública (ou de rumores não fundamentados e boatos), como esclarece o Considerando 43, devendo a tutela estender-se a quem “não tendo comunicado elementos de prova corroborativos, levant[e] preocupações ou suspeitas razoáveis”. E afigura-se-nos que é esta a perspetiva que deve prevalecer<sup>25</sup> e não aquela outra, porventura mais exigente, do TEDH.

#### **P.S.**

Quando este pequeno artigo já se encontrava na fase das provas fomos surpreendidos - e como melhor se dirá adiante agradavelmente surpreendidos - pelo Acórdão em Grande Chambre do TEDH no processo Halet c. Luxembourg, 2023, 001-223019. Esta nova decisão corrige em grande medida a anterior que considerávamos ser um grave e significativo retrocesso na proteção do *whistleblower*. Desta feita, o Tribunal, por maioria (12 contra 5) decidiu que houve violação da Convenção e atribuiu ao recorrente, além de um montante de 40.000 euros de custas, uma compensação, fundada na equidade, de 15.000 por danos não patrimoniais.

Antes de mais, gostaríamos de sublinhar a visão muito mais completa e dinâmica do interesse público. Com efeito, afirma-se que uma denúncia pode servir não apenas para chamar a atenção sobre informações com um interesse público, mas também para fazer evoluir a situação na tentativa de obter uma reação tanto das autoridades públicas, como das pessoas privadas em causa (n.º 187). Nas palavras do Acórdão, na esteira do que havia afirmado a *Maison des*

---

<sup>25</sup> Neste sentido NINON COLNERIC, ob. cit., p. 422, face ao disposto no artigo 53.º da Convenção.

Lanceurs d'Alerte, podem ser necessárias várias denúncias sucessivas para que os factos denunciados sejam tidos em consideração pelas autoridades públicas e para mobilizar a sociedade civil. Em suma, pode ser necessário alimentar o debate público com novas informações ou denúncias, mesmo que estas sejam apenas o aprofundamento ou o desenvolvimento das anteriores. Aliás, o Tribunal refere que a notoriedade das multinacionais cujas práticas ilícitas foram denunciadas pelo Sr. Halet implica que a identidade destas é, em si mesma, um elemento pertinente no debate, tendo em conta o papel que desempenham atualmente as multinacionais de dimensão mundial, tanto no plano económico como no social (n.º 192). Aliás, o interesse público em causa não se limita necessariamente à dimensão nacional, bem podendo suceder que a denúncia corresponda a um interesse público de escala supranacional, europeia ou internacional, em atenção a Estados terceiros e aos seus nacionais (n.º 143).

O Tribunal foi agora sensível, também, ao efeito fortemente dissuasivo das sanções penais aplicadas a um *whistleblower*, mesmo quando como no caso concreto se trate de uma condenação aparentemente simbólica. Com efeito, mesmo que a sanção penal aplicada não seja particularmente grave (no caso, uma multa de 1000 euros), a condenação penal em si mesma - cumulada, aliás, com a cessação do contrato - pode acabar por dissuadir outros potenciais denunciadores com um prejuízo grave para o direito do público de receber informações que correspondem a um interesse público (números 204 e 205; cfr. igualmente n.º 151).

Muito positivo é igualmente o facto de o Tribunal ter afirmado, sem ambiguidades, que a tutela do *whistleblower* se estende à

denúncia de factos ilícitos, mesmo que não se trate, em rigor, de comportamentos ilegais (n.º 137. Sublinhe-se que neste aspeto - muito criticado, aliás, pelas declarações de voto de vencido - a tutela assim densificada vai muito além da garantida pela Diretiva.

Subsistem, no entanto, outros elementos de divergência e de tensão com a perspetiva do legislador da União Europeia, subjacente á referida Diretiva.

Desde logo, o tratamento do *whistleblower* na visão do TEDH cinge-se às situações em que este é um trabalhador subordinado ou ao menos aos casos em que existe uma relação de trabalho de facto (n.º 119). A temática da proteção do *whistleblower* só teria real autonomia quando este estivesse sujeito a deveres de lealdade, reserva e confidencialidade (n.º 117). Como é sabido, a Diretiva protege denunciante que tenham tido acesso à informação através de um contacto profissional o que pode ser o caso por exemplo de um candidato a emprego que não veio a ser efetivamente contratado ou um fornecedor (não haverá nestes casos dever de lealdade, embora não se possa afastar liminarmente um dever de sigilo ou confidencialidade).

Depois, o TEDH continua a afirmar que o interesse público suscetível de servir de justificação à divulgação não pode apreciar-se independentemente do dever de segredo ou confidencialidade a que o denunciante estava obrigado, efetuando uma ponderação entre aquele interesse e este dever, atendendo designadamente aos interesses que os deveres de segredo e confidencialidade podem proteger e que não são necessariamente apenas os interesses do empregador, podendo estar em causa também interesses de terceiros.

O TEDH continua, igualmente, a afirmar que o denunciante deve agir de boa fé e que a sua motivação assume uma grande importância (n.º 128), reiterando que o *whistleblower* deve “na medida do possível” [“autant que faire se peut”] esforçar-se por verificar a autenticidade das informações antes de as divulgar. Mas sublinhe-se que também aqui se afirma agora que os destinatários da divulgação são, eles próprios, um elemento na apreciação da boa fé do *whistleblower* (n.º 128). E embora se reitere a prioridade dos canais internos de denúncia sobre os externos, também se destaca que esta prioridade não é absoluta e que o recurso a canais externos de denúncia pode ser justificado não apenas quando os canais internos se mostrem pouco fiáveis ou efetivos ou o denunciante se exponha a um risco de represálias, mas igualmente quando “a informação que se pretende divulgar respeita à própria essência da atividade do empregador em causa”.

Em suma, a nova decisão, mantendo pontos de tensão e divergência com a perspectiva em que assenta a Diretiva, corrige claramente o alcance restritivo do Acórdão anterior e mantém o papel do TEDH na defesa da liberdade de expressão em geral, e na tutela na Europa dos *whistleblowers* em especial.





# CONSTITUIÇÃO E AGENDA DO TRABALHO DIGNO

*CONSTITUTION AND AGENDA FOR DECENT WORK*

**Pedro Romano Martinez<sup>1</sup>**

**Luís Gonçalves da Silva<sup>2</sup>**

Sumário: § 1.º Delimitação do objeto § 2.º Considerações prévias § 3.º Proibição de discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade § 4.º Proibição do recurso à terceirização de serviços § 5.º Remissão abdicativa § 6.º Direito a atividade sindical na empresa § 7.º Arbitragem para a apreciação da denúncia de convenção coletiva § Conclusões

Resumo:

O texto realiza uma análise entre as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (agenda do trabalho digno) e a Constituição, identificando-se diversos pontos de colisão com a Lei Fundamental.

Abstract:

*The text performs an analysis between the main changes introduced by Law n.º 13/2023, of April 3 (agenda for decent work) and the Portuguese Constitution, identifying several points of collision with the Fundamental Law.*

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

<sup>2</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Vice-Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

## § 1.º Delimitação do objeto

I. Foi solicitada pela *Conselho Nacional das Confederações Patronais*, com carácter de urgência, a emissão de parecer sobre a compatibilidade constitucional das seguintes normas da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, no que respeita a alterações introduzidas no Código do Trabalho<sup>3</sup>:

1. Proibição de discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade (artigo 25.º, n.º 7);

2. Proibição do recurso ao *outsourcing* (artigo 338.º-A)

3. Remissão abdicativa (artigo 337.º, n.º 3);

4. Direito a atividade sindical na empresa (artigo 460.º, n.º 2);

5. Arbitragem necessária (artigos 500.º-A, 501.º-A, n.ºs 11 e 12, 510.º a 513.º)”.

II. Inicia-se a análise da compatibilidade constitucional por um conjunto de considerações prévias (§ 2.º), traçando um enquadramento genérico do tema, mais especificamente sobre articulação entre a Constituição e a lei ordinária.

---

<sup>3</sup> Todos os artigos sem indicações da fonte referem-se ao Código do Trabalho (versão atual).

III. Seguidamente, apreciaremos cada uma das questões colocadas pela Consulente: proibição de discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade (§ 3.º); proibição do recurso à terceirização de serviços (§ 4.º); remissão abdicativa (§ 5.º); direito a atividade sindical na empresa (§ 6.º); arbitragem para a apreciação da denúncia de convenção coletiva (§ 7.º).

IV. Finalmente, terminaremos com as principais *conclusões* da análise efetuada.

## § 2.º Considerações prévias

I. O legislador constituinte, à semelhança de muitas outras Constituições<sup>4</sup>, introduziu na Constituição de 1976 um específico *corpus* de normas e princípios relativos ao trabalho, que se tem designado como “*Constituição laboral*” ou “*Constituição do trabalho*”<sup>5</sup>. No âmbito desse corpo normativo encontram-se especificamente tutelados os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, referidos nos artigos 53.º e ss. da Constituição e que são inclusivamente elevados a limites materiais de revisão pelo artigo 288.º, alínea e), da Constituição.

---

<sup>4</sup> A regulação do trabalho na Constituição é uma constante do séc. XX, iniciando-se com a Constituição Mexicana de 1917 (artigos 123.º e ss.) e continuando com a Constituição de Weimar de 1919 (artigos 157.º e ss.).

<sup>5</sup> Cf. JORGE MIRANDA, “A Constituição laboral ou do trabalho (Súmula da lição)”, em ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 17 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 346-347.

II. O respeito pela hierarquia das fontes é um valor estruturante de um Estado de Direito. Com efeito, a garantia de que os valores constantes da “lei das leis” não são afetados constitui um ponto nevrálgico da elaboração de qualquer diploma. Como ensina Gomes Canotilho em qualquer concretização legislativa, “há sempre um momento de iniciativa e impulso, no qual estão implícitas valorações político-constitucionais, conhecimento de factos, juízos de prognose, considerações de resultado, segurança jurídica e legitimação democrática”<sup>6</sup> que, acrescente-se, são elementos fulcrais e orientadores do legislador.

A primazia da Constituição tem atualmente um duplo significado: 1) vale como regra de colisão, paralisando a eficácia de normas que lhe sejam desconformes e, por outro lado, 2) é um importante critério de interpretação<sup>7</sup>. Esta última asserção revela que a Constituição é um diploma que irradia comandos condicionantes da liberdade interpretativa das fontes infra-constitucionais<sup>8</sup>, sendo, naturalmente, estas fontes em caso de colisão com a Lei fundamental, inconstitucionais. Como escreve Jorge Miranda, “cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa; tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se

---

<sup>6</sup> GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, 1994, reimpressão, p. 322 (itálico no original).

<sup>7</sup> RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade - os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, p. 289.

<sup>8</sup> Não se deve, de qualquer modo, confundir a interpretação constitucional com a interpretação da lei em face da Constituição. Quanto a esta, cf. ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, Imprensa FDUL, Lisboa, 2021, pp. 274, nota 350, e 293 e ss.

tem dilatado, no século XX, a esfera de acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva”<sup>9</sup>.

Não é, no entanto, qualquer tensão desconforme que redunde em inconstitucionalidade, pois entre os vários sentidos suscetíveis de serem retirados de qualquer norma, naturalmente nos quadros plas-  
mados no artigo 9.º do Código Civil<sup>10</sup>, deve consagrar-se o que permite a sua compatibilização com a Constituição.

É preciso ter sempre presente que não existem direitos ilimitados, podendo afirmar-se, como faz Pierre Bom, que todos os direitos são limitados, quer essa limitação resulte expressamente da Constituição, quer resulte da necessidade, direta ou indireta, de proteger outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos<sup>11</sup>. Por outro lado, e daí a relevância de, no debate, trazer à colação outras normas existentes, incluindo de outros ramos do Direito, como ensina Menezes Cordeiro, “perante um problema a resolver, não se aplica apenas a norma primacialmente vocacionada para a solução; todo o direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito em termos articulados, com relevo para a Constituição - a interpretação deve ser conforme com a Constituição”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Constituição e Inconstitucionalidade ...*, tomo II, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1991, p. 263.

<sup>10</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Constituição e Inconstitucionalidade ...*, cit., p. 261, considera o preceito substancialmente constitucional.

<sup>11</sup> PIERRE BOM, “La Protection Constitutionnelle des Droits Fondamentaux: Aspects de Droit Comparé Européen”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1990, pp. 46-47, que cita jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol.

<sup>12</sup> MENEZES CORDEIRO, na introdução da obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. CXI. No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ,

III. É também imperioso ter presente que não há valores constitucionais absolutos. Numa constituição é normal a existência de tensões entre normas que consagram diferentes valores.

Vejam, então, as questões colocadas pela Consulente sobre a compatibilização do Código do Trabalho (na versão alterada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, *no âmbito da Agenda do Trabalho Digno*) com a Constituição.

### **§ 3.º Proibição de discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade**

I. A Lei n.º 13/2023 aditou um novo preceito, em matéria de *proibição de discriminação*:

“São ainda consideradas práticas discriminatórias, nos termos do número anterior, nomeadamente, discriminações remuneratórias relacionadas com a atribuição de prémios de assiduidade e produtividade, bem como afetações desfavoráveis em termos de avaliação e progressão na carreira” (n.º 7 aditado ao artigo 25.º).

Esta norma, que alarga o âmbito de aplicação do artigo 35.º-A, inserido pelo artigo 3.º da Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro, pode, numa primeira leitura, colocar problemas de harmonização com a Lei Fundamental.

Com efeito, poder-se-ia ponderar se estaria na intenção do legislador proibir diferenciações “... relacionadas com a atribuição de

---

*Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 294-295.

prémios de assiduidade e produtividade, bem como ... em termos de avaliação e progressão na carreira”.

II. O princípio da igualdade<sup>13</sup> tem sido considerado como um vetor estruturante ou conformador das ordens jurídicas atuais desde o constitucionalismo moderno<sup>14</sup>, encontrando-se presente em diversos documentos internacionais<sup>15</sup>. Também a Constituição Portuguesa acolheu o princípio geral da igualdade (artigo 13.º)<sup>16</sup>, considerando-o “... um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gongo, o Estado de direito democrático (cf. artigos 1.º e 2.º da Constituição)”<sup>17</sup>, tendo diversas concretizações, entre as quais, o *princípio de para trabalho igual salário igual*.

Recordemos que o sentido primário do princípio da igualdade tem uma dimensão negativa, traduzindo-se na proibição de

---

<sup>13</sup> Sobre este princípio, com desenvolvimento e amplas indicações, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, «Teses de Doutoramento», Imprensa FDUL, 2022, pp. 1958 e ss., em especial, pp. 1965, cujo texto aqui seguimos.

<sup>14</sup> JORGE MIRANDA, “Igualdade e Participação Política da Mulher”, *O Direito*, 1998, I-II, p. 31. Veja-se, sobre a evolução da igualdade desde a época pré-constitucional, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 11 e ss.

<sup>15</sup> Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, segundo a qual “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual” (artigo 23.º, n.º 2). Registe-se, a título de exemplo, no quadro da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção n.º 100, de 1951 (*relativa à igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e feminina em trabalho de igual valor*). Pode encontrar-se uma análise sobre a igualdade em razão do género em ROMANO MARTINEZ, “Igualdade de Tratamento no Direito Laboral - A Aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal”, *Direito e Justiça*, volume XI, tomo 2, 1997, pp. 83 e ss.

<sup>16</sup> Para uma análise do artigo 13.º, *vd.*, por exemplo, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, 2.ª edição, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 159 e ss., com indicação de diversa bibliografia e jurisprudência.

<sup>17</sup> Ac. do TC. n.º 148/2004, de 10 de março de 2004, § 5.3., [www.tribunal-constitucional.pt](http://www.tribunal-constitucional.pt).

privilégios e discriminações (artigo 13.º da Constituição)<sup>18</sup>; por outro lado, na sua vertente positiva, o princípio exige o “tratamento igual de situações iguais (ou tratamento semelhante de situações semelhantes); tratamento desigual de situações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais - «impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas» - e não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador; tratamento em moldes de proporcionalidade de situações iguais ou desiguais ...”<sup>19</sup>. Na verdade, como amplamente tem afirmado o Tribunal Constitucional<sup>20</sup>, o princípio da igualdade

“... não proíbe a distinção de tratamentos diferenciados, antes impondo que se trate de forma dissemelhante o que, também igualmente, for diferente. A proibição acarretada por tal princípio o que proíbe, isso sim, são as diferenciações injustificadas, arbitrárias e sem

---

<sup>18</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 314 e 315. Segundo o Autor, *ibidem*, privilégios “... são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de desvantagem”.

<sup>19</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 316. Escreve também JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 175, que “o princípio da igualdade não impõe a completa identidade; antes procura obstar a injustificadas diferenças de tratamento. *O objectivo é impedir o tratamento desigual assente em diferenças que se considera não poder ou dever fundar tal desigualdade de tratamento*” (itálico no original). Contudo, como reconhece o Autor, *ibidem*, “é necessário ter em conta que o juízo sobre a justificação ou falta de justificação para a diferença de tratamento *só pode ser feito em concreto*” (itálico no original).

<sup>20</sup> Como se pode ler no Ac. do TC. n.º 412/2002, de 10 de outubro de 2002, § 3, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt): “O princípio da igualdade abrange fundamentalmente três dimensões ou vertentes: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação, significando a primeira, a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais (tratar igual o que é igual; tratar diferentemente o que é diferente); a segunda, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos (v.g., ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social) e, a última surge como forma de compensar as desigualdades de oportunidades”.

suporte material bastante”<sup>21</sup>.

E, assim, o tratamento desigual será legítimo nos casos em que o critério utilizado não tenha sido arbitrariamente escolhido, ou seja, que exista “... uma conexão entre o critério adoptado e a «ratio» do tratamento jurídico”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Ac. do TC. n.º 486/2008, de 7 de outubro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

No Ac. do TC. n.º 232/2003, de 13 de maio, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 2, pode ver-se uma recensão alargada da jurisprudência constitucional portuguesa e estrangeira, bem como referências doutrinárias. Veja-se também uma análise de arestos constitucionais em MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*, cit., pp. 85 e ss.; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 317 e ss. Também no Ac. do TC. n.º 187/2001, de 2 de maio, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 26, se afirmou: “É sabido que o princípio da igualdade, tal como tem sido entendido na jurisprudência deste Tribunal, não proíbe ao legislador que faça distinções - proíbe apenas diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, sem uma *justificação razoável*, segundo critérios objectivos e relevantes. É esta, aliás, uma formulação repetida frequentemente por este Tribunal (cf., por exemplo, os Acs. n.ºs 39/88, 325/92, 210/93, 302/97, 12/99 e 683/99, publicados, nos ATC, respetivamente, vol. 11.º, pp. 233 e ss., vol. 23.º, pp. 369 e ss., vol. 24.º, pp. 549 e ss., vol. 36.º, pp. 793 e ss., e no *Diário da República*, II Série, de 25 de março de 1999, e de 3 de fevereiro de 2000).

Como princípio de *proibição do arbítrio* no estabelecimento da distinção, tolera, pois, o princípio da igualdade a previsão de diferenciações no tratamento jurídico de situações que se afigurem, sob um ou mais pontos de vista, idênticas, desde que, por outro lado, apoiadas numa justificação ou *fundamento razoável*, sob um ponto de vista que possa ser considerado relevante.

Impondo ao legislador que trate de forma igual o que é igual e desigualmente o que é desigual, esse princípio supõe, assim, uma *comparação* de situações, a realizar a partir de determinado ponto de vista. E, justamente, a perspectiva pela qual se fundamenta essa desigualdade, e, conseqüentemente, a justificação para o tratamento desigual, não podem ser *arbitrárias*. Antes tem de se poder considerar tal justificação para a distinção como *razoável*, constitucionalmente relevante”. Veja-se ainda sobre o princípio da igualdade, por exemplo, Ac. da Rel. do Porto, de 8 de junho de 2017, cit., § III, 3.3., bem como Ac. do STJ, de 16 de novembro de 2017, processo n.º 2910/14.9TTLSB.L2.S1, § IV, 4. Sobre a igualdade como princípio de justiça material, por exemplo, AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei*, «Teses», Universidade Católica, Porto, 1996, pp. 202 e ss.

<sup>22</sup> M. DA G. FERREIRA PINTO, “Princípio da Igualdade - Fórmula Vazia ou Fórmula «Carregada» de Sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358 (julho), 1986, p. 45. Como bem se escreveu no Ac. do TC. n.º 148/2004, de 10 de março de 2004, cit., § 5.3., “o princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça *distinções*. *Proíbe*, isso sim, o *arbítrio*; ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo, constitucionalmente relevantes.

