

# RIDT

ANO III / DEZEMBRO 2023 / Nº 5  
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

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

**Diretor**

Luís Gonçalves da Silva

**Director**

Luís Gonçalves da Silva

**Subdiretora**

Cláudia Madaleno

**Assistant Director**

Cláudia Madaleno

**Secretária-Geral**

Sara Leitão

**Secretary-General**

Sara Leitão

**Secretária-Geral Adjunta**

Maria Leonor Ruivo

**Deputy Secretary-General**

Maria Leonor Ruivo

**Propriedade**

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL  
NIPC 504992392

**Ownership**

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL  
ID No. 504992392

**Morada IDT / Sede de Redação**

Faculdade de Direito de Lisboa,  
Alameda da Universidade,  
Cidade Universitária,  
1649-014 Lisboa

**Address IDT / Head Office**

Faculdade de Direito de Lisboa,  
Alameda da Universidade,  
Cidade Universitária,  
1649-014 Lisboa

**Periodicidade**

Semestral

**Periodicity**

Semiannual

**Nº Registo ERC**

127529

**ERC Registration No.**

127529

**Depósito Legal**

480082/21

**Legal Deposit**

480082/21

**ISSN**

2184-8815

**ISSN**

2184-8815

**Conceção Gráfica e Paginação**

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

**Graphic Design and Pagination**

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



# EDITORIAL

Na publicação do primeiro número da RIDT após o falecimento do seu Diretor, Professor Doutor Pedro Romano Martinez, a Direção solicitou ao Professor Doutor António Menezes Cordeiro - Professor mais antigo da FDUL na área de Ciências Jurídicas, Mestre do nosso Diretor e membro do Conselho Científico da RIDT - a elaboração de uma nota prévia de homenagem, palavras que a Direção da RIDT agradece e às quais se associa.

Em homenagem e memória do nosso Fundador, dedicamos-lhe a publicação deste número, que marca o nosso sincero agradecimento e profunda saudade pelo exemplo académico e pessoal que constituiu para todos nós.



1959-2023

## PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ

No dia 23 do passado mês de outubro, a Revista Internacional de Direito do Trabalho perdeu um dos seus fundadores e diretores. O Prof. Doutor Pedro Nuno Tavares Romano e Soares Martinez deixou-nos, na plena posse das suas faculdades e no exercício de funções académicas e de árbitro. A perda é irremediável. Ficam breves linhas que mais não fazem do que sublinhar essa dimensão.

No Mundo do Direito, Pedro Romano Martinez fez o pleno. É um excelente investigador: recordo apenas que, na sua dissertação de doutoramento, Pedro Romano Martinez antecipou, em cerca de trinta anos, a atual dogmática da

compra e venda, colocando-a não no plano da tutela do vendedor - solução do Código Civil - mas na do comprador. É o ABC da proteção do consumidor. Pedro Romano Martinez assume, assim, a tutela dos fracos, através do Direito privado: uma característica que iria surgir na sua obra subsequente.

É um expositor de primeira: os seus livros de Direito do trabalho e de Direito das obrigações são incontornáveis: ontem, hoje e amanhã.

É um grande pedagogo: ensinou o gosto pelo Direito e pela sua Ciência a milhares de alunos. As suas aulas estavam sempre cheias.

É um legislador extraordinário: o País deve-lhe o Código do Trabalho e a Lei do Contrato de Seguro.

É um coordenador imbatível: fundou o Instituto de Direito do Trabalho e o Instituto de Direito civil e organizou edições sucessivas do Código do Trabalho e da Lei do Contrato de Seguro anotadas.

Animou revistas jurídicas, como a Revista de Estudos Sociais, a Revista de Direito civil e a Revista Internacional de Direito do Trabalho.

O seu alto nível científico e académico foi reconhecido pela mais imparcial e exigente das nossas entidades científicas: a Academia das Ciências de Lisboa, da qual foi sócio efetivo.

É um prático convicto do Direito: a sua atuação no campo da parecerística e no da arbitragem é um marco. Pedro partiu no exercício das suas funções de árbitro, no quadro de uma arbitragem no qual eu próprio tive a honra de ser designado presidente: precisamente na tarde do dia 23 de outubro.

A dimensão do papel de Pedro Romano Martinez no campo da Ciência do Direito lusófono irá ocupar, no futuro, gerações de juristas.

No Universo da Faculdade de Direito de Lisboa, Universo esse que, dispensavelmente, se vem a revelar excessivamente belicoso e mesmo violento, Pedro foi um Senhor. Eleito, por várias vezes e em votações democráticas, presidente do Conselho Científico, diretor da Faculdade e presidente do Conselho da Faculdade, Pedro seguiu o seu caminho, sem ofender, sem ripostar, sem hesitar e sem trair os seus amigos. Acompanhei-o, de perto, em quatro campanhas eleitorais vitoriosas: posso testemunhá-lo diretamente. E sob a sua orientação segura, a Faculdade progrediu, floresceu em inúmeros doutoramentos, agregações e concursos, melhorou os serviços, dialogou com os estudantes, trabalhou com os nossos funcionários, colaborou com universidades estrangeiras e lançou os alicerces do que se afigura um grande futuro para os nossos estudantes.

No plano da amizade, Pedro enchia um anfiteatro com os seus amigos. E, mau grado as suas inúmeras ocupações, Pedro foi, antes de mais, um homem de Família. Bom filho, bom marido, bom pai, ufano avô: não posso entrar nesse universo que sei maravilhoso.

O Prof. Doutor Pedro Romano Martinez foi um lutador: em todos os planos da sua vida académica, profissional, familiar e nestes últimos meses de luta dramática. Não há outro. Fica a Família, ficam os Colegas, ficam os amigos, fica a obra, fica o exemplo e fica uma dor que a convicção do Além a todos consola.

**António Menezes Cordeiro**



1959-2023

## PROFESSOR PEDRO ROMANO MARTINEZ

On October 23rd, the International Labour Law Review lost one of its founders and directors. Professor Pedro Nuno Tavares Romano e Soares Martinez has left us, in full possession of his faculties and in the exercise of his academic and arbitrator functions. The loss is irremediable. These brief lines do no more than emphasize the extent of the loss.

In the world of the Law, Pedro Romano Martinez achieved ultimate fulfillment. He's an excellent researcher: I would just like to point out that in his doctoral dissertation, Pedro Romano Martinez anticipated the current dogma of the purchase

and sale contract by about thirty years, placing it not at the level of the seller's protection - the Civil Code's solution - but that of the buyer. This is the ABC of consumer protection. Pedro Romano Martinez thus took on the role of protecting the vulnerable through private law: a characteristic that would emerge in his subsequent work.

He is a leading lecturer: his books on labour law and law of obligations are indispensable: yesterday, today and tomorrow.

He is a great pedagogue: he taught thousands of students the passion for law and its science. His classes were always full.

He is an extraordinary legislator: the country owes him the Labour Code and the Insurance Contract Law.

He is an unbeatable coordinator: he founded the Institute of Labour Law and the Institute of Civil Law and organized successive editions of the Annotated Labour Code and the Annotated Insurance Contract Law.

He led legal journals such as the Review of Law and Social Studies, the Civil Law Review and the International Labour Law Review.

His high scientific and academic standards were recognized by the most impartial and demanding of our scientific bodies: the Lisbon Academy of Sciences, of which he was an effective member.

He is a committed upholder of the law: his work in the fields of legal opinion and arbitration are a landmark. Pedro left in the course of his duties as an arbitrator, in an arbitration in which I myself had the honor of being appointed presiding judge: precisely on the afternoon of 23 October.

The extent of Pedro Romano Martinez's role in the field of Lusophone Law will continue to occupy generations of jurists in the future.

In the universe of the Faculty of Law of the University of Lisbon, a universe that needlessly reveals itself to be excessively bellicose and even vicious, Pedro was a Gentleman. Elected, several times and in democratic elections, president of the Scientific Council, director of the Faculty and president of the Faculty Council, Pedro made his own way without offending, without fighting back, without hesitating and without betraying his friends. I followed him closely in four victorious election campaigns: I can testify to this directly. And under his safe guidance, the Faculty progressed, flourished with countless doctorates, aggregations and contests, improved its services, engaged in dialogue with students, worked with our staff, collaborated with foreign universities and laid the foundations for what looks like a great future for our students.

In terms of friendship, Pedro filled an amphitheatre with his friends. And despite his many occupations, Pedro was first and foremost a family man. A good son, a good husband, a good father, a proud grandfather: I can't go into this universe that I know to be wonderful.

Professor Pedro Romano Martinez was a fighter: at every level of his academic, professional and family life, and in these last few months of dramatic struggle. There will be no other. His Family remains, his Colleagues remain, his friends remain, his work remains, his example remains and there remains a pain that is consoled by the conviction of the Hereafter.

**António Menezes Cordeiro**

# ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

## I. Orientação

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

## II. Objetivos

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

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

## III. Investigação científica

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

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

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

#### **V. Princípios deontológicos**

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

#### **VI. Publicação**

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

#### **VII. Estrutura orgânica**

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

# ***EDITORIAL STATUTES OF RIDT***

## **I. Introduction**

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

## **II. Objectives**

RIDT pursues, with full independence, the following objectives:

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

## **III. Scientific research**

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

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

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

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

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

#### **VI. Publication**

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

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

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

# CONSELHO CIENTÍFICO *SCIENTIFIC COUNCIL*

**Alberto Arufe Varela**

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

**André Pestana Nascimento**

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

**Ângela Carrascalão**

Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

**António Menezes Cordeiro**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**António Monteiro Fernandes**

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

**António Moreira**

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

**António Nunes de Carvalho**

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

**Apelles J. B. Conceição**

Advogado (Portugal)

**Benjamim Mendes**

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

**Bernardo Lobo Xavier**

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

**Carmo Sousa Machado**

Abreu Advogados (Portugal)

**Catarina Carvalho**

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

**Catarina Levy Osório**

ALC Advogados (Angola)

**Cristina Leite**

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

**Dário Moura Vicente**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Diogo Leote**

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

**Duarte Casimiro**

Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

**Estêvão Mallet**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Manuela Manuel Lopes Mendes**

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

**Margarida Seixas**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Maria Emilia Casas Baamonde**

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

**Nuno Guedes Vaz**

PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

**Otávio Pinto e Silva**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

**Paula Borges Santos**

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

**Paula Ponces Camanho**

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

**Paula Rosado Pereira**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Paula Vaz Freire**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Pedro Furtado Martins**

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

**Pedro Madeira de Brito**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Pedro Romano Martinez (1959-2023)**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Raúl Carlos de Freitas Rodrigues**

Universidade Mandume Ya Ndemufayo (Angola)

**Teresa Coelho Moreira**

Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)

**Thereza Nahas**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

**Vítor Palmela Fidalgo**

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

**Wolfgang Däubler**

Universität Bremen Fachbereich Rechtswissenschaft (Alemanha)

**Zara Jamal**

JLA Advogados (Moçambique)



**idT**

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





# ÍNDICE / INDEX

## BRASIL

<b>Otávio Pinto e Silva</b> Premissas teóricas para o Direito do Trabalho depois da pandemia	7
-------------------------------------------------------------------------------------------------	---

## CABO VERDE

<b>Geraldo da Cruz Almeida</b> Inserção sistemática do Direito do Trabalho	27
-------------------------------------------------------------------------------	----

## PORTUGAL

<b>Alcides Martins</b> Temas da prova em processo do trabalho e a inteligência artificial	127
----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<b>Ana Catarina Carvalho</b> Os acidentes de trabalho em regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador	151
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<b>Cristina Martins da Cruz</b> Portugal, no country for old workers: Article 348.º portuguese labour code and the contribution of the EU law and the European Social Charter for the protection of workers reaching the age of 70	183
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<b>Joana Vasconcelos</b> Sobre o «reforço» dos poderes da ACT em situação de despedimento com indícios de ilicitude	219
<b>Luís Gonçalves da Silva / Sara Leitão</b> The right to collective bargaining and the right to strike in Italy - an overview of the constitutional and legal framework	241
<b>Luís Manuel Teles de Menezes Leitão</b> Cessação do contrato de trabalho e remissão abdicativa	275
<b>Margarida Seixas</b> O Direito do Trabalho e a Primavera Marcelista	289
<b>Miguel Pimenta de Almeida</b> Comentários ao regime de faltas por falecimento: o elemento teleológico, união de facto e economia comum, a problemática da contabilização e a sua aplicação no trabalho a tempo parcial	331
<b>Patrícia Franco</b> A utilização de tecnologias de geolocalização no âmbito da relação laboral	381
<b>Pedro Romano Martinez / Luís Gonçalves da Silva</b> Constituição, agenda do trabalho digno e empresa de trabalho temporário	437





# BRASIL





# PREMISSAS TEÓRICAS PARA O DIREITO DO TRABALHO DEPOIS DA PANDEMIA<sup>1</sup>

*THEORETICAL PREMISES FOR LABOUR LAW AFTER THE PANDEMIC*

Otávio Pinto e Silva<sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução; 2. A legislação trabalhista emergencial; 3. O trabalho depois da pandemia; 4. Conclusão.

Resumo:

A pandemia trouxe alterações legislativas emergenciais em diversos países, no que se refere à regulação do trabalho. O presente artigo analisa o caso brasileiro e sugere as premissas teóricas que deverão ser levadas em consideração para os novos rumos do direito do trabalho.

Abstract:

*The pandemic brought emergency legislative changes in several countries, with regard to labor regulation. This article analyzes the Brazilian case and suggests the theoretical assumptions that should be taken into account for the new directions of labour law.*

---

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente na Revista do Advogado, número 157, março/2023, AASP - Associação dos Advogados de São Paulo

<sup>2</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Advogado, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (OAB/SP)

## 1. Introdução

O ano de 2020 ficou marcado na história pelo surgimento do SARS-Cov-2, o vírus responsável pela pandemia da Covid-19. No mundo todas as medidas de proteção social foram impostas pelos países e governos para enfrentar o vírus, após a OMS declarar a existência de uma pandemia.

Aqui no Brasil, logo após o Carnaval as atividades econômicas precisaram ser paralisadas, com a necessidade de distanciamento social e de enfrentamento do momento delicado que se apresentava, enquanto ainda não existiam vacinas que pudessem prevenir os efeitos nocivos do vírus que assolava o mundo.

No campo do direito do trabalho, ainda estávamos sob o impacto da Lei 13.467/17, a chamada “Reforma Trabalhista”, aprovada em meio a uma grave crise política e econômica marcada pelo impeachment da Presidente Dilma Rousseff.

Em 29 de outubro de 2015 a Fundação Ulisses Guimarães, braço do PMDB, divulgou o documento “Uma ponte para o futuro”, defendendo a ideia de que na área trabalhista seria necessária uma “modernização”, de forma a dar novos contornos ao direito do trabalho e, entre outros objetivos, permitir que as convenções coletivas pudessem prevalecer “sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos”.

O projeto de lei encaminhado pelo Presidente Michel Temer ao Congresso Nacional abordava alguns poucos temas (como a terceirização, a negociação coletiva, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, atividades de fiscalização do trabalho), mas na

Câmara dos Deputados resultou na aprovação de um substitutivo que ampliou significativamente o seu conteúdo, com expressivas mudanças no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e no direito processual do trabalho.

No Senado Federal (que deveria cumprir o papel de uma casa revisora no sistema bicameral), o projeto foi apreciado e aprovado sem qualquer modificação no texto oriundo da Câmara, tendo os senadores abdicado de uma atuação mais propositiva.

Dessa forma, após rápida tramitação, foi sancionada em julho/17 a Lei nº 13.467, em meio às turbulências políticas vividas pelo governo diante das graves denúncias de corrupção enfrentadas pelo Presidente Michel Temer (em razão da acusação apresentada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, que naquele momento ainda dependia de apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados).

A tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional ocorreu em um momento político bastante complexo, em que o Governo precisava mostrar sua sustentação parlamentar para conseguir completar o mandato.

Foi nesse contexto, posterior à entrada em vigor da nova legislação (sob aplausos de alguns e críticas de outros, demonstrando a divisão da sociedade brasileira a respeito), que em 2020 a pandemia do coronavírus atingiu em cheio o nosso país.

## 2. A legislação trabalhista emergencial

O Governo propôs duas Medidas Provisórias: a 927 (estabelecendo medidas como o teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o aproveitamento e a antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e o diferimento do recolhimento do FGTS) e a 936 (instituindo um programa emergencial para regular a suspensão dos contratos de trabalho, bem como a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, com a previsão de pagamento do BEm: o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda).

Por iniciativa do próprio Congresso Nacional foi ainda aprovada a Lei 13.982/2020, prevendo o pagamento de um auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 mensais aos trabalhadores do mercado informal.

Mais de 66 milhões de brasileiros receberam diretamente esse auxílio emergencial no ano de 2020, segundo dados divulgados pelo Ministério da Cidadania: se contabilizado o número de integrantes de uma família, o benefício chegou a mais de 126 milhões de pessoas (cerca de 60% da população brasileira) tendo, portanto, se mostrado como uma medida fundamental para a manutenção das condições de vida de cidadãos que não possuíam regulares vínculos de emprego.

As medidas governamentais na área trabalhista sofreram inúmeros questionamentos de constitucionalidade, em especial quanto à possibilidade de negociações individuais entre os sujeitos do contrato de trabalho.

Mas o STF acabou suspendendo a eficácia de apenas dois dispositivos da MP 927: o artigo 29 (que não considerava doença ocupacional os casos de contaminação de trabalhadores pelo Coronavírus) e o artigo 31 (que limitava a atuação de auditores fiscais do trabalho à atividade de orientação).

Quanto à MP 936, que previa a possibilidade de celebração de acordos individuais para implantação da redução proporcional de jornadas e salários, argumentou-se que haveria a violação ao art. 7º, VI, da Constituição, quando prevê entre os direitos dos trabalhadores a irredutibilidade salarial, salvo negociação coletiva.

O STF, no entanto, rejeitou o questionamento (em polêmica decisão que aludiu a um “direito constitucional de crise”) e acabou validando a possibilidade de celebração de acordos individuais, a depender do valor dos salários dos trabalhadores envolvidos.

Ultrapassados os questionamentos jurídicos acerca da constitucionalidade, coube ao Congresso Nacional decidir pela conversão das MPs em leis, mas uma delas (a 927) acabou caducando por decurso de prazo: esgotados os 120 dias de vigência, não foi aprovada (aplicando-se então a regra do art. 62, §11, da Constituição, segundo o qual, diante da perda de eficácia de medida provisória, “as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”).

Já a MP 936 foi aprovada e convertida na Lei 14.020/2020, sendo que, de acordo com dados divulgados pelo Ministério da Economia, foram celebrados mais de 20 milhões de acordos para suspensão de contratos de trabalho ou redução proporcional de salários e jornada, envolvendo quase 10 milhões de trabalhadores e cerca de 1,5 milhão

de empregadores, no âmbito do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

Registre-se que toda essa movimentação acabou se consolidando prevalentemente pela via dos acordos individuais entre os empregados e os seus empregadores, na medida em que o espaço da negociação coletiva com os sindicatos foi reduzido, em razão da forma como as medidas acabaram regulamentadas.