Note-se ainda, que mesmo em matéria de *princípio de que para trabalho igual salário igual* (artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da Constituição), tem-se sustentado que esta norma “... implica e pressupõe que a retribuição deve ser conforme à quantidade de trabalho (ou seja, à sua intensidade e duração), à qualidade do trabalho (dos conhecimentos, da prática e da capacidade do trabalhador) e à natureza do trabalho (ou seja, à sua dificuldade, penosidade e perigosidade)”<sup>23</sup>. O que significa dizer - sublinhando-se a não taxatividade dos fatores de diferenciação salarial, i.e., além da quantidade, natureza e qualidade do trabalho outros fundamentos objetivos podem sustentar a diversidade salarial<sup>24</sup> - nas palavras do Tribunal Constitucional, que

---

*Proíbe* também se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E *proíbe* ainda a *discriminação*; ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º”. Veja-se também JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007, pp. 782 e ss., afirmando o Autor, pp. 785-787, “... não se pretende com o princípio da igualdade de tratamento retributiva eliminar todas e quaisquer diferenças de retribuição entre trabalhadores que desempenham as mesmas funções na mesma empresa, mas apenas eliminar diferenças ilegítimas e desrazoáveis”.

<sup>23</sup> Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 16/96, de 22 de outubro, *Diário da República*, de 4 de dezembro de 1996, I série, n.º 280, p. 4365.

<sup>24</sup> Assim, LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.ª edição, Alameda, Coimbra, 2022, pp. 313-314, nota 303, que aponta o exemplo da antiguidade de um trabalhador que aufera valor superior em virtude de diuturnidades; RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 1152 e ss.; RUI MEDEIROS, *O Direito Fundamental à Retribuição em Especial, o Princípio a Trabalho Igual Salário Igual*, UCP Editora, Lisboa, 2016, em especial, pp. 72 e ss. e 98 e ss., aludindo, por exemplo, à dimensão da empresa, à natureza da relação laboral e ao tipo de trabalhador. Na jurisprudência constitucional, por exemplo, cf. Ac. do TC n.º 313/89, de 9 de março, cit., onde se afirma: “O princípio «para trabalho igual salário igual» não proíbe, naturalmente, que o mesmo tipo de trabalho seja remunerado em termos quantitativamente diferentes, conforme seja feito por pessoas com mais ou menos habilitações e com mais ou menos tempo de serviço, pagando-se mais, naturalmente, aos que maiores habilitações possuem e mais tempo de serviço têm” (§ II. 6, itálico no original). Veja-se também, salientando que “nada na lei obriga as entidades patronais a remunerar os seus trabalhadores que tenham uma mesma categoria

“uma *justa retribuição do trabalho* é, no fundo, o que os princípios enunciados no preceito transcrito visam assegurar: a *retribuição* deve ser conforme à quantidade, natureza e qualidade do trabalho; deve garantir uma existência condigna; e a trabalho igual - igual em quantidade, natureza e qualidade - deve corresponder salário igual” e, por isso, o que “... se proíbe são as *discriminações*, as distinções sem fundamento material, designadamente porque assentes em meras categorias subjectivas.

Se as diferenças de remuneração assentaram em critérios objectivos, então elas são materialmente fundadas, e não discriminatórias”<sup>25</sup>.

Ou seja: o princípio da igualdade remuneratória impede um tratamento discriminatório, i.e., proíbe que “... perante um trabalho igual ou de valor igual, a retribuição seja diferente sem causa de justificação objectiva”<sup>26</sup>, determinando a “... necessidade de um fundamento material para diferenças retributivas”<sup>27</sup>. O objetivo do

---

profissional, com salário igual para todos”, NUNES DE CARVALHO, “Acórdão de 25 de Março de 1992 do Tribunal da Relação de Lisboa - Trabalho Igual, Salário Igual”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1992, n.º 4, pp. 349 e ss., citação constante da p. 351, relativa ao aresto.

<sup>25</sup> Ac. do TC. n.º 313/89, de 9 de março de 1989, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 6. Veja-se também, no mesmo sentido, por exemplo, Ac. do TC. n.º 303/90, de 21 de novembro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 11. Esta posição tem consagração legal expressa no Código do Trabalho, quando este, a propósito da igualdade e não discriminação em função do sexo, determina que “as diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade” (artigo 31.º, n.º 3). Veja-se também o artigo 23.º. Daqui decorre também que quantidade, natureza e qualidade do trabalho não são os únicos critérios de diferenciação atendíveis.

<sup>26</sup> R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 550; bem como LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 313.

<sup>27</sup> JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, cit., p. 788.

preceito é, pois, impedir discriminações arbitrárias, constituindo “... um reforço da regra do respeito pelas categorias”<sup>28</sup>.

III. Perante o exposto, a conclusão é segura e com manifesto apoio no elemento literal: não são admissíveis “discriminações remuneratórias”, mas nada impede diferenças assentes em critérios objetivos, razoáveis e justificados; só violando a lei - e a Constituição - opções com fundamento em critérios arbitrários e perversos.

Deste modo, uma interpretação conforme à Constituição não impede - *rectius*, impõe - um tratamento diferenciado, sob pena de o “igualitarismo” violar o princípio da igualdade<sup>29</sup>.

Concluindo, a norma em análise, para ser conforme à Constituição, terá de ser interpretada de acordo com os ditames indicados; ou seja, nomeadamente os prémios de assiduidade e de

---

<sup>28</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1989, reimpressão, 1994, pp. 736-737, e, do mesmo Autor, *Direito do Trabalho*, volume II, Almedina, Coimbra, 2019, p. 723.

<sup>29</sup> Como sublinha SÉRVULO CORREIA, “O Prazo de Alegações em Recurso Fundado em Oposição de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: Um Caso Paradigmático do Problema da Aplicação da Lei de Processo Civil no Contencioso Administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1990, II, pp. 392-393, “... a *teoria da interpretação conforme à Constituição* (verfassungskonform Auslegung) não deverá significar apenas que, em face de uma pluralidade de sentidos consentidos pela letra de uma norma de lei ordinária, se haja de preferir aquele que se conforme com um imperativo constitucional a um outro que o viole. Para chegar a esta conclusão, não é preciso apelar para a superioridade material dos valores constitucionais e para a sua função orientadora da actividade legislativa, bastando recorrer aos parâmetros da interpretação sistemática, que assenta na rejeição das situações de contraditoriedade no sistema normativo. Para além desse limiar, a precedência da interpretação conforme com a Constituição pode e deve ser desenvolvida como fundamento da opção, entre dois sentidos não violadores de lei fundamental, por aquele de entre eles que a possa levar mais longe, isto é, conferir um maior grau de efectividade à realização do programa constitucional” (itálico no original). Para mais desenvolvimentos, por todos, RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade - os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pp. 289 e ss.

produtividade só serão proibidos caso se demonstre, *in casu*, que são discriminatórios. Dito de outro modo, segundo uma interpretação conforme à Constituição, os prémios de assiduidade e de produtividade, mencionados no n.º 7 do artigo 25.º não integram uma discriminação remuneratória se, no caso concreto, assentarem em critérios objetivos e razoáveis de diferenciação.

#### § 4.º Proibição do recurso à terceirização de serviços

I. Determina o novo artigo 338.º-A, com a epígrafe *proibição do recurso à terceirização de serviços*:

1 - Não é permitido recorrer à aquisição de serviços externos a entidade terceira para satisfação de necessidades que foram asseguradas por trabalhador cujo contrato tenha cessado nos 12 meses anteriores por despedimento coletivo ou despedimento por extinção de posto de trabalho.

2 - A violação do disposto no número anterior constitui contraordenação muito grave imputável ao beneficiário da aquisição de serviços”.

II. Este aditamento normativo suscita diversas perplexidades, com especial destaque para incongruência teleológica da solução e a manifesta incompatibilidade com a Lei Fundamental. Acresce ainda a errada inserção sistemática, porquanto, referindo-se exclusivamente a situações de despedimento coletivo e por extinção do posto de trabalho, surge na parte geral da cessação do contrato de trabalho. A consequência da violação da regra é atípica no contexto do regime do despedimento, porquanto se prescreve tão-só uma contraordenação (n.º 2 do artigo 338.º-A). O incumprimento desta restrição não determina a ilicitude do despedimento por três motivos: atendendo à letra da lei (n.º 2); porque tal causa de ilicitude não consta dos artigos 381.º e 383.º; e por, caso contrário, se tratar de uma causa de ilicitude com efeito retroativo.

Importa, contudo, atender às duas perplexidades mencionadas.

III. Começando pela primeira, cabe salientar que no artigo 53.º da Constituição, sob a epígrafe “Segurança no emprego”, prescreve-se que são proibidos os despedimentos sem justa causa. Com base nesta disposição, encontra-se banida a denúncia discricionária, *ad nutum*, do contrato de trabalho por parte do empregador. Apesar de a previsão constitucional de segurança no emprego constituir uma particularidade do regime português, a consagração do princípio generalizou-se nos países da União Europeia, sendo um postulado da OIT<sup>30</sup>.

Na sequência do disposto no artigo 53.º da Constituição, reitera-se no artigo 382.º a proibição de despedimento sem justa causa, mencionando-se as causas de cessação do contrato de trabalho (artigo 384.º)<sup>31</sup>. Neste preceito, como formas de cessação, indica-se: *a)* caducidade; *b)* revogação; *c)* resolução; *d)* denúncia. Atendendo a este elenco, deve proceder-se ao seu enquadramento dogmático, tarefa que ficou substancialmente simplificada com o Código do Trabalho, pois o elenco indicado corresponde às tradicionais causas de cessação do vínculo contratual.

No Código do Trabalho, as modalidades de cessação do contrato de trabalho reconduzem-se, assim, às quatro formas típicas de extinção das relações obrigacionais, para além daquela que decorre do próprio cumprimento das obrigações: a caducidade, a revogação, a

---

<sup>30</sup> Cf. ROJOT, “Security of Employment and Employability”, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, org. Roger Blanpain, 7.ª edição, Haia, Londres e Boston, 2001, pp. 427 e ss.

<sup>31</sup> Do artigo 3.º, n.º 2, da LCCT (Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro) constavam as seguintes causas de cessação do contrato de trabalho: *a)* caducidade; *b)* revogação por acordo das partes; *c)* despedimento promovido pela entidade empregadora; *d)* rescisão, com ou sem justa causa, por iniciativa do trabalhador; *e)* rescisão por qualquer das partes durante o período experimental; *f)* extinção de postos de trabalho por causas objectivas de ordem estrutural, tecnológica ou conjuntural relativas à empresa.

resolução e a denúncia<sup>32</sup>. Do elenco de causas de cessação do contrato de trabalho resulta que não há paridade na posição das partes; dos mecanismos jurídicos conferidos ao empregador e ao trabalhador, com vista à cessação do contrato, só em relação àquele se estabeleceram condicionantes à liberdade de livre desvinculação. Esta diferença tem o seu fundamento na segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição), que “criou um regime de verdadeira e própria estabilidade no sentido de não permitir a perda do emprego conseguido fora dos casos particularmente graves ou excepcionais”<sup>33</sup>.

IV. Importa ainda recordar que, no caso em análise, estamos perante dois institutos (despedimento coletivo e extinção de posto de trabalho) que assentam na justa causa objetiva, i.e., tem por base motivos relacionados com a empresa, considerando irrelevante a culpa.

A admissibilidade constitucional destas formas de cessação foi confirmada pelo Tribunal Constitucional sustentando-se:

“«... ao lado da ‘justa causa’ disciplinar, a Constituição não vedou em absoluto ao legislador ordinário a consagração de certas causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho pela entidade patronal com base em motivos objectivos, desde que as mesmas não derivem de culpa do empregador ou do trabalhador e que tornem praticamente

---

<sup>32</sup> A propósito das aludidas quatro formas de extinção das relações obrigacionais, tendo em conta o anterior elenco constante do artigo 3.º, n.º 2, da LCCT, veja-se ROMANO MARTINEZ, “Cessação do Contrato de Trabalho; Aspectos Gerais”, AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume III, Coimbra, 2002, pp. 181 e ss., bem como a bibliografia ali citada a propósito desta matéria.

<sup>33</sup> GOMES CANOTILHO/JORGE LEITE, “A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, volume III, Coimbra, 1991, p. 546.

impossível a subsistência do vínculo laboral». O acórdão [n.º 64/1991] adverte para que, neste caso dos despedimentos por causa objectiva, se impõe a instituição de garantias substantivas e de procedimento. Entre essas garantias estão a de determinação das causas [com suficiente concretização dos conceitos da lei], da controlabilidade das situações de impossibilidade objectiva, e do asseguramento ao trabalhador de uma indemnização»<sup>34</sup>.

Note-se, ainda, que o reconhecimento constitucional da justa causa objetiva constitui uma medida *necessária* (exigível para garantir a prossecução da atividade empresarial e, conseqüentemente, os outros postos de trabalho), *adequada* (resulta dos objetivos em causa que é apropriada) e *proporcional* (não se restringe mais do que o necessário para a salvaguarda dos outros valores constitucionais), respeitando-se, deste modo, o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição<sup>35</sup>.

Por outro lado, a tutela constitucional da justa causa objetiva, enquanto fundamento da cessação do contrato de trabalho, tem presente que estamos perante motivos económicos, identificados como

---

<sup>34</sup> Ac. do TC. n.º 581/95, de 31 de outubro, § III., 2.

<sup>35</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade e os seus três subprincípios (necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*), cf., por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 152 (XI). Na jurisprudência constitucional, por exemplo, Ac. do TC n.º 491/2002, de 26 de novembro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), no qual se afirma: “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdade e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)”.

*motivos de mercado, estruturais e tecnológicos* (artigos 359.º e 367.º, n.º 2).

Ora, o mesmo será dizer que a permissão constitucional para o empregador poder cessar os contratos de trabalho se alicerça na liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º da Constituição) e na propriedade privada (artigo 62.º da Constituição). Ou seja, e em última instância: a necessidade de eliminar postos de trabalho para “salvar” outros, sob pena de podermos estar perante a extinção da totalidade dos vínculos laborais.

Deste modo, consideramos evidente que existe uma incompatibilidade teleológica entre a credencial de cessação e consequente proibição de contratação, com recurso a vínculos de diferente natureza. O que significa, dito de outro modo: o empregador pode recorrer - com habilitação constitucional e legal - ao despedimento coletivo (ou extinção de postos de trabalho) por razões empresariais - na terminologia legal, “motivos económicos”, reconhecidos como *motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos* -, mas fica impedido, durante 12 meses, de adequar a gestão empresarial à estratégia delineada, se esta consistir na externalização de serviços. Em termos práticos, o legislador impõe uma “sanção” por ter despedido, não obstante, reitera-se, a base constitucional e legal de tais despedimentos.

V. O exposto permite, de forma imediata, identificar o conflito entre a proibição de contratar imposta ao empregador (terceirização de serviços), nos 12 meses seguintes ao despedimento coletivo (ou extinção de posto de trabalho) e diversos direitos fundamentais,

entre os quais - num quadro de liberdade de gestão das empresas privadas (artigos 80.º, alínea c), e 86.º, n.º 2, da Constituição) - a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição), a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição<sup>36</sup>), o direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição<sup>37</sup>), preceitos que radicam, em última instância, na dignidade da pessoa humana<sup>38/39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sublinhe-se que esta liberdade integra a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, juridicamente vinculativa após o Tratado de Lisboa (artigo 6.º, n.º 1, 1.º §, do TUE), estabelecendo: “é reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais” (artigo 16.º), consagrando-se, deste modo, como um direito fundamental dos cidadãos europeus.

<sup>37</sup> Trata-se de dois direitos fundamentais com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, portanto, usufruindo do regime constante do artigo 18.º da Constituição, por força do artigo 17.º do mesmo diploma, cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, pp. 789 (II) e 800 (I), respetivamente. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional, i.e., que quer o direito de iniciativa económica, quer o direito de propriedade privada são também considerados como direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, cf. por exemplo, aresto n.º 76/85, de 6 de maio, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1985, 5.º volume, p. 222. Sublinhe-se que não é, para o Tribunal Constitucional, toda a liberdade de iniciativa económica que usufrui da analogia, afirmando este órgão, no Ac. do TC n.º 289/2004, de 27 de abril, § 7: “Mais limitado será, todavia, o domínio no qual este direito fundamental beneficia de *natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias* e, portanto, da sua específica protecção. Este domínio mais restrito diz respeito apenas aos «quadros gerais e aos aspectos garantísticos» da liberdade de iniciativa económica (Cf. Acórdão do TC n.º 329/99, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., pág. 129), que digam respeito à liberdade de iniciar empresa e de a gerir sem interferência externa. É, pois, apenas quanto a este núcleo da liberdade de iniciativa económica privada que, por aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, e por revestir a natureza de direito de natureza análoga, existe uma reserva de lei parlamentar”. Veja-se também, sobre o assunto, FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 868 e ss., em sentido crítico.

<sup>38</sup> Seguimos aqui o texto de GONÇALVES DA SILVA, *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, «Manuais da Clássica», AAFDL/Imprensa da FDUL, 2023, pp. 430 e ss.

<sup>39</sup> Assim, por exemplo, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 856 e 879 (anotação de FERREIRA MENDES).

VI. Detenhamo-nos especialmente, pela sua relevância para a nossa análise, na *liberdade de iniciativa económica*. Começemos por notar que esta tem a sua base sensível na liberdade de empresa, mais precisamente nas suas três vertentes: 1) liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa); 2) liberdade de organização; 3) liberdade de contratação ou comercial (direito de empresa)<sup>40</sup>. Esta liberdade consagra a possibilidade de o empresário<sup>41</sup> escolher os seus fornecedores, a mão-de-obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho<sup>42</sup>. Encontra-se, assim, de forma clara, no âmbito da liberdade de contratação, a faculdade de o empregador (empresário) fixar as condições de trabalho dos trabalhadores; a liberdade de contratação está, portanto, ancorada no quadro constitucional (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), integrando o princípio da autonomia privada, aqui se identificando, por exemplo, com o seu fundamento<sup>43</sup>, bem como, reiteramos, com a liberdade de gestão das

---

<sup>40</sup> AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1998, p. 165.

<sup>41</sup> Como é inequívoco, e o Tribunal Constitucional - aresto n.º 585/2009, de 18 de novembro, § II. 3 - sublinhou: "... o direito de iniciativa económica privada, na vertente de liberdade empresarial ..., enquanto direito fundamental reconhecido constitucionalmente, não se encontra na titularidade do trabalhador da empresa, mas é antes um direito institucional, e, portanto, um direito da própria empresa".

<sup>42</sup> AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, cit., pp. 165-166. Veja-se também FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 885 e ss., que afirma: "a liberdade de empresa, em particular, abarca, mais especificamente, a liberdade de estabelecimento em sentido restrito ou acesso à actividade, a liberdade de configuração da empresa e de escolha do modelo de negócio, a livre opção por um exercício singular ou colectivo, a livre escolha das respectivas formas jurídicas de enquadramento, a liberdade de conformação jurídica destas, a liberdade de investir e desinvestir, de exercício e gestão sem interferências por parte do Estado ou de outras entidades públicas, a liberdade de contratar, nomeadamente com os fornecedores de recursos ou factores produtivos e os destinatários da oferta empresarial de bens e/ou serviços ..." (p. 862).

<sup>43</sup> Assim, AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, cit., 1998, pp. 164 e ss.; AMARAL NETO, "A Autonomia Privada como Princípio

---

Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, volume II, Coimbra, 1989, por exemplo, pp. 28 e 34. Também parece ser esta a posição de PINTO OLIVEIRA/BENEDITA MAC CRORIE, “O Princípio da Igualdade no Direito Europeu dos Contratos: As Diretivas 2000/43/CE e 2004/113/CE”, *O Direito*, ano 138, 2006, n.º 5, p. 1091, que se referem, depois de invocar, na esteira de PAULO MOTA PINTO, o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição (p. 1089), normas específicas, tais como os artigos 47.º, 61.º e 62.º da Constituição, a propósito da autonomia do indivíduo de conformar as suas relações contratuais de acordo com a sua própria vontade; BENEDITA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 84, refere as garantias de propriedade privada e de um sector privado dos meios de produção, tal como a iniciativa económica, liberdade de exercício de profissão e a liberdade de constituir família. Diversa é a posição de PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, «Stvdia Ivridica», Coimbra Editora, 1999, sobre o fundamento da autonomia privada, mesmo depois da revisão constitucional de 1997 que, como vimos, consagrou o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1). Este Autor elabora a seguinte construção: a) O direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade teria no seu conteúdo uma dimensão - para além da de defesa da integridade da pessoa - de protecção da actividade, i.e., liberdade de comportamento como consequência daquela liberdade (*op. cit.*, p. 198), sendo que o direito ao desenvolvimento da personalidade conjugado com o direito à liberdade (artigo 27.º, n.º 1) levaria ao reconhecimento de uma liberdade geral de acção (p. 199); veja-se também PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 579 e ss., sobre o livre desenvolvimento da personalidade; b) aquele direito constitui também - numa função de complementação - uma cláusula geral que torna desnecessária a sua utilização sempre que as normas constitucionais estabeleçam liberdades especiais - por exemplo, “... a liberdade contratual poderá em concreto já estar protegida através da liberdade económica ou da liberdade de exercício da profissão, ou da liberdade de constituir família”, cf., *op. cit.*, p. 206; c) o direito ao (livre) desenvolvimento pode ser deste modo perspectivado como abarcando um conjunto de direitos inominados não sendo justificada a sua utilização enquanto cláusula geral de protecção da liberdade face a liberdades especiais; tal situação verifica-se, por exemplo, com a liberdade de associação (artigo 46.º), liberdade sindical (artigo 55.º) e a liberdade de iniciativa e organização empresarial (artigo 80.º, alínea c)), cf., *op. cit.*, p. 207; d) dentro dos aspetos protegidos pela liberdade geral de ação como dimensão do direito ao desenvolvimento da personalidade, coloca-se então o problema da tutela constitucional da autonomia privada e, em especial da liberdade contratual, devendo retirar-se daquele direito a tutela desta autonomia e, em particular, da liberdade contratual como uma das suas principais vertentes, igualmente reconhecida a pessoas jurídicas de direito privado, cf., *op. cit.*, pp. 212 e ss. Para o Autor, *op. cit.*, pp. 213-214, “a autonomia privada, como possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica, constitui um princípio fundamental inspirador

empresas privadas (artigos 80.º, alínea c), e 86.º, n.º 2, da Constituição). Nestes termos, como elemento especialmente relevante da liberdade de iniciativa económica encontra-se naturalmente a possibilidade de o empregador adaptar a sua estrutura empresarial a novos contextos<sup>44</sup>.

Em suma, nas palavras do Tribunal Constitucional:

“a liberdade de iniciativa privada tem um *duplo sentido*. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)”<sup>45</sup>.

---

do reconhecimento de várias faculdades jurídicas primárias - designadamente, da liberdade contratual. A ela corresponde, pois, a possibilidade de ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, como iguais, na sua vida de convivência, ordenação autoformulada, essa, que é a zona por excelência do direito privado. A autonomia privada ... funda-se na liberdade geral da pessoa e, em particular, no aspecto específico de liberdade jurídica ...”. Para mais desenvolvimentos sobre a liberdade de iniciativa económica privada, por exemplo, COUTINHO DE ABREU, “Limites Constitucionais à Iniciativa Económica Privada”, cit., 1991, pp. 411 e ss.; PACHECO DE AMORIM, “Liberdade de Empresa”, AAVV, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, volume II, Coimbra Editora, 2007, pp. 849 e ss., defendendo a equivalência entre as expressões “direito de livre iniciativa económica privada” e “liberdade de empresa”; SOUSA FRANCO, *Nota sobre o Princípio da Liberdade Económica*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 355, Lisboa, 1986, em especial, pp. 6 e ss. e 10 e ss.; LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2004, pp. 262 e ss. Podem ser compulsados elementos históricos em JORGE MIRANDA, “Iniciativa Económica”, AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, org. de Jorge Miranda, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986, *maxime*, pp. 69 e ss.

<sup>44</sup> ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 284.

<sup>45</sup> No Ac. do TC. n.º 76/85, de 6 de maio, cit., p. 245.

VII. Prescreve ainda a Constituição que a iniciativa económica privada se exerce livremente

“nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” (artigo 61.º, n.º 1)<sup>46</sup>.

Ressalta, então, do preceito citado que a liberdade de iniciativa económica se realiza livremente ainda que num espaço hetero-regulado<sup>47</sup>. Significa isto que não estamos naturalmente perante um direito absoluto e que o legislador tem a seu cargo um relevante poder harmonizador que, independentemente da amplitude, terá sempre de salvaguardar o conteúdo útil da liberdade de iniciativa<sup>48</sup>. E entre

---

<sup>46</sup> Como escreve AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, cit., p. 135, “este feixe de valores ou interesses de sociedade constitucionalmente protegidos [refere-se a interesse ou valores próprios da vivência em sociedade] designa-o também a Constituição por *interesse geral* (art. 61.º, n.º 1) ou *interesse colectivo* (art. 47.º, n.º 1)”, itálico no original.

<sup>47</sup> FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 865.

<sup>48</sup> Acerca dos limites à liberdade de iniciativa económica e da amplitude de intervenção atribuída ao legislador, *vd.* a posição do Tribunal Constitucional, expressa, por exemplo, no Ac. do TC. n.º 76/85, de 6 de maio, cit., p. 215, no qual foi defendido que as duas vertentes do direito de iniciativa económica privada (liberdade de iniciar a actividade económica e, por outro lado, liberdade de gestão e actividade da empresa) “... podem ser objeto de limites mais ou menos extensos. Com efeito, esse direito só pode exercer-se «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei» (n.º 1, *in fine*), não sendo portanto um direito absoluto, nem tendo sequer os seus limites constitucionalmente garantidos, salvo no que respeita a um mínimo de conteúdo útil constitucionalmente relevante, que a lei não pode aniquilar, de acordo, aliás, com a garantia de existência de um sector económico privado”; ou ainda no Ac. n.º 199/2005, de 19 de abril, com diversas referências a outras decisões, e na qual se escreveu: “Sobre os quadros definidos pela lei, disse-se no citado Ac. n.º 328/94 que «(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente deflui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo - e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) - fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra»” (§ 10.2.); Na mesma linha

doutrinária, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., pp. 790-791 (III), que têm, aliás, influenciado os arestos do Tribunal Constitucional. Diferentemente, com uma análise crítica da jurisprudência constitucional, FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., em especial, pp. 867 e ss. (XVI). Escreve o Autor, *op. cit.*, p. 872 (XXII) - depois de qualificar a posição do Tribunal como minimalista por conter uma posição claramente favorável ao legislador e, por outro lado, restritiva do âmbito da reserva de lei [pp. 867 (XVI) e 870 (XXI)] - que “... o artigo 61.º, n.º 1, ao remeter para *os quadros definidos pela Constituição e pela lei*, não atribui ao legislador ordinário nenhum poder conformador da liberdade em questão: atribui-lhe, isso sim, o *poder de conformar o sistema sócio-económico* em que ela se desenvolve, completando a conformação já constante da Lei Fundamental, dentro dos limites legais, gerais e especiais, estabelecidos por esta”, destaque no original; conseqüentemente, defende o Autor, as limitações ou restrições têm de ser realizadas para salvaguardar outro valor que possua pelo menos idêntica relevância à liberdade de iniciativa económica (p. 873, XXXIII); também em sentido crítico, VASCO MOURA RAMOS, “O Direito Fundamental à Iniciativa Económica Privada (Art. 61.º, n.º 1, da CRP): Termos da sua Consagração no Direito Constitucional Português”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LXXVII, 2001, em especial, pp. 850 e ss., concluindo o Autor que sendo a liberdade de iniciativa económica privada um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, “a natureza deste direito força-nos a concluir que a lei referida no preceito constitucional é uma lei harmonizadora. Com efeito, não é o legislador que vai, livremente, definir o âmbito de iniciativa económica privada. Ao legislador cabe delimitá-la tendo em conta os restantes princípios constitucionais que com ela poderiam conflitar, não podendo ultrapassar essa medida” (p. 865).

A propósito da liberdade de iniciativa económica privada, o Tribunal Constitucional apreciou a compatibilidade constitucional de uma norma de uma portaria de extensão que impunha a obrigação de um empregador, vencedor de concurso, manter os contratos de trabalho dos trabalhadores que prestavam a sua atividade na estrutura, sem prejuízo de todos os direitos e garantias de que fossem titulares. O Tribunal, no entanto, dividiu-se na sua apreciação, oscilando em diversos arestos, concentrando-se na existência ou não de uma restrição desproporcional, cf. Acs. do TC. n.º 392/89, de 17 de maio, que declarou inconstitucional a norma por considerar, e bem, uma restrição desproporcional da liberdade de iniciativa económica para garantir os postos de trabalho dos trabalhadores das empresas; n.º 249/90, de 12 de julho, que não declarou a noema inconstitucional por entender que se trata de uma norma necessária, adequada e proporcionada para garantir a segurança no emprego e a viabilidade económica das empresas; n.º 431/91, de 14 de novembro, que confirmou o aresto n.º 249/90, de 12 de julho; n.º 47/98, de 3 de fevereiro (reproduziu o aresto n.º 431/91); n.º 58/02, de 6 de fevereiro (não considerou inconstitucional); n.º 239/98, de 5 de março (seguiu o n.º 431/91); n.º 107/07, de 5 de março (não considerou inconstitucional). Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., pp. 1251-1252, nota 3380.

os limites da liberdade de iniciativa económica<sup>49</sup>, mais precisamente na liberdade de contratação, encontram-se os direitos dos trabalhadores (por exemplo, artigos 53.º, 57.º e 59.º da Constituição)<sup>50</sup>.

Importa, no entanto, deixar claro que o facto de a Constituição determinar que o exercício da iniciativa económica deve ter “em conta o interesse geral” não prejudica nem visa impedir que os empregadores e respetivas associações defendam os seus interesses (ali, individuais, aqui coletivos). O que se pretendeu com a referência a esta cláusula foi atenuar - substituindo do “... instrumento do progresso colectivo” - uma visão dirigista da economia<sup>51</sup> e não,

---

<sup>49</sup> Além de, por exemplo, a subordinação do poder económico ao poder político (artigo 80.º, alínea a), da Constituição) ou a reserva de domínio público (artigo 84.º da Constituição).

<sup>50</sup> Neste sentido, por exemplo, ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, cit., pp. 241 e ss., referindo-se também ao direito de propriedade; FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 872 e 874-875, que se refere aos limites à liberdade reguladora do legislador; AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, cit., pp. 166-167; também no Ac. do TC. n.º 392/89, de 17 de maio, cit., se afirmou: “... a actividade económica privada tem, desde logo, de sofrer limitações decorrentes dos seguintes preceitos da Lei Fundamental: do artigo 53.º, que proíbe «os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos»; do artigo 54.º, que garante aos trabalhadores o direito de criarem comissões de trabalhadores (n.º 1) e comissões coordenadoras (n.º 3), visando a «intervenção democrática na vida da empresa»; do artigo 55.º, que reconhece às comissões de trabalhadores, além do mais, o direito de «exercer o controlo de gestão nas empresas» [alínea b)]; do artigo 56.º, que garante aos trabalhadores o direito de exercerem «a actividade sindical na empresa» [alínea d) do n.º 1]; do artigo 57.º, que, como se viu, reconhece às associações sindicais o direito de exercerem a contratação coletiva, nos termos da lei (n.º 3) e prescreve que a «legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho», e bem assim as regras respeitantes «à eficácia das respectivas normas» são estabelecidas por lei (n.º 4); e do artigo 58.º, que reconhece aos trabalhadores o direito à greve (n.º 1) e proíbe o *lock out* (n.º 3)” (§ 8-A). Fica, no entanto, por analisar se estes limites se aplicam diretamente ou compete ao legislador fixá-los, assunto que nos remete para eficácia dos direitos fundamentais relativamente aos particulares, cf. GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, cit., pp. 1325 e ss.

<sup>51</sup> Considerava então o Deputado ANTÓNIO VITORINO, que a expressão

---

“instrumento do progresso colectivo” é “... um conceito algo estéril em termos de interpretação constitucional, e que inclusivamente tem um pendor negativo porque inculca uma leitura vocacionalmente dirigista da economia”, *Diário da Assembleia da República*, de 30 de junho de 1988, Reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, de 24 de maio de 1988, V legislatura, 1.ª sessão legislativa (1987-1988), II série, n.º 21-RC, p. 623.

Ainda a propósito da discussão do preceito aquando da revisão constitucional de 1989, afirmou o Deputado ALMEIDA SANTOS (PS): “o interesse geral pode não coincidir com o progresso colectivo, pode até coincidir com o progresso, não de todos, mas apenas de alguns. Uma ideia de «interesse geral» é mais «rica» e menos responsabilizante”, *Diário da Assembleia da República*, de 30 de Junho de 1988, *op. cit.*, p. 621. O Deputado ANTÓNIO VITORINO (PS) acrescentaria ainda: “... o que me parece, em termos de rigor técnico-jurídico, é que a expressão do projecto do PS é uma expressão mais rica porque, em última instância, mais liberalizadora ..., mas também mais rigorosa do ponto de vista jurídico. Não é uma expressão exclusivamente orientada do ponto de vista programático ...”; reconhecendo ainda que da noção de interesse geral decorre que a iniciativa privada se deve mover dentro de parâmetros tão diversos como o bem-estar coletivo, a qualidade de vida dos cidadãos, a boa utilização dos recursos produtivos, *Diário da Assembleia da República*, *op. cit.*, pp. 622 e 623, respetivamente.

Recorde-se que a expressão “interesse geral” surgiu no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição, como referimos, na revisão constitucional de 1989, na sequência de proposta do PS. A versão inicial afirmava “nos quadros definidos pela Constituição, pela lei e pelo Plano pode exercer-se livremente a iniciativa económica privada enquanto instrumento do progresso colectivo” (artigo 85.º, n.º 1); a versão de 1982 determinava “a iniciativa económica privada pode exercer-se livremente enquanto instrumento do progresso colectivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei” (artigo 61.º, n.º 1); finalmente, em 1989, o preceito adquiriu a versão que ainda hoje se mantém, sublinhando-se, por um lado, que a expressão “... pode exercer-se livremente ...” passou para “... exerce-se livremente ...”, e, por outro lado, que se verificou a substituição da frase “... enquanto instrumento do progresso colectivo ...” pela “... e tendo em conta o interesse geral”. Veja-se também FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 862 e ss., em especial, pp. 863 e ss. e 874 e 875. Explica o Autor, *op. cit.*, p. 863, que existe, desde logo, uma razão objectiva e substancial para, além da referência ao “interesse geral”, existir uma indicação relativa “aos quadros definidos pela Constituição e pela lei”; é a relevância institucional da empresa, enquanto organização produtiva, e da inerente actividade empresarial “... que explica a autónoma alusão ao exercício da respetiva liberdade no quadro normativo-regulatório e institucional definido pela Constituição e, complementarmente, pela lei: sinteticamente e no essencial, no quadro de uma *economia mista ou plural de mercado, concorrencial e regulada*, com elementos de actividade económica de interesse geral e de interesse social, porventura completados com mecanismos de planeamento, orientado para o desenvolvimento económico e social sustentável em ordem à criação de uma sociedade de bem-estar duradouro, e assente, em particular, no respeito pelos direitos dos trabalhadores e dos consumidores (cf., em geral, os artigos 80.º e s., 90.º e s. 53.º e ss., e 60.º”.

seguramente, impedir que os empregadores protejam as suas posições jurídicas e adotem os comportamentos que melhor prossigam, em cada momento, os seus objetivos. Note-se, aliás, que interpretação diferente teria como consequência uma restrição intolerável da atividade empresarial na determinação do regime laboral dos seus recursos humanos, vedando ao empregador a defesa dos seus interesses (fossem eles individuais ou coletivos).

Ora, como resulta do exposto, o conteúdo nuclear da liberdade de iniciativa económica, constitucionalmente garantido, é manifestamente afetado. Acresce que nem sequer se poderá “falar” de uma restrição em virtude da necessidade de salvaguarda de outros direitos fundamentais, pois o que está em causa, atendendo à proibição legal, é uma sanção “encapotada”, pelo simples facto de o empregador ter utilizado um instrumento de gestão, constitucional e legalmente previsto. Com efeito, o preceito em análise não visa defender o emprego, mas sancionar o empregador que pretende reestruturar a empresa.

VIII. Acresce que esta proibição é ainda discriminatória.

Na verdade, tendo presente as considerações acima realizadas a propósito do princípio da igualdade, um empregador que substitua o despedimento coletivo (ou extinção do posto de trabalho) por um conjunto de revogações, pagando uma compensação mais “generosa”, não ficará sob a alçada do artigo 338.º-A, o que demonstra que a aplicação da norma está condicionada à maior ou menor capacidade económica e, portanto, constitui uma discriminação assente na “situação económica” daquele. Ou seja: as empresas terão de

“pagar” a inaplicação do normativo em causa, o que apenas será alcançado por aquelas que tiverem maior capacidade económica, gerando-se uma adulteração das mais elementares regras de concorrência. E deve ter-se presente que, entre as tarefas fundamentais do Estado, merece destaque a de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas (artigo 81.º, alínea f), 1.ª parte, da Constituição)<sup>52</sup>.

IX. Tem sido sublinhado pela doutrina que o significado da expressão “iniciativa económica privada”, numa aceção ampla, inclui o exercício de qualquer atividade de índole económica e a realização de qualquer ato, nesse âmbito, por parte de pessoas privadas, quer sejam singulares ou coletivas; no entanto, o significado jurídico-constitucional da expressão é mais restrito, encontrando-se excluído, por exemplo, o exercício da atividade profissional autónoma, sem carácter empresarial, previsto na Constituição (artigo 47.º, n.º 1). Apesar de em ambas situações estarmos face a formas de iniciativa económica privada (em sentido lato), importa ter presente que, enquanto a liberdade profissional prevista no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição tem carácter individual e corresponde a uma forma de organização e de exercício centralizada diretamente no agente - podendo agir individualmente ou em grupo -, a liberdade de iniciativa plasmada no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição<sup>53</sup>, pressupõe a

---

<sup>52</sup> Para uma análise desenvolvida do artigo 81.º, com importantes elementos sobre o artigo 9.º, GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição Portuguesa - Organização Económica (artigos 80.º a 107.º)*, II volume, coordenação de Paulo Otero, Centro de Investigação da FDUL, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 152 e ss.

<sup>53</sup> Sustenta FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 877, que “importa ... contrariar a ideia de que a liberdade profissional do artigo 47.º, n.º 1, tem mais

intermediação de uma específica organização produtiva que é a empresa<sup>54</sup>, despessoalizando assim a atividade em causa<sup>55</sup>. Na verdade, a liberdade de trabalho é qualificadamente liberdade de profissão e revela-se tanto na liberdade de escolha como na liberdade de exercício de qualquer profissão; e, dentro desta, assume especial relevância a prática de atos jurídicos, sejam atinentes às relações

---

dignidade constitucional do que a liberdade de empresa”, mas também não se lhe poderá atribuir menor, como seria o caso de considerar que não fazia parte do artigo 47.º, n.º 1, a possibilidade de exercer o direito de contratação coletiva. Para mais desenvolvimentos sobre o artigo 47.º, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 698 e ss., em especial, pp. 700 e ss.

<sup>54</sup> O significado polissémico do conceito de empresa - e que a Constituição não define relativamente a qualquer área jurídica - é comumente sublinhado pela doutrina, cf., por exemplo, para um entendimento amplo de empresa em matéria laboral, COUTINHO DE ABREU, “A Empresa e o Empregador” em *Direito do Trabalho, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, volume III, «*luridica*», 1983, pp. 257 e ss., propondo a seguinte definição: “*empresa laboral é toda a organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente continuado de uma actividade de produção, cujos trabalhadores estão sujeitos, individual e colectivamente, ao regime do Direito do Trabalho*” (p. 264, itálico no original); R. PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, cit., pp. 380 e ss., bem como *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 15 e ss., afirmando “... a empresa corresponde a uma aglomeração, duradoura e organizada, de factores humanos e económicos que prossegue um objectivo produtivo com relevo para o direito” (p. 21).