Como infelizmente a pandemia não acabou no final de 2020 e o vírus SARS-Cov-2 continuou a circular livremente pelo mundo afora, em 2021 foram propostas novas Medidas Provisórias: a 1.039, visando o pagamento de nova etapa do Auxílio Emergencial, no valor de R\$ 250,00 em quatro parcelas mensais, limitado a um beneficiário por família (e que teve seu prazo de vigência encerrado no dia 15 de julho de 2021, sem conversão em lei); a 1.045, reeditando o Programa Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, de forma a retomar as alternativas de redução de salários e de jornada, bem como de suspensão de contrato de trabalho e pagamento do BEm pelo governo, previstas na Lei 14.020/20; e a 1.046, também uma reedição das medidas previstas na MP 927 no ano anterior.

Para quem advoga na área trabalhista, essas constantes modificações na legislação do trabalho exigiram estudos aprofundados e permanentes atualizações, de forma a possibilitar o atendimento das inúmeras demandas dos clientes, seja no campo dos trabalhadores e dos sindicatos, seja pelo lado das empresas.

Como se não bastasse, tivemos ainda que passar a lidar com o funcionamento do Poder Judiciário em regime de trabalho à distância, longe dos fóruns. Audiências e sessões de julgamentos

telepresenciais entraram na rotina da advocacia e passamos a conviver com questões processuais decorrentes do uso de novas tecnologias, suas virtudes e seus defeitos, surgindo problemas a que não estávamos habituados.

Afinal, como lidar com a realidade que se impôs de uma hora para outra, levando à realização de atos processuais “on line” com advogados, juízes, partes, testemunhas e servidores da Justiça em lugares diferentes, unidos apenas por telas de computadores ou de smartphones?

A tecnologia então se mostrou essencial, comprovando a importância do conceito de “civilização”, quando a cultura atingiu um nível de progresso em que a escrita tem largo uso, em que as artes e as ciências alcançaram certo grau de adiantamento, e as instituições políticas, sociais e econômicas se desenvolveram suficientemente para resolver ao menos alguns dos problemas de ordem, segurança e eficiência com que se defronta uma sociedade complexa (BURNS, 1973, p. 27-28).

Vale dizer, a história da civilização humana é profundamente marcada pela constante evolução tecnológica, que repercute diretamente no modo de ser e de viver das pessoas: as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica (COMPARATO, 2001, p. 50).

A tecnologia representa a aplicação sistemática do conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas, exigindo especialização da mão de obra (pois o conhecimento só pode ser aplicado por aqueles que o possuem), organização do trabalho

dos especialistas (visando um resultado coerente) e planejamento (uma vez que as condições de término das tarefas precisam ser previstas, tanto quanto as ocorrências durante o processo) (GALBRAITH, 1983, p. 22-24).

No mundo contemporâneo, assim, o surgimento dos computadores e das chamadas tecnologias da informação ensejou um extraordinário desenvolvimento da capacidade do ser humano se comunicar e transmitir conhecimento, o que foi essencial durante a pandemia e continuará a ser cada vez mais, senão vejamos.

### 3. O trabalho depois da pandemia

Hannah Arendt observa que os “cérebros eletrônicos” compartilham com todas as demais máquinas a capacidade de fazer o trabalho do homem melhor e mais rapidamente do que o próprio homem. Mas o fato de suplantarem ou ampliarem a capacidade cerebral humana em vez da força de trabalho não deve provocar perplexidade: isso somente prova que potência de trabalho e potência cerebral pertencem à mesma categoria. O ser humano pode *fazer*, e com êxito, o que ele não pode compreender e expressar na linguagem humana cotidiana (ARENDR, 1979, p. 331-332).

O desafio que hoje se apresenta, então, é o de lidar com o uso da Internet e da inteligência artificial de forma a propiciar a melhoria da convivência humana em geral e a prestação de serviços de qualidade para a sociedade.

O crescimento do número de usuários da Internet no Brasil é muito significativo e vem sendo acompanhado por meio de pesquisas

regulares a respeito, efetuadas pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

O último levantamento disponível do IBGE, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizado em 2019, investigou o acesso à Internet e a posse de telefone móvel celular para uso pessoal.

As informações levantadas estão publicadas no site do IBGE<sup>3</sup> e consideram indicadores-chaves que podem ser obtidos por meio de pesquisas domiciliares, a respeito do acesso e uso das tecnologias da informação e das comunicações nos domicílios e pelas pessoas.

Na população de 183,3 milhões pessoas com 10 anos ou mais de idade no Brasil em 2019, 78,3% (ou 143,5 milhões) utilizaram a Internet no período de referência da pesquisa (três meses), percentual que vem crescendo a cada ano.

Segundo os dados obtidos, a Internet era utilizada em 82,7% dos domicílios do País em 2019 e dentre os equipamentos adotados para acessar a rede no domicílio, o uso do telefone móvel celular estava em 1º lugar.

Nos 12,6 milhões de domicílios do País em que não havia utilização da Internet no ano de 2019, os motivos indicados foram: falta de interesse em acessar a Internet (32,9%), custo do serviço de acesso (26,2%) ou ignorância sobre o modo de uso da Internet (25,7%). O fato de o serviço de acesso não estar disponível na área do domicílio abrangeu 6,8% das residências em que não havia utilização da

---

<sup>3</sup> Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=30362&t=resultados>, acesso em 20/11/2022.

Internet e o motivo do custo do equipamento eletrônico para acessar ser caro atingiu 5,0%.

Assim, parece bastante apropriado falar em “mundo digital” para denominar a nova realidade que vivemos.

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.709/2018) representou o reconhecimento da necessidade de regular o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, exatamente com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Relevante, para os fins trabalhistas, a referência à proteção aos chamados dados pessoais “sensíveis”: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural.

Ocorre que o uso da Internet dá margem ao conhecimento de uma série de dados pessoais dos trabalhadores, que podem ser coletados para decisões das empresas acerca da contratação da pessoa que lhe prestará serviços: nas relações de trabalho, portanto, há a necessidade imperiosa de se assegurar a proteção dos contratantes, diante da ampla disseminação das informações acerca das condições pessoais dos sujeitos envolvidos.

A proibição ao empregador de “efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social” (art. 29, § 4º, CLT) dá bem a dimensão da necessidade de

preservação da privacidade, que ganha ainda mais relevância em razão da facilidade de disseminação das informações no mundo digital.

Sendo assim, parece assistir razão aos defensores do entendimento de que a proteção de dados pessoais se insere em uma “perspectiva relacional, em detrimento da natureza individualista associada à concepção tradicional de privacidade”, de modo que na sociedade da informação “a atividade fiscalizadora do Estado não é mais a grande ameaça à privacidade - alinhando-se a agentes privados” (QUEIROZ e PONCE, 2020, p. 64-90).

Ao lado da questão da privacidade, outro tema fundamental para o atual mundo do trabalho é o da natureza da relação jurídica mantida entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços: seria necessária uma atualização da legislação trabalhista, a fim de regular as novas formas de prestação de serviços?

Para alguns, basta uma releitura do tradicional conceito de subordinação jurídica, a fim de se admitir que a sujeição da atividade do trabalhador ao poder de comando do empregador possa se caracterizar pela via dos algoritmos, o que permitiria aplicar a legislação trabalhista já existente à relação jurídica regida pela inteligência artificial.

O artigo 6º da CLT prevê que não se pode fazer distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. E o parágrafo único do mesmo dispositivo consolidado estabelece 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.

Estimulante desafio se apresenta para os estudiosos do direito do trabalho, na busca do papel que esse ramo do direito pode assumir no Século XXI, diante das novas dinâmicas de trabalho que atingiram toda a sociedade.

Pesquisa desenvolvida no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo identificou formas de trabalho classificadas como próprias do “capitalismo de plataforma” e buscou averiguar se o Direito do Trabalho tradicional protege de forma adequada os trabalhadores que desempenham atividades nas plataformas digitais, tendo se valido de dois estudos de caso: um de *crowdwork* (com a plataforma *Amazon Mechanical Turk*) e o outro de trabalho sob demanda por meio de aplicativos (com a plataforma *Uber*).

Seriam quatro as principais características da atividade dos trabalhadores que usam essas tecnologias das plataformas digitais: (i) a existência de uma certa autonomia para determinação da carga horária e da jornada de trabalho; (ii) uma relação direta entre dependência econômica e precariedade jurídica; (iii) o gerenciamento da força de trabalho pelo algoritmo, mas com intensidades variáveis de coordenação e controle em cada plataforma; e (iv) uma acentuada desigualdade econômica entre trabalhadores, plataformas e tomadores de serviços (KALIL, 2020).

O futuro do mercado de trabalho brasileiro após a experiência da Reforma Trabalhista de 2017 e a pandemia da COVID-19 não pode

deixar de levar em consideração as inúmeras ações judiciais na Justiça do Trabalho, com decisões divergentes, que acabam trazendo insegurança jurídica, demonstrando a necessidade de o direito oferecer respostas adequadas às desafiadoras demandas trazidas pelas inovadoras formas de trabalho.

É de se esperar que o novo governo do Presidente Luiz Inacio Lula da Silva venha a buscar regular essa situação e um caminho possível é o de reconhecer que o trabalho sob demanda por meio de aplicativos permite classificar os trabalhadores em três categorias diferentes: (i) autônomos; (ii) subordinados; (iii) parassubordinados. Para cada grupo, um conjunto distinto de direitos (SILVA, 2004).

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

A inteligência artificial trouxe novos mecanismos ao empregador para exercer sua autoridade e desenvolver a gestão das atividades dos trabalhadores. Uma função do direito do trabalho é limitar essa autoridade e estabelecer os contornos fáticos das prerrogativas do empregador, para proteger o ser humano e a dignidade dos trabalhadores: assim, abordagens baseadas nos direitos humanos para a regulamentação do trabalho vão além da questão do rendimento do trabalho, a fim de tutelar a privacidade dos trabalhadores contra monitoramento eletrônico invasivo. Há um papel crucial da

regulação coletiva e dos parceiros sociais na governança da automação e do impacto da tecnologia no local de trabalho. O regulamento de despedimento coletivo e o envolvimento dos representantes dos trabalhadores na gestão e prevenção de perdas de empregos é fundamental, de modo que os atores coletivos devem participar ativamente na governança dos sistemas de gestão com aprimoramento tecnológico, para garantir uma abordagem vital do "ser humano no comando" (STEFANO, 2018).

#### 4. Conclusão

Após a reforma trabalhista de 2017, a pandemia da COVID-19 e os conturbados anos Bolsonaro, o Brasil enfrentará momentos desafiadores com o novo governo, envolvendo o indispensável desenvolvimento econômico para enfrentar a miséria e a marginalização, com a necessidade de proteção da vida, da saúde e da privacidade dos trabalhadores, bem como a regulamentação dos modelos contemporâneos de prestação dos serviços que utilizam intensamente a tecnologia.

O enquadramento jurídico dos trabalhadores que prestam serviços sob demanda de aplicativos não pode deixar de levar em conta a necessidade de regulação das condições de trabalho em empresas proprietárias de plataformas digitais, a partir da complexidade que as inovações tecnológicas imprimem às relações de trabalho, aliada à necessidade de o Estado garantir algum tipo de proteção social aos trabalhadores.

A sociedade da informação e o mundo digital trouxeram essas modernas e inovadoras formas de trabalho, o que exige uma reconstrução das premissas teóricas do direito do trabalho, para que siga a cumprir sua tradicional missão de proteção dos trabalhadores, mas para que também possa promover as relações de trabalho. Estado, sindicatos e empresas precisarão enfrentar esse desafio.

### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARENDDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979

BURNS, Edward McNail. *História da Civilização Ocidental*. Porto Alegre: Globo, 1973

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001

GALBRAITH, John Kenneth. *O Novo Estado Industrial*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983

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

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e PONCE, Paula Pedigoni. *Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado*. São Paulo: Internet & Sociedade, n. 1, v.1,

fevereiro de 2020, <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/Sigilo-de-dados.pdf>

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004

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





# CABO VERDE





# INSERÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO DO TRABALHO\*

SYSTEMATIC INSERTION OF LABOUR LAW

Geraldo da Cruz Almeida<sup>1</sup>

SUMÁRIO: 1. Proposição 2. O sistema e suas leis orgânicas 3. Elementos do sistema 4. Teoria evolutiva dos sistemas. 5. O Direito do Trabalho na teoria evolutiva dos sistemas 6. A dimensão cultural. 7. Dogmática específica: o aproveitamento pela pessoa dos seus bens da personalidade. 8. Inserção técnico-jurídica 9. Ordem pública 10. *Modus operandi*: relações de especialidade. 11. Relações de excecionalidade. 12. Relações de subsidiariedade. Conclusão. Bibliografia.

Resumo:

Todo o ramo do direito opera no quadro de um sistema jurídico determinado. Por isso, é condicionado pelo seu modo de inserção no sistema jurídico a que pertence. O conjunto das suas normas, os princípios que as subjazem, os valores axiológicos que condicionam estas e aquelas, a dimensão cultural e o modo como todo este conjunto disciplina e preordena a realização do direito permite concluir que não se pode ter uma visão integrada de um determinado ramo do Direito se o mesmo não for captado, tanto na sua estrutura e lógica internas, como na sua operatividade, à luz do sistema a que pertence.

Abstract:

*Every branch of law operates within the framework of a particular legal system. Therefore, it is conditioned by its mode of insertion in the legal system to*

---

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

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, antigo assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, Docente do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde e advogado. O estudo que ora se apresenta não é inédito. Constituiu um capítulo do manual *Direito do Trabalho cabo-verdiano, dogmática específica, fontes, relações individuais de trabalho*, Imprensa Nacional, Praia, 2010, o qual foi objeto de pouquíssima divulgação. Acresce o facto de o capítulo ter sido, neste artigo, substancialmente revisto e aumentado.

As referências legislativas sem indicação da origem reportam-se ao sistema jurídico cabo-verdiano.

A indicação bibliográfica completa é apresentada no final da obra.

*which it belongs. The set of its norms, the principles that underlie them, the axiological values that condition these and those, the cultural dimension and the way in which this whole set disciplines and preordains the realization of the law allows us to conclude that it is not possible to have an integrated vision of a particular branch of law if it is not captured, both in its internal structure and logic, and in its operability, in the light of the system in which it is inserted.*

## 1. Proposição

I - Alguns aspetos deste capítulo da disciplina do Direito do Trabalho são normalmente estudados sob a denominação “características do Direito do Trabalho e disciplinas afins”<sup>2</sup>. Na tradição lusófona,

---

<sup>2</sup> Este procedimento é comum em autores como Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática geral*, Coimbra, Almedina, abril 2015, pp 101 e segs que, neste capítulo, se ocupa dos seguintes aspetos: características do Direito do Trabalho (o Direito do Trabalho como direito privado; o direito do trabalho como direito privado especial dotado de autonomia sistemática; o Direito do Trabalho como direito não institucional; o Direito do Trabalho como direito compromissório; a sensibilidade social e a porosidade ideológica e linguística do Direito do Trabalho; a tendência expansionista do Direito do Trabalho e o Direito do Trabalho como ramo jurídico dotado de autonomia dogmática) e o Direito do Trabalho e as disciplinas jurídicas próximas. Esta metodologia foi mantida em *Tratado de Direito do Trabalho Parte I - dogmática Geral*, 4ª Edição, Almedina, 2015, pp. 129 e segs. Cf. igualmente Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, Almedina 2008, pp. 15-16, metodologia mantida em *Direito do Trabalho*, Almedina, 2014, pp. 15-16; António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, pp. 28-31 e ainda 60 e segs. Na sua recente obra - *Direito do Trabalho I, Direito Europeu, Dogmática geral, Direito Coletivo*, Almedina, 2019, pp. 52 e segs - este autor trata este capítulo sob o título “O laborismo no sistema Jurídico” onde alguns dos temas sobre a inserção sistemática do Direito do Trabalho são tratados, como seja a questão de saber se o Direito do Trabalho é Direito Público ou Privado e a natureza comum, especial, institucional ou excecional do Direito do Trabalho. Todavia, continua a ocupar-se de um capítulo relativo ao Direito do Trabalho e disciplinas afins (pp. 48 e segs) chamando, contudo, a atenção para o facto de que se trata de uma “indicação sumária de disciplinas afins ao Direito do Trabalho” que não deve fazer esquecer a unidade do sistema jurídico (pp. 51). Uma nota importante deste autor é a de que o Direito do Trabalho não deve dispensar “um único instrumento de análise e de elaboração científica” sem o qual a sua autonomia ficaria enfraquecida e o direito no seu todo ficaria mais pobre. Aponta, pois, para uma visão sistémica do fenómeno jurídico.

este procedimento é comum no tratamento da generalidade das disciplinas jurídicas. Todo aquele que estuda o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito da Família ... e outros ramos do Direito ocupa-se, igualmente, num capítulo determinado, das características da sua disciplina jurídica, questionando se se trata de *direito público* ou de *direito privado*; se é um *direito geral* ou *especial*; se tem *autonomia científica* e, por último, quais as disciplinas jurídicas que lhe são próximas.

Este procedimento é fruto de uma inércia metodológica, fundada num modelo transmitido através de gerações de juristas.

II - A dimensão que, normalmente, é dada a este capítulo é claramente insuficiente, mercê do método utilizado. Insuficiência, aliás, sentida pelos próprios cultores da nossa ciência<sup>3</sup> que têm, por vezes, a necessidade de selecionar certas disciplinas próximas do Direito do Trabalho, escolhendo umas e postergando outras, muitas vezes sem demonstrar a razão da escolha das disciplinas selecionadas<sup>4</sup>, o que faz perder cientificidade e tem forte sabor a arbítrio.

---

<sup>3</sup> Palma Ramalho diz a este propósito: "não constituindo os vários ramos do Direito compartimentos estanques mas apenas parcelas do mesmo universo unitário, não seria necessário enfatizar as conexões que se estabelecem entre esses ramos e que mais não fazem do que evidenciar a dinâmica própria do mundo jurídico" - *Tratado de Direito do Trabalho... I*, pp. 140-141.

<sup>4</sup> Palma Ramalho, por exemplo, elege como particularmente próximas do Direito do Trabalho as seguintes disciplinas: o Direito Constitucional, o Direito Internacional Público, o Direito Comunitário, o Direito Internacional Privado, o Direito Penal, o Direito da Economia, o Direito Fiscal, o Direito Administrativo, o Direito da Segurança Social, o Direito Comercial e das Sociedades Comerciais, o Direito Processual Civil e o Direito Civil, com destaque para a Teoria Geral do Direito Civil e para o Direito das Obrigações (*Tratado...I*, pp. 140 e segs). Depõem contra este modelo matérias tais como a História do Direito, a Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica ou Antropologia Jurídica, todas disciplinas que igualmente cooperam com o Direito do Trabalho na compreensão do seu objeto.

III - O conhecimento trazido pelo pensamento sistemático aconselha, neste particular, uma revisão metodológica. Todo o ramo do direito opera no quadro de um sistema jurídico determinado. Por isso, é condicionado pelo seu modo de inserção no sistema jurídico a que pertence. O conjunto das suas normas, os princípios que as subjazem, os valores axiológicos que condicionam estas e aquelas, a dimensão cultural e o modo como todo este conjunto disciplina e preordena a realização do direito permite concluir que não se pode ter uma visão integrada de um determinado ramo do Direito se o mesmo não for captado, tanto na sua estrutura e lógica internas, como na sua operatividade, à luz do sistema a que pertence. Trata-se de um condicionamento imperativo por razões de ordem, tão imperativo que o sistema exerce, a um tempo, um papel saneador e integrador de cada ramo ou sector do Direito.