<sup>55</sup> FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 876. Escreve ainda o Autor, *op. cit.*, p. 855, “**conclui-se**, assim, que a iniciativa em apreço [consagrada no artigo 61.º, n.º 1] é, por um lado, uma iniciativa *económico-produtiva de carácter empresarial*; quer dizer, envolve a produção e a comercialização de bens, assim como o fornecimento de serviços, para o mercado, através de uma organização autónoma constituída para o efeito, funcionalmente adequada e convenientemente implantada nos mercados relevantes dos bens e/ou serviços em causa - a empresa”, sublinhado e itálico no original. Para um confronto do artigo 61.º, n.º 1, com o artigo 47.º, n.º 1, veja-se FERREIRA MENDES, *op. cit.*, por exemplo, pp. 856-857, 862 e ss. e 876 e ss. Sobre a liberdade de trabalho e profissão, JORGE MIRANDA, “Liberdade de Trabalho e Profissão”, cit., pp. 145 e ss.; e JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 698 e ss.

laborais, sejam relativos a quaisquer outras matérias decorrentes da necessidade do exercício profissional<sup>56</sup>.

É, portanto, manifesto que, ao vedar a possibilidade de o empregador recorrer à terceirização de serviços, a proibição está a restringir este direito, porquanto se estiver em causa a outorga de contrato de trabalho, o prestador da atividade poderá realizá-la, mas uma empresa terceira ou trabalhador individual não poderá satisfazer as necessidades do trabalhador cujo vínculo cessou; ou seja: o prestador vê a sua liberdade de opção coartada, em decorrência da imposição do novo normativo. De facto, não se identifica qualquer razão para que os profissionais que desenvolvam uma atividade económico-produtiva sem uma estrutura empresarial - naturalmente em regime autónomo, em nome individual ou de forma associada, sem recurso a trabalho subordinado - não possam prestar atividade ao empregador que recorreu ao despedimento coletivo (ou extinção do posto de trabalho), com base no espaço de autonomia privada decorrente do quadro constitucional (*in casu*, artigo 47.º, n.º 1, da Constituição).

---

<sup>56</sup> Para mais desenvolvimentos e respetivas decomposições da liberdade de trabalho e de profissão, JORGE MIRANDA, “Liberdade de Trabalho e Profissão”, cit., pp. 149-150 e 153 e ss. O Autor, *op. cit.*, p. 156, refere-se, a propósito da liberdade de exercício, ao direito de inscrição e de não inscrição - quando se trate de trabalhadores por conta de outrem - em associações sindicais e ao direito de participação, através dela, na contratação coletiva e na organização económica e social do país.

X. Uma nota adicional para uma breve referência ao direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição)<sup>57</sup>, verdadeiro “pressuposto da autonomia das pessoas”<sup>58</sup>.

Como tem sido destacado, a norma constitucional consagra uma dupla garantia: a) *institucional*, que consiste na tutela da propriedade privada como instituto jurídico; b) *individual*, que protege “posições jurídicas sobre bens de valor patrimonial”<sup>59</sup>. Na *vertente objetiva (ou institucional)*, estamos perante comandos dirigidos ao legislador, o que impede que este possa afetar o núcleo essencial da propriedade (*vertente negativa*) e, por outro lado, impõe à lei o dever de conformar o instituto atendendo aos demais princípios do sistema constitucional (*vertente objetiva*); na *dimensão subjetiva (ou individual)*, a garantia da propriedade privada inclui tanto o direito de propriedade em sentido jurídico-real, como os direitos de conteúdo patrimonial<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> E para um confronto entre a *liberdade de empresa e a propriedade privada*, FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 878 e ss. No âmbito da jurisprudência constitucional, em articulação com a greve, por exemplo, Ac. n.º 15/2005, de 18 de janeiro.

<sup>58</sup> Entre outros, Acs. do TC. n.ºs 695/2022, de 22 de outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de junho, § 13; 421/2009, de 13 de agosto, § 12.

<sup>59</sup> Por exemplo, Acs. do TC. n.ºs 695/2022, de 22 de outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de junho, § 12, notando ainda: “... através da propriedade privada confere-se aos indivíduos um conjunto indefinido de poderes e faculdades, incluindo poderes de transmissão, que aumentam as suas possibilidades de atuação. Desse modo, a garantia constitucional da propriedade privada cumpre a função de assegurar ao respetivo titular um *espaço de liberdade* na esfera jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de pretensões jurídicas individuais de uso, aproveitamento e fruição, numa base exclusiva, possibilitando, assim, uma formação responsável da vida” (§ 13).

<sup>60</sup> Nomeadamente, Acs. do TC. n.ºs 695/2022, de 22 de outubro, § 6.1.; 299/2020, de 16 de junho, § 12; 421/2009, de 13 de agosto, § 12; 496/2008, de 9 de outubro, § 10.1..

Relativamente ao conteúdo, com base no seu valor jusfundamental, têm sido identificados quatro elementos: a) adquirir bens; b) usar e fruir os bens de que se é proprietário; c) não ser arbitrariamente privado da propriedade; d) transmissão de bens<sup>61</sup>.

Face ao exposto, fica demonstrado que a nossa Lei Fundamental tem uma pormenorização regulatória que permite identificar uma tutela constitucional da posição de empregador (empresário) e dos instrumentos ao serviço da atividade económica, nomeadamente com base na liberdade de iniciativa económica e na propriedade privada<sup>62</sup>, que, no caso em apreço, sem o bem jurídico que o sustente, são restringidos no seu núcleo essencial.

---

<sup>61</sup> Acs. do TC. n.ºs 695/2022, de 22 de Outubro, § 6.1.; 496/2008, de 9 de outubro, § 10, itálico no original, salientando: “... de acordo com o princípio da não identificação entre o conceito civilístico de propriedade e o seu correspondente conceito constitucional. Com efeito, o bem jurídico que a Constituição protege no artigo 62.º é um *bem diverso* daquele outro que é tutelado pela lei civil, quando configura tipicamente os direitos reais ou, em especial, o direito real máximo. Ao «garantir» a existência da propriedade, a Constituição protege antes do mais a *faculdade que têm os particulares de aceder a bens susceptíveis de apropriação* (res intracommercium), e de usar e dispor deles nos termos fixados por toda a ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional”; 225/2000, de 5 de abril, § 12. Na doutrina, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., p. 802, admitindo ainda uma quinta dimensão: reaver os bens de que se é proprietário; RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 898. Para mais desenvolvimentos, por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 798 e ss.; MENEZES CORDEIRO, “A Constituição Patrimonial Privada”, AAVV, *Estudos Sobre a Constituição*, coord. de Jorge Miranda, 3.º volume, 1979, *passim*; RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pp. 896 e ss.; MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2005, por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, pp. 144 e ss.; em especial, M. NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, «Coleção Teses», Almedina, Coimbra, 2007, em particular, pp. 903 e ss.

<sup>62</sup> Na verdade, com base no quadro normativo referido, cremos não se justificar “importar” a construção da jurisprudência e doutrina alemãs sobre a existência de um direito subjectivo à empresa (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*), cf. GÜNTER DÜRIG/ROMAN HERZOG/RUPERT SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*, II, 98.ª edição, C. H. Beck, München, 2022, §§ 200,

Em suma:

“as *restrições* e os *condicionamentos* dos direitos fundamentais - e o direito à iniciativa tem a natureza de direito fundamental - só se justificam quando, para além do mais, se mostrem *necessários* e *adequados* à salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais. Por outro lado, têm sempre de ser proporcionados. E, tratando-se de restrições, têm de deixar intocado o conteúdo essencial do respectivo preceito constitucional (cf. artigo 18.º da Constituição)”<sup>63</sup>.

Ora, não sendo o caso, a conclusão surge naturalmente: o artigo 338.º-A é inconstitucional.

---

sublinhando que a proteção inclui empresa em sentido amplo, ou seja, “empresa criada pela combinação de meios materiais e pessoais (v.g., consultório médico, escritório de advocacia)” (§ 203). Por exemplo, na jurisprudência ordinária, BAG, 25.08.2015 - 1 AZR 875/13, <https://openjur.de>, § II, 1., na qual se defende que “os «outros direitos» protegidos por responsabilidade civil de acordo com a § 823, 1, do BGB incluem o direito do empresário à empresa comercial estabelecida e exercida. Destina-se à operação e desenvolvimento sem perturbações de seu negócio e inclui tudo o que compõe o valor económico do negócio como uma unidade existente ...”; na mesma linha, CLEMENS HÖPFNER/JAKOB SCHNECK “Die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen am Beispiel des Tagesstreiks - Teil II”, *Recht der Arbeit (RdA)*, 2022, n.º 3, p. 210. Para uma análise evolutiva do ordenamento alemão, no quadro da responsabilidade civil, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 206 e ss., com diversas indicações jurisprudenciais sobre o boicote. Esta posição tem seguidores em Portugal, no quadro do artigo 483.º, n.º 1, do CC, por exemplo, SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, 1989, em especial, p. 222; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I, 16.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 289-290. Contra a influência da orientação alemã, que visa suprir as suas “insuficiências” no quadro da responsabilidade aquiliana, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Almedina, Coimbra, 2014, reimpressão da edição de 2010, 2014, p. 447. E para uma análise da teoria da empresa, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume III, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 263 e ss.

<sup>63</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 392/89, de 17 de maio de 1989, cit., p. 9180.

## § 5.º Remissão abdicativa

I. A Lei n.º 13/2023, aditou ao artigo 337.º, sob a epígrafe *prescrição e prova de crédito*:

“Os créditos de trabalhador, referidos no n.º 1, não são suscetíveis de extinção por meio de remissão abdicativa, salvo através de transação judicial” (n.º 3).

II. A norma, que constitui uma limitação negocial (artigos 863.º e 1248.º do Código Civil), suscita duas questões: 1) a participação na elaboração da legislação do trabalho; 2) a restrição ao princípio da autonomia privada.

A estas duas questões, sem carácter exaustivo, acrescem duas consequências negativas: para o trabalhador e para o sistema jurídico.

III. Na elaboração das leis ordinárias, há a ter em conta, em especial, as leis da Assembleia da República e os decretos-leis do Governo. Quanto às leis da Assembleia da República, importa referir que, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição, é da exclusiva competência deste órgão de soberania legislar sobre direitos, liberdades e garantias, salvo autorização concedida ao Governo.

Parte das normas da chamada *Constituição Laboral* inserem-se na regulamentação constitucional sobre direitos, liberdades e garantias (Parte I, Título II, Capítulo III, que tem por epígrafe “Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”). Por conseguinte, os

artigos 47.º e 53.º a 57.º da Constituição regulam questões laborais e são normas que, segundo o artigo 165.º, n.º 1, al. *b*), da Constituição, fazem parte da competência relativa da Assembleia da República.

Diferentemente, os artigos 58.º e 59.º da Constituição, inseridos no Título III, Capítulo I, da Parte I, que tem por epígrafe “Direitos e deveres económicos”, não estão no domínio da reserva relativa da Assembleia da República e, por conseguinte, estas matérias podem ser legisladas pelo Governo, sem autorização do Parlamento. Na medida em que as questões constantes dos artigos 47.º e 53.º a 57.º da Constituição constituem reserva relativa de competência da Assembleia da República, o Parlamento pode autorizar o Governo a legislar sobre esses assuntos, mediante uma autorização legislativa<sup>64</sup>.

Quanto à feitura das leis ordinárias, importa ter presente algumas particularidades no Direito do Trabalho, que advêm da própria Constituição, onde se determina que constituem direitos das comissões de trabalhadores e das associações sindicais

“... participar na elaboração da legislação do trabalho ...” (artigos 54.º, n.º 5, alínea *d*), 56.º, n.º 2, alínea *a*), da Constituição, respetivamente).

Não é comum que, na elaboração legislativa, haja interferência de entidades privadas, por isso, a participação das comissões de trabalhadores, por um lado, e das associações sindicais, por outro, na elaboração das leis do trabalho é uma particularidade deste ramo do Direito<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Sobre esta questão, AFONSO VAZ, *Lei e Reserva Lei*, cit., em especial, pp. 291 ss., 294 ss. e 298 ss.

<sup>65</sup> Com desenvolvimentos, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição,

IV. Nesta sequência, nos artigos 469.º e ss. regula-se a participação das organizações representativas de trabalhadores (comissões de trabalhadores e associações sindicais) e de empregadores na elaboração da legislação do trabalho<sup>66</sup>. Depois de ser dada a noção de legislação do trabalho (artigo 469.º), fixam-se os parâmetros em que as mencionadas organizações participam na feitura das leis do trabalho (artigos 470.º e ss.); assim, a legislação laboral carece de uma prévia apreciação pública, pressupondo a consulta das referidas organizações representativas dos trabalhadores (artigos 472.º e 473.º). A apreciação pública, nos termos do artigo 472.º, impõe a publicação dos projetos de legislação laboral, a fim de as organizações representativas de trabalhadores e de empregadores, posteriormente, emitirem parecer, que é meramente consultivo (artigos 474.º e 475.º)<sup>67</sup>. Em alguns diplomas encontram-se referências a essa função consultiva.

Não se pode, contudo, depreciar este papel consultivo, pois ele tem sido o fundamento da participação da Comissão Permanente da Concertação Social do Conselho Económico e Social<sup>68</sup>, e, não sendo o

---

Almedina, Coimbra, 2022, pp. 166 e ss.

<sup>66</sup> Na precedente Lei n.º 16/79, de 26 de maio, no seguimento da imposição constitucional, só se conferia o direito de participação às organizações representativas dos trabalhadores; contudo, o legislador, não só porque essa era a prática, como também por motivos de igualdade, impôs idêntica participação na elaboração da legislação do trabalho às associações representativas dos empregadores pela Lei n.º 36/99, de 26 de maio.

<sup>67</sup> Eventualmente, do disposto nos artigos 54.º, n.º 5, alínea *d*) e 56.º, n.º 2, alínea *a*), da Constituição poder-se-ia entender que a participação das organizações de trabalhadores não ficaria circunscrita a funções consultivas, mas foi essa a solução Lei n.º 16/79. Como refere LUCAS PIRES em anotação ao artigo 56.º, alínea *d*), *Estudos sobre a Constituição*, 1.º Vol., Lisboa, 1977, p. 378, o direito de participação deve ser considerado como um *lobby* institucionalizado.

<sup>68</sup> Sobre este aspeto, GONÇALVES DA SILVA, “Sujeitos Colectivos”, AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III, pp. 312 ss.

processo legislativo precedido de consulta nos termos da Lei Fundamental, há motivo para a declaração de inconstitucionalidade do diploma<sup>69</sup>. Sublinhe-se, no entanto, que a desconformidade com a Constituição apenas surge se estiver em causa a violação do direito de participação da legislação do trabalho relativamente às associações sindicais e comissões de trabalhadores, uma vez que as associações de empregadores não possuem idêntico direito ao nível da Lei Fundamental; a previsão da intervenção destes surge no Código do Trabalho (artigo 470.º) - que nem sequer tem valor reforçado -, o que impede que a violação do direito gere inconstitucionalidade (ou ilegalidade). Ou seja: tendo presente que o direito conferido às associações de empregadores tem como fonte a lei, sem valor reforçado, o desrespeito da norma plasmada no Código do Trabalho (artigo 470.º) deve ser qualificada como uma irregularidade<sup>70</sup>.

Por fim, saliente-se ainda que as alterações ao Código do Trabalho não suscitam qualquer dúvida sobre a sua qualificação (formal ou material) como *legislação do trabalho* (artigo 469.º)<sup>71</sup>.

V. Chegados a este momento analítico, importa apurar se o procedimento do Decreto n.º 36/XV, de 6 de março de 2023 (*Altera o*

---

<sup>69</sup> Por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., p. 723 (XIV), qualificam como inconstitucionalidade procedimental. Na jurisprudência, Ac. do TC. n.º 774/2019, de 17 de dezembro, § II. 10, onde se refere uma jurisprudência unânime na qualificação de uma inconstitucionalidade (formal).

<sup>70</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Actividade Constitucional do Estado*, tomo V, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 211.

<sup>71</sup> Com desenvolvimentos, Gonçalves da Silva, em Romano Martinez/Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos/Madeira de Brito/Guilherme Dray/Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1023 e ss.

*Código do Trabalho e legislação conexa, no âmbito da agenda do trabalho digno*) tem algum vício<sup>72</sup>.

Este Decreto teve origem na Proposta de Lei n.º 15/XV, de 6 de junho de 2022, aprovada em Conselho de Ministros de 2 de junho de 2022, onde, na exposição de motivos, se afirma:

“Foram observados todos os procedimentos necessários à garantia da participação das estruturas representativas dos trabalhadores e empregadores, em cumprimento do previsto nos artigos 469.º e seguintes do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na sua redação atual, e da alínea a) do n.º 2 do artigo 56.º da Constituição”.

Seguiu-se a divulgação em separata do *Diário da Assembleia da República*, de 22 de junho de 2022, n.º 14 (*Proposta de Lei n.º 15/XV/1.ª (GOV): Procede à alteração de legislação laboral no âmbito da agenda de trabalho digno*), para efeitos de apreciação pública, que ocorreu entre 22 de junho e 22 de julho de 2022.

Numa primeira aproximação ao cumprimento dos normativos constitucionais em matéria de direito de participação na elaboração da legislação do trabalho, a conclusão parece ser de integral respeito do quadro constitucional.

VI. Acontece, no entanto, que há temas de especial relevância no quadro das relações laborais que foram objeto de alteração, mas não abrangidas na discussão pública. Entre estas alterações encontra-se, por exemplo, a restrição introduzida em matéria de cessação,

---

<sup>72</sup> O procedimento e respetivos documentos podem ser consultados em <https://www.parlamento.pt>.

passando a vedar-se às partes do contrato de trabalho a “remissão abdicativa, salvo por meio de transação judicial” (artigo 337.º, n.º 3).

Esta omissão colide com a teleologia do direito de participação das entidades representativas dos trabalhadores, uma vez que um dos seus desideratos é proibir a existência de “normas surpresa”, i.e., que se integrando na temática da legislação laboral possam ser apreciadas por aquelas<sup>73</sup>. Dir-se-á que tal entendimento viola a autonomia da atividade parlamentar, ficando, por exemplo, os grupos parlamentares impedidos de apresentar propostas de alteração de temas que não constaram da proposta de lei.

Note-se, no entanto, que estamos face a uma alteração “disruptiva” das relações laborais, além de que a autonomia dos grupos parlamentares não é afetada, bastando que tivesse havido participação pública de modificações que alteram indelevelmente vetores centrais das relações laborais. O que verdadeiramente foi afetado, como resulta claro, foi o direito de participação das estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (associações sindicais e comissões de trabalhadores) e, nesses termos, a Constituição (artigos 54.º, n.º 5, alínea d) e 56.º, n.º 2, alínea a)).

VII. Relativamente à segunda questão atrás identificada - *restrição ao princípio da autonomia privada* - recordemos, na esteira do exposto, em especial que o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição consagra autonomia individual, traduzindo-se na liberdade do sujeito de

---

<sup>73</sup> Podem apontar-se outros exemplos: teletrabalho (artigo 168.º, n.º 3); alterações ao procedimento de despedimento coletivo (artigos 360.º a 363.º).

conformar as suas relações contratuais de acordo com a própria vontade.

Na verdade, a autonomia decorre do princípio da liberdade, tanto numa perspetiva positiva (de cada um realizar os seus propósitos), como em sentido negativo (ausência de impedimentos para agir); ou seja, há um espaço de atuação e de não interferência na vida humana, que se funda no artigo 26.º da Constituição.

A autonomia privada, muitas vezes revelada através da liberdade contratual (artigo 405.º do Código Civil), confere ao sujeito a possibilidade de optar, seja na qualificação jurídica como na solução a encontrar para o caso concreto. Assim, no que respeita aos contratos, confere-se às partes: 1) liberdade de escolha do modelo contratual; 2) liberdade de celebração de negócios jurídicos; liberdade de estipulação do conteúdo da prestação (artigos 398.º, n.º 1, e 405.º do Código Civil).

A autonomia privada, como instituto geral, confere um espaço de liberdade, reconhecido às pessoas, tanto no que respeita à livre celebração de vínculos obrigacionais e à livre estipulação do conteúdo dos negócios jurídicos, como ainda na opção a sujeitar-se a determinado regime (p. ex., não comprar uma casa para não ter de pagar o correspondente imposto) ou adaptar um regime jurídico às suas pretensões (v. g., iniciar um determinado tipo de atividade agrícola para obter uma autorização administrativa de captação de água, beneficiar de um subsídio ou de uma isenção fiscal). Por isso, a autonomia privada tem especial relevo no Direito, não estando circunscrita ao Direito civil, nem sequer ao Direito privado<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Cf. ROMANO MARTINEZ, “Direito de preferência e autonomia privada”, *Revista*

É assim que se entende a multiplicidade de liberdades, arvoradas em direitos fundamentais na Constituição, como o direito à liberdade (artigo 26.º da Constituição), liberdade de constituir família (artigo 36.º da Constituição), liberdade de expressão (artigo 37.º da Constituição), liberdade de imprensa (artigo 38.º da Constituição), liberdade de consciência e de religião (artigo 41.º da Constituição), liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º da Constituição), liberdade de deslocação (artigo 44.º da Constituição), liberdade de associação (artigo 46.º da Constituição), liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º da Constituição) ou liberdade de participação na vida pública (artigo 48.º da Constituição).

A autonomia privada tem duas vantagens: legitima a solução tomada pelos próprios interessados e promove o ajuste de soluções equilibradas. Há, contudo, exceções à liberdade contratual, como prevê o artigo 405.º do Código Civil<sup>75</sup>.

VIII. Além de limitações concretas - “Dentro dos limites da lei” (p. ex., artigo 809.º do Código Civil) -, há que atender à indisponibilidade de direitos<sup>76</sup>: a autonomia privada encontra-se coartada (ou limitada) em relação a direitos indisponíveis. Por via de regra, os direitos patrimoniais são disponíveis e os direitos pessoais indisponíveis, mas há exceções.

---

*de Direito Civil*, VII (2022), pp. 439 e ss., em especial pp. 458 ss.

<sup>75</sup> ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, «Manuais da Clássica», AAFDL/Imprensa FDUL, 2021, pp. 135-156, que aqui seguimos.

<sup>76</sup> Para uma análise das figuras, por todos, LOBO XAVIER/FURTADO MARTINS, “A Transacção em Direito do Trabalho: Direitos Indisponíveis, Direitos Inerrogáveis e Direitos Irrenunciáveis”, AAVV, *Liberdade e Compromisso: Estudos Dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*, volume II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 443 e ss.

Estas exceções ocorrem, desde logo, na área laboral. De facto, a imperatividade no Direito do Trabalho tem que ver com o facto de ser problemática a garantia de uma vontade do trabalhador livre e esclarecida na celebração de acordos com o empregador. Coloca-se, portanto, a dúvida quanto à vontade livre e esclarecida das partes para efeitos de formação de diferentes acordos que alterem o regime especial de cessação do contrato, sendo este o objetivo do legislador; o contrato de trabalho assenta numa estrutura de direção-subordinação e o trabalhador exerce a sua atividade em regime de subordinação jurídica (e, eventualmente, económica), designada “heterodeterminação”, enquanto ao empregador são conferidos os poderes de direção e disciplinar. A relação jurídica emergente do contrato de trabalho é tendencialmente desequilibrada, quer no plano jurídico quer no plano económico<sup>77</sup>.

X. Face ao exposto, assume então especial relevância apurar se a restrição é proporcional, conforme determina o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

Recorde-se que as restrições, como se pode ler em jurisprudência constitucional, têm certos limites, i.e.

“para decidir em concreto se determinada intervenção legislativa preenche um tal requisito de admissibilidade e legitimidade (quer dizer, se é reconduzível à noção de «concretização» dos referidos limites constitucionais) o Tribunal recorre basicamente a uma ideia de proporcionalidade, nas suas três conhecidas dimensões: adequação,

---

<sup>77</sup> Veja-se GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua Aplicabilidade no Domínio Específico de Contratos Individuais de Trabalho*, Coimbra, 1999, pp. 135 e ss. e 186 e ss.

necessidade, proporcionalidade, *stricto sensu*<sup>78</sup>.

Em suma, “os direitos fundamentais ... não são absolutos e admitem limitações no seu exercício”, pelo que a harmonização e “... concreta conciliação de direitos em colisão passa pela restrição necessária e proporcional, sem supressão de nenhum desses direitos”<sup>79</sup>. De qualquer modo, a regra em matéria de direitos fundamentais é a liberdade, que só é excecionada face a situações que imponham interpretações limitadoras ou restritivas<sup>80</sup>.

No caso em apreço, consideramos que a opção legislativa viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que para assegurar a manifestação da vontade livre e esclarecida se proíbe a remissão abdicativa, salvo intervenção judicial.

Ora, esta proibição:

- 1) Não é *adequada* para salvaguardar os fins pretendidos, ou seja, outros valores com idêntica ou superior dignidade;
- 2) Não é *exigível*, pois não se justifica;
- 3) E, finalmente, não cumpre a obrigação de respeito pela justa medida, uma vez que não há proporcionalidade entre a restrição - afetação do princípio da autonomia privada - e a salvaguarda dos créditos laborais.

Esta conclusão fundamenta-se no facto de o legislador ter ao seu alcance outras medidas, entre as quais, o já consagrado mecanismo

---

<sup>78</sup> Ac. do TC. n.º 455/87, de 10 de dezembro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 4.

<sup>79</sup> ROMANO MARTINEZ, “A Constituição e o Direito do Trabalho”, cit., p. 184.

<sup>80</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 151. Esta posição tem sido seguida pelo Tribunal Constitucional, de que é exemplo o aresto n.º 46/84, de 23 de maio, *Diário da República*, de 13 de julho de 1984, II série, n.º 161, p. 6251.

de reconhecimento notarial presencial para efeitos de impedir o arrependimento do trabalhador no caso de revogação do contrato de trabalho (artigo 350.º, n.ºs 1 e 4).

Ou seja, e dito de outro modo: o legislador tutela de forma acrescida os créditos laborais face à própria cessação do vínculo, o que demonstra, de forma manifesta, a desproporcionalidade da opção e, portanto, a sua inconstitucionalidade.

XI. Importa ainda aludir que a norma, pretendendo tutelar o trabalhador e ao não seguir a via - já conhecida - do arrependimento, torna-se pernicioso para o trabalhador, porquanto inviabiliza que o empregador se disponha a negociar um valor para a cessação do contrato de trabalho, superior ao que resulta do regime legal. Por outro lado, este mecanismo jurídico da proibição de remissão abdicativa pode ser inviabilizado pelo recurso a mecanismos contratuais; não raras vezes, as proibições legais são «ultrapassadas» pelo recurso a construções jurídicas alternativas<sup>81</sup>. Não cabendo, contudo, neste estudo seguir essa análise.

A segunda consequência negativa apontada respeita ao facto de a norma em apreço implicar um aumento da litigância, levando a que os trabalhadores que tinham acordado um valor indemnizatório global recorram a tribunal. E nessas ações discutir-se-á necessariamente a complexa questão de determinar a que acordos se aplica a renúncia abdicativa. Dito de outro modo, além de se poder discutir o âmbito de aplicação da remissão abdicativa - nomeadamente se se aplica ao

---

<sup>81</sup> ROMANO MARTINEZ, “Direito de preferência e autonomia privada”, cit., pp. 458 ss., com vários exemplos, em especial pp. 462 ss.

acordo de revogação excepcionado no n.º 4 do artigo 350.º, a um acordo de reforma antecipada ou a vias institucionalizadas de cessação, como o despedimento coletivo -, a predisposição dos empregadores para o despedimento negociado fica necessariamente comprometida, aumentando a litigiosidade.

### **§ 6.º Direito a atividade sindical na empresa**

I. O direito de exercício da atividade sindical na empresa, além da previsão internacional (Convenção n.º 135 da OIT, sobre proteção e facilidades a conceder aos representantes dos trabalhadores na empresa, de 1971, ratificada em 1976), encontra consagração constitucional no artigo 55.º, n.º 2, alínea *d*), da Constituição, dispositivo desenvolvido nos artigos 460.º ss.

A atividade sindical na empresa tem concretização ordinária, determinando-se:

“os trabalhadores e os sindicatos têm direito a desenvolver atividade sindical na empresa, nomeadamente através de delegados sindicais, comissões sindicais e comissões intersindicais” (artigo 460.º, n.º 1).

A recente alteração ao Código do Trabalho passou, no quadro do *direito a atividade sindical na empresa*, a determinar:

“O disposto nos artigos 461.º, 464.º e 465.º aplica-se igualmente a empresas onde não existam trabalhadores filiados em associações sindicais, com as necessárias adaptações” (artigo 460.º, n.º 2).

Foi, deste modo, conferido aos sindicatos os direitos de reunião (artigo 461.º), a instalações (artigo 464.º) e a afixação e distribuição de informação sindical (artigo 465.º).

Retenha-se que o titular do direito é o sindicato e não qualquer espécie de associação sindical, ou seja, ficam excluídas as uniões, federações e confederações (artigo 442.º, n.º 1, alíneas *a*) a *d*)).

II. Para o exercício da atividade sindical são conferidos diversos direitos, entre os quais:

- 1) *Direito de reunião* (artigo 461.º, n.ºs 1 e 2): concretiza-se mediante convocação de um terço ou 50 trabalhadores do estabelecimento, da comissão sindical ou comissão intersindical, consistindo na possibilidade de os trabalhadores se reunirem, tanto dentro como fora do horário de trabalho. Estas reuniões, independentemente de se realizam dentro como fora do horário de trabalho, têm sempre lugar na empresa, ou seja, no espaço geográfico onde os trabalhadores prestam a sua atividade, porque qualquer reunião realizada por trabalhadores sindicalizados ou não, fora do local de trabalho, enquadra-se no âmbito do genérico direito de reunião, estabelecido no artigo 45.º, n.º 1, da Constituição e, por conseguinte, não tem qualquer particularidade. Neste âmbito só se regula o exercício do direito às reuniões que se realizam dentro da empresa, não sendo necessariamente no local e horário de trabalho<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Como esclarece MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, I, cit., p. 915, o

- 2) *Direito a instalações* (artigo 464.º): traduz-se no dever de o empregador pôr à disposição dos delegados sindicais um local apropriado para o exercício das suas funções.
- 3) *Direito de afixação e distribuição de informação sindical* (artigo 465.º): compreende o direito de o delegado sindical afixar e divulgar textos, convocatórias, comunicações ou informações relativas à vida sindical e aos interesses dos trabalhadores.

III. Com a alteração introduzida, o sindicato, mesmo não tendo qualquer trabalhador filiado a realizar a sua atividade na empresa, tem o direito de convocar reuniões (dentro e fora do horário de trabalho), a usufruir de um espaço no interior daquela e a afixar e distribuir informação sindical. Tudo, aparentemente, sob a “capa” da liberdade sindical na empresa, que, naturalmente, tem limites.

Trata-se, portanto, de um apoio do empregador, imposto pelo legislador, ao sindicato, que, recorde-se, é *independente do patronato* (conforme determina o artigo 55.º, n.º 4, da Constituição).

---

direito de reunião fora do horário de trabalho tem limites, não sendo exigível que a empresa, que deveria estar encerrada durante o período noturno, se mantenha aberta para uma reunião prolongada de trabalhadores. Sobre este direito de reunião, veja-se CARLOS FRAIÃO, “Sobre a Interpretação do Artigo 27.º da «Lei Sindical»”, *Questões Laborais*, n.º 6, 1995, pp. 139 e ss. Quanto às reuniões de trabalhadores no local de trabalho, tanto por iniciativa sindical como convocadas por comissão de trabalhadores, veja-se JÚLIO GOMES, “Do Direito de Reunião dos Trabalhadores no Local de Trabalho”, *Revista do Ministério Público*, ano 130, 2012, pp. 101 e ss.; FURTADO MARTINS, “Direito de Reunião no Local de Trabalho e Direito de Manifestação”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2019, n.ºs 1-4, pp. 99 e ss.

A alteração introduzida suscita algumas dúvidas, devido à compressão da liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição) e do direito de propriedade privada (artigo 62.º da Constituição).

A questão que assume maior relevância tem a ver com o direito a instalações (artigo 464.º). Na verdade, o legislador, ao impor, de forma acrescida, um conjunto de encargos ao empregador, numa situação de ausência de qualquer representação na empresa, “coage” o responsável desta a disponibilizar, a título permanente, um espaço apropriado, no interior ou na proximidade da empresa, para o exercício da atividade sindical; e, note-se, esta obrigação a cargo do empregador pode mesmo levar a que este tenha de assumir encargos específicos e acrescidos para cumprir a norma, mesmo, reiteramos, inexistindo quaisquer filiados na associação que exerce o direito (artigo 460.º, n.º 2).

Pensemos numa situação comum: existindo uma pluralidade de associações sindicais que exercem a sua atividade no sector económico desenvolvido pela empresa, e não tendo o legislador fixado quaisquer critérios, isto significa que o empregador terá de suportar os custos da disponibilização de uma multiplicidade de espaços; e, sublinhe-se, que há empresas - com 150 ou mais trabalhadores (artigo 464.º, n.º 1, *in fine*) - que já têm trabalhadores filiados em diversas estruturas coletivas, acrescentando-se agora um novo universo ilimitado, *rectius*, quase ilimitado. E será ilimitado pelo simples facto de o Código do Trabalho não ter requisitos quantitativos para a constituição de um sindicato, depois da eliminação, em 2003,

do artigo 8.º, n.º 2, da Lei Sindical (Decreto-Lei n.º 251-B/75, de 30 de abril), na sequência da orientação do Tribunal Constitucional<sup>83</sup>.

Ou seja, e dito de outra forma: a alteração introduzida impõe aos empregadores a obrigação de facultar instalações para a realização da atividade sindical de estruturas sem filiados na empresa, bem como sem quaisquer patamares mínimos de representação, que podem, no limite, ter como inscritos apenas os titulares dos órgãos; ie, os que reclamam as instalações.

Ora, o direito a instalações pelos custos suscetíveis de representar para os empregadores, custos esses que não são delimitáveis, ficando dependentes do número de sindicatos existentes em cada momento e da conseqüente solicitação de instalações, recordando-se ainda o carácter permanente e duradouro destas associações (artigo 442.º, n.º 1, alínea *a*)), afeta indelevelmente a liberdade de iniciativa económica e a propriedade privada.

Relativamente ao primeiro direito fundamental (*liberdade de iniciativa económica*), recordemos que

“... em geral e em termos práticos, constituem limitações relevantes a tal liberdade todas as medidas e disposições regulatórias com um impacto significativo - em termos financeiros, dispêndio de tempo e de outros recursos, perda de oportunidades reais, etc. - ao nível e na estrutura de custos e nos recursos envolvidos na função produtiva em causa. Ou seja, existe uma *restrição* jurídico-constitucionalmente relevante quando é significativamente afectada a natural liberdade de

---

<sup>83</sup> Referimo-nos ao Ac. do TC. n.º 404/81, de 8 de junho, *Apêndice ao Diário da República*, 18 de janeiro de 1983, pp. 53 e ss., que preconizou que a remissão do artigo 10.º, n.º 6, para o artigo 8.º, n.º 2, da LAS violava a auto-organização prevista na Constituição, na medida em que exigia um quórum mínimo de 10% ou 2000 trabalhadores a abranger.

acção e de decisão económica do «empresário», mormente atingindo alguma ou algumas destas suas manifestações”<sup>84</sup>.

Em matéria de *direito de propriedade privada*, é de reter que, em termos práticos, estamos face a uma “requisição”, porquanto se verifica uma utilização temporária - que se poderá transformar em definitiva - da utilização de um bem imóvel por um terceiro, imposto pelo Estado, sem uma justa indemnização (artigo 62.º, n.º 2, *in fine*, da Constituição)<sup>85</sup>.

IV. Poder-se-á contra-argumentar que a “agressão” a estes direitos fundamentais é feita em nome da liberdade sindical. Acontece, no entanto, que mesmo que tal afirmação fosse sustentável, sempre teríamos uma violação do princípio da proporcionalidade, mais especificamente da proporcionalidade em sentido estrito (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), bastando para o efeito invocar a demonstração acima realizada de que se trata de uma afetação de dois direitos fundamentais, cuja dimensão não se poderá identificar, uma vez que inexistem limites e critérios - de representatividade - para o exercício do direito a instalações.

---

<sup>84</sup> FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 873, destaque no original.

<sup>85</sup> No sentido de que a proteção constitucional da propriedade abrange “o direito ao aproveitamento dos bens”, RUI MEDEIROS, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 903.

## **§ 7.º Arbitragem para a apreciação da denúncia de convenção coletiva**

I. A Lei n.º 13/2023 introduziu mais uma situação de arbitragem, prescrevendo, sob a epígrafe *Arbitragem para apreciação da denúncia de convenção coletiva* (artigo 500.º-A):

“1 - Em caso de denúncia de convenção coletiva, a parte destinatária da denúncia pode requerer ao Presidente do Conselho Económico e Social arbitragem para apreciação da fundamentação invocada pela parte autora da denúncia nos termos do n.º 2 do artigo anterior.

2 - O requerimento de arbitragem deve ser apresentado no prazo de 10 dias a contar da data da receção, pela parte destinatária da comunicação prevista no n.º 1 do artigo anterior.

3 - O requerimento de arbitragem suspende os efeitos da denúncia, impedindo a convenção de entrar em regime de sobrevigência, nos termos do n.º 3 do artigo 501.º

4 - A declaração de improcedência da fundamentação da denúncia, pelo tribunal arbitral, determina que a mesma não produz efeitos.

5 - A parte destinatária da denúncia informa o serviço competente do ministério responsável pela área laboral do requerimento referido no n.º 1 e o tribunal arbitral informa o mesmo serviço do teor da decisão arbitral na data da notificação às partes.

6 - A arbitragem rege-se pelo disposto nos artigos 512.º e 513.º e por legislação específica”.

II. Esta nova arbitragem não pode ser dissociada da já prevista no Código do Trabalho. Com efeito, temos:

- 1) Arbitragem (obrigatória) para a suspensão do período de sobrevivência e mediação (artigo 501.º-A)<sup>86</sup>;
- 2) Arbitragem (obrigatória) em caso de conflito decorrente de outorga de convenção (artigos 508.º e 509.º);
- 3) Arbitragem (necessária) após a caducidade de convenção coletiva (artigos 510.º e 511.º).

Surge, naturalmente, a questão: qual o espaço que “sobra” para uma plena autonomia coletiva.

III. A Constituição portuguesa consagra o princípio da contratação coletiva.

Com efeito, compulsando a Lei Fundamental facilmente se verifica que o Estado não detém o monopólio da elaboração normativa (v.g., artigos 56.º, n.º 3, 227.º e 241.º). De facto, o ordenamento nacional apresenta uma conceção pluralista da produção jurídica, em especial, no que respeita às condições de trabalho, o que demonstra que o Estado não possui o exclusivo da produção normativa<sup>87</sup>. Assim sendo, cabe invocar a autonomia normativa que confere a determinadas entidades intermédias, nomeadamente às associações de trabalhadores e de empregadores, “... uma verdadeira *potestas normandi*, ou seja, um poder de criação de autênticas regras de conduta, de atribuição de direitos e deveres relacionados com a sua situação de assalariados (artigo 56.º/3)” da Constituição<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> A norma foi aditada pelo artigo 6.º da Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, não tendo ainda sido objeto de regulação específica (artigo 501.º-A, n.º 3).

<sup>87</sup> JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volume I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 2004, p. 53.

<sup>88</sup> JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, cit., p. 53.

IV. A autonomia coletiva<sup>89</sup>, mais exatamente o direito de contratação coletiva, corolário natural da liberdade sindical, encontra, como decorre do exposto, arrimo na Constituição Portuguesa (artigo 56.º, n.º 3), tal como em diversos documentos internacionais<sup>90</sup>. Prescreve a Lei Fundamental, no preceito referido, que:

---

<sup>89</sup> Sobre o conceito de *autonomia* e as suas diferentes concepções, *vd.*, por todos, BIGOTTE CHORÃO, "Autonomia", *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 251 e ss (previamente publicado no *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume I, s.e., Coimbra, 1965, pp. 606 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1.º volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, reimpressão, 1994, pp. 49 e ss.; bem como *Tratado de Direito Civil*, volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 951 e ss; BAPTISTA MACHADO, *Participação e Descentralização, Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 8; e, em especial, ALARCÓN CARACUEL, "La Autonomia: Concepto, Legitimación para Negociar y Eficacia de los Acuerdos", AAVV, *La Reforma de la Negociación Colectiva*, coordinadores Manuel R. Alarcon - Salvador Del Rey, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 51 e ss.; SANTORO-PASSARELLI, "Autonomia", *Enciclopedia del Diritto*, volume IV (Atto-Bana), Giuffrè, Varese, 1959, pp. 349 e ss.