Pela ação do sistema os diversos ramos do Direito são libertados de elementos espúrios, mas, do mesmo passo, o sistema lhes impõe a presença de elementos capazes de gerar o necessário equilíbrio e congruência, tanto na sua estrutura e lógica internas, como no seu modo de comunicação. A interpenetração entre os diversos elementos do sistema é constante e por vezes mesmo surpreendente. Rejeita apriorismos. O operador do Direito não pode bastar-se nem com as particularizações, nem com as especializações que ao longo do processo histórico se foram formando e revelando. A visão do operador deve ser, pois, sistemática, pois é à luz da sua dimensão sistemática que o Direito se comunica.

Assim, ao modelo que busca conhecer a natureza do Direito do Trabalho e as relações entre este ramo do Direito e disciplinas afins,

propomos a busca de uma dimensão sistémica onde, certamente, os aspetos tradicionais serão revelados, mas onde, seguramente, outros aspetos não menos importantes serão descobertos. Porém, mais importante do que a revelação desses elementos que poderiam ser apreendidos, aqui e ali, no modelo tradicional, é a presença de uma base científica a partir da qual se apreende o posicionamento de um determinado ramo do Direito no quadro do sistema jurídico em que se insere.

## 2. O sistema e suas leis orgânicas

I - Por *sistema* entendemos um todo harmónico e coerente, ordenado segundo certa ideia e de tal ordem que os seus elementos se interpenetram e interdependem entre si numa dinâmica permanente e evolutiva, de tal modo que a constituição, preservação, subsistência e evolução de um dos seus elementos interfere com todos os demais<sup>5</sup>.

A ideia de justiça é aquela que constitui, a um tempo, princípio ordenador e fim do sistema jurídico. Ela intervém a montante como elemento diretor da definição, organização e conteúdo dos

---

<sup>5</sup> A doutrina jurídica tem seguido o conceito de sistema apresentado por Kant: unidade de uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários” - *apud* Menezes Cordeiro, Introdução à obra de C.W. Canaris, *Pensamento sistemático...* pp. LXIV. Para várias noções de sistema apresentadas pela doutrina jurídica, cf. C.W. Canaris, *Pensamento Sistemático...* pp. 25 e segs. Gérard TIMSIT reputa a ideia de *sistema* como um conceito mal definido (in *Système - Dictionnaire de la Culture Juridique* sous la Direction de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF, Paris, 2003, pp. 1462. Todavia, ele próprio define o sistema como «um conjunto complexo constituído de partes ligadas entre si por relações estáveis” - *ob. loc. cit.*. Sobre este conceito, cfr. ainda Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I..., pp. 193 e segs.

elementos que integram o sistema, mas intervém igualmente a jusante em todo o processo de realização do Direito. Justiça é, portanto, princípio e fim do Direito<sup>6</sup>.

II - O sistema jurídico é dominado por certas leis, a que chamaríamos leis orgânicas<sup>7</sup>: *interdependência*, *coerência*, *congruência*, *coesão* e *autogeração* não apenas no sentido estático, mas particularmente no seu sentido dinâmico, são as leis orgânicas do sistema jurídico.

Por *interdependência* entendemos a condicionalidade e a solidariedade recíprocas entre os diversos elementos do sistema. Por isso, a doutrina tem falado em disciplinas afins de determinado ramo do direito. Porém, esta lei impõe relações de interdependência e solidariedade entre todos e com todos os elementos do sistema jurídico. Funcionalmente rejeita, *a priori*, processos seletivos.

Por *coerência* entendemos as relações de harmonia entre os referidos elementos. Esta lei rejeita a antinomia e a contradição valorativa. Chaim Perelman considera a coerência a condição indispensável para o funcionamento do sistema. No interior do sistema não se pode afirmar e negar uma proposição. Rege o princípio da não contradição, sem o qual é impossível construir um sistema formal utilizável: “se entre os axiomas e os teoremas do sistema se

---

<sup>6</sup> Cfr. Gustav Radbruch, assinalando que a ideia de direito não pode ser diferente da ideia de justiça - *Filosofia do Direito*, Tradução e prefácio de L. Cabral de Moncada, 6ª edição, pp. 86.

<sup>7</sup> Podemos entender que os elementos do sistema jurídico se apresentam entre si em relações de solidariedade, umas mecânicas outras orgânicas. Por isso, neste particular, tem-se referido, com alguma propriedade que o sistema é algo vivo. Assim, cremos que essa organicidade é dominada por certas leis a que poderíamos chamar leis orgânicas do sistema e que certa doutrina denomina de *nexus intrasistemáticos*.

encontrasse uma proposição e a sua negação, nada garantiria a verdade dos axiomas ou dos teoremas demonstrados porque uma das proposições demonstradas como verdadeiras se revelaria falsa” - conclui<sup>8</sup>. Canaris fala a este propósito de adequação valorativa<sup>9</sup>.

Por *congruência* deve-se entender não apenas o ajustamento estrutural entre os elementos do sistema, mas também as relações de proporcionalidade que permitem a coexistência harmónica entre os seus diversos elementos de forma tendencialmente perene<sup>10</sup>. A congruência exprime-se não apenas na harmonização lógica dos elementos que integram o sistema interno, mas também na harmonização entre a lógica interna e a sua comunicação ou exteriorização. A lei da congruência controla a osmose interativa entre o sistema interno e o sistema externo. Menezes Cordeiro fala a este propósito de “preocupações de fidedignidade”<sup>11</sup>. A aplicação desta lei no domínio do Direito do Trabalho rejeitaria, por exemplo, advogar-se, em sede de política legislativa, a consagração do despedimento *ad nutum* sem a presença concomitante de um adequado sistema de proteção social.

---

<sup>8</sup> *Ética e Direito*, tradução de João C.S. Duarte, Instituto Piaget, 1990, pp. 380. Sobre a aplicação deste conceito no domínio do Direito Internacional Público, cfr. Radi, Yannick, *Coherence* (October 24, 2017). in: J d’Aspremont and S Singh (eds), *Fundamental Concepts for International Law: The Construction of a Discipline* (E Elgar Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3058250>.

<sup>9</sup> Retira Canaris esta regra do princípio da igualdade como postulado da ideia de justiça: tratar o igual de forma igual, o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença - *Pensamento sistemático...* pp. 14 e segs, em particular, 18 e segs.

<sup>10</sup> A lei da congruência parece estar presente no pensamento de Menezes Cordeiro, quando se refere que “o Direito, ainda que relativizado, segundo coordenadas históricas e geográficas, pressupõe uma como que concatenação imanente” - *Teoria evolutiva dos sistemas*, introdução à obra de Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e conceito de sistema...* pp. LXIV.

<sup>11</sup> Ob. loc. cit.

A *coesão* é a força interna do sistema. Garante-lhe a unidade, seja contra medidas de política arbitrárias, seja contra elementos externos<sup>12</sup>.

A *autogeração* (*autopoiesis*) exprime-se na capacidade de produzir elementos que promovam o equilíbrio interno do sistema. Tem-

---

<sup>12</sup> A coesão interna do sistema tem sido posta à prova em vários momentos e tem permitido ao sistema reagir de forma positiva. Citem-se três situações, duas ocorridas em Cabo Verde e uma em Portugal. Nos alvares da Independência Nacional instalou-se no poder, em Cabo Verde, um Partido Político de inspiração marxista-leninista que trouxe o propósito de instituir um sistema jurídico de inspiração socialista. As reformas legislativas adotadas nos alvares da Independência Nacional apresentavam, portanto, forte cunho socialista. Cite-se, exemplificativamente, o Código da Família, aprovado pelo DL 58/81, de 20 de Junho, claramente influenciado pelos códigos da família de inspiração marxista leninista (cf, sobre este ponto, Cf. Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de facto - Convivência more uxório em Direito Internacional Privado*, Lisboa; 1999, pp. 221 e segs). As normas desse Código, uma vez inseridas no sistema, apesar do seu cunho eminente socialista, foram interpretadas à luz dos critérios dominantes nos direitos da família romano-germânica em termos que desfiguraram a sua essência genética. Como escrevemos a este propósito, “o direito cabo-verdiano, enquanto sistema, manteve-se fiel à tradição romano-germânica, por cujos filtros fez passar todas as contribuições oriundas de outros sistemas jurídicos” - Cfr. Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de facto - Convivência more uxório...*, pp. 161-162. Para um debate sobre o lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas, cf. Dário Moura Vicente, *O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas, - Estudos em comemoração do Quinto aniversário do Instituto superior de ciências jurídicas e sociais*, apresentação José Pina Delgado, Organização Mário Ramos Pereira Silva, Leão de Pina e Paulo Monteiro JR, Praia, Setembro de 2012, Vol. I, pp. 11 e segs, em especial pp 35 e segs, fazendo referência à posição de Erik Jayme que caracteriza os direitos dos países lusófonos como um subsistema da família romano-germânica.

Outro facto ocorrido em Cabo Verde que colocou à prova a coesão interna do sistema diz respeito a uma lei publicada a seguir à Independência Nacional que atribuía ao Conselho de Ministros competência para julgar os recursos dos atos administrativos praticados pelos membros do Governo (cfr. Lei nº. 101/77, de 8 de Outubro). Os resultados práticos da aplicação desta lei levaram à sua completa rejeição, dada a sua inadequação face ao sistema, em especial no que respeita à observância do princípio da separação de poderes.

Recorde-se ainda o caso português. A Constituição de 1976 tinha o propósito de instituir um Estado socialista, (ver sobre este ponto Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I, Direito Europeu, dogmática Geral, Direito Coletivo*, Coimbra Almeida, 2019, pp. 248) propósito este posteriormente rejeitado pela prática constitucional. Em todos estes casos parece evidente que é a força da unidade sistemática que obriga a expulsar do sistema elementos que ele próprio não reconhece.

se falado, a este propósito, de um conceito de *responsive law* ou *racionalidade reflexiva*. Neste sentido "o papel do direito reflexivo consiste em disponibilizar, ele mesmo, mecanismos de integração, quer de processamento, quer de organização, aos sistemas sociais parciais, facultando-lhes uma constituição social que respeite as suas normatividades próprias, mas que lhes imponha, ao mesmo tempo, restrições sociais"<sup>13</sup> O sistema é, pois, autopoietico<sup>14</sup>.

Estas leis impõem medidas de ordem técnica praticamente com a mesma intensidade que a chamada *lei da gravidade*. O sistema é, nesta medida, algo de vivo.

III - Certa doutrina distingue um *sistema interno* e um *sistema externo*<sup>15</sup>. O *sistema interno* exprime-se em relações lógicas e

---

<sup>13</sup> Alfred Bullesbach, *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas (Princípios da teoria dos sistemas)* Org. de A. Kaufmann E W. Hassemer, tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, revisão científica e coordenação de António Manuel HESPAÑA, FCG, 2002, pp. 432-433.

<sup>14</sup> Revemo-nos, assim, na conceção daqueles, como Luhmann, que encaram o ordenamento jurídico como um sistema autopoietico. Segundo Timsit esta conceção assenta no paradigma de biólogos chilenos contemporâneos, Maturana e Varela que adotam dos sistemas vivos uma compreensão deliberadamente mecanicista (in *Système - Dictionnaire de la Culture Juridique* sous la Direction de Denis Alland et Stéphane Rials, PUF, Paris, 2003, pp. 1463). Segundo estes biólogos, os sistemas vivos se caracterizam pela sua capacidade de auto-geração; auto-produção que lhes confere autonomia e especificidade. Luhmann retomou estas ideias e transportou-as para o sistema jurídico caracterizando-o como um sistema vivo e aberto, capaz de auto-gerar as suas normas. Para uma síntese da perspectiva científica sobre o direito como sistema autopoietico, cfr. Inês Martins, *O Direito como sistema autopoietico - Observação e contributos* - Universidade Católica 2010, <https://www.researchgate.net>.

<sup>15</sup> Sobre estes conceitos, cf. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil...*, pp. 1123 e segs e ainda *Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e conceito de sistema...*, pp. LXIV e segs, propondo a superação da contraposição entre sistema interno e sistema externo. Refere, com efeito: "definitivamente interligadas, a lógica imanente do direito e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só por abordagens analíticas pode ser dissociado" (*Introdução... Pensamento Sistemático...*, pp. LXIX).

teleológicas entre os diversos elementos que integram um todo organizado. Traduz-se na presença de uma “lógica mínima que permite destrinçar o Direito do puro arbítrio”<sup>16</sup>. Ao passo que o *sistema externo* se traduz na arrumação do material jurídico para efeitos da sua exteriorização ou comunicação.

Atente-se, todavia, no ensinamento de Menezes Cordeiro: “a lógica imanente do direito e as suas proposições externas, necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só em abordagens analíticas pode ser dissociado”<sup>17</sup>. Por isso, o autor recusa, com Canaris a contraposição, que é devida a Heck, pela osmose necessária entre as duas manifestações do conceito de sistema<sup>18</sup> que a torna, em certa medida, artificiosa<sup>19</sup>.

Deve-se seguir o pensamento destes ilustres mestres no sentido da superação da contraposição entre sistema interno e sistema externo, abraçando uma visão que privilegie a síntese dessa dicotomia. O sistema jurídico é uno e indivisível.

IV - Como é comumente reconhecido, todo o direito, por mais vetusto, tem um *sistema interno*. Mesmo os direitos antigos - pense-se nos Direitos do Extremo Oriente - Código de Hammurabi, v.gr. - guiam-se por uma lógica interna que poderá ser, por exemplo, a lógica do talião. Pense-se igualmente nos direitos africanos fundados na lógica do ordálio. Porém, os modelos sistemáticos (sistema

---

<sup>16</sup> Ver, sobre este ponto, Menezes Cordeiro, Introdução à edição Portuguesa de Pensamento Sistemático..., pp. LXIV.

<sup>17</sup> Introdução à obra de C. W. Canaris..., pp. LXIX.

<sup>18</sup> *Pensamento sistemático...*, LXVII e 26 e segs. Trata-se, no sentido de Canaris, de um conceito de sistema que não se justifica a partir da adequação valorativa.

<sup>19</sup> Menezes Cordeiro, *Da boa fé...* vol. I, pp. 195.

externo) esses são fruto da evolução da ciência jurídica. Representam estádios avançados da ciência do direito, o que permitiu falar de uma *teoria evolutiva dos sistemas*<sup>20</sup>.

Todo o Direito é fruto de uma aprendizagem mais ou menos penosa dos membros de uma determinada comunidade<sup>21</sup>. Na comunicação e aprendizagem do Direito participam a família, as escolas, as instituições administrativas, as igrejas e outras instituições políticas e sociais. Assim, do mesmo passo que se afirma que todo o Direito tem um sistema interno, também se pode dizer, com toda a propriedade, que toda a comunidade tem uma forma de comunicar o seu Direito, ainda que seja pela tradição oral, como acontece com os direitos dos povos sem escrita. Estes modos de exteriorização do Direito são assistemáticos ou pré-sistemáticos porque não obedecem na sua exteriorização a pressupostos de ordem jus-científica que norteiam o processo de comunicação. O pensamento sistemático, como forma de comunicar o Direito, só surge, como veremos, num estádio avançado da ciência jurídica.

### 3. Elementos do sistema

I - Por elementos do sistema tem-se entendido a presença de *princípios e regras*<sup>22</sup>. No Direito brasileiro, por influência das posições filosóficas de Miguel Reale, certa doutrina considera elementos

---

<sup>20</sup> Sobre a teoria evolutiva dos sistemas, cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral, Tomo I, ...*, pp, 33 e segs.

<sup>21</sup> Cfr. Menezes Cordeiro, *Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático...*, pp LXVII.

<sup>22</sup> Ver, por todos, Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 238 e segs.

do sistema (*repertório* - como é referido nessa doutrina) o facto, o valor e a norma, recuperando, portanto, a *teoria tridimensional do direito*<sup>23</sup>.

Temos tais colocações por insuficientes. O sistema integra efetivamente princípios e regras, mas integra igualmente valores, instituições, serviços e agentes. A referência ao agente é, aliás, a principal lacuna na compreensão do conceito de sistema. Com efeito, é o agente quem dá vida ao sistema e é por ele que o sistema se constrói, se exterioriza e opera. Logo, não pode ser ignorado na compreensão deste conceito.

Veremos os contornos deste ponto concreto, todavia, sem a necessária exaustão, por incompatível com a dimensão do presente estudo. Por ora, analisemos o que se deve entender por *princípios* e em que medida eles se distinguem das *regras*.

II - Uma tese muito divulgada define princípios como *mandatos de otimização*, ou seja, os princípios seriam “normas que ordenam que algo se realiza na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas ou jurídicas”<sup>24</sup>. Neste particular, os princípios se

---

<sup>23</sup> Cfr. a este respeito, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Introdução ao Estudo do Direito - didática diferenciada*, Editora Método, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo, pp. 102 e segs. No entendimento deste autor, integra o repertório do ordenamento jurídico, visto como sistema, os seguintes elementos: fato, valor e norma. Portanto, o sistema jurídico integraria subsistemas de normas, de valores e de fatos, havendo correlação entre eles - ob cit. pp. 103.

<sup>24</sup> Robert Alexy caracteriza a tese da otimização nos termos seguintes: “os princípios são normas que ordenam que algo se realiza na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. E prossegue: “de acordo com esta definição os princípios são mandatos de otimização que se caracterizam tanto pelo facto de que podem ser satisfeitos em diferentes graus, como pelo facto de a medida ordenada da sua satisfação não só depende das possibilidades fáticas mas também das possibilidades jurídicas”. E Explica: “o conjunto das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras contrapostos. Em contraste, as

distinguiriam das regras pelo facto de estas estabelecerem *mandatos definitivos*: se uma regra é válida então ela ordena fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Temos dificuldades em acolher este entendimento, malgrado ele ser sufragado por consagrados autores. Nomeadamente, não cremos que a concretização dos princípios da igualdade, da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana... e outros princípios que pululam no sistema jurídico sejam meros mandatos de otimização, ordens que devem ser cumpridas de acordo com as possibilidades fácticas ou jurídicas.

Na doutrina jurídica portuguesa objeta, igualmente, a tese da otimização Miguel Teixeira de Sousa, que considera, por exemplo, inaceitável que a observância do princípio da não discriminação esteja dependente das possibilidades fácticas ou jurídicas<sup>25</sup>, objeção que nos deixa confortáveis quanto às nossas reservas à tese do mandato de otimização.

III - Aristóteles definiu princípio como causa das coisas; causa do movimento; ponto de partida. Em Poética entende como princípio “o

---

regras são normas que sempre se podem cumprir ou não cumprir. Se uma regra tem validade, então se ordena fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Assim as regras contêm determinações no âmbito do facto e juridicamente possível. Elas são deste modo mandatos definitivos. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não somente uma distinção de graus”. Para concluir: “toda a norma ou bem é uma regra ou bem é um princípio” - in *Ensayos sobre a teoria de los principios e al juicio de proporcionalidade* - Coord. De Gonzalo Villa Rosas, Palestra Editores, Lima, 2019, pp 56 (tradução pessoal feita do castelhano para o português). Sobre a matéria dos princípios, cfr. ainda Robert Alexy, *Teoria da argumentação Jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Livraria Landy, S. Paulo, 2001, pp. 234-235, 248 e segs e 282, nota 81.

<sup>25</sup> Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, pp 251.

que não contém em si mesmo o que quer que siga necessariamente outra coisa e que, pelo contrário, tem depois de si algo com que está ou estará necessariamente unido”<sup>26</sup>. Para este filósofo o princípio tanto pode ser descoberto por indução, por percepção, por hábito ou ainda de diferentes maneiras<sup>27</sup>. Tem a sua relevância por fundamental para a compreensão do todo, visto que “o começo [princípio] é mais que metade do todo, e muitas das questões que formulamos são aclaradas por ele” - explica o estagirita<sup>28</sup>.