<sup>90</sup> Entre os diversos textos internacionais, saliente-se, desde logo, da Organização Internacional do Trabalho, em especial: a) Convenção n.º 87, datada de 1948, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 45/77, de 19 de abril; b) Convenção n.º 98, de 1949, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 45 758, de 12 de junho de 1964; c) Recomendação n.º 91, de 1951.

Importa salientar que existe uma diferente abordagem dos instrumentos internacionais ratificados por Portugal e aquela que é apresentada pela nossa Lei Fundamental. Com efeito, enquanto as convenções n.º 87 - versa a liberdade sindical e a proteção do direito sindical - e n.º 98 - incide sobre o direito de organização e de negociação coletiva - revelam uma igualdade, no que respeita à sua matéria, de tratamento entre trabalhadores e empregadores, a nossa Lei Fundamental não consagrou expressamente o direito de os empregadores se coligarem através de associações para defesa dos seus direitos e, conseqüentemente, o direito de contratação coletiva, bem como qualquer referência à participação na elaboração da legislação do trabalho.

Dizemos que a Constituição não consagrou expressamente, pois, pelo menos no que respeita ao direito de contratação coletiva, entendemos que tal faz parte do conteúdo da liberdade de iniciativa económica - na sua vertente de direito de contratação -, que é considerado pela doutrina como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias; neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., p. 789 (II); FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 856-857.

“compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei”;

Por outro lado, afirma ainda a Constituição que

“a lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficácia das respetivas normas” (artigo 56.º, n.º 4).

Pode, então, inferir-se que o poder normativo das associações sindicais e de empregadores se alicerça diretamente na Constituição, sendo assegurado pela lei. Ou seja: com base no preceito constitucional, o direito de contratação coletiva não necessita do posterior reconhecimento de qualquer ato infraconstitucional, cabendo apenas à lei garanti-lo, conforme prescrição constitucional<sup>91</sup>. E como forma de garantir o referido direito tem de fixar as regras relativas à legitimidade, bem como à sua eficácia, pois como se escreve em aresto do Tribunal Constitucional, “uma coisa é certa: no nosso direito vigente, as convenções coletivas de trabalho não têm constitucionalmente fixado o regime da sua eficácia, já que a Constituição remete tal fixação para a lei ...”<sup>92</sup>.

Aliás, nem outro entendimento seria possível face à letra do artigo 56.º, n.º 4, da Constituição, sob pena de não ter qualquer correspondência com a letra, pois a referência à eficácia é a temporal, ou seja, depende da vigência e caducidade das convenções. Sendo esta uma das tarefas remetidas pelo legislador constituinte ao legislador ordinário, é certo que a liberdade não é absoluta, pois, por

---

<sup>91</sup> Para uma análise da convenção coletiva no quadro constitucional, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Coletiva*, volume II, pp. 1173 e ss., cuja análise (parcial) aqui seguimos.

<sup>92</sup> Ac. do TC. n.º 172/93, de 10 de fevereiro de 1993, p. 5.

exemplo, não pode consagrar regimes que simplesmente contribuam para o esvaziamento do direito de contratação coletiva.

V. Numa Constituição de diversidade normativa como a nossa, a reserva de lei (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*) tem naturalmente de ser articulada com os demais poderes normativos conferidos a outras entidades<sup>93</sup>, sob pena de se operar uma contradição insanável entre o reconhecimento da fonte convencional e a sua impossibilidade de regulação; ou seja, a fonte convencional ficaria circunscrita a uma mera existência formal, ocorrendo uma contradição regulatória do quadro constitucional. E, portanto, nesta situação, a reserva de lei tem de permitir a intervenção de outras fontes (não estaduais), mas isso não basta; tem também de assegurar - sob pena de a Constituição se negar a si própria - que há um espaço real de regulação da fonte convencional (reserva de convenção coletiva), o que

“... implica não só uma auto-contenção do legislador estadual no sentido de não regular, pela via legislativa, todo o espaço atinente às relações de trabalho, assim anulando virtualmente a autonomia colectiva dos parceiros, como de tal reserva resulta também a imposição de núcleos materiais reservados pela lei à contratação colectiva”<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Esta necessidade de compatibilização é sublinhada, por exemplo, por LIBERAL FERNANDES, *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, cit., pp. 390-391.

<sup>94</sup> Ac. do TC. n.º 54/2009, de 28 de janeiro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 5.3. Também neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., pp. 745 (IX) e 749 (XV); JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 149, e, do mesmo Autor, “Direitos dos Trabalhadores em Geral e Direito de Contratação Colectiva em Especial”, cit., p. 50; JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 2004, p. 62; RUI MEDEIROS em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 812-813 ; LOBO XAVIER, “As Fontes Específicas de Direito do Trabalho e a Superação

VI. O legislador ordinário está adstrito a garantir o exercício do direito de contratação coletiva (artigo 56.º, n.º 3, *in fine*, da Constituição), tendo a obrigação de proteger a fonte coletiva quando esta apresentar disfunções<sup>95</sup>. O que está em causa, note-se, é garantir o direito e não a atribuição à lei ordinária da sua definição<sup>96</sup>, pelo que o seu conteúdo essencial deve ser encontrado no quadro constitucional - sem prejuízo naturalmente dos elementos complementares constantes da lei -, sob pena de se transmutar a injunção constitucional e esvaziar o objetivo do legislador constituinte<sup>97</sup>. Na realidade, como bem sublinha Jorge Miranda,

---

do Princípio da Filiação”, cit., p. 131, bem como, do mesmo Autor, “Articulacion de la Autonomia Individual, de la Autonomia Colectiva de la Norma Estatal en la Regulacion de las Condiciones de Trabajo (Portugal)”, AAVV, *La Reforma del Mercado de Trabajo*, direcção de Efrén Borrajo Dacruz, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 1049, e também nota 42. E na jurisprudência constitucional, por exemplo, aresto n.º 517/98, de 15 de Julho, cit., pp. 412-413.

<sup>95</sup> WOLFGANG LINSENMAIER, “Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Art. 9)”, AAVV, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, coord. de Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 20.ª edição, C. H. Beck, München, 2020, D - III 2, § 79, face a uma norma da Lei Fundamental menos clara e inequívoca que a nossa.

<sup>96</sup> Parece ser diferente o entendimento de VIEIRA DE ANDRADE/FERNANDA MAÇÃS, “Contratação Colectiva e Benefícios Complementares de Segurança Social - O Problema da (In)constitucionalidade Material das Normas Limitadoras da Contratação Colectiva no Domínio da Segurança Social”, *Scientia Iuridica*, tomo L, n.º 290, 2001, p. 33, quando se referem à “... circunstância de a Constituição reconhecer o direito «nos termos da lei»”. Ora, a Constituição remete para a lei a sua garantia, mas não o seu reconhecimento, situação que é substancialmente diferente.

<sup>97</sup> Sobre esta matéria, a jurisprudência alemã, apenas a título de exemplo, tem sustentado - BVerfG, 26.06.1991 - 1 BvR 779/85, cit., § 54 - que “o direito fundamental de liberdade de associação profissional é garantido sem reserva legal. Isso não significa, no entanto, que qualquer limitação seja *ab initio* impossível. Uma limitação pode ser justificada com base em direitos fundamentais de terceiros e em outros direitos com dignidade constitucional”; posteriormente, defendeu - BVerfG, 04.07.1995 - 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86, cit., § 107, que “o direito fundamental da liberdade de associação profissional necessita de conformação pela ordem jurídica quando tiver por objecto a relação entre titulares de interesses conflituantes”, notando ainda que o legislador tem uma ampla margem de conformação, mas que esta tem limites no

“quando a Constituição preveja o exercício de certo direito ... ou o tratamento de certo instituto (v.g., a adopção no art. 36.º, n.º 7 ou a contratação colectiva no art. 56.º, n.ºs 3 e 4) «nos termos da lei», tal não equivale a outorgar à lei o papel de interpretação autêntica - que apenas pode ser assumido por uma lei constitucional - ou a proceder a uma espécie de desconstitucionalização ou de delegação de poder constituinte. Admiti-lo seria subverter a hierarquia da ordem jurídica”<sup>98</sup>.

A injunção constitucional de garantia, cuja concretização o legislador constituinte atribuiu à lei, tem um fim claro: assegurar uma contratação coletiva eficiente e eficaz<sup>99</sup>. Não se trata, por isso, de um “cheque em branco” conferido ao legislador ordinário<sup>100</sup>, uma vez que este não tem a faculdade de densificar de forma discricionária o conteúdo do direito de contratação coletiva, aniquilando ou esvaziando, em termos práticos, o Direito.

Mas mais do que isso: à lei compete regular o direito de contratação coletiva e não determinar o seu conteúdo, pois não estamos perante um direito colocado sob reserva de lei, cujo respetivo âmbito esteja dependente de uma *interpositio legislatoris*. Estamos,

---

conteúdo objetivo do artigo 9.º, n.º 3. “A autonomia das convenções colectivas de trabalho tem de ser garantida como uma área onde as partes possam regular os seus interesses de maneira fundamentalmente responsável e sem influência estatal” (§§ 108 e 109).

<sup>98</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Constituição*, cit., p. 308.

<sup>99</sup> Como salienta o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 94/92, de 16 de março, § III, 3, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), “Não se trata aí de uma ingerência autorizada do legislador, configurando uma limitação do direito de contratação colectiva. O que se estabelece é uma reserva de conformação (*Ausgestaltungsvorbehalt*): o legislador não intervém para impor limites ao direito, mas o direito só tem existência completa na modulação que o legislador lhe confere”.

<sup>100</sup> Também neste sentido, por exemplo, JOÃO REIS, “A Caducidade e a Uniformização das Convenções Colectivas, a Arbitragem Obrigatória e a Constituição”, *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, pp. 161-162.

antes pelo contrário, perante uma remissão que “... tem sobretudo um alcance procedimental para além de querer assegurar que o direito consagrado pela Lei Fundamental não é restringido pela lei ordinária”<sup>101</sup>, pelo menos, acrescentamos nós, sem ser em nome de outros valores com dignidade constitucional.

Deste modo, o facto de, por um lado, o seu fundamento decorrer diretamente da Constituição, por outro, estarmos perante uma particularidade da autonomia privada e, ainda, ter de ser garantido “nos termos da lei” - e não “nos casos da lei” -, impõe que as situações jurídicas que o integram não fiquem dependentes do legislador ordinário. Pode, portanto, afirmar-se que

“o conteúdo do artigo 56.º da Constituição não é, assim, o de uma pura remissão para os termos da lei do direito à contratação colectiva, mas, sob pena de esvaziamento deste, o de uma protecção em face da lei do núcleo essencial desse direito, o que há-de implicar que os seus limites se deverão situar na esfera da ordem pública e da protecção de limites mínimos de protecção do trabalhador e que a lei não poderá invadir, sem qualquer manifesta justificação, o espaço dos conteúdos acordados na negociação colectiva”<sup>102</sup>.

Em suma, é no quadro constitucional que o conteúdo do direito de contratação coletiva deve ser definido - sob pena de um dos elementos mais relevantes do direito ficar nas mãos do legislador

---

<sup>101</sup> R. PALMA RAMALHO, *Negociação Colectiva Atípica*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 81, nota 134, que também atribui à norma um alcance procedimental.

<sup>102</sup> FERNANDA PALMA, em declaração de voto no Acórdão n.º 391/2004, de 2 de junho, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

ordinário<sup>103</sup> -, inexistindo uma reserva legal de conformação<sup>104</sup>, o que não impede naturalmente a presença, como veremos, de restrições e limites.

VII. Há que reconhecer que garantir um direito sem saber o seu conteúdo corresponde a uma inversão analítica; é verdade que, mais uma vez, a Lei Fundamental não delimita de forma expressa o conteúdo do direito. Na realidade, em momento algum a Constituição o identifica.

Importa, por isso, como questão prévia, identificar o âmbito de proteção da norma constitucional que confere o direito de contratação coletiva para fixar o exato alcance da injunção relativamente à garantia legal. Dito de outro modo: impõe-se delimitar o espaço que o legislador ordinário está adstrito a garantir. Sabemos, desde já, que a referência a um direito tem muitas vezes uma “... preocupação emblemática, para designar unitariamente um feixe de poderes jurídicos diversos ...”<sup>105</sup>.

Cabe, nestes termos, apurar a diversidade de situações que se encontram sob o denominado direito de contratação coletiva,

---

<sup>103</sup> Como incisivamente escrevem JÚLIO GOMES/RAQUEL CARVALHO/CATARINA CARVALHO, “Da (In)constitucionalidade das Reduções Salariais previstas no Orçamento de Estado aprovado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro”, *Questões Laborais*, n.º 38, 2011, pp. 247-248: “Seria absurdo pensar que o legislador constituinte se dedicou a explicitar quem exerce o direito e que a Constituição «não sabe» em que consiste tal direito porque devolveu essa definição ao legislador ordinário. À partida, ..., a dogmática constitucional constrói os Direitos começando pelo conteúdo, definido ou definível em termos da constituição, passando de seguida para a questão do exercício dos mesmos”.

<sup>104</sup> Ou seja, não há uma remissão constitucional para a fixação legal do direito.

<sup>105</sup> Como bem sublinha LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1984, p. 240. No mesmo sentido e com mais desenvolvimentos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 158 e ss.

sublinhando que acompanhamos a doutrina do Tribunal Constitucional, quando este afirma:

“...a Constituição não comete à lei a delimitação das matérias que as convenções coletivas de trabalho podem versar; comete-lhe apenas a regulamentação do exercício desse direito de negociação coletiva, designadamente do respetivo processo. E, então, como todas as matérias atinentes à relação laboral se encontram constitucionalmente abertas à negociação coletiva, a lei só pode subtrair alguma delas à contratação quando se verificarem os requisitos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição; ou seja: apenas quando a Constituição previr expressamente a possibilidade de restrição e esta se mostrar necessária, adequada e proporcionada à salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, caso em que a mesma se deve limitar ao mínimo requerido para essa salvaguarda...”.

E, portanto:

“De acordo com esta orientação, sempre que o legislador se substitui às partes na definição das condições de trabalho, vedando a sua disciplina à contratação coletiva, tal afetação configurará uma restrição do direito de contratação coletiva, suscetível de convocar a necessária aplicação dos *limites das normas restritivas* contidos no artigo 18.º da Constituição”<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Ac. do TC. n.º 318/2021, cit., § 2.8.1. (itálico no original). Na verdade, o Tribunal Constitucional tem oscilado entre duas orientações: “uma posição sustenta que a norma constitucional já corporiza um direito delimitado ou, talvez melhor, delimitável, e que a remissão para a lei é necessária apenas quanto ao seu exercício e eficácia; a outra posição defende uma intervenção legal conformadora, a qual é necessária à configuração do próprio direito”, Ac. do TC. n.º 318/2021, cit., § 2.8.1.; aquela posição encontra-se sufragada, por exemplo, no aresto n.º 966/96, de 11 de julho, cit.; enquanto esta, v.g., nos Acs. n.ºs 517/98, de 15 de julho, cit., e 602/2013, de 20 de setembro, cit.

VIII. Podemos começar por aceitar que a tutela constitucional do direito de contratação coletiva<sup>107</sup>, tal como da greve, exige também uma abstenção comportamental do Estado<sup>108</sup>. De facto, está em causa uma proteção da liberdade e da autonomia dos sujeitos laborais visando proteger os seus titulares dos poderes públicos, devendo o Estado perspetivar o direito de contratação coletiva como expressão da autonomia daquelas entidades e conseqüentemente abster-se de comportamentos (legislativos, administrativos ou outros) que o possam colocar em causa.

Em matéria de Estado legislador, importa sublinhar que este, nesta dimensão negativa, está adstrito a respeitar a reserva de contratação coletiva, acima referida, traduzida num espaço de liberdade em que os sujeitos laborais ditam as suas próprias regras nos diversos momentos da feitura de uma convenção coletiva (do início da negociação até à sua eficácia), o que impede, portanto, que o legislador permita qualquer intervenção de carácter tutelar por parte das entidades públicas (por exemplo, apreciação de mérito, modificação do conteúdo negociado<sup>109</sup> ou de intervenções

---

<sup>107</sup> A diferença entre direito e liberdade tem sido apontada como limitada ou irrelevante na ótica da teoria dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, uma vez que as duas categorias jurídicas se encontram sujeitas ao mesmo regime (artigo 18.º). Na verdade, tanto as liberdades como os direitos fundamentais revelam, em regra, idênticos conteúdos, ou seja, uma dimensão negativa (a abstenção do Estado e, em algumas situações, de entidades privadas) e uma positiva (ações do Estado e também dos particulares), cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, p. 123; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 111 e ss.

<sup>108</sup> Como sublinha VALDÉS DAL-RE, em declaração de voto na *Sentencia n.º 119/2014, de 16 de Julio*, cit., p. 38, a obrigação do Estado de garantir a autonomia negocial "... pode ser expressa através de duas vias: a intervenção da lei e a abstenção da lei".

<sup>109</sup> Neste sentido, JORGE CARVALHO, "Extensão das Convenções Colectivas e Pluralismo Sindical", *Revista Técnica do Trabalho*, 1981, n.º 9/10, pp. 44-45.

administrativas “autorizativas” (homologação))<sup>110</sup>. Desta reserva de contratação coletiva decorre assim a imposição ao legislador de se abster de intervir, salvo estando em causa valores de dignidade constitucional que o imponham. Ou seja: tratar-se-á sempre de uma intervenção mínima dos poderes estatais - e com habilitação legal<sup>111</sup> - durante a sua elaboração, depósito, publicação e vigência, razão pela qual só na presença de valores de ordem pública é que o legislador deve intervir<sup>112</sup>.

Na esteira do que atrás referimos, a intervenção do legislador deve, por isso, ser essencialmente de fixação do “«pavimento»”, de “um pavimento com capacidade para todos” e que “serve de cimento para o edifício da negociação colectiva”<sup>113</sup>. A fixação do regime laboral deve ser feita, em regra, de forma subsidiária, ou seja, o legislador não pode aniquilar o espaço de autonomia<sup>114</sup>, bloqueando indiscriminadamente, através de normas imperativas, o espaço convencional; isso seria uma forma de coartar a liberdade imanente à autonomia coletiva. Esta intervenção subsidiária de modo a respeitar o recorte constitucional da contratação coletiva significa, portanto, que a reserva desta abrange o dever de o Estado, através de um

---

<sup>110</sup> Por exemplo, DIAS COIMBRA, “A Convenção Colectiva de Âmbito Europeu: - Eficácia Jurídica”, *Questões Laborais*, n.º 3, 1994, p. 145.

<sup>111</sup> Isso mesmo decorre, aliás, da reserva de lei (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição), não podendo, portanto, haver restrições sem ser através de fonte legal (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

<sup>112</sup> É o caso da necessidade de garantir o conhecimento por parte de todos os seus destinatários, obrigando à publicação em documento oficial, no caso, no *Boletim do Trabalho e do Emprego*.

<sup>113</sup> KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, 3th, Stevens & Sons, London, 1983, p. 58.

<sup>114</sup> Como fez, repetimos, por exemplo, com a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011, em especial, artigo 19.º, n.º 11).

comportamento omissivo, garantir a existência de um espaço de intervenção próprio a cargo da contratação coletiva.

Não queremos naturalmente, repetimos, defender a impossibilidade de normas imperativas - devendo recordar-se que é ao legislador que compete promover o interesse comum, enquanto os sujeitos coletivos representam interesses sectoriais -, mas apenas que as mesmas serão somente constitucionalmente admissíveis na medida em que tutelem direitos ou valores com dignidade constitucional, sob pena de ignorarem o direito de contratação coletiva que, como direito fundamental que é, só pode ser objeto de restrição nos termos plasmados na Lei Fundamental (artigo 18.º)<sup>115</sup>. Estaremos, portanto, perante normas inderrogáveis (de conteúdo fixo) quando valores de ordem pública assim o ditarem<sup>116</sup>; no mais, a regulação legal deve

---

<sup>115</sup> Como se pode ler no Ac. do TC. n.º 94/92, de 16 de março, cit., § 6, “as restrições e os condicionamentos dos direitos fundamentais ... só se justificam, quando ... se mostrem necessários e adequados à salvaguarda de outros direitos e valores constitucionais. Por outro lado, têm sempre de ser proporcionados”. Há muito que, como reconhece a doutrina, o Direito do Trabalho está aberto aos interesses gerais, à economia e ao emprego, pois “ele não presta atenção apenas à justiça e equilíbrio das possíveis relações entre os sujeitos individuais do contrato de trabalho, nem se preocupa tão-somente com o sistema conflitual dos protagonistas dos interesses de classe”, LOBO XAVIER, “A Crise e Alguns Institutos de Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1986, n.º 4, p. 561. Ora, a contratação coletiva é dos institutos onde tal abertura naturalmente se sente.

<sup>116</sup> Veja-se, nomeadamente, a análise efetuada a propósito da imperatividade do artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho (lei da cessação do contrato de trabalho), no Ac. do TC. n.º 94/92, de 16 de março, cit., devendo, no entanto, sublinhar-se as certas críticas dos votos de vencido; na mesma linha, pode ver-se o aresto n.º 581/95, de 31 de outubro, cit., pp. 116 e ss., face ao artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, e o Ac. n.º 391/2004, de 2 de junho, cit. A existência de normas imperativas não significa, no entanto, que o legislador tenha a faculdade de inutilizar o conteúdo do direito de contratação coletiva, “... como sucederia se regulamentasse ... integralmente as relações de trabalho, em termos inderrogáveis pelas convenções colectivas. Significa apenas que a lei pode regular o *direito de negociação e contratação colectiva* - delimitando-o ou restringindo-o -, mas deixando sempre um conjunto minimamente significativo de matérias aberto a essa negociação. Ou seja, pelo menos, a lei há-de «garantir uma *reserva*

permitir que as situações laborais sejam regidas pela fonte coletiva, ainda que naturalmente balizadas por aquela.

Nestes termos, face às diferentes funções que possuem, a lei e a convenção coletiva devem ser perspectivadas numa lógica de complementaridade<sup>117</sup>, cabendo à lei fixar as “regras do jogo”, ser “auxiliar”<sup>118</sup>.

IX. A existência de uma intervenção subsidiária da lei face à convenção coletiva impõe, por maioria de razão, que idêntico comportamento seja imposto ao legislador relativamente à Administração, razão pela qual se deve sublinhar que a Constituição confere especial preferência à autonomia coletiva face à intervenção da Administração, conforme decorre da dignidade e relevância atribuída à convenção coletiva. Seria, aliás, inconsequente - para não dizer mesmo incongruente - que o legislador constituinte tivesse reconhecido especiais faculdades de regulação aos sujeitos coletivos e depois permitisse que a Administração diluísse ou esvaziasse esses poderes.

Há, portanto, uma particular proteção da autonomia coletiva face aos poderes da Administração<sup>119</sup>, seja desde a fase de

---

*de convenção colectiva»*”, Ac. do TC. n.º 517/98, de 15 de julho, cit., p. 15 980, itálico no original.

<sup>117</sup> Note-se também que, em muitas situações, a existência de legislação sobre determinadas matérias pode ter o efeito de abrir caminho à intervenção complementar da convenção; ou vice-versa, quando a lei “absorve” regimes ou princípios convencionais, como aconteceu com as férias, desde que esteja salvaguardada a disponibilidade do seu conteúdo.

<sup>118</sup> As expressões são de KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, cit., p. 60.

<sup>119</sup> Como incisivamente nota GOMES CANOTILHO, “Vinculação e Aplicabilidade Directa de Normas de Direitos Fundamentais: Eficácia Externa, Matrizes Comunicativas e Espaço Público”, *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume LVII, 2014, tomo I, p. 988, “Das normas de direitos, liberdades e garantias resultam pretensões subjectivas a *protecção através da administração* quer

elaboração até à entrada em vigor do instrumento convencional, seja no espaço de regulação que aquela pode ocupar através das fontes administrativas. Não quer isto, no entanto, dizer que a lei impeça a Administração (através de portarias de extensão e de condições de trabalho) de intervir, mas deverá fazê-lo de forma subsidiária (emissão e aplicação), sob pena de violar o texto constitucional, além das obrigações internacionais existentes. O reforço da autonomia coletiva operado pela Lei Fundamental leva necessariamente à diminuição dos poderes públicos (Legislativos e Administrativos) quanto à feitura e vigência do instrumento convencional.

X. A proteção constitucional da autonomia coletiva não se esgota na mera abstenção comportamental do Estado (*status negativus*), tratando-se, assim, de mais do que um mero direito de defesa contra aquele; isso mesmo decorre da sua inserção na categoria dos direitos, liberdades e garantias, pelo que, além de assegurar um espaço livre da ingerência estadual, o Estado tem também a incumbência de, ao concretizar e desenvolver os direitos fundamentais e a própria ordem jurídica, adotar as soluções mais conformes com aqueles direitos (dimensão positiva)<sup>120</sup>.

A esta dimensão acresce o dever geral de proteção do direito e dos bens consagrados, desde logo relativamente ao Estado (dimensão protetora)<sup>121</sup>. Entendemos, por isso, que uma perspetiva geral a

---

perante agressões estatais quer perante ingerências perpetradas por *terceiros*”, itálico no original.

<sup>120</sup> Assim, MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*, Principia, Estoril, 2007, pp. 89-90.

<sup>121</sup> MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais - Introdução Geral*, cit., pp. 89-90, identifica quatro dimensões do mandato que o legislador recebe para a efetivação dos direitos, liberdades e garantias fundamentais (dimensão negativa,

conceção liberal deve dar lugar a uma perspetiva social dos direitos fundamentais e, portanto, “ao lado de uma dimensão subjectiva, tende agora a reconhecer-se a esses direitos uma *dimensão objectiva*, passando os mesmos a ser vistos como contendo (também) *normas de valor ...*”<sup>122</sup>; daqui decorre que o Estado não tem só um dever negativo de não agressão, mas também um dever de adotar as medidas necessárias para promover - que, aliás, o legislador ordinário prevê (artigo 485.º)<sup>123</sup> - e proteger os direitos fundamentais de agressões (de particulares)<sup>124</sup>.

---

positiva, protetora e de institucionalização, organização e processo), que não se referem expressamente a terceiros. Para uma análise desenvolvida, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, em especial, pp. 343 e ss. e 558 e ss.

<sup>122</sup> NUNES ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, pp. 21 e ss, citação da p. 29, itálico no original; veja-se também PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, cit., pp. 187 e ss. E, para um tratamento desenvolvido da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da teoria dos deveres de protecção, REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, pp. 57 e ss., em especial, pp. 86 e ss. Veja-se também o Ac. do TC. n.º 636/95, de 15 de novembro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), referindo-se a normas-valor, no qual se pode ler: “O direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento ganha aí um significado objectivo de «fundamento funcional» da ordem democrática (G. Canotilho), um significado de norma-valor, que, enquanto valor de nível constitucional, é suscetível de um efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) sobre o sistema jurídico.

1.2. Este efeito de irradiação implica que a norma jusfundamental de liberdade de expressão limita os conteúdos possíveis do direito ordinário que se lhe refere”.

<sup>123</sup> O artigo surgiu em 2003, tendo sido formalmente alterado em 2009. O preceito consagra o dever de o Estado utilizar os mecanismos adequados e necessários para que as convenções coletivas tenham a maior amplitude aplicativa. Naturalmente que o conteúdo desta norma deve ser fixado tendo presente outras existentes no ordenamento, em especial, no Código do Trabalho.

<sup>124</sup> A propósito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para além da “eficácia de irradiação” para toda a justiça e, em particular, relativamente às entidades privadas, PAULO MOTA PINTO, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, cit., pp. 189-190, refere-se a uma outra dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja subjetivação é discutida, que se autonomizou “«... pelo reconhecimento de que esses direitos não se resumem a direitos de defesa que impõem proibições (*Abwehrrechte*)”, mas também importam uma função

Em suma: as normas constitucionais de direitos fundamentais

“... dispõem também de eficácia vinculativa perante omissões legislativas resultantes do facto de entidades legislativas constitucionalmente competentes ficarem silenciosas ou inertes quando lhes incumbia, por força da Constituição, actuar positivamente para cumprir a sua vinculação pelas normas de direitos, liberdades e garantias”<sup>125</sup>.

XI. Esta matéria assume especial relevância, porquanto, além desta perspectiva geral, a Constituição adstringiu especificamente o legislador ordinário a garantir o direito de contratação coletiva. E, por isso, essa perspectiva garantística não pode deixar de influenciar

---

protetiva, de imperativo de tutela (“*Schutzgebot*”), designadamente, impondo deveres de proteção às entidades públicas (e em particular ao Estado). A *teoria dos deveres de proteção de direitos fundamentais* (“*grundrechtliche Schutzpflichten*”) veio, justamente - corporizando, aliás, não um discurso de direitos, mas de *deveres públicos* -, pôr em relevo, também nos “clássicos” direitos de liberdade, a existência de uma importante dimensão prestacional a cargo do Estado, até então implícita, mas não explicitamente teorizada como uma das dimensões decorrentes desses direitos. Esses direitos eram antes perspectivados apenas como conferindo um *status negativus*, como direitos de defesa (“*Abwehrrechte*”), deixando na sombra, ao lado desta “clássica” função defensiva, a função de imposição ao Estado de deveres de protecção desses direitos, na área de tutela por eles coberta, e dos bens por esses direitos protegidos”, itálico no original. Acrescenta ainda o Autor, *op. cit.*, pp. 194-195: “Assim, segundo a teoria dos deveres de protecção, os direitos fundamentais da vítima, como os do agente, apenas se dirigem contra o Estado - a relação entre particulares fica excluída. Designadamente, não surgiria por força dos direitos fundamentais qualquer relação directa, de direitos e deveres entre particulares. Apenas em caso de lesão se poderia actualizar o dever do Estado, de protecção contra a lesão, mas não dirigido contra o agente. A fundamentação da proibição de violação não é, pois, obtida através de uma eficácia em relação a terceiros, antes resulta já como correspectivo da protecção de direitos fundamentais como direitos de defesa, dirigida ao Estado”. Daqui decorre, como reconhece depois PAULO MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 196-197, que o Estado está adstrito a prever meios de reacção e de sanção para intervenções de terceiros, particulares, constituindo uma imposição constitucional para a tutela dos direitos fundamentais (no caso, o Autor refere-se ao direito ao desenvolvimento da personalidade).

<sup>125</sup> GOMES CANOTILHO, “Vinculação e Aplicabilidade Directa de Normas de Direitos Fundamentais: Eficácia Externa, Matrizes Comunicativas e Espaço Público”, *cit.*, p. 983.

o conteúdo do direito, devendo ter-se sempre presente que estamos perante um instrumento que constitui, para os trabalhadores, um meio de equilibrar a desvantagem de facto existente na relação individual, pois os direitos coletivos são um instrumento essencial para contrabalançar a supremacia de uma das partes na relação individual.

O legislador estará, deste modo, adstrito a assegurar, sem prejuízo do que atrás já referimos, numa “... posição de coordenador de liberdades e de garante dos bens jurídicos fundamentais”<sup>126</sup>:

- 1) O reconhecimento de sujeitos, para além das associações sindicais, com capacidade e legitimidade<sup>127</sup> para exercer o direito, que abrange a faculdade de propor, negociar e celebrar convenções coletivas e consequentemente de alterar as cláusulas negociadas e de fazer cessar os seus efeitos;
- 2) A existência de efetivas condições de negociação relativamente às partes, devendo o Estado disponibilizar os meios - ainda que a título subsidiário - necessários quer

---

<sup>126</sup> A expressão é de JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 252, com amplo desenvolvimento sobre os deveres estatais de proteção (pp. 342 e ss.). A doutrina de que o Estado se encontra adstrito a um dever específico de agir em tutela de certos direitos, liberdades e garantias tem também suporte na jurisprudência constitucional, de que é exemplo, a propósito dos serviços mínimos em caso de greve, o Ac. do TC. n.º 199/2005, de 19 de abril, cit., em especial, § 8.2.3.; e, na doutrina, tratando do mesmo tema, GOMES CANOTILHO/JORGE LEITE “Ser ou não Ser uma Greve (A Propósito da Chamada «Greve Self-Service»)” *Questões Laborais*, n.º 13, 1999, pp. 31-32.

<sup>127</sup> Relativamente às associações sindicais, a capacidade resulta expressamente da Constituição, remetendo esta fonte a regulação da legitimidade para a lei ordinária.

para uma atuação preventiva da afetação do direito de contratação coletiva, bem como para ultrapassar os dissensos (mecanismos de resolução de conflitos), quer ainda para uma atuação repressiva perante o incumprimento, tendo sempre presente que as duas partes do direito de contratação coletiva são titulares de direitos fundamentais<sup>128</sup>;

- 3) E tendo em vista a obrigação de cumprir o quadro constitucional, poderá impor obrigações aos sujeitos em nome do direito de contratação coletiva, de modo a torná-lo efetivo, considerando-se excepcional a recusa de negociação<sup>129</sup>, mas permitindo sempre a rejeição da outorga, tendo presente que a dimensão de liberdade do direito de contratação coletiva é essencial, traduzindo-se na faculdade de optar por certa regulação autónoma, tal como de decidir por não ter nenhuma; ou seja, não só protege a atividade como a liberdade de não atuar

---

<sup>128</sup> JORGE LEITE, “Subsídios para uma Leitura Constitucional da Convenção Colectiva”, AAVV, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Alonso Olea*, coordenação de Monteiro Fernandes, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 402-403, fala em norma de prevenção, afirmando que no artigo 56.º, n.º 3, *in fine*, o que está “... em causa é o receio de bloqueamento do direito que a CRP quer ver garantido, pelo que à lei cabe, por expressa injunção constitucional, remover obstáculos ao exercício do direito e adoptar as demais medidas adequadas a garantir a sua efectividade”.

<sup>129</sup> Pelo menos se não estiverem reunidos um conjunto de pressupostos, de que é exemplo, a existência de uma proposta assente nas regras da boa fé. Com base na Convenção n.º 98 da OIT, defende GUY CAIRE, *Liberdade Sindical e Desenvolvimento Económico, Liberdade Sindical e Desenvolvimento Económico*, Edições F. D. T., Lisboa, s.d., *Liberté Syndicale et Développement Économique*, tradução de Manuel Campos e Martins Ferreira, p. 41, que “... a recusa de negociações ou a atitude intransigente de uma das partes por ocasião das negociações não poderá ser considerada como uma violação dos direitos sindicais”.

(inatividade)<sup>130</sup> revelando-se, deste modo, como uma garantia pluridimensional de liberdade coletiva;

- 4) Compreende-se, por isso, que, em nome da tutela constitucional, a contratação coletiva apenas ficará materialmente assegurada se, além de um dever genérico de respeito e de um dever concreto do Estado - especialmente relevante aquando da sua intervenção legislativa - em garantir o seu exercício, se reconhecer outro dever específico a cargo dos empregadores e respetivas associações, integrando o dever de adotar comportamentos colaborantes<sup>131</sup>. Este dever específico a cargo dos empregadores (e associações) não tem como fonte a lei ordinária, mas sim a própria norma constitucional, pelo que é mais um elemento a ter em conta no momento da intervenção legislativa; e para garantir o direito de

---

<sup>130</sup> “E convém não esquecer que na área da autonomia privada (seja ela individual ou coletiva), a liberdade *negativa*, como liberdade de não ficar vinculado por efeitos que não se querem, é expressão mais básica da autodeterminação (constitucionalmente consagrada no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição), a primeira e mais digna de tutela manifestação da liberdade negocial”, SOUSA RIBEIRO na declaração de voto do Ac. do TC. n.º 338/2010, de 22 de setembro, cit.

<sup>131</sup> Neste sentido, JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 149. Como bem sublinha VIEIRA DE ANDRADE/FERNANDA MAÇÃS, “Contratação Colectiva e Benefícios Complementares de Segurança Social - O Problema da (In)constitucionalidade Material das Normas Limitadoras da Contratação Colectiva no Domínio da Segurança Social”, cit., p. 35, a propósito do direito de contratação coletiva, “... temos um direito que radica numa ideia de liberdade, que tem como destinatários não só o Estado como as associações patronais ...”. Numa perspetiva diferente, REIS NOVAIS, “Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares”, *Direitos Fundamentais - Trunfos contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006, p. 87, nota 78, defende que mesmo quando as Constituições consagram especificamente, por exemplo, direitos sindicais na empresa e o direito à greve, mais não fazem do que impor orientações ao legislador e, apesar das aparências, os seus destinatários são o Estado e as entidades públicas, não os particulares.

contratação coletiva é também especialmente importante a existência de igual dever a cargo das associações sindicais<sup>132</sup>.

Em suma, a lei ordinária deve cumprir o sentido promocional constante da Constituição relativamente à contratação coletiva enquanto fonte de fixação das condições de trabalho, assegurando condições de efetiva realização do direito de contratação coletiva, bem contrário ao “absurdo «furor normandi» do legislador português”<sup>133</sup>, em que se privilegia, muitas vezes, a actividade legislativa em detrimento da auto-regulação, podendo mesmo falar-se numa “permanente tensão entre a lei a autonomia colectiva”<sup>134</sup>.

XII. Assentemos que os elementos referidos fazem parte do núcleo do direito de contratação coletiva e, portanto, pelo menos estes o legislador ordinário tem de garantir.

---

<sup>132</sup> Uma perspetiva ampla foi também defendida pelo Deputado JOSÉ MAGALHÃES, afirmando: “... o direito de contratação coletiva é, como sabemos, um bom exemplo de um conjunto ou feixe de faculdades das mais diversas concretizações; implica, naturalmente, a faculdade de apresentar propostas de convenções coletivas, de negociá-las, de outorgar os acordos que, eventualmente, sejam conseguidos; implica a faculdade de exigir o reconhecimento da capacidade negocial por parte daqueles que a tenham; implica a faculdade de exigir a resposta às propostas negociais que sejam apresentadas e resposta atempada e pela forma própria; implica que haja matéria para discutir, para negociar, e, por outro lado, implica que o Estado use, acione na altura própria, meios que permitam evitar a frustração, o falhanço do direito à contratação coletiva, sem o que a proclamação constitucional seria nula quanto à sua eficácia”, *Diário da Assembleia da República*, de 21 de junho de 1988, cit., p. 563.

<sup>133</sup> LOBO XAVIER, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa e o Direito do Trabalho”, AAVV, *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p. 229. O excesso de legislação é um problema genérico que não se circunscreve à área laboral.

<sup>134</sup> LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, cit., p. 507.

Tenhamos, no entanto, presente que as diversas posições subjetivas que acima fomos identificando se encontram numa relação de interdependência e complementaridade entre si, o que significa que a multiplicidade de estruturas subjetivas gera uma dependência recíproca para que o direito de contratação coletiva seja efetivamente um direito; esta confluência de direitos e deveres dos diversos intervenientes são, portanto, essenciais para dar “vida” ao direito de contratação coletiva.

XIII. Deve notar-se que as normas constitucionais relativas ao direito de contratação coletiva não preveem, de forma direta ou imediata, qualquer restrição ou limite relativo ao âmbito de proteção, inexistindo, deste modo, de forma expressa, qualquer autorização para o legislador ordinário diminuir o âmbito de proteção garantido em termos constitucionais (a denominada reserva de lei restritiva)<sup>135</sup>.

Não significa isto naturalmente que o mandato para garantir o direito de contratação coletiva não pressuponha a existência de limites<sup>136</sup> ou de restrições<sup>137</sup>, pois - embora inexista no texto

---

<sup>135</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1276-1277. Para uma distinção entre leis restritivas e leis de garantia de direitos fundamentais, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, «Teses e Monografias», n.º 4, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2002, p. 211.

<sup>136</sup> Cf. JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 169, embora se refira à autonomia privada. Como nota BIGOTTE CHORÃO, “Autonomia”, cit., p. 258, “... a autonomia colectiva, pela sua própria natureza, [está] duplamente limitada: no exterior, pelas normas imperativas que tutelam interesses públicos; no interior, pelo vínculo a que, em função da realização dos interesses do grupo, se acha submetido o poder”.

<sup>137</sup> Para uma análise do conceito de restrições e algumas figuras afins (tais como, limite, concretização e conformação legislativa, condicionamento) e sem ignorar a flutuação terminológica, *vd.*, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*

constitucional uma cláusula geral sobre os limites dos direitos fundamentais - não há direitos ilimitados<sup>138</sup>; o direito de contratação coletiva, “tendo de conviver com outros direitos constitucionais, há-de sofrer desde logo os limites que decorrem das necessidades impostas

---

*Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 261 e ss.; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 393 e ss.; JORGE MIRANDA/JORGE PEREIRA DA SILVA, na obra com RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., pp. 346 e ss.; e, em especial, REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., em especial, pp. 172 e ss., 247 e ss. e 254 e ss.; AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei*, cit., pp. 315 e ss.