Este conceito foi retomado por Emanuel Kant que definiu princípio como “*toda proposição geral mesmo extraída da experiência por indução que possa servir de premissa maior num silogismo*”<sup>29</sup>. Em Direito esta indução é extraída de outras proposições gerais, pois, as regras são elas próprias proposições gerais e, nalguns casos podem igualmente ser reveladas por indução.

IV - Cremos que o conceito de princípio formulado por Aristóteles e retomado por Kant é aquele que melhor serve à ciência jurídica, pelo menos quando encarada numa perspectiva intra-sistemática.

A indução, como é sabido, é a operação mental que permite alcançar um conhecimento geral a partir de conhecimentos particulares. Implica um movimento que parte do particular para o geral.

Em Direito, o particular são as regras. O geral que delas é extraído indutivamente são os princípios.

---

<sup>26</sup> *Poética*, 42. Tradução de José Américo Mota Pessanha, Nova Cultural, São Paulo, 1991.

<sup>27</sup> *Ética a Nicômaco*, 7. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W.D. Ross, Nova Cultural, São Paulo, 1991.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Citado por Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, Edição Revista e ampliada, tradução por Alfredo Bosi, Martins Fontes, S. Paulo, 1999. vb. *Princípio*.

Se tomarmos em conta as regras que regulam os contratos verificamos que na sua maioria se apresentam e se sintetizam a partir de um denominador comum que é o *valor vontade*: a vontade impera no momento da celebração do contrato; impera na definição do seu conteúdo; impera na sua interpretação e integração; impera na modificação do seu conteúdo e impera ainda na sua preservação ou extinção. A emancipação normativa do valor vontade foi indutivamente erigida sob a forma de *princípio da autonomia da vontade*.

É assim que o direito opera, quer em sede do direito comum, quer em sede dos direitos especiais. As normas sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos apresentam todas um denominador comum, de natureza valorativa erigido, normativamente, em *princípio da igualdade*.

Do mesmo modo, as normas que disciplinam o contrato de trabalho no que respeita à idade, horários, tempo, condições de trabalho, estatuto das partes, execução e cessação do contrato de trabalho apresentam todas um denominador comum tradicionalmente conhecido como *princípio da proteção da parte contratual mais débil*, que mais não é do que um *princípio de proteção da pessoa do trabalhador e dos seus bens da personalidade*.

O princípio é, assim, uma norma de segundo grau - uma norma sobre norma - que polariza os valores imanente nas regras jurídicas a partir das quais pode ser extraído por indução. Interfere a montante na conformação das regras para lhes definir o conteúdo e imprimir-lhes a dimensão valorativa, mas também a jusante para verificar e garantir a respetiva concretização.

Os princípios são, assim, expressão dos valores vigentes numa sociedade e apreendidos normativamente pelo sistema jurídico. Estes valores podem surgir sob a forma de pré-entendimento e, nesta medida e qualidade condicionarem os processos legislativos ou mesmo interpretativos, como podem encontrar tradução normativa, sendo posteriormente determinados e revelados através de processos doutrinários.

V - A determinação da existência de um princípio não é igualmente uma atividade voluntarista. Ou seja, nem sempre quando uma determinada categoria é considerada pelo legislador ou pela doutrina jurídica como um princípio ela o é efetivamente.

Em muitas situações o legislador ou mesmo a doutrina jurídica caracteriza certas categorias como princípios mas não o são de facto. Falta-lhes a característica da supranormatividade que as torna elemento diretor e condicionador das regras jurídicas, tanto no plano genético, como axiológico ou operativo<sup>30</sup>.

VI - Entendemos, assim, os princípios como comandos injuntivos que, nesta medida, vinculam nos mesmos termos que as regras. Não parece fazer sentido que uma proposição extraída por indução a partir de certos elementos não absorva a essencialidade desses mesmos elementos. Mesmo quando sejam princípios programáticos são

---

<sup>30</sup> Exemplo: a norma do art.º 13º do Código do Trabalho português tem por epígrafe “princípio geral sobre capacidade”. Neste caso não estamos verdadeiramente perante um princípio. Trata-se de uma disposição geral relativa à capacidade para celebrar contrato de trabalho. Cremos ser igualmente o caso dos artigos 66º - princípios gerais relativos ao trabalho de menores; art.º 84º princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com capacidade de trabalho reduzida ou mesmo do art.º 258º - princípios gerais sobre a retribuição.

dotados de algum grau de vinculatividade dirigido àqueles que estão encarregados de desenvolver políticas públicas.

Diferem das regras, desde logo, porque a indução que permite a sua determinação opera a partir destas, como ficou demonstrado. Portanto, os princípios distinguem-se das regras pelo seu objeto: o objeto das regras são as situações da vida ou aspetos técnico-jurídicos ligados às situações da vida, ao passo que o objeto dos princípios são as próprias regras e, por mediação destas, os atos jurídicos, aos quais os princípios imprimem a dimensão valorativa. Neste particular, as regras são instrumentos e depositários dos princípios através das quais estes se espelham no mundo jurídico.

Os princípios também diferem das regras porque são dotados de uma múltipla vinculatividade: vinculam o legislador que querendo legislar no quadro de um sistema jurídico dado está obrigado a respeitar os princípios que enformam e estruturam aquele sistema jurídico - neste particular, os princípios representam limites imanescentes à atividade legislativa, mercê da coesão interna do sistema; vinculam o intérprete aplicador da lei que querendo obter soluções que se traduzam no processo de realização do direito não pode deixar de seguir pelos princípios que enformam esse mesmo sistema; vinculam o intérprete no processo de integração das lacunas - a integração de lacunas não é uma atividade voluntarista; é uma atividade vinculada dominada por uma visão sistémica onde os princípios desempenham naturalmente um papel importante<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Por isso, afigura-se-nos duvidoso o ponto de vista que tem vindo a defender serem os assentos inconstitucionais, mormente o artº 10º n.º 2 do CC atinente à integração de lacunas.

Os princípios vinculam igualmente o intérprete nos processos de adaptação quando o sistema apresenta contradições lógicas ou teleológicas que careçam de solução<sup>32</sup>.

Os princípios são, portanto, a antecâmara das regras: condicionam o seu conteúdo, a sua interpretação, integração e adaptação. Mesmo os processos de conformação, redução ou extensão teleológicas, assim como os processos de correção ou abrogação (saneamento) não podem deixar de se guiar por uma visão principiológica. Na verdade, aqueles processos têm que garantir a verdade, unidade e a coesão interna do sistema o que só está assegurado se estiverem preservados os seus pilares fundamentais que são os seus valores erigidos em princípios.

VII - Podemos, assim, sinteticamente, apresentar as seguintes características inerentes aos princípios e regras:

- Toda a comunidade humana adota como seus determinados valores que representam a idiosincrasia do grupo cultural, o seu modo de estar, a sua perceção do mundo e da vida, o modo de relacionamento entre os seus membros, o seu projeto comum;

- Esses valores, pela sua presença estruturante, são historicamente valores constitutivos dessa mesma comunidade. Tais valores são erigidos em princípios (normas) que têm por destinatários todos os membros daquela comunidade, cuja observância garante sua coesão e a realização do seu projeto comum;

---

<sup>32</sup> Sobre o instituto da adaptação, cfr. António Marques dos Santos, Estudos de Direito internacional Privado e de Direito Processual Civil internacional (Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado), Coimbra, Almedina, 1998, pp. 51 e segs.

- Os princípios são, assim, a expressão dos valores vigentes em cada comunidade e apreendidos normativamente pelo sistema jurídico; estes valores podem surgir sob a forma de pré-entendimento e, nesta medida e qualidade condicionarem os processos legislativos ou mesmo interpretativos, como podem encontrar tradução normativa, sendo posteriormente determinados e enunciados através de um processo doutrinário;

- Disseminam no seio do sistema jurídico através das regras jurídicas com as quais mantêm uma relação genética, axiológica e funcional, sendo, portanto, o seu denominador comum;

- As constituições políticas constituem, de um modo geral, o depositário natural dos princípios jurídicos, embora possam não esgotar inteiramente o seu rol;

- Os princípios jurídicos são, assim, elementos diretores do (e no) sistema jurídico, visto que condicionam as atividades legiferante, interpretativa, integradora, adaptativa, conformadora e, por vezes, até corretiva e saneadora de toda a regra jurídica e, por mediação destas, os atos jurídicos. As atividades conhecidas de integração horizontal; integração vertical; redução teleológica, ampliação teleológica ou mesmo conformação teleológica são tributárias do modo como os princípios se posicionam ou operam no quadro do sistema jurídico.

Retomemos agora a ideia do agente como elemento do sistema, sem a necessária exaustão por não se ajustar à dimensão do presente estudo.

VIII - Agente é todo aquele que por lei, costume ou convenção se encontra na posição jurídica de formular ou participar na formulação ou revelação de normas jurídicas (fontes) e bem assim de conformar ou participar na conformação de uma situação jurídica atual (decisão).

O agente como elemento do sistema jurídico remonta a Aristóteles que parece ver nele um sujeito ativo, ou seja, aquele que pratica a ação, por oposição ao paciente, aquele que sofre as consequências da ação. Por isso, Aristóteles fala em agentes e pacientes da justiça<sup>33</sup>. O agente é aquele que pratica o bem, pois, a justiça é um bem para os outros (pacientes).

Este conceito não foi abandonado. Ainda hoje as constituições políticas definem um estatuto jurídico tanto do agente como do paciente da justiça, em termos que não cabe aqui desenvolver.

IX - O conceito de agente não pode ser posto de lado na compreensão da ideia de sistema. Na verdade, é um agente que formula e promulga as leis; é um agente que identifica os princípios; elabora os conceitos; interpreta e integra as regras e define o direito no caso concreto. Uma norma abstratamente considerada não concretiza em si mesma a ideia do justo; apenas define o seu critério. Uma decisão justa só se obtém com a participação ativa de um agente da justiça.

---

<sup>33</sup> Ver, sobre este ponto, Alysso Leandro Mascaro, *filosofia do Direito*, 5ª Edição, revista atualizada e ampliada, Editora Atlas Lda, São Paulo, 2016, pp. 75 e segs.

Por isso, Aristóteles reconheceu, certamente, que o justo não é o resultado de uma ação contemplativa; a justiça opera no concreto, portanto, com a participação de um agente da justiça<sup>34</sup>.

Menezes Cordeiro depõe no mesmo sentido considerando que a realização do Direito é um processo volitivo-cognitivo que envolve sempre uma intervenção humana<sup>35</sup>.

X - O agente não é, portanto, elemento externo ao sistema. É nele que polariza toda a dimensão ética da ideia do justo com a qual o sistema opera. Quando o legislador define uma regra de conduta esta regra é tida como verdadeira, ainda que no plano valorativo o não seja. Um ato errado do magistrado é acolhido pelo sistema como um ato válido até ser substituído por outro ato válido ou igualmente errado. Vigora no sistema o dogma da verdade que está mesmo erigido em princípio, o chamado *princípio iura novit curia*: presume-se, *iure et de jure*, que *la cour sait le droit*<sup>36</sup>. Ou seja, a verdade valorada pelo sistema é aquela que sai da boca ou da pena do agente.

No estágio atual do conhecimento não cremos que o sistema pudesse ser estruturado de outro modo. Há uma evolução intrínseca do pensamento humano de que beneficiam (ou padecem) os sistemas sociais que obriga necessariamente a trabalhar com cifras negras. Por isso, de balde os sistemas jurídicos têm-se esforçado por controlar a ação do decisor jurídico. Perderam hoje valor fórmulas tais como “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei”

---

<sup>34</sup> Cfr. Alysson Leandro Mascaro, ob. e lug. citado.

<sup>35</sup> Tratado de Direito Civil I - Introdução - Fontes do Direito ..., pp. 409.

<sup>36</sup> Sobre estes conceitos, cfr. Geraldo da Cruz Almeida, *Estudos de Direito Cabo-verdiano e outros Escritos jurídicos*, Praia, 2008, pp. 78 e segs.

(Montesquieu) ou “o juiz trabalha com duas grandezas: a lei e o caso” (Windscheidt), fórmulas que contêm implícitos objetivos de limitar ou controlar o papel do julgador. A ideia de garantir a segurança jurídica através do controlo da consciência do agente revelou-se, pois, inglório. Reconheceu-se que, neste particular, só a consciência ética do julgador garante verdadeira segurança jurídica.

Porém, se é assim, não se pode ignorar o papel ativo que o agente desempenha no seio do sistema jurídico. Na identificação dos seus elementos não se pode omitir aquele através do qual o sistema se constrói e opera. Ideias tais como liberdade, consciência, prudência, vícios, virtudes (éticas e dianoéticas), paixão, verdade ... constituem apanágio do agente que não se despe, antes atua no sistema, impregnado e condicionado por elas. Circunscrever o sistema jurídico a um conjunto de normas (princípios e regras) mata a própria ideia de Direito e com ela a ideia de Justiça.

Concomitantemente vêm à colação os princípios que anunciam os pressupostos éticos da atuação do agente: disposição de carácter (Aristóteles); *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Ulpiano); boa vontade (Kant). A observância (ou a inobservância) destes e outros princípios éticos pelo agente representa para o paciente a segurança (ou a insegurança) de um sistema jurídico credível.

O agente é, portanto, elemento do sistema.

#### 4. Teoria evolutiva dos sistemas

I - A *teoria evolutiva dos sistemas* é fruto do progresso científico. Está associada aos diversos momentos da receção do Direito Romano. Falou-se numa *primeira sistemática*, também chamada *sistemática periférica*, resultado da primeira receção do Direito Romano, através da Escola de Bolonha (sec. XI)<sup>37</sup>. A primeira sistemática deve-se ao papel da *jurisprudência elegante* que tem subjacente ideais humanistas<sup>38</sup>. As preocupações de sistematização do material jurídico surgem como reação à tradição das glosas e comentários em torno dos textos do Direito Romano<sup>39</sup>, conhecido como *mos italicus*<sup>40</sup>, que tinha colocado a exteriorização do direito num estado confuso e desordenado que dificultava a sua comunicação<sup>41</sup>. Esta primeira arrumação do material jurídico terá partido do exterior, daí o seu nome, *sistemática periférica*<sup>42</sup>. Consistiu na arrumação da informação jurídica a partir de critérios linguísticos, como por exemplo, *bona fides*<sup>43</sup>. Toda a informação concernente à *bona fides* é ordenado a partir deste critério linguístico.

---

<sup>37</sup> Sobre o papel da Escola da Bolonha na formação da ciência jurídica europeia, cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno...*, pp. 38 e segs.

<sup>38</sup> Sobre o humanismo e a primeira sistemática, cf. Menezes Cordeiro, in *Da Boa Fé no Direito civil*, vol. I, Almedina, 1984, pp. 189 e segs. Cf. ainda do mesmo autor a introdução à obra de Claus - Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução portuguesa de António Menezes Cordeiro, Lisboa, FCG, 1989, pp LXXXIV e segs.

<sup>39</sup> Recorde-se a chamada *Magna Glosa de Acúrsio* que terá compilado um total de mais de 90.000 glosas em torno dos textos romanos.

<sup>40</sup> Para uma análise aprofundada desde ponto, cfr. Menezes Cordeiro, obras e lugares anteriormente citados.

<sup>41</sup> Sobre este ponto, cf. Menezes Cordeiro, *Da boa fé...*, vol. I, pp. 189 e segs.

<sup>42</sup> Cfr. Menezes Cordeiro, ob. cit. pp. 196.

<sup>43</sup> Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português..I*, tomo I, pp. 33 de segs..

Os principais juristas que protagonizaram esta primeira arrumação terão sido Cujacius e Donellus<sup>44</sup>.

II - A *segunda sistemática* está associada à segunda receção do Direito Romano pelo Direito Francês (sec. XVI). Domina-o o método cartesiano trazido para o Direito por Hobbes (1588-1679). O *Discurso do método* preconiza a *análise* e a *síntese* como regras do conhecimento. A segunda regra do método de Descartes (1596-1650) manda “dividir cada problema que se estuda em tantas partes menores quantas for possível e necessário para melhor resolvê-lo” - é a análise. “A terceira regra é de conduzir com ordem os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para elevar-se, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais complexos, supondo uma ordem também entre aqueles nos quais uns não precedem naturalmente aos outros”<sup>45</sup> - é a síntese. Compreende-se que este método de pensamento surgia adequado para proceder à arrumação do material jurídico que a primeira sistemática não conseguira alcançar. Já não se trata de uma arrumação externa, mas partindo de denominadores centrais. O recurso à síntese irá permitir a formulação de *princípios jurídicos* com potencialidade para absorver uma vasta gama de regras dispersas. É nesse período que, aliás, é anunciado por Charles Dumoulin (1500-1566) o *princípio da autonomia da vontade*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Sobre este assunto, ver Menezes Cordeiro, na suas sucessivas obras: *Da Boa Fé*, vol. I, ... pp. 196 e segs; *Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático...*, pp. LXXVI e segs; *Tratado...I, Parte Geral*, pp. 38 e segs.

<sup>45</sup> Cfr. Giovanni Reale e Dario Antiseri, *História da Filosofia*, 6ª edição, vol. II, S. Paulo (Brasil) pp. 360-361.

<sup>46</sup> Cfr. Bernard Audit, *Droit International Privé*, 2ª edition, Economica Paris, 1997, pp. 62.

III - A *terceira sistemática* é fruto da Escola Histórica do Direito. A Escola Histórica é um movimento cultural alemão que no século XIX atinge todas as ciências do conhecimento, desde a arte, a economia, a filosofia, o direito. Tem por coordenadas fundamentais o repúdio do jusnaturalismo; a natureza histórica do direito, no sentido de que o direito vive na consciência das comunidades e, portanto, tem na história a sua dimensão constitutiva; a rejeição, portanto, de qualquer imposição normativa do Direito<sup>47</sup>. O principal contributo da Escola Histórica foi a sua compreensão do Direito como ciência cultural: o Direito não é algo imposto pelos legisladores; pelo contrário, o Direito vive no espírito do povo e, como tal, o papel do jurista é o de descobrir esse Direito que emana da consciência cultural das populações. Como realidade cultural, o Direito não é algo estático, mas sim dinâmico, ajustando-se ao devir histórico<sup>48</sup>.

Pela sua dimensão histórica ela possibilita, portanto, uma terceira receção do Direito Romano através do trabalho dos *pandectistas*, de que cabe destacar Friedrich Carl Von de Savigny (1779-1861). Como assinala Menezes Cordeiro, à natureza histórica do Direito juntou Savigny a sua dimensão filosófica, donde o apelo à ideia de

---

<sup>47</sup> Sobre esta Escola e as suas coordenadas, cfr. Castanheira Neves, in *Escola Histórica do Direito, Enc. POLIS*, cols. 1045 e segs.

<sup>48</sup> Karl Marx tem da Escola Histórica uma visão extremamente negativa. Dela refere o seguinte: “Uma escola que legitima a infâmia de hoje pela infâmia de ontem, uma escola que considera todo o grito do servo sob o látigo como grito de rebelião, desde que o látigo se tornou um látigo venerável pela idade ancestral e histórico, uma escola à qual a história, como o Deus de Israel ao seu servo Moisés, só se mostra o seu a posteriori, a Escola histórica do direito, teria, pois, inventado a história alemã, se ela não fosse realmente uma invenção da história alemã” - *Para uma crítica da filosofia do direito de Hegel*, tradução de Artur Mourão, Covilhã, 2008, pp. 9-10.

*unidade* e, conseqüentemente, de *sistema*<sup>49</sup>: a compreensão histórica do Direito reclamaria um poderoso sistema de exteriorização.

O trabalho dos pandectistas fez emergir a chamada *terceira sistemática* também chamada *sistemática integrada* por absorver contributos da primeira e da segunda sistemática aos quais revestiu da dimensão cultural do Direito.

## 5. O Direito do Trabalho na teoria evolutiva dos sistemas

I - O surgimento do Direito do Trabalho é fruto da evolução interna dos sistemas. No seu devir constante o sistema vai-se aperfeiçoando, ajustando-se às mutações sociais<sup>50</sup>. As condicionantes que dão lugar ao aparecimento do Direito do Trabalho moderno enquadram-se na terceira sistemática, mas não se pode descurar que a génese deste ramo do direito tem uma dimensão pré-sistemática<sup>51</sup>, enquadrada pelo Direito Romano, que evolui com a afirmação humanística da primeira sistemática e faz o seu aparecimento com a dimensão cultural e a emergência dos direitos de personalidade trazidos pela terceira sistemática.

---

<sup>49</sup> Introdução à edição portuguesa de *Pensamento sistemático...*, pp LXXXIII.

<sup>50</sup> Savigny, do mesmo passo que defendia que o tempo aumenta a força do Direito, reconhecia que o tempo também modifica o Direito: “a vida dos povos e cada um dos seus elementos constitutivos, a vida humana, que nunca aparece estacionária e oferece uma contínua sucessão de desenvolvimentos orgânicos” - *Sistema del Derecho Romano actual*, traduzido por Jacinto Mesia e Manuel Poley, Granada 2005, pp. 9.

<sup>51</sup> Menezes Cordeiro caracteriza a arrumação externa das grandes compilações do Direito Romano como uma solução pré-sistemática. Embora essas soluções tivessem uma lógica imanente, a sua arrumação obedeceu a “puros juízos de oportunidade empírica” - In *A teoria evolutiva dos sistemas*, Introdução à obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático...* pp. LXXV.

A doutrina é pacífica no sentido de que a emergência dos direitos da personalidade é contemporânea do surgimento da terceira sistemática<sup>52</sup>. Todavia, isso não significa que tais direitos, porque inerentes à pessoa humana, não se fizessem presentes quer nos direitos antigos, quer no direito intermédio. Como temos referido, tais direitos permaneceram historicamente contidos enquanto os movimentos filosóficos, políticos e sociais não reconheceram a centralidade da pessoa humana, viabilizando a sua descompressão e expansão<sup>53</sup>. Tem-se reconhecido, aliás, que a tutela da personalidade foi assegurada no Direito Romano através do instituto da *actio injuriarum*, admitindo-se mesmo que através dele terá sido reconhecida proteção ao próprio direito pessoal de autor<sup>54</sup>.

II - Compreende-se, assim, que não nos revemos no ponto de vista daqueles autores que não veem no Direito do Trabalho moderno um *continuum* da *locatio conductio operarum*<sup>55</sup> romana. Na verdade, a

---

<sup>52</sup> Sobre a emergência dos direitos da personalidade, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português...*, I, Parte Geral - Pessoas, 2ª edição, 2007, pp. 50 e segs.

<sup>53</sup> Cfr. Direito do Trabalho Cabo-verdiano I ..., pp. 59.

<sup>54</sup> Ver sobre este ponto Piola Caseli (in *Diritti d'autore*, Novíssimo Digesto Italiano, vol. V, pp. 675) que confirma ter sido esta a opinião defendida por Vitorio Scialoia no seu discurso proferido na Conferência de Roma de 1928. O mesmo ponto de vista é igualmente defendido por Nicola Stolfi, *Traité de la Propriété Littéraire e Artistique*, tradução da 2ª edição italiana, 1919, pp. 23, citado por Philadelpho Azevedo, in *Direito Moral do Escriitor*, Rio de Janeiro, 1930, pp. 36. Para uma análise deste instituto, cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português, I...* pp 45-47.

<sup>55</sup> Este é o pensamento de Maria do Rosário Palma Ramalho, in *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho...*, pp. 174 e segs e retomado, sucessivamente, em *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, - De la servidumbre al contrato de trabajo ? - deambulações em torno da obra de Manuel Alonso Olea e da singularidade dogmática do contrato de trabalho, Almedina 2004, pp. 529 e segs e em particular 532 e segs, republicado em *Cadernos Sociedade e Trabalho XXI - Da escravidão ao trabalho digno: 150 anos da abolição*

particularidade das normas do Direito do Trabalho foi historicamente condicionada e é ainda hoje condicionada pela presença da pessoa e dos seus direitos da personalidade no âmbito das relações laborais. Mesmo nos direitos antigos, onde é habitual afirmar-se a inexistência dos direitos da personalidade, é sentida a presença destes direitos e a sua tomada em consideração. No regime da *locatio-conductio operarum* a pessoa do *mercenarium* é protegida contra os contratos por toda a vida que assemelhariam à escravidão. O objetivo é o de proteger a pessoa perante situações de *vis absoluta*. Por isso, este contrato é necessariamente temporário. Há nesta medida legislativa um claro propósito de proteção da liberdade pessoal do *mercenarium* a quem o Direito Romano associava igualmente outras medidas de proteção: cite-se a própria *actio locati*<sup>56</sup> e as diversas *exceptiones*<sup>57</sup>:

---

da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, Lisboa, 2021, pp. 34 e segs, em especial, pp. 38. A autora assenta o seu ponto de vista na vileza que estava associada à realização do trabalho e ainda na circunstância de o liberto se encontrar numa “posição intermédia entre as categorias da pessoa e da coisa” e que “nesta forma de locatio o trabalhador prescindia, na verdade, de uma parcela da liberdade e, ao locar a sua força de trabalho, locava afinal, a sua pessoa” - última obra citada, pp. 38. Não cremos que a insigne autora tenha razão. A proteção da pessoa - especialmente da pessoa do trabalhador - está envolta num processo evolutivo que começa no remoto Direito Romano. É certo que o liberto tinha um estatuto jurídico diminuído, particularmente em virtude das obrigações que a lei lhe impunha perante o seu antigo dono. Porém, várias medidas foram sendo tomadas com vista a proteger a liberdade pessoal do liberto, medidas que evoluíram ao longo da história até permitir a celebração do contrato de trabalho totalmente livre. Sobre este ponto, cfr. o nosso Direito do Trabalho cabo-verdiano...pp. 82 e segs. O ponto central dessa evolução é a proteção da liberdade pessoal do trabalhador enquanto liberto, enquanto servo e enquanto trabalhador. Não cremos que se possa negar a ligação entre a *locatio conductio operarum* e o moderno contrato de trabalho.

<sup>56</sup> Cfr. Santos Justo, O contrato de trabalho no Direito Romano (*locatio conductio operarum*) - *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra, 2008, pp. 794.

<sup>57</sup> Sobre estas diversas *exceptiones* e a sua aplicação na *actio locati*, Cf. Mezezes Cordeiro, Isenção de Horário - Subsídios para a dogmática actual do direito

*exceptio metus* que, certamente, possibilitava o *mercenarium* reagir perante situações de *vis absoluta*, e a própria *exceptio doli*.

Por isso, não se nos afigura inteiramente feliz a afirmação segundo a qual “a consideração moderna do trabalhador como pessoa que presta um serviço e não se arrenda, posto que tem uma personalidade e direitos derivados da sua dignidade como pessoa, procedem do desligamento da *locatio- conductio operarum*”<sup>58</sup>. Afigura-se nos mais correto admitir não um desligamento mas um processo evolutivo em que essa consideração do trabalhador como pessoa surge como fator decisivo. Na verdade, o Direito do Trabalho moderno conservou a essência do regime jurídico da *locatio-conductio operarum*, assente na necessidade de garantir a proteção da liberdade pessoal do *mercenarium*. Este processo evolutivo passa pelo *humanismo* (*mos gallicus*<sup>59</sup>) e a *primeira sistemática*. No dizer de Menezes Cordeiro, com a colocação da pessoa no centro do Direito, “o pensamento humanista realçou, do jurídico, os aspetos ligados à pessoa e as relações por ela ocasionadas”<sup>60</sup>. É assim natural que as relações de trabalho tenham sido igualmente tributárias dos contributos trazidos por este pensamento para a ciência do Direito. Este mesmo autor reconhece, aliás, que as diversas receções do Direito Romano e a sua correspondente influência no desenvolvimento do Direito Civil não deixaram de marcar igualmente a evolução do Direito do Trabalho,

---

da duração do trabalho, Almedina, 2000, pp. 18.

<sup>58</sup> Neste sentido, Armando Torrent RUIZ, in *Manual de Derecho privado Romano*, Madrid 2008, pp. 464-465.

<sup>59</sup> O *mos gallicus* é uma referência à jurisprudência elegante trazida pelo humanismo jurídico, por oposição ao *mos italicus*. O *mos gallicus* representa a expressão do humanismo em França caracterizado por forte reacção ao *mos italicus* estribado no glosismo e no comentarismo (ver sobre este ponto Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé...*, vol. I, pp. 190, nota 578).

<sup>60</sup> In *Da Boa Fé...*, vol. I, pp. 191.

saído da *locatio-conductio operarum*<sup>61</sup>. As situações laborais foram, aliás, objeto de interesse por parte de autores humanistas como Bartolo de Sassoferrato, que intentou uma classificação das *operae* em “*obsequiales, artificiales, fabriles e officiales*, consoante se tratasse de trabalho prestado no quadro da família, de trabalho prestado por artistas ou outras pessoas com particular formação, de trabalho não qualificado e de trabalho prestado a entidades oficiais”<sup>62</sup>.

III - A terceira sistemática fortaleceu em torno da pessoa a ideia de limites: quanto maior a consideração da pessoa, maior a autonomia; quanto maior a consideração da pessoa, menor a autonomia. Apesar de aparentemente contraditórias, ambas as afirmações são verdadeiras. E são verdadeiras porque não se fundam em considerações de lógica formal<sup>63</sup>. Às duas afirmações subjazem valorações em torno da pessoa: maior autonomia para preservar o valor pessoa e menor autonomia para não deixar perder o valor pessoa. Ou seja, o direito fortalece a autonomia lá onde ela é necessária para o sujeito tirar proveito e conservar os seus bens da personalidade, mas do mesmo passo enfraquece essa autonomia sempre que ela pode ser utilizada em prejuízo dos bens da personalidade. Basta pensar nas situações passadas de auto-venda ou de vinculação por toda a vida. Elas concitam, hoje, importantes restrições à autonomia da vontade.

---

<sup>61</sup> Ver sobre este ponto António Menezes Cordeiro, *Isenção de horário - subsídios para a dogmática actual do direito da duração do trabalho*, Almedina, 2000, pp. 19.

<sup>62</sup> Cf. Mayer-Maly, *apud* Menezes Cordeiro, in *Isenção de horário...*, pp. 19.

<sup>63</sup> Para uma rejeição do sistema lógico-formal na realização da ideia de justiça, cf. Canaris, *Pensamento Sistemático...* pp. 28 e segs: “quem poderia seriamente pretender que a regra de tratar o igual de forma igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, pode ser acatada com os meios da lógica” - questiona o autor.

## 6. A dimensão cultural

I - O Direito do Trabalho opera sobre um sector determinado da vida social. Nesta medida, está impregnado de elementos histórico-culturais. Seguindo uma fórmula antiga iniciada por Gaio e Ulpiano e retomada por Savigny<sup>64</sup>, estes elementos são comuns a todos os povos e particulares de cada povo<sup>65</sup>, dando, portanto, lugar a uma *comunidade de direitos*<sup>66</sup> e a direitos particulares de cada

---

<sup>64</sup> Ver sobre este ponto o nosso *Estudos de Direito Cabo-verdiano...*, pp. 137.

<sup>65</sup> Sobre o conceito de comunidade de direitos, cf. M.F.C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, tradução de M. CH. Guenoux, vertida para o castelhano por Jacinto Mesía e Manuel Poley, Granada, 2005, pp. 1329 e segs.

<sup>66</sup> É normalmente atribuído a Savigny a *teoria da comunidade de direitos*, com base na qual o autor revolucionaria o Direito Internacional Privado. Ver, sobre este ponto, por todos, Dário Moura Vicente, *Governança global e Direito Internacional Privado*, - Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos - *Liberdade Sempre*, organização de Ligia Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca, Almedina - Pedro Cardoso, pp. 427 e segs. Para Savigny as Nações formam entre si uma verdadeira e própria comunidade, donde a existência de um direito comum a todas as Nações. No domínio do Direito Internacional Privado esta teoria permitiu o autor rever o método de solução dos conflitos de leis em termos tais que lhe valeu a honra de ter inaugurado um novo modo de solução dos conflitos de leis que ainda hoje permanece (neste sentido, Moura Vicente, ob. Loc. cit). Aos sistemas antigos Savigny contrapôs a busca da *sede da relação jurídica*, que uma vez reconhecida permitiria a determinação da lei aplicável a essa relação. Falou-se a este propósito de uma revolução copernicana. Deve-se, todavia, reconhecer que a teoria da comunidade de direitos foi inspirada nos autores romanos Ulpiano e Gaio que se lhe referiam expressamente nos seus escritos. Dizia Gaio " *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim comuni omnium, hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque romanus partim suo proprio, partim comuni omnium hominum iure utitur* - Dig. I.1.9, ou seja, " todos os povos que se governam por leis e costumes usam em parte o seu direito peculiar, em parte o comum a todos os homens. Pois o direito que cada povo estabeleceu para si é próprio da cidade e chama-se direito civil (*jus civile*) como direito próprio que é da mesma cidade; em contrapartida o que a razão natural estabelece entre todos os homens é observado por todos os povos e denomina-se direito das gentes (*jus gentium*) como direito que usam todas as gentes". Os intérpretes do Direito Romano reconhecem nesta passagem a referência

povo<sup>67</sup>. Sobre esse sector social confluem todas as ciências que estudam as relações sociais. A *sociologia* apreende o fenómeno do trabalho como facto social; a *economia politica* como meio de obtenção de riqueza, de troca ou de bem-estar material<sup>68</sup>; a *antropologia* como expressão do homem enquanto ser livre. Estas e outras disciplinas das ciências sociais se apresentam a disputar com o Direito do

---

a uma comunidade de direitos. Este ponto de vista é sustentado por Armario: “por detrás do *jus gentium* - explica - parece estar uma ideia de comunidade de direitos. Segundo Lombardi trata-se do direito que a razão natural estabelece entre todos os homens ou o direito que usam todas as nações (G.1,1.1.1,2,1. D.1,1,1,4. 2-5, 9.D.25,2,25. D.19,2,1.)” - Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho romano*, Tercera edición, Madrid, 1982, vb. *jus gentium*. Anote-se, todavia, que a teoria da comunidade de direitos tem reminiscências antigas em Aristóteles com a sua construção da teoria de justiça. Aristóteles distinguía entre a *lei particular* e a *lei comum*: “Digo que, de um lado, há a lei particular e, do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polinices: era esse seu direito natural: Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas” (Aristóteles, *Arte retórica e arte poética*, Difusão Europeia do Livro, 1959, p 86, *apud* Gomes, Milton Carvalho. *A relação entre Justiça e Direito no pensamento de Aristóteles* - Conteúdo Jurídico <https://conteudojuridico.com.br>, Brasília. A tradução desta ideia no sentido de comunidade de direitos é apresentada pelo filósofo quando constrói o conceito de justiça política. Refere: “Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida” - *Ética a Nicómaco* Livro V, 7, - Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, seleção de textos de José Américo Mota Pessanha, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross, pp 131.

<sup>67</sup> Em ciências avançadas como o Direito do Trabalho revela-se, hoje, particularmente difícil esta separação. A diluição entre elementos comuns e elementos particulares é de tal ordem que se pode concluir pela tendência para uma harmonização legislativa espontânea. Mesmo assim é possível descortinar, em cada sector do direito, particularidades em que se exprime a idiosincrasia de cada comunidade cultural, historicamente determinada.

<sup>68</sup> Sobre as diversas concepções de economia política, cf. Pedro Soares Martinez, *Manual de Economia Política*, 2ª edição, 1973, pp. 30 e segs. Para uma análise do trabalho como fator de produção, ver esta obra, pp. 311 e segs.

Trabalho um espaço próprio de atuação e concorrem com este ramo do Direito para a compreensão do fenómeno do trabalho. Mas não apenas as disciplinas extra jurídicas.

Na sua inserção sistemática o Direito do Trabalho tece relações de especialidade, de excecionalidade, de hierarquia, de subordinação, de cooperação, de subsidiariedade, de complementariedade, de prejudicialidade ... com outros elementos do sistema jurídico. Estas relações revelam-se em enunciados linguísticos, conteúdos mínimos ou obrigatórios, valorações jurídicas, formas de responsabilidade e modelos de justiça. O Direito do Trabalho realiza, pois operações de osmose permanente com outros ramos e setores do direito. A análise deste ponto prestar-se-ia a desenvolvimentos incompatíveis com o âmbito do presente estudo. Pense-se tão-somente no chamado princípio da *proteção da parte contratual mais débil* com origem no Direito do Trabalho, porém, posteriormente disseminado por todas as áreas do Direito, incluindo o Direito Internacional. Pense-se ainda no aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, sob a influência do Direito do Trabalho.

II - O fenómeno trabalho tem para a sociedade cabo-verdiana uma dimensão constitutiva. Falou-se, mesmo em formação e extinção de uma sociedade escravocrata<sup>69</sup>, referindo-se ao papel do trabalho escravo como elemento constitutivo da personalidade cultural cabo-verdiana<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> António Carreira, *Formação e Extinção de uma sociedade escravocrata (1460-1878)*, 2ª edição, Lisboa, 1983.

<sup>70</sup> Como refere José de Pina Delgado, "Cabo Verde foi uma sociedade escravocrata durante quatro longos séculos e participe privilegiado do triste comércio intercontinental de seres humanos" e que disso viveram inúmeros moradores das

O trabalho é daqueles fenómenos que mais moldam uma Nação. Por isso, os valores dominantes no nosso Direito do Trabalho sofreram a influência histórica da formação escravocrata da Nação cabo-verdiana.

III - O valor central do Direito do Trabalho cabo-verdiano é a *liberdade pessoal* daquele que se obriga a prestar a sua atividade a favor de outrem, mediante remuneração. O peso específico deste valor é, para os direitos africanos, de longe superior ao que tem nos direitos europeus, não obstante tratar-se de um valor comum. Inerente à liberdade pessoal surgem valores como a *autonomia da vontade* que, não obstante ter sido recebida do Direito Civil, tem, todavia, maior peso específico no Direito do Trabalho, mercê do lastro histórico-cultural que acompanhou a sua consagração neste ramo do direito. O *primado da pessoa* permite, hoje, ao sujeito denunciar a limitação livremente consentida e, conseqüentemente, pôr termo ao contrato de trabalho, sem que a outra parte possa exigir o cumprimento específico da obrigação assumida, independentemente da invocação de qualquer causa. Esta é uma expressão da autonomia da vontade não admitida nos demais contratos obrigacionais, porém, aceite no contrato de trabalho para proteção da pessoa do

---

ilhas e todos os cabo-verdianos - que, de uma forma ou de outra, descendem de personalidades activa e/ou passivamente ligadas ao tráfico de escravos - bem como autoridades régias e religiosas ou ainda transeuntes europeus que a ela recorriam com propósitos de participar nos proventos gerados pela exploração da "mão-de-obra servil" - *Os escrúpulos de um ilustre santiaguense nos "tractos" da Guiné dos séculos XVI-XVII: o capitão André Alvares d'Almada e a questão da incerteza sobre a presença dos títulos jurídicos da escravatura - Estudos em comemoração do Quinto aniversário do Instituto superior de ciências jurídicas e sociais, apresentação José Pina Delgado, Organização Mário Ramos Pereira Silva, Leão de Pina e Paulo Monteiro JR, Praia, Setembro de 2012, Vol. I, pp. 89 e segs.*

trabalhador e dos seus bens da personalidade. Temos referido que o trabalhador goza, neste particular, de um *direito de autotutela específica*<sup>71</sup> para proteção da sua pessoa e dos seus bens da personalidade. Ou seja, a lei sedia na vontade do titular dos direitos da personalidade (no caso o trabalhador) o direito de denunciar a limitação voluntariamente admitida, independentemente da demonstração da causa.

## 7. Dogmática específica: o aproveitamento pela pessoa dos seus bens da personalidade

I - Dogmática e sistemática são dois conceitos incindíveis. Vimos que a sistemática respeita à arrumação do material jurídico para efeitos de exteriorização. Ora, esta arrumação obedece, normalmente, a determinadas valorações. Nesta medida, serve-se da dogmática. A dogmática exprime-se, pois, na *redução valorativa*<sup>72</sup> que pode ou não fundamentar a arrumação sistemática. Todavia, se tivermos que determinar uma relação de precedência lógica entre os dois conceitos, dir-se-ia que a dogmática precede a sistemática. Em sede de política legislativa a postura da primeira norma especial protetora dos direitos fundamentais dos trabalhadores implicou uma ponderação axiológica diversa daquela que fundamenta a norma geral. Essa redução valorativa não busca apenas pela existência de valores específicos. Atende igualmente à tensão entre valores

---

<sup>71</sup> Cfr. o nosso estudo *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade – esboço de uma perspetiva dogmática*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano I/2021/nº. 1/WWW.RIDT.PT*, pp. 212 e passim.

<sup>72</sup> Cf. Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática ...*, pp. 147.

existentes buscando uma relação de precedência ou de justaposição entre ambos.

Markus Stoffels considera que o mais proeminente representante da tese da autonomia dogmática do Direito do Trabalho é Franz Gamlirsch que funda essa autonomia na inferioridade económica do trabalhador, face ao empregador<sup>73</sup>. Na doutrina lusófona a principal representante da tese da autonomia dogmática do Direito do Trabalho é Palma Ramalho que funda essa autonomia na singularidade dos principais institutos laborais, sem deixar de por em relevo a relação dominial que se estabelece entre o trabalhador e o empregador<sup>74</sup>.

II - Entendemos que não se pode negar a autonomia dogmática do Direito do Trabalho<sup>75</sup>. O que funda essa autonomia é um conjunto de valores que subjazem a este ramo do direito: o valor pessoa, em especial na sua dimensão relacional, e os valores liberdade, com todas as suas manifestações no que respeita ao livre desenvolvimento da personalidade; a colocação à disposição e aproveitamento por terceiros dos bens da personalidade do trabalhador e a necessária proteção desses bens no respeito pela liberdade pessoal, ordem pública e bons costumes. Este quadro apela, inevitavelmente, trazer à colação todo o regime dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

---

<sup>73</sup> Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik - Zivilrechtliche dogmatik und Individualarbeitsrecht - Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 10, 2014, pp. 4.

<sup>74</sup> Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2000.

<sup>75</sup> Em sentido diverso, cf. Menezes Cordeiro, Manual ..., pp 103. Cf. ainda - Tratado de Direito Civil I - Introdução, Fontes do Direito - interpretação da lei - aplicação das leis no tempo - doutrina geral, 4ª edição, 2012, pp. 312 e segs; Direito do Trabalho I..., pp.435-436.

III - A pessoa constitui um centro de imputação de direitos. A lógica interna do Direito do Trabalho opera em torno dela e é condicionada por ela. É a pessoa e os direitos de personalidade que carrega para as relações de trabalho, que condiciona o *modus operandi* deste ramo do direito. Este dado ficou demonstrado quando tratamos dos fundamentos jus-científicos do Direito do Trabalho<sup>76</sup>. O seu sistema interno obedece, portanto, a uma lógica de proteção - presente na generalidade das suas normas - que visa a própria pessoa e os bens jurídicos a ela inerentes ou que em torno dela gravitam. Por isso, este ramo do direito é dominado por normas imperativas.

Note-se, todavia, que essa lógica de proteção não atende, predominantemente, ao carácter débil de uma das partes nem tão pouco, como reverso desta, à ideia de dominialidade, como é tradicionalmente defendido<sup>77</sup>. A história possibilitou, neste particular, uma ilusão de ótica. Fenómenos degradantes como seja a *escravidão*, a *servidão da gleba*, a *questão social*, permitiram uma apreensão apriorística dos aspetos científicos deste problema. Olhou-se para a dimensão social, esquecendo-se a dimensão jurídica do fenómeno<sup>78</sup>. A dimensão social aponta, de facto, para a debilidade económica do trabalhador e a colocação, muitas vezes, involuntária, porque

---

<sup>76</sup> Cfr. o nosso estudo O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade - esboço de uma perspectiva dogmática, Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano I/2021/nº. 1/WWW.RIDT.PT, pp. 201 e segs.

<sup>77</sup> No mesmo sentido depõe Menezes Cordeiro, considerando que "o atual Direito do Trabalho deixou de ser o mero instrumento de tutela dos pobres e desprotegidos", esclarecendo que "esta dimensão de tipo paternalista e assistencial é hoje substituída por uma visão mais cabal e madura: um Direito de pessoas que têm direitos e que se organizam dentro das necessidades do mundo produtivo" - *Tratado de Direito Civil I - Introdução, Fontes do Direito - interpretação da lei - aplicação das leis no tempo - doutrina geral*, 4ª edição, pp. 314-315.

<sup>78</sup> Cf. Menezes Cordeiro, considerando o Direito do Trabalho como fruto de necessidades político-sociais - *Da Situação jurídico-laboral...*, pp. 7.

acossado pelas necessidades sociais, num estado de sujeição, por vezes completa, perante o empregador. Todavia, a dimensão jurídica do fenómeno aponta para aspetos mais profundos<sup>79</sup>.

IV - O que justifica a predominância de normas imperativas no Direito do Trabalho não é unicamente a debilidade económica do trabalhador que pode até não depender economicamente nem do trabalho, nem do empregador. O que justifica essa presença de normas imperativas é a superioridade de certos bens jurídicos que são carreados para as relações de trabalho e colocados à disposição do empregador<sup>80</sup>. O impulso vital tende a colocar os indivíduos num estado de sujeição. Mesmo quando esta sujeição é aceite de forma voluntária a lei deve garantir a dignidade da pessoa. No Direito do Trabalho esse estado de sujeição pode ser particularmente pronunciado e mais pronunciado do que na generalidade dos contratos de natureza civil, dado que a própria pessoa do trabalhador se envolve no objeto do contrato. A dignidade da pessoa e a proteção dos seus direitos de personalidade constituem a essência material do Direito do Trabalho. Por isso, defendemos que o contrato de trabalho

---

<sup>79</sup> Este ponto de vista já encontrou respaldo na doutrina jus-laborista atual. Menezes Cordeiro considera que o atual Direito do Trabalho deixou de ser um mero instrumento de tutela dos pobres e desprotegidos, asseverando que essa dimensão de tipo paternalista e assistencial é hoje substituída por uma visão mais cabal e madura que atende ao Direito do Trabalho como um direito de pessoas que se organizam dentro das necessidades do mundo produtivo - *Tratado de Direito Civil I* ..., pp 315. Este ponto de vista não faz cair o princípio da tutela do trabalhador que permanece, porém, recentrado na pessoa do trabalhador e dos seus bens e direitos da personalidade - e não na ideia de proteção da parte contratual mais débil - com o alcance ajustado aos mecanismos de limitação voluntária dos direitos da personalidade.

<sup>80</sup> Ver, sobre este ponto, O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade - esboço de uma perspetiva dogmática, *Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano I/2021/nº. 1/WWW.RIDT.PT*, pp. 201 e segs

constitui fonte de limitação voluntária dos direitos da personalidade<sup>81</sup>. É esta a dogmática específica deste setor do Direito.

V - Esta orientação doutrinária tem encontrado respaldo na doutrina jus-laborista portuguesa. Em estudos anteriores sobre esta matéria demonstramos que consagrados autores portugueses como Luís Menezes Leitão, Joana Vasconcelos e João Zenha Martins já dão sinais de aceitação deste ponto de vista<sup>82</sup>.

Além destes autores, cremos que Maria Regina Gomes Redinha deixa igualmente nos seus escritos sinais claros de convergência com o nosso ponto de vista ao assinalar um deslocamento do centro de gravidade do Direito do Trabalho de preocupações ligadas à segurança no emprego para preocupações ligadas “à qualidade de vida profissional e pessoal no emprego”. Este posicionamento tem subjacente uma aposta fortíssima na valorização da pessoa e dos direitos de personalidade do trabalhador<sup>83</sup>. A Autora reconhece, com efeito, que com a celebração do contrato de trabalho “os cidadãos não se despem dos atributos jurídicos da sua humanidade”. Por isso fala

---

<sup>81</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. o nosso estudo *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade - esboço de uma perspectiva dogmática*, Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano I/2021/n.º 1/WWW.RIDT.PT, pp. 201 e segs.

<sup>82</sup> Cfr. *O contrato de trabalho desportivo e (in)admissibilidade de cláusulas anti rivais* - ROA I/II/2021, pp. 91. Reconhece este autor que “a liberdade de trabalho também postula, por definição que todos possam livremente ativar a sua força de trabalho (a capacidade para trabalhar em sentido dinâmico, significa a possibilidade concreta, para qualquer cidadão, de realizar a própria capacidade profissional) designadamente através da escolha do respetivo trabalho”. Mais adiante reconhece que “a liberdade de trabalho” é um direito de personalidade pelo que lhe reconhece aplicável o regime dos direitos da personalidade, nomeadamente, o disposto no art.º 81º n.º 2 do Código Civil português (ob. cit. nota 54).

<sup>83</sup> Os direitos da personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão - <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/>.

numa “cultura ecológica e personalista da relação de trabalho” e na necessidade de se criar “uma zona de imunização do trabalhador” contra “potenciais fontes de agressão de aspetos da personalidade humana, em geral, e da personalidade dos trabalhadores, em particular”<sup>84</sup>. REDINHA saúda a consagração dos direitos da personalidade no Código do Trabalho português, mas lamenta a não inclusão de uma cláusula de previsão de um direito geral da personalidade<sup>85</sup>, sem deixar de reconhecer que a cobertura civil “se estende necessariamente à área laboral”<sup>86</sup>.

Creemos que só faltou à autora concluir de forma expressa e clara que o contrato de trabalho constitui uma forma de limitação voluntária dos direitos de personalidade do trabalhador que - na expressão que utiliza - “compromete mais do que energia e que a sua prestação deve ser um meio de proporcionar a sua realização pessoal”.

Quando compara a proteção conferida pelo Código do Trabalho português aos direitos de personalidade do trabalhador face aos

---

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> A jurisprudência alemã tem vindo a reconhecer ao trabalhador um direito geral de personalidade, no qual inclui além do direito à palavra, o direito à imagem - *Bundesarbeitsgericht* - BAG 19-fev 2015 - gravações secretas de vídeo; violação do direito geral da personalidade. No caso em questão o empregador teve dúvidas sobre se os certificados de incapacidade apresentados pelo trabalhador para justificar a ausência ao trabalho correspondiam efetivamente a um período de doença. Para confirmar tal facto contratou um detetive que fez gravações em vídeo dos movimentos diários do trabalhador, mas o tribunal considerou haver uma violação grave do direito geral de personalidade e indemnizou o trabalhador. O *Bundesarbeitsgericht* fundamentou que “a concessão de uma indemnização pecuniária no caso de violação grave do direito geral da personalidade baseia-se na ideia de que, sem tal reclamação, as violações da dignidade e da honra humanas ficam muitas vezes impunes, e, em consequência, atrofiar a proteção da personalidade” - [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de).

<sup>86</sup> Os direitos da personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão - <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/>.

direitos de personalidade do empregador questiona da necessidade que este Código teve de se referir a estes últimos para concluir que este “[o empregador] ao celebrar um contrato de trabalho, não adquire qualquer estatuto diferenciado nem autolimita a sua disponibilidade, ao invés do que sucede com o trabalhador”<sup>87</sup>. Certamente que a autora não pretende que o empregador não seja igualmente titular de direitos da personalidade, no quadro de uma relação laboral. Todavia, reconhece que o posicionamento de tais direitos no quadro da relação laboral não é comparável com o que resulta do estatuto contratual do trabalhador que os autolimita por contrato quanto tal não acontece nem poderia acontecer com os direitos de personalidade do empregador, sob pena de ausência de próprio contrato de trabalho por divergência de interesses - conclui certamente. Na verdade, um contrato de trabalho regula, fazendo convergir, interesses divergentes do trabalhador e do empregador. Se ambos - trabalhador e empregador - pudessem limitar reciprocamente os seus direitos de personalidade a favor da outra parte não haveria um contrato de trabalho por divergência de interesses de ambos os contraentes - assinala.

VI - Refira-se ainda que mesmo autores com uma diferente orientação doutrinária dão sinais de convergência argumentativa com o ponto de vista que temos vindo a defender. Vamos referir dois deles.

Palma Ramalho, por exemplo, encontra apoio no regime dos direitos da personalidade (artº. 81º do CC português) para alicerçar os

---

<sup>87</sup> Ibidem.

limites aos direitos fundamentais do trabalhador quando tais limites sejam aceites por contrato de trabalho.

Com efeito, a autora identifica três ordens de limites aos direitos fundamentais do trabalhador:

- os imanescentes;
- os extrínsecos e
- os voluntários.

Os *limites imanescentes* seriam os inerentes a qualquer direito, já que nenhum direito é absoluto ou ilimitado; os *limites extrínsecos* seriam aqueles que resultam da colisão com outros direitos, no que preconiza a aplicação do artº. 335º do CC e, por último, os *limites voluntários* que resultariam da própria manifestação de vontade do trabalhador<sup>88</sup>.

Quando a autora suscita o problema da admissibilidade e do enquadramento dos limites voluntários aos direitos fundamentais dos trabalhadores, recorre ao artº. 81º do CC português, aceitando, portanto, que tais limites se enquadram na limitação voluntária dos direitos da personalidade<sup>89</sup>.

Este ponto de vista é de toda a pertinência. Aliás, nós próprios o sufragamos em escritos anteriores sobre a matéria<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa - Estudos em Homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Direito Privado, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 410 e segs. Cremos que a classificação deve igualmente incluir os limites legais: aqueles que se prendem com a ordem pública, fundados em deveres de solidariedade e coesão social, como seja, a requisição civil. Ver sobre este ponto o nosso estudo A requisição civil de trabalhadores, RIDT, Ano II, Abril 2022/Nº. 3, pp. 81 e segs, especialmente, 107-108.

<sup>89</sup> Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa... pp. 414.

<sup>90</sup> Cfr. O nosso estudo *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade...*, pp. 237.

Este entendimento quando aplicado a toda a limitação voluntária dos direitos da personalidade estabelecida por contrato de trabalho conduz inevitavelmente à ideia de que o contrato de trabalho não é mais do que uma forma de limitação voluntária dos direitos da personalidade.

VII - O ponto alto desta orientação implícita ficou, aliás, claro no arrazoado argumentativo que a autora apresenta para rejeitar a ideia de que o contrato de trabalho moderno constitua uma projeção do vínculo romano da *locatio conductio operarum*. Este ponto de vista - bem presente no seu pensamento em vários escritos - assenta, por um lado, na ideia de vileza associada ao trabalho dos libertos<sup>91</sup>, mas também e principalmente na separação entre o trabalho humano e a pessoa que o realiza (trabalho abstrato) que constituiria uma das características do trabalho moderno, no seu entendimento, não presente na *locatio conductio operarum*<sup>92</sup>. É nesta última característica que a autora parece encontrar o argumento de peso para rejeitar a ligação entre o velho instituto da *locatio conductio operarum* e o contrato de trabalho moderno. Refere, com efeito: "...a visão do trabalho humano como algo separado da pessoa que o presta permite

---

<sup>91</sup> Esta posição, sustentada por vários autores, tem algo de preconceituoso. Na verdade, em dado momento da história o trabalho dos libertos teve um efeito emulativo sobre homens livres que passaram a executar o mesmo trabalho ao lado daqueles, gerando, assim uma espécie de democratização da liberdade, através do trabalho. Portanto, a vileza do trabalho dos libertos não perdurou por todo o tempo.

<sup>92</sup> "De la servidumbre al contrato de trabajo" - Deambulações em torno da obra de Alonso Olea e a singularidade dogmática do contrato de trabalho, por ocasião do congresso sobre o centenário da Organização Internacional do Trabalho, Cadernos Sociedade e Trabalho XXI - Da escravidão ao trabalho digno: nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - GEP 2021, pp. 35 e segs

deslocar a subordinação característica do vínculo laboral para a prestação e reportar a esta os poderes laborais, que deixam assim de ser concebidos como poderes sobre a pessoa do trabalhador - situação que, a admitir-se, poria em risco a construção formalmente igualitária do contrato e recuperaria o cunho de suserania ou de domínio típico dos vínculos pré-industriais envolvendo a prestação do trabalho". No seu ponto de vista esta abstração não estaria presente na *locatio conductio operarum*.

VIII - O apoio que a insigne autora encontra em Carnelutti para sustentar que o liberto se mantém escravo (ou quase escravo) enquanto locador (ou locado) não é confirmado pelas fontes romanas<sup>93</sup>. Com efeito, o liberto passa a integrar a categoria dos *suis iuris* e é em virtude deste facto que as mesmas fontes dão conta de medidas que visam proteger esta condição<sup>94</sup>. Ora, uma dessas medidas consistiu precisamente na abstração do trabalho da pessoa que o realiza. Repetimos Volterra: "o homem livre não podia arrendar nem dar de usufruto a sua própria pessoa física; só podia arrendar as *operae* próprias e obrigar-se a dar *operae*"<sup>95</sup>. Esta tese é, aliás, confirmada por romanistas recentes como António Santos Justo que refere a este propósito: "em relação àquelas [as *operae*] só adquirem autonomia quando prestadas por homem livre [...] Com efeito, não sendo

---

<sup>93</sup> Sobre estas fontes, afigura-se-nos ilustrativo o estudo de António Santos Justo, O contrato de trabalho no Direito Romano (*locatio conductio operarum*) - *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra, 2008, pp. 775 e segs, especialmente, 785 e segs.

<sup>94</sup> Ver, sobre este ponto, cfr. Geraldo Almeida, *Direito do Trabalho cabo-verdiano ...*, pp. 82.

<sup>95</sup> *Apud* Torren Ruiz, *ob cit.* pp. 466.

*dominus sui corporis* o homem livre não o podia locar, mas tão só a sua atividade (*operae*) que a jurisprudência acabou por considerar *res*, espécie de frutos que lhe pertencem e de que pode dispor”<sup>96</sup>. Esta tese é sustentada mesmo tendo em conta a condição jurídica do liberto devedor de *operae* ao antigo dono. Neste caso, se o patrono entender por bem locar as *operae* a um terceiro “esta *locatio* só podia incidir sobre as *operae* e não sobre a pessoa física do liberto, porque deixando de ser *servus* perdeu o status de *res*”. Ou seja, tanto o homem livre como o liberto não sofriam uma *mutatio status* como consequência da locação dos seus serviços. Por isso, este autor conclui que a *locatio conductio operarum* se caracteriza “como um verdadeiro contrato de trabalho”<sup>97</sup>.

Portanto, parece não estar demonstrado que o conceito de trabalho abstrato se traduza na apropriação de um conceito económico moderno de relação de trabalho, o que esvazia a tese da autora de um argumento fundamental. Como certamente afirma Menezes Cordeiro “a ideia de que a dignidade das pessoas data do liberalismo não é historicamente exacta”<sup>98</sup>.

Todavia, porque é pertinente a conclusão que a autora extrai no sentido de que a teoria do trabalho abstrato tem subjacente objetivos de proteção da liberdade pessoal do trabalhador, e sendo certo que a referida teoria tem, como se demonstrou, reminiscências no regime da *locatio conductio operarum*, então duas conclusões devem ser extraídas: a primeira é a de que não parece serem inteiramente

---

<sup>96</sup> *O contrato de trabalho no Direito Romano (locatio conductio operarum)...* pp. 783.

<sup>97</sup> *O contrato de trabalho no Direito Romano (locatio conductio operarum)...* pp. 788.

<sup>98</sup> *Tratado de Direito Civil I - Parte Geral, Tomo III - Pessoas ...*pp. 47.

justas as reservas da autora em aceitar a ligação entre a *locatio conductio operarum* e o contrato de trabalho moderno; a segunda a de que essa argumentação aponta, afinal, para a ideia de proteção da liberdade pessoal com ligação inevitável aos direitos da personalidade do trabalhador.

IX - O mesmo se pode afirmar da posição defendida por Menezes Cordeiro.

No seu mais recente tratado de Direito do Trabalho, para além de se retratar em algumas posições anteriormente assumidas quanto à natureza da situação jurídico-laboral<sup>99</sup>, este autor traz um conceito novo para a compreensão dos fundamentos jus-científicos desta disciplina o qual apelida de *conceção compreensivo-social*<sup>100</sup>.

Menezes Cordeiro parte da distinção entre *situações analíticas* e *situações compreensivas*, considerando que aquelas se reconduzem a fatores elementares de realidades jurídicas e estas na consideração autónoma destas mesmas realidades, abrangendo os seus múltiplos elementos<sup>101</sup>. Assim, o *direito subjetivo*, o *direito de propriedade*, a *obrigação ...* seriam situações compreensivas porque se analisam em várias realidades jurídicas, sob a forma de poderes, faculdades, encargos, sujeições, prestações principais, prestações acessórias... O resultado da decomposição das referidas situações compreensivas daria lugar às situações analíticas<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> *Da situação jurídica laboral ...cit.*

<sup>100</sup> *Direito do Trabalho I...*, pp. 434 e segs.

<sup>101</sup> *Tratado de Direito civil I ...*, pp. 869.

<sup>102</sup> Cf. *Tratado de Direito Civil I ...*, pp. 869-870; *Direito do Trabalho I ...*, pp. 437 e segs.

A distinção tem, a nosso ver, muito de cartesiano: as situações compreensivas assemelham à *síntese*, no método de Descarte, ao passo que as situações analíticas correspondem à *análise*, ou seja à decomposição de um todo unitário em diversos elementos.

Para aplicar esta distinção no domínio das relações laborais, o autor recorre ao conceito de *status*, considerando como tal “a colocação de uma pessoa numa posição da qual derive todo um acervo de direitos e deveres que não poderiam, com útil razoabilidade ser enumeradas à partida”<sup>103</sup>. As posições jurídico-laborais do trabalhador e do empregador reportar-se-iam à ideia de *status*, correspondendo, portanto, a uma situação compreensivo-social, suscetível de várias manifestações analíticas. Nesta conformidade, a dogmática laboral assentaria na ideia de *status laboral* e, portanto, esta realidade constituiria uma situação compreensivo-social<sup>104</sup>.

X - É interessante observar a evolução do pensamento do autor neste ponto particular. No seu estudo pioneiro (1982) - porém, verdadeiramente ilustrativo e altamente esclarecedor quanto aos parâmetros deste tema (aliás, antes de Menezes Cordeiro o assunto era praticamente desconhecido da doutrina lusófona<sup>105</sup>) - o Autor advogava que o *bem trabalho* não se distinguia do comum das outras prestações. Por isso, entendia que, juridicamente, o bem trabalho é atribuído pelo trabalhador ao empregado “em termos abstratos e impessoais”<sup>106</sup>. Como conclusão não definitiva considerou faltar ao Direito

---

<sup>103</sup> *Direito do Trabalho I ...*, pp. 437.

<sup>104</sup> *Direito do Trabalho I ...*, pp 438.

<sup>105</sup> Cfr. Pedro Romano Martinez, apontando referências em Raul Ventura, Mota Vieira e Bernardo Xavier, *Direito do Trabalho*, 8ª edição, 2017, pp. 61, nota 71.

<sup>106</sup> Cfr. *Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do Direito do*

do Trabalho valores e princípios suscetíveis de erguer uma dogmática própria<sup>107</sup>.

Este mesmo ponto de vista veio a ser sustentado no seu Manual de Direito do Trabalho (1994), assegurando que a situação jurídica laboral não indicia uma dogmática própria, embora reconheça a sua autonomia<sup>108</sup>.

No seu Tratado de Direito Civil I (2012) mantém o ponto de vista de que o Direito do Trabalho não apresenta uma particularidade dogmática<sup>109</sup>, embora reconheça que os direitos da personalidade do trabalhador podem merecer um elevado nível de proteção.

Em Direito do Trabalho I (2019) deixa entender que mantém o mesmo ponto de vista<sup>110</sup>, mas assume alterar do seu pensamento anterior, reconhecendo que “o bem-trabalho é quantitativa e qualitativamente mais limitador que uma comum prestação” e que “absorve uma parcela considerável da vida do trabalhador” em termos que acaba por se traduzir num “abdicar da própria pessoa”<sup>111</sup> (limitação voluntária). Reconhece, igualmente, que o trabalho é uma prestação que surge inseparável do seu autor e que atribuir um direito ao trabalho alheio equivale a conferir um direito a uma parcela da própria pessoa. Para concluir que “o bem-trabalho será, pois, um bem pessoal, assim se distinguindo das comuns realidades patrimoniais” [...]; “quer se queira, quer não o trabalhador em funções abdica da sua liberdade”<sup>112</sup> (limitação voluntária - acrescentamos nós).

---

*Trabalho ...*, p. 134 e segs e ainda *Manual de Direito do Trabalho...* pp. 95.

<sup>107</sup> *Da situação jurídica laboral...*, pp. 148.

<sup>108</sup> *Manual de Direito do Trabalho ...*, pp. 103.

<sup>109</sup> *Tratado de Direito Civil I - 4ª Edição*, pp. 313-314.

<sup>110</sup> *Direito do Trabalho I ...* pp. 423.

<sup>111</sup> *Direito do Trabalho I...*, pp. 431.

<sup>112</sup> *Ob. Loc. cit.*.

Esta última perspectiva apresentada pelo Autor deveria levá-lo a extrair, como consequência natural do seu pensamento, uma ligação necessária entre o contrato de trabalho e os direitos de personalidade, ligação que, do nosso ponto de vista, lhe permitiria concluir tratar-se, afinal, o contrato de trabalho, de uma forma de limitação voluntária dos direitos da personalidade. Na verdade, afirma taxativamente: “o Direito do Trabalho, mau grado as generalizações a que dá azo, mantém-se como um direito de pessoas”<sup>113</sup>. Aliás, toda a obra magistral de Menezes Cordeiro está trespassada por múltiplas referências às ligações entre os direitos da personalidade e o contrato de trabalho, referências que deveriam conduzi-lo a encontrar a dogmática específica deste setor do direito numa dialética necessária e natural entre o contrato de trabalho e os direitos da personalidade.

O ponto alto desta perspectiva está na posição que assume, de entre as diversas teses que concorrem para explicar a posição jurídica do trabalhador face ao empregador, quando reconhece que são preferíveis “as orientações contratualistas que derivam o poder de direção [do empregador] da prévia celebração de um contrato de trabalho”, para concluir que a legitimidade do poder de direção decorre do exercício da liberdade individual e repousa a sua juridicidade no contrato de trabalho<sup>114</sup>.

Decorre desta argumentação uma orientação no sentido de que o contrato de trabalho constitui, afinal de contas, uma fonte de limitação voluntária dos direitos da personalidade. Apesar disto, o insigne Autor assenta os fundamentos jus-científicos do Direito do

---

<sup>113</sup> Direito do Trabalho I..., pp 436.

<sup>114</sup> Direito do Trabalho II... pp. 454-455.

Trabalho numa *conceção compreensivo-social*, a nosso ver pouco esclarecedora<sup>115</sup>.

XI - A ideia de *status* trazida pelo autor aponta efetivamente para uma situação compreensivo-social. Nós próprios já havíamos feito referência a ela em estudos anteriores, reconhecendo que “a um e outro sujeito [da relação laboral] a lei associa um conjunto de direitos, deveres, ónus e sujeições jurídicas. Mas não apenas isto: em torno de cada um dos sujeitos da relação jurídico-laboral gravitam valores, concorrem princípios, acercam normas e posicionam-se institutos, seja de fonte interna, como de fonte internacional, a tal ponto que se poderá falar de um verdadeiro e próprio estatuto jurídico-laboral de cada um dos contraentes”<sup>116</sup>. A ideia de *status* é, portanto, altamente fecunda. Liga-se a posições jurídicas integradas, tendencialmente estáveis.

Será ela, todavia, adequada para esclarecer os fundamentos jus-científicos do Direito do Trabalho?

Entendemos que não. *Status* é uma referência amplíssima: não traz consigo uma resposta específica para o fenómeno laboral. É certo que o Direito do Trabalho participa de todo o lastro científico e metodológico do Direito Civil, enquanto direito das pessoas, mas se se reconhece que o Direito do Trabalho é um ramo especial do Direito Civil<sup>117</sup>, então a sua autonomia dogmática tem que ser

---

<sup>115</sup> *Direito do Trabalho I ...*, pp 434 e segs.

<sup>116</sup> *Direito do Trabalho cabo-verdiano ...*, pp. 360.

<sup>117</sup> Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I ...*, pp. 57.

buscada nos fatores que determinam essa especialidade, fatores esses, aliás, associados ao fenómeno da descodificação<sup>118</sup>.

Uma análise aprofundada do estatuto de empregador permite descobrir que certos níveis de condicionamentos desse *status* são trazidos do próprio estatuto do trabalhador<sup>119</sup>. O estatuto do empregador surge, efetivamente, no quadro da relação laboral (aparentemente) como um estatuto de poder, mas o que verdadeiramente o caracteriza são as posições jurídicas passivas que se exprimem sob a forma de sujeições, encargos e outras limitações à autonomia da vontade, presentes em todos os momentos da vida laboral<sup>120</sup>. Na verdade, posições de poder são comuns à generalidade dos credores<sup>121</sup>. Porém, no que respeita ao credor-empregador o seu estatuto particular é dominado pelo conjunto das limitações que a lei estabelece

---

<sup>118</sup> Sobre este fenómeno, cfr. Natalino Irti, *L'Età della decodificazione*, quarta edizione, Guiffrè, 1999.

<sup>119</sup> Menezes Cordeiro fala a este respeito em "adstrições" - *Direito do Trabalho* l... pp. 438.

<sup>120</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, ver o nosso estudo *O Contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade - esboço de uma perspectiva dogmática*, RITD, Ano I/2021/Nº 1, pp. 255 e segs.

<sup>121</sup> Temos referido neste particular a uma certa ilusão de ótica em torno do estatuto jurídico tanto do trabalhador como do empregador. Do lado do trabalhador, deve-se por em causa a ideia da debilidade do trabalhador para abraçar a ideia de que, o que justifica a presença de normas imperativas no âmbito das relações laborais é a superioridade dos bens jurídicos que o trabalhador coloca à disposição do empregador o que permite por em causa princípios como o da proteção da parte contratual mais débil. Ver, aliás, no mesmo sentido, Menezes Cordeiro referindo-se que "o atual Direito do Trabalho deixou de ser um mero instrumento de tutela dos pobres e desprotegidos" e que esta visão tende hoje a ser substituída pela ideia de "um direito de pessoas que têm direitos e que se organizam dentro das necessidades do mundo produtivo" - *Tratado de Direito Civil* l..., pp. 315. Do lado do empregador, põe-se em evidência os poderes laborais, mas como vimos não é esta particularidade que caracteriza o seu estatuto de empregador. O que o caracteriza são as posições jurídicas passivas induzidas pelo estatuto do trabalhador. Cfr. Menezes Cordeiro, reconhecendo que a atribuição ao empregador de um direito à atuação do trabalhador ocorre em geral no Direito das Obrigações - *Tratado de Direito Civil* l... pp. 314.

à autonomia da vontade dos sujeitos, em atenção aos bens jurídicos que o devedor-trabalhador coloca à sua disposição<sup>122</sup>. Aliás, só adquire esse estatuto por força da celebração do contrato de trabalho. Por isso, certa doutrina refere, certamente: “todo o Direito do Trabalho é um sistema de progressiva contenção do poder do empregador”<sup>123</sup> e, concomitantemente, um sistema de uma progressiva expansão da liberdade pessoal do trabalhador.

São, assim, essas limitações e não a posição de poder que, juridicamente, caracterizam a essência do estatuto jurídico do empregador e permitem diferenciá-lo do estatuto jurídico do comum dos credores: características intrínsecas à pessoa do trabalhador emprestam, desenham e condicionam o estatuto jurídico do empregador.

Assim, as particularidades de ambos os estatutos - as do trabalhador e as do empregador - se inspiram e se centram na pessoa do trabalhador e nos seus bens da personalidade. Cremos que é nestas particularidades que deve ser encontrada a dogmática específica do Direito do Trabalho.

XII - Esta ideia tem vindo, aliás, a ganhar dimensão internacional com a introdução na ordem do dia, pela Organização Internacional do Trabalho, do conceito de *trabalho decente*<sup>124</sup>, que não é mais do

---

<sup>122</sup> Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, reconhecendo que toda a construção do Direito do Trabalho gira em torno do conceito de trabalhador (ou de trabalho) - *Pensar o Direito II - Da modernidade à pós-modernidade*, Coimbra, Almedina, 1991, pp. 128.

<sup>123</sup> Ver, neste sentido, Teresa Alexandra Coelho Moreira, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder do controlo electrónico do empregador*, Coimbra, Almedina, 2010. pp. 346.

<sup>124</sup> A agenda do trabalho decente integra o 8º objectivo de desenvolvimento sustentável que tem precisamente por epígrafe Trabalho decente e crescimento

que um programa de proteção dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais dos trabalhadores, no quadro das relações laborais<sup>125</sup>. O trabalho decente preconiza, com efeito, que toda a pessoa pode colocar os seus bens de personalidade ao serviço de outras pessoas e, conseqüentemente, tirar proveito económico decorrente da permissão legítima do fruto desses bens, num quadro de dignidade pessoal. Como diria Monteiro Fernandes, trata-se do “trabalho realizado em condições compatíveis com a dignidade humana, ou seja, trabalho organizado de modo a não vulnerar os direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, a começar pela sua vida e integridade física e moral e pela sua privacidade”<sup>126</sup>.

Estamos, portanto, certos de que esta *conceção personalista da situação jurídico-laboral*, porque fundada no personalismo ético, é aquela que permite uma “abordagem ao futuro do trabalho centrada no ser humano”, tal como preconizou a Declaração do Centenário da Organização Internacional do Trabalho (I, D.). Todavia, a eminente

---

económico. Ele assenta na ideia de igualdade de acesso ao trabalho por parte dos homens e das mulheres; na proibição do trabalho forçado, da escravidão e do tráfico de pessoas; na eliminação das piores formas de trabalho infantil; na criação de ambientes de trabalho seguro e no reconhecimento dos direitos dos trabalhadores. Sobre o alcance deste conceito, cfr. *O trabalho digno e a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável* - Organização Internacional do Trabalho - [www.ilo.org](http://www.ilo.org). A expressão “trabalho decente” foi introduzida em 1999 pelo então Director-Geral da OIT Juan SOMAVIA, no relatório apresentado na 87ª Sessão da conferência Internacional do Trabalho. Para uma análise deste tema, reportando-se à sua introdução, evolução e conteúdo, cfr. António Monteiro Fernandes, *Trabalho digno no Século XXI, Da escravidão ao trabalho digno: nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT* - Cadernos Sociedade e Trabalho XXI - Da escravidão ao trabalho digno: nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança social - GEP, 2021, pp 49 e segs.

<sup>125</sup> Ver, neste sentido, António Monteiro Fernandes, *Trabalho digno no Século XXI... cit.* pp 52.

<sup>126</sup> Trabalho digno no Século XXI...cit, pp 52.

e incansável ciência jus-laborista, especialmente a lusófona, confirmará (ou infirmará) da bondade das soluções por nós preconizadas.

## 8. Inserção técnico-jurídica

I - No seu labor científico o jurista questiona, muitas vezes, sobre o posicionamento de determinada categoria jurídica. Trata-se de um método já presente no Direito Romano que adotava a classificação entre Direito Público (*ius publicum*) e Direito Privado (*ius privatum*); Direito Natural (*ius naturale*); Direito das Gentes (*jus gentium*); Direito Civil (*Ius Civile*); Direito Pretório (*ius praetorium*) ou Direito Honorário (*Ius honorarium*).

O Direito Público é, na fórmula de Ulpiano, *quod statum rei Romanae spectat* (o que diz respeito ao estado da coisa romana). Neste sentido, o Direito Público consiste nas coisas sagradas, dos sacerdotes e dos magistrados (*in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*<sup>127</sup>). O Direito Privado é o que diz respeito à utilidade do indivíduo (*quod ad singulorum utilitatem*). O Direito Natural é o que a natureza ensina a todos os animais, pois, este direito não é peculiar do género humano, mas sim comum a todos os animais que nascem na terra, no mar e também as aves<sup>128</sup>. O Direito das Gentes (*jus gentium*) é aquele que usam todos os povos (*gentes humanae utuntur*<sup>129</sup>). Distingue-se do Direito Natural porque este é comum a todos os animais ao passo que aquele é comum a todos

---

<sup>127</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 1. § 2.

<sup>128</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 1. § 3.

<sup>129</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 1. § 4.

os homens<sup>130</sup>. A fórmula de Ulpiano coincide com a de GAIO: o *jus gentium* é o direito que a razão natural estabelece entre todos os homens, é observado igualmente por todos e se chama direito das gentes, como direito de que se valem todos os povos<sup>131</sup>.

O Direito Civil (*jus civile*) é definido por Ulpiano como aquele que não se aparta de todo do direito natural ou do direito das gentes, nem em absoluto se conforma com ele; assim quando acrescentamos ou tiramos algo ao direito comum, exercemos o direito próprio, isto é o direito civil<sup>132</sup>. Papiniano dá uma noção de *ius civile* com base nas fontes: é direito civil o que dimana das leis, plebiscitos, senátus-consultos, decretos dos príncipes e autoridade dos jurisconsultos<sup>133</sup>. Para Gayo direito civil é aquele que cada povo constitui para si mesmo e é próprio de uma cidade<sup>134</sup>. Este é igualmente a opinião de Paulus nos seus

---

<sup>130</sup> ULPIANO, Dig. Liv. I, Tit. I, 1. § 4.

<sup>131</sup> Institutas, Livro I, retomado pelo Dig. Liv. I, Tit. I, 9: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Assim, constituem institutos do direito das gentes a religião e o dever de obedecer ao pai e à mãe (Dig. Liv. I Tit. I, 2); o direito de afastar a força e a injúria, pois, pelo direito das gentes tudo o que qualquer pessoa fizer em defesa da sua pessoa se considera feito com justiça (Dig. Liv. I, Tit. I, 3); a manumissão (manu mission : solta da mão) isto é, a dação da liberdade. Segundo ULPIANO, pelo direito natural, todos os seres humanos nascem livres; não se conhecia nem a escravatura, nem a manumissão que foram introduzidos pelo direito das gentes (Dig. Liv. I, Tit. I, 4). Assim, pelo *Jus gentium* passou a haver três classes de pessoas: os livres, os escravos e os libertos (aqueles haviam deixado de ser escravos). Segundo Hermogeniano foi igualmente pelo direito das gentes que se introduziram as guerras, se dividiram os povos, se puseram limites aos campos, se construíram edifícios, se instituiu o comércio, as compras, as vendas, as locações, as conduções, as obrigações, excepto algumas que foram introduzidas pelo Direito Civil (Dig. Liv. I, Tit. I, 5). O *jus gentium* é assim, no dizer de Matteo Marrone, “o património jurídico de fundo comum a todos os povos” - in *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo, 1994, pp. 31.

<sup>132</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 6. *Ius civile est, quod neque in totum naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque quum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, efficitur.*

<sup>133</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 7.

<sup>134</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 9.

*Comentários a Sabino*: Direito Civil é o direito que em cada cidade é útil para todos<sup>135</sup>. O Direito Civil (*ius civile*) é o direito próprio dos *cives romani* com instituições exclusivas e características que não se encontram em outros povos<sup>136</sup>. O Direito Pretório (*ius praetorium*) é aquele que, por razões de utilidade pública introduziram os pretores, para ajudar, suprir ou corrigir o direito civil, o qual se chama também *honorarium*, por honra aos pretores<sup>137</sup>. “Trata-se do direito resultante da atividade substancialmente criativa de alguns órgãos jurisdicionais”<sup>138</sup>

II - Buscando a inserção da *locatio conductio operarum* no seio desta classificação, discute-se se o mesmo constitui um instituto do *Jus civile* ou se se trata de um instituto do *Jus Gentium*. Deve-se observar que esta discussão, que ainda hoje permanece, dá como adquirido que a *locatio conductio operarum* é um instituto do Direito Privado (*ius privatum*). Com efeito, segundo a fórmula de Ulpiano *privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus* (Dig. Liv. I, Tit. I, 1. § 2), ou seja, o Direito Privado consta de três partes, pois, está composto por preceitos naturais, preceitos do direito das gentes e preceitos do direito civil<sup>139</sup>. A discussão está, pois, sediada no seio do *Ius Privatum*. É na verdade no quadro do *jus privatum* que os atuais romanistas estudam a *locatio conductio operarum*<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> Dig. Liv. I, Tit. I, 11.

<sup>136</sup> Matteo Marrone, *Istituzioni...*, pp. 31.

<sup>137</sup> Papiniano, Dig. Liv. I, Tit. I, 7. Sobre o Direito Pretoriano, cf. Mateo Marrone, *Istituzioni...*, pp. 26.

<sup>138</sup> Marrone, *Istituzioni...*, pp. 26.

<sup>139</sup> A tripartição de ULPIANO é ainda hoje reconhecida pela doutrina. Cf. Mateo MARRONE, *Istituzioni...*, pp. 32.

<sup>140</sup> Cf., por todos, António Guarino, *Diritto Privato Romano*, undécima edição, Editore Jovene Napoli, 1997, pp. 927 e segs; Mateo Marrone, in *Istituzione*

Todavia, a classificação de Hermogeniano inclui as *locationes* e *conductiones* no quadro do *ius gentium* (Dig. Liv. I, Tit. I, 5.)<sup>141</sup>.

III - A discussão sobre a questão de saber se o Direito do Trabalho é Direito Privado ou Direito Público constitui o resultado do forte intervencionismo estatal no âmbito das condições de trabalho<sup>142</sup>. Da análise das normas que disciplinam essas condições de trabalho tem concluído, um certo sector da doutrina, que o Direito do Trabalho teria um carácter híbrido: as normas que disciplinam essas condições, quer pela *teoria da posição dos sujeitos*, quer pela *teoria do interesse ou da qualidade dos sujeitos* seriam normas de direito público, donde o carácter híbrido da natureza do Direito do Trabalho<sup>143</sup>.

Pedro Romano Martinez posicionou-se, ao que cremos, com razão, contra este ponto de vista, demonstrando que mesmo nas relações privadas as intervenções do Estado são múltiplas, não se circunscrevendo à vida laboral<sup>144</sup>, sem que dessa intervenção se possa

---

*di Diritto Romano*, Palumbo 1997, pp. 491 e segs; Armando Torrent RUIZ, in *Manual de Derecho Privado Romano*, Madrid 2008, pp. 461 e segs.

<sup>141</sup> Cf. Mateo Marrone, *Istituzioni...*, pp. 31, nota 30.

<sup>142</sup> Montoya Melgar considera que o Direito do Trabalho integra igualmente relações jurídico-públicas na medida em que o Estado aparece como garante da ordem pública laboral e como administrador de uma complexa trama de serviços publico-laborais e dirimidor de conflitos do trabalho - *Derecho del Trabajo...* pp. 43. Não cremos que estes argumentos sejam suficientes para justificar o carácter híbrido do Direito do Trabalho. Com efeito, também o Estado é dirimidor de conflitos que se situam no âmbito do Direito das Obrigações, do Direito das Coisas e do Direito das Sucessões... mas nem por isso se defende o carácter público destes ramos do Direito ou de certas partes destes ramos do Direito. O Estado não é apenas garante da ordem pública laboral. É garante de toda a ordem pública, daí não serem convincentes tais argumentos para fundamentar o carácter público do Direito do Trabalho. E, se se incluir - como inclui Montoya Melgar - o direito processual, então todos os ramos do Direito têm esta dimensão híbrida.

<sup>143</sup> Neste sentido, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Privado...*, pp 62 e segs.

<sup>144</sup> In *Direito do Trabalho - Relatório*, Coimbra Editora, 1999, pp. 36.

concluir pelo carácter público dessas normas. Este autor cita vários exemplos no domínio das cláusulas contratuais gerais; da responsabilidade do produtor; da atividade registral; da atividade comercial em que o Estado intervém com *jus imperii*, sem que se possa falar, com propriedade, que estamos em face do Direito Público.

IV - A distinção entre Direito Público e Direito Privado é daquelas dicotomias que nos foram legadas pela história do Direito que deve ser, senão abandonada, pelo menos reequacionada. Como refere Pedro Gonçalves “o paradigma clássico da distinção taxativa e terminante entre direito público administrativo e direito privado - como dois mundos separados por uma lógica de oposição - encontra-se há muito tempo claramente ultrapassado”<sup>145</sup>.

V - A forte intervenção do Estado no domínio laboral prende-se com duas razões fundamentais: a presença da pessoa e dos seus direitos de personalidade no âmbito das relações de trabalho e a possibilidade de o titular do direito da personalidade limitar de forma excessiva o exercício dos seus direitos da personalidade, em termos que possa contender com a *ordem pública* e os *bons costumes*. Estes aspetos são incompatíveis com uma ampla liberdade contratual.

Não pode ser igualmente dissociada desta ideia uma outra: toda a comunidade tende para o crescimento e elevação espirituais. No seu processo histórico vai-se libertando de formas degradantes de convivência social. Dessa libertação depende a sua honra ou

---

<sup>145</sup> In *Entidades Privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 271.

vergonha nacional e o seu posicionamento e respeito no mundo<sup>146</sup>. Este posicionamento se exprime e depende igualmente das relações privadas que se tecem. À comunidade no seu todo, erigida em Estado, compete vigiar e combater a subsistência dessas formas degradantes de convivência social, mesmo quando elas se estabelecem no quadro de relações privadas. Há um Direito Público dirigido à vigilância e proteção das relações privadas, caracterizado por um conjunto de normas injuntivas que acompanham a execução das normas de Direito Privado.

O público e o privado correspondem, portanto, ao ângulo visual do intérprete. Olhe-se para a forte dimensão pública no quadro dos direitos da personalidade<sup>147</sup>.

Todavia, a termos que seguir a prática tradicional, os elementos do sistema apontam para a inserção do Direito do Trabalho no âmbito do Direito Privado. Ele funda-se, particularmente, na autonomia dos sujeitos: o contrato é o seu ponto de partida e o seu momento de chegada. Sem o contrato de trabalho livremente celebrado todos os aspetos publicísticos perdem a sua razão de ser. O contrato confere a estes aspetos uma posição subordinada<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> O processo de abolição da escravatura é disso um exemplo.

<sup>147</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, I Parte Geral Tomo III pessoas, pp. 125 e segs.

<sup>148</sup> A doutrina dominante caracteriza o Direito do Trabalho como direito privado especial. Cfr., sobre este ponto, João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, 1995, pp. 42 e segs.

## 9. Ordem pública

I - Toda a pessoa pode fruir dos seus bens da personalidade. E é importante que cada pessoa possa tirar proveito (inclusive económico) dos seus bens da personalidade. Como vimos, hoje, praticamente, todos os bens da personalidade foram colocados no comércio<sup>149</sup>. Rejeita-se, portanto, a ideia de que os bens da personalidade sejam bens extra-comércio: a vida, a integridade física, a honra, a imagem, a vida privada... todos estes bens são, hoje, objeto de atos jurídicos que permitem uma fruição mesmo económica desses bens para proveito do seu titular e de terceiros. O equilibrista que atravessa a rua, a 30 metros de altura, sobre um cabo de aço, para puro deleite dos circunstantes ou para obter um benefício económico, está a fruir do seu direito de personalidade, pois, sabe que uma eventual queda dessa altura pode custar-lhe a própria vida. O pugilista que aceita participar de um desafio de pugilato, sabe que esse desafio pode deixá-lo mutilado para sempre. Um grupo de jovens que aceita participar na Casa do Big Brother sabe que fica, durante todo o tempo em que permanecer na casa, sujeito à devassa dos operadores de câmara e à exposição pública da sua vida privada. Em qualquer dos casos referidos o titular está a fruir dos seus bens da personalidade, para proveito próprio e para proveito de terceiros.

Todavia, em qualquer dos casos referidos a atuação do titular dos bens da personalidade não pode romper com valores estruturantes, vigentes na sua comunidade. Um desses valores é precisamente

---

<sup>149</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, cf. o nosso *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade...*RIDT, ANO I, 2021/Nº. 1/www.ridt.pt, pp 201 e segs.

a preservação do centro de imputação desses direitos: a pessoa. A pessoa é, portanto, um valor de ordem pública. O equilibrista desasturado, cuja exibição redundará, seguramente, num suicídio, deve ser impedido de participar no espetáculo, pois, os valores vigentes na sociedade rejeitam a morte como espetáculo. O pugilista manifestamente inferior fisicamente ao seu adversário deve ser impedido de combater, pois, do contrário o espetáculo transformar-se-á numa surra e a ordem jurídica rejeita o açoite público como espetáculo. A Casa do Big Brother deve ser encerrada se a mesma se transformar num antro de atentados à reserva da vida privada dos seus participantes. Em todos estes casos a ordem pública atua independentemente da vontade dos titulares dos bens da personalidade.

II - Este modo de atuação da reserva de ordem pública ocorre, igualmente, nos domínios reservados ao Direito do Trabalho. Quem celebra um contrato de trabalho limita voluntariamente o seu direito à liberdade e outros bens da personalidade, colocando-se sob as ordens e instruções de outra pessoa, mediante retribuição<sup>150</sup>. A lei configura tais atos como limitação voluntária<sup>151</sup> porque caracteriza tais direitos como *direitos absolutos*, cujo exercício está no controlo do seu titular. Se é certo que o titular não pode alienar tais direito, não é menos verdade que os pode onerar, fruindo, por esta via, as

---

<sup>150</sup> Segundo José Dias Ferreira, “as Partidas de Castella, que aliás reconheciam a escravidão, condenavam a perpetuidade dos pactos de serviço doméstico com o fundamento de semelhante estipulação ser coisa mais vil e desprezível, como a liberdade era o bem mais caro e apreciado” - In *Código Civil Portuguez anotado*, vol. III, Coimbra 1898, pp. 42. A relação que se estabelece entre liberdade e trabalho é muito antiga.

<sup>151</sup> A fórmula legal é, todavia, excessiva, porque nem toda a fruição dos bens da personalidade se traduz numa limitação. Há modos de fruição desses bens que correspondem ao exercício normal desses direitos.

potencialidades que os mesmos direitos oferecem. As fórmulas antigas *locatio conductio* e *arrendamento de serviços* explicavam, com propriedade, o sentido desta oneração. Posteriormente, assentou-se na ideia do contrato, fortalecendo e pondo em relevo a presença do elemento vontade na fruição dos bens da personalidade.

Porém, acoitado pelas necessidades primárias, o titular desses bens pode ser tentado a exceder na fruição desses bens. No limite um contrato de trabalho pode configurar uma situação de servidão. Há igualmente uma zona intermédia a tutelar: prende-se com a proteção da dignidade da pessoa humana. Essa proteção dirige-se contra o próprio sujeito titular dos bens da personalidade, mas também contra o beneficiário-condutor que pode coagir ou condicionar o titular do direito a ultrapassar os limites da proteção. Impõe-se, portanto, a atuação de todo o instrumentário jurídico para garantia da liberdade pessoal do titular dos direitos da personalidade como valor estruturante da vida comunitária e substrato inalienável de uma comunidade organizada. Assim, não só o titular pode denunciar livremente as limitações voluntariamente consentidas, como, por razões de ordem pública, essas limitações podem ser declaradas nulas e de nenhum efeito<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Para uma recensão da bibliografia atinente a este ponto, cfr. Joana Vasconcelos, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral, Universidade Católica portuguesa*, Coordenação Luis Carvalho Fernandes-José Brandão Proença, Lisboa, 2014, pp. 201 e segs.

## 10. *Modus operandi*: relações de especialidade

I - Na sua operatividade o Direito do Trabalho é influenciado por todo o sistema jurídico. Tem-se referido que recebe contributos de vários outros ramos do direito. Apontam-se como disciplinas afins do Direito do Trabalho, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Fiscal....

Esta fórmula perdeu hoje justificação. Parece mais avisado falar-se em apreensão, tomando em consideração o papel do jurista no modo como capta o Direito do Trabalho; e em inserção no modo como os princípios, regras e institutos do Direito do Trabalho se posicionam no quadro do sistema jurídico. Na verdade, o Direito do Trabalho é também Direito Constitucional<sup>153</sup>. Nesta medida, tem-se falado, com alguma propriedade, numa *Constituição Laboral*, mas mesmo esta fórmula é ela própria insuficiente, pois, o recorte que normalmente se dá da Constituição laboral nunca é completo: inclina-se para dispensar elementos trazidos da constituição material o que empobrece a análise.

Afigura-se-nos mais correto afirmar que toda a disciplina jurídica constitui um recorte mais ou menos arbitrário mas sempre insuficiente no quadro do sistema jurídico. Uma disciplina jurídica representa uma isolação, para fins académicos mas, em boa verdade, os seus elementos encontram-se semeados no seio do sistema jurídico em termos que não permite uma isolação completa. Por isso, se diz,

---

<sup>153</sup> No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho...*, pp 29.

com propriedade, que todo o sistema jurídico é chamado a regular uma situação da vida<sup>154</sup>.

Deve-se, todavia, reconhecer que as normas e princípios específicos de uma determinada área jurídica criam uma zona de concentração dos seus elementos em termos que permitem a sua identificação. Esta zona de concentração está associada ao modo de expressão do comércio jurídico, à natureza dos atos jurídicos, à disciplina jurídica associada e às valorações subjacentes. Trabalho, comércio, indústria, serviços, agricultura.... criam relações sociais e estas relações sociais fundamentam fenómenos jurídicos. Estas relações sociais estão eivadas de valorações. Todavia, do mesmo passo que estas relações sociais não se isolam no mundo social, de igual modo a disciplina que as regula ou enquadra não se isola no sistema jurídico. O condicionamento é recíproco o que tem permitido à doutrina falar em *integração horizontal* e *integração vertical* para se referir às relações de adequação entre os diversos elementos de integram o sistema jurídico no seu todo.

II - O Direito do Trabalho opera no quadro do Direito Civil. Por isso, recorre, amiúde, ao seu *modus operandi*. O sistema jurídico reage de forma progressiva em torno da pessoa, enfraquecendo ou reforçando os meios de tutela à medida que as situações jurídicas se aproximam da pessoa e dos seus bens de personalidade. Quanto maior é a ameaça da pessoa e dos seus bens da personalidade, maior é a reação da ordem jurídica. Por isso, a ordem jurídica vai

---

<sup>154</sup> Cf. Menezes Cordeiro, chamando a atenção para a circunstância de que na sua realização "todo o Direito é chamado a depor" in - *Introdução à edição portuguesa de Pensamento Sistemático...*, pp. CXI.

fortalecendo os meios de tutela à medida que a ameaça se aproxima da pessoa. Essas reações exprimem-se sob várias formas de tutela, com realce para o recurso a normas imperativas.

O Direito do Trabalho foi, todavia, engendrando modos especiais de reação à violação (ou potencial violação) dos bens jurídicos por ele protegidos. Interveio no próprio conteúdo das relações jurídicas e organizou um poderoso sistema de fiscalização. O chamado *Direito das Condições de Trabalho* constitui uma forma específica de tutela, que se traduz em intervir na fixação desse conteúdo independentemente do facto que lhe dá origem, contrariamente ao que ocorre no Direito das Obrigações, em geral, onde esse conteúdo é fixado, em regra, de forma supletiva. Foi a extensão dessa intervenção que permitiu caracterizar como direito público o Direito das Condições de Trabalho<sup>155</sup>, mas não se pode perder de vista a vertente instrumental dessa dimensão publicista presente, aliás, em todos os domínios do direito, seja para conferir segurança ao tráfego jurídico, seja para garantir proteção aos entes jurídicos. Ela se insere, portanto, no quadro da *ordem pública laboral*.

III - O nosso Direito Civil está organizado em atenção às *peças, coisas e ações*. Neste particular, não abandonou a tradição romanista. Todavia, aperfeiçoou-a, criando regimes de especialidade, sempre em atenção às *peças, coisas e ações*<sup>156</sup>. No domínio das *peças* autonomizou o Direito da Família e o Direito das Sucessões.

---

<sup>155</sup> Cf., neste sentido, Menezes Cordeiro, *Manual...*, pp. 62 e segs.

<sup>156</sup> Para uma análise desta tripartição justiniana, cfr. Norberto Bobbio, *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, tradução de Alfredo Fait, São Paulo, Editora Mandarim, 2000, pp. 146 e segs.

Formou-se, igualmente, um sector do direito dirigido à condição jurídica do menor. O domínio das coisas permaneceu mais ou menos estável, mas na área das ações, em que se inserem os contratos, sucederam-se domínios que se foram particularizando, em atenção a diversos fatores. Os fatores que justificaram a especialização do Direito Comercial foram, na opinião de Oliveira Ascensão, a celeridade da atividade económica; a boa-fé; o reforço do crédito