Em matéria de definição de conceitos, o Tribunal Constitucional, Ac. n.º 681/95, de 5 de dezembro, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), afirmou que “a restrição supõe uma compressão interna do próprio direito, retirando-lhe possibilidades dantes consentidas no seu âmbito e diminuindo as faculdades ali previstas, seja para uma certa categoria de pessoas, seja para todas as pessoas desde que verificada uma determinada situação de facto.

E também ali não se concretiza uma regulamentação, já que com esta se visa o preenchimento e definição do próprio conteúdo do direito” (sublinhado no original). Em acórdão anterior, tinha também deixado claro - n.º 74/84, de 10 de julho, *Diário da República*, I série, n.º 211, de 11 de setembro de 1984, p. 2820 - que “quando, pois, o legislador atinge ou afecta o conteúdo do direito fundamental, então é de uma restrição que se trata. Ainda quando não visasse especialmente esse objectivo”. Veja-se também o Ac. n.º 289/92, de 2 de setembro, cit., sobre as restrições e figuras fins.

Utilizaremos os termos, na esteira de JORGE MIRANDA, com o seguinte significado: *restrição de direitos* - para nos referirmos a uma afetação de uma faculdade que *a priori* estaria neles compreendida; *limite* - como o resultado ou condições de carácter geral, válidas para quaisquer direitos (por exemplo, a moral, a ordem pública), necessárias para assegurar a convivência do direito com os demais.

<sup>138</sup> É preciso ter sempre presente que não existem direitos ilimitados, podendo afirmar-se, como faz PIERRE BOM, “La Protection Constitutionnelle des Droits Fondamentaux: Aspects de Droit Comparé Européen”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1990, pp. 46-47, que cita jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, que todos os direitos são limitados, quer essa limitação resulte expressamente da Constituição, quer decorra da necessidade, direta ou indireta, de proteger outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Aliás, mesmo na época liberal em que o individualismo reinava, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) prescrevia: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei” (artigo 4.º).

por uma convivência social ordenada”<sup>139</sup> e decorrentes do interesse geral, destacando-se, de imediato, a limitação recíproca dos direitos das associações sindicais, o direito de associação dos empregadores, a liberdade de iniciativa económica e a propriedade privada, além naturalmente de todos os preceitos atinentes à situação laboral (artigos 53.º e ss. da Constituição). E deve ser nesse quadro - a que logicamente não faltarão as fontes internacionais e comunitárias<sup>140</sup> - que o legislador fixa a proteção ordinária a que está adstrito, identificando o limite no exercício deste direito.

XIV. Olhando um pouco mais para as restrições, cumpre sublinhar que, como referimos, sendo o direito de contratação coletiva um direito, liberdade e garantia, só deve ser restringido para salvaguardar outros direitos constitucionalmente plasmados.

A proibição de qualquer intervenção na contratação coletiva tem, deste modo, de ter apoio constitucional e deve ser realizada com base no artigo 18.º da Constituição. O artigo 18.º, n.º 2, da Constituição afirma que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, o que poderia suscitar a dúvida sobre a possibilidade de existirem outras

---

<sup>139</sup> Ac. do TC. n.º 74/84, de 10 de julho, cit., p. 2818, que o afirma a propósito da liberdade de expressão, acrescentando ainda: “A ideia de limite vai, assim, implicada no conceito de direito, decorrendo das necessidades que as várias esferas jurídicas têm de se limitar reciprocamente, a fim de poderem coexistir no interior do respectivo ordenamento jurídico” (pp. 2818-2819).

<sup>140</sup> Embora se deva salientar que as situações coletivas não têm sido objeto de especial atenção por parte do Direito Comunitário, falando mesmo alguma doutrina em “modesto papel”, VALDÉS DAL-RÉ, “Presentación”, AAVV, *Libertad de Asociación de Trabajadores y Empresarios en los Países de la Unión Europea*, director Valdés Dal-Ré, «Colección Informes e Estudios, serie general, núm 18», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 34, referindo fatores técnicos e políticos.

restrições. No entanto, como tem demonstrado a doutrina, há restrições implícitas decorrentes da necessidade de proteger outros interesses constitucionalmente protegidos, “... fundadas não em preceitos avulsos, mas sim em princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas”<sup>141</sup>, ambas sempre sujeitas ao princípio do carácter restritivo das restrições<sup>142</sup>.

Dito de outra forma: o legislador pode - *rectius*, deve - excepcionalmente, e na medida em que estejam em causa valores de ordem pública, impedir, em concreto, a intervenção da contratação coletiva. O que não pode é, em nome de quaisquer outros direitos fundamentais, aniquilar o direito de contratação coletiva. Impõe-se, por isso, o recurso ao princípio da concordância prática cujo critério decisório se encontra no artigo 18.º da Constituição<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 481, com mais desenvolvimentos nas páginas subsequentes. Veja-se também, sobre o tema, em sentido nem sempre coincidente, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 274 e ss.; REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 581 e ss.

<sup>142</sup> Sobre o princípio, JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 475 e ss.

<sup>143</sup> Alguma doutrina tem recorrido também às diretrizes constantes do artigo 335.º do Código Civil para resolver a situação de colisão de direitos fundamentais, cf. ROMANO MARTINEZ, “A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho”, cit., pp. 181-182, a propósito da harmonização entre a segurança no emprego e a liberdade de iniciativa económica; JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., 2018, pp. 402 e ss. Em sentido crítico, LIBERAL FERNANDES, *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, cit., p. 171, nota 333. Sobre a colisão de direitos, MENEZES CORDEIRO, “Da Colisão de Direitos”, *O Direito*, n.º 137, 2005, I, pp. 37 e ss., em especial, pp. 43 e ss. Perante a temática, conclui GOMES CANOTILHO, “Dogmáticas de Direitos Fundamentais e Direito Privado”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume V, coordenação de Menezes Cordeiro, Menezes Leitão e Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2003, p. 83, que “as dogmáticas das restrições de direitos desenvolvidas a nível do direito constitucional e a nível de direito cível não podiam chegar a soluções materiais muito diferentes nos quadros da mesma ordem jurídica livremente constituída e no quadro da mesma ordem axiológico-jurídica”.

E mesmo as restrições, como se pode ler em jurisprudência constitucional, têm certos limites, i.e.

“para decidir em concreto se determinada intervenção legislativa preenche um tal requisito de admissibilidade e legitimidade (quer dizer, se é reconduzível à noção de «concretização» dos referidos limites constitucionais) o Tribunal recorre basicamente a uma ideia de proporcionalidade, nas suas três conhecidas dimensões: adequação, necessidade, proporcionalidade, *stricto sensu*”<sup>144</sup>.

Em suma, “os direitos fundamentais ... não são absolutos e admitem limitações no seu exercício”, pelo que a harmonização e “... concreta conciliação de direitos em colisão passa pela restrição necessária e proporcional, sem supressão de nenhum desses direitos”<sup>145</sup>. De qualquer modo, a regra em matéria de direitos fundamentais é a liberdade, que só é excecionada face a situações que imponham interpretações limitadoras ou restritivas<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Ac. do TC. n.º 455/87, de 10 de dezembro, [www.tribunalconstitucional.pt.](http://www.tribunalconstitucional.pt), § 4. Como se escreve no Ac. do TC. n.º 46/85, de 13 de maio, cit., p. 4952, “... inserindo-se o art. 56.º da Constituição [atual art. 55.º], que consagra a liberdade sindical, no âmbito dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, beneficia do regime jurídico definido no art. 18.º, qual seja o de a lei só poder restringir tais direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Quanto ao conteúdo do princípio da proporcionalidade (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito), *vd.*, por exemplo, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., pp. 392-393 (XII); SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, «Coleção Teses», Almedina, Coimbra, 1987, pp. 113 e ss., com referências ao direito alemão. E, na jurisprudência constitucional, Ac. n.º 155/2004, de 16 de março, cit., pp. 2457 e ss; e Ac. n.º 632/2008, de 23 de dezembro, cit., D), 11.

<sup>145</sup> ROMANO MARTINEZ, “A Constituição e o Direito do Trabalho”, cit., p. 184.

<sup>146</sup> VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 151. Esta posição tem sido seguida pelo Tribunal Constitucional, de que é exemplo o aresto n.º 46/84, de 23 de maio, *Diário da República*, de 13 de julho de 1984, II série, n.º 161, p. 6251.

XV. Realizada está análise, estando nós face a mais “um degrau” de afetação do direito de contratação coletiva, o resultado é simples: através das diversas arbitragens (obrigatórias e necessárias) uma das partes - basta a vontade de uma delas - pode impor à outra um (longo) prolongamento da eficácia temporal da convenção, ficando a parte divergente que não requereu a arbitragem “refém” daquela. Na verdade - e sem prejuízo do *entorse dogmático* de termos uma “denúncia” que carece de fundamentação -, o novo regime atribui ao tribunal arbitral o poder de apreciar a validade dos fundamentos da denúncia.

Como acima referimos, a esta denúncia agora associada à análise do tribunal arbitral e com efeitos na sobrevivência, “somam-se” as já existentes. *Para a suspensão do período de sobrevivência e mediação* (artigo 501.º-A), que, com as alterações, permite também o recurso à *arbitragem necessária* (artigos 501.º-A, n.ºs 11 e 12, e 510.º), o que significa, em termos manifestos, uma modificação ao regime temporal acordado pelas partes e agora inovado com a vontade apenas de uma delas.

Ora, tal situação, no cômputo geral, direciona-se para uma restrição desproporcional do direito de contratação coletiva, uma vez que o modelo consagrado - com mais este “degrau” impeditivo dos efeitos acordados - assenta numa indefinição e prolongamento de uma fonte que, por natureza, tem vocação temporária e transitória<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, «Colecção Teses», Imprensa da FDUL, 2022, cit., pp. 26 e ss., sobre as diversas funções da convenção coletiva.

XVI. O regime agora introduzido suscita mais duas dificuldades: 1) a imposição da arbitragem em detrimento do tribunal judicial; 2) harmonização com o conteúdo da liberdade de iniciativa económica.

Começando pela possibilidade de uma das partes poder impor à outra a apreciação pelo tribunal arbitral, porquanto

“a parte destinatária da denúncia pode requerer ao Presidente do Conselho Económico e Social arbitragem para apreciação da fundamentação invocada pela parte autora da denúncia ...” (artigo 500.º-A, n.º 1).

Neste caso, estamos perante uma arbitragem “coerciva”, o que “... deturpa a tradicional noção de arbitragem, como forma de resolução de conflitos, onde se pressupõe voluntariedade ...”<sup>148</sup>. Esta situação impõe limites à “jurisdicionalidade” dos tribunais arbitrais, para mais quando estamos perante uma restrição do princípio da autonomia coletiva. De facto, “problemática é a questão de saber se a cobertura constitucional dos tribunais arbitrais abrange apenas os tribunais «voluntários»; ou seja, os instituídos por vontade dos interessados, ou também os «necessários». No fundo, os impostos por lei, visto que estes implicam que os litigantes ficam impedidos de recorrer diretamente aos tribunais «ordinários» que normalmente seriam competentes, podendo por isso pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 2, da Constituição), mas também o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição)”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> ROMANO MARTINEZ, “Mediação e Arbitragem em Direito Laboral (Estudo Legislativo)”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2015, n.º 4, p. 19. Também sublinhado este ponto, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., p. 550 (XII).

<sup>149</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1.º a 107.º)*, volume I, cit., p. 551.

XVII. Relativamente à *harmonização da intervenção do tribunal arbitral face à liberdade de iniciativa económica*, consideramos que a norma, numa interpretação conforme à Constituição, não viola esta fonte.

Na verdade, caso o tribunal arbitral avaliasse se os motivos invocados pelo autor da denúncia justificam materialmente o recurso a esta forma de cessação do instrumento negocial, estaríamos perante uma afetação da liberdade de iniciativa económica, mais concretamente da liberdade de gestão; nesta situação teríamos o “juiz gestor”, que se substituiria ao empregador na gestão da empresa, despojando-o dos seus mais elementares direitos.

Diversamente, ficando o poder cognitivo do tribunal arbitral limitado à veracidade dos factos invocados e conseqüente à congruência com a necessidade de cessação da convenção coletiva, a liberdade de iniciativa económica não é afetada, o que, numa interpretação conforme à Constituição, permite sustentar a adequação da opção legislativa com a Lei Fundamental.

Recorde-se, aliás, que existe um lugar paralelo que seguramente relevará para fixar os limites de apreciação do tribunal arbitral. Referimo-nos aos poderes de cognição do tribunal judicial em matéria de despedimento coletivo. Com efeito, assentando esta forma de cessação em motivos de ordem económica, mais concretamente, de mercado, estruturais e tecnológicos (artigo 359.º), a doutrina tem sustentado que

“O recurso ao despedimento coletivo com base em motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos não será só admitido em situações limite, como no caso de risco iminente de insolvência da empresa. Importará salientar que se está perante uma decisão de gestão

empresarial; é o empresário que decide se, por exemplo, quer automatizar o equipamento com a consequente redução de pessoal ou pretende encerrar uma secção, ainda que economicamente viável, quando tem interesse em restringir as suas atividades. Não cabe ao tribunal apreciar o mérito de tais decisões, porque o empresário é livre de empreender um caminho ruinoso; o tribunal só tem de verificar se o empregador não está a agir em abuso do direito ou se o motivo não foi ficticiamente criado. No fundo, como se trata de uma resolução com causa objetiva, o despedimento não é discricionário, tem de ser fundamentado, e a motivação deve ser encontrada nos fatores de mercado, estruturais ou tecnológicos.

Para reiterar a posição assumida no sentido de não caber ao tribunal apreciar o mérito da decisão empresarial, importa atender ao facto de o Código do Trabalho (tanto na versão de 2003, artigo 397.º do CT2003, como após a revisão de 2009, artigo 359.º, n.º 2, do CT2009), comparado com o precedente artigo 26.º, n.º 2, da LCCT, em relação aos motivos omitiu o adjetivo «comprovada» e acrescentou a previsibilidade da sua ocorrência. Estas alterações modificam substancialmente a apreciação dos motivos.

Acresce ainda que a intromissão do juiz na apreciação dos fundamentos que justificaram a decisão de gestão empresarial é inconstitucional, por violar o artigo 61.º, n.º 1, da Constituição, contrariando o direito fundamental de propriedade privada, na sua vertente de liberdade empresarial; de facto, a liberdade de iniciativa empresarial, a que foi conferida tutela constitucional (artigos 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da Constituição), seria posta em causa se os critérios de gestão empresarial fossem ponderados pelo julgador”<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 1003-1004. Sobre a compatibilidade entre a segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição) e a

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça tem afirmado que

“I - O despedimento colectivo, assentando na autonomia contractual do empregador ligada às necessidades de dimensionamento da sua empresa, tem por subjacente premissas economicistas, pelo que, realizado o despedimento de acordo com as formalidades a que ele se encontra sujeito, o seu controle judicial terá de se harmonizar com a liberdade da empresa e da sua gestão, tendo-se presente o fim em causa.

II - Assim, a legalidade do despedimento terá de ser aferida com respeito pelo critério empresarial e, nunca, à luz de mecanismos de viabilização da empresa, não competindo ao julgador substituir-se ao empregador, cabendo-lhe tão só um juízo racionalmente controlável sobre os fundamentos do despedimento.

III - Compete ao empregador demonstrar uma estrutura factual que, conjugada com as valorações e prognósticos, enquanto critérios da empresa, possam alicerçar, com a devida proporcionalidade e

---

liberdade de iniciativa empresarial (artigos 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da Constituição), veja-se ROMANO MARTINEZ, “Trabalho e Direitos Fundamentais, Compatibilização entre Segurança no Emprego e a Liberdade Empresarial”, cit., pp. 157 ss.

Pese embora os argumentos expendidos no sentido de não caber ao tribunal imiscuir-se na gestão e organização empresarial, veja-se o Ac. do STJ, de 12 de Novembro de 2019, que admitiu a sindicabilidade do despedimento coletivo, apurando os juízos de razoabilidade da decisão empresarial, num caso em que o empregador decidiu encerrar uma loja, por entender que tinha reduzida rendibilidade, e o tribunal negou essa via por considerar que não estava provada a existência de prejuízos na referida loja. Com uma apreciação crítica do acórdão, veja-se MONTEIRO FERNANDES, “Despedimento Colectivo, Aviso de Caducidade de uma Convenção Colectiva... Comentário a três Acórdãos do mesmo Dia”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2020, n.ºs 1-4, pp. 285 e ss. (290-298). Com especial desenvolvimento e em crítica a esta jurisprudência que comete ao tribunal o poder de sindicarem as decisões de gestão empresarial, consulte-se o acutilante estudo de RUI MEDEIROS/AFONSO PATRÃO/RITA CANAS DA SILVA, “Despedimento Coletivo: Sindicabilidade Judicial da Motivação Empresarial”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2021, n.ºs 1-4, pp. 109 e ss.

adequação, a decisão de despedimento”<sup>151</sup>.

## § Conclusões

Realizada a análise dos diferentes normativos face à Lei Fundamental, importa identificar as principais conclusões que podem ser resumidas nas seguintes asserções:

- 1) O respeito pela hierarquia das fontes é um valor estruturante de um Estado de Direito, salientando-se que a garantia de que os valores constantes da Constituição não são afetados constitui um ponto nevrálgico da elaboração de qualquer diploma;
- 2) Não é inconstitucional a nova redação do artigo 25.º, n.º 7 (*proibição de discriminação*), desde que o preceito seja interpretado no sentido conforme à Constituição que não impede - *rectius*, impõe - um tratamento diferenciado, justificado objetivamente, sob pena de o “igualitarismo” violar o princípio da igualdade;

---

<sup>151</sup> Ac. do STJ, de 7 de novembro de 2001, processo n.º 015594, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), sumário. E mais recentemente, Ac. do STJ, de 24 de Março de 2021, processo n.º 660/14.5TTBCL.G1.S1, § II (sumário): “A liberdade de empresa permite ao empregador introduzir novas tecnologias ou extinguir secções ou departamentos quando quiser e entender adequado ou oportuno. Simplesmente se pretender proceder a um despedimento coletivo com esses fundamentos terá, não apenas de invocar tais medidas de gestão, mas de demonstrar em que medida é que as mesmas redundaram em uma efetiva redução de postos de trabalho”.

- 3) É inconstitucional o novo artigo 338.º-A (*proibição do recurso à terceirização de serviços*), uma vez que, para além de uma incongruência teleológica com as finalidades constitucionalmente admitidas para o despedimento coletivo (ou extinção do posto de trabalho), colide com preceitos que radicam, em última instância, na dignidade da pessoa humana, concretamente:
- a) o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição);
  - b) a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição);
  - c) a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição);
  - d) o direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição);
- 4) É inconstitucional o aditamento ao artigo 337.º (remissão abdicativa), por violação do direito de participação na elaboração da legislação do trabalho (artigo 54.º, n.º 5, alínea d) e 56.º, n.º 2, alínea a), da Constituição) e, por outro lado, por corresponder a uma restrição desproporcional do princípio da autonomia privada (v.g., artigo 26.º da Constituição);
- 5) É inconstitucional o alargamento do direito à atividade sindical na empresa, na qual não existam trabalhadores filiados (artigo 460.º, n.º 2), mais concretamente na remissão para o direito a instalações (artigo 464.º), porquanto comprime desproporcionalmente a liberdade de iniciativa económica (artigo

61.º, n.º 1, da Constituição) e o direito de propriedade privada (artigo 62.º da Constituição);

- 6) A arbitragem para a apreciação da denúncia de convenção coletiva, ao estabelecer uma nova arbitragem coerciva - ao lado da arbitragem obrigatória e necessária -, direciona-se para uma restrição desproporcional do direito de contratação coletiva. Não se podendo concluir, atendendo aos dados legislativos existentes, que seja *per se* violadora da Constituição. No cômputo geral das diferentes vias da arbitragem coerciva, e dependendo do modo como vier a ser concretizada, pode colidir com vetores essenciais, mormente a liberdade coletiva (de associações sindicais e de empregadores).

Lisboa, 10 de abril de 2023



WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE  
DIREITO DO TRABALHO

idt

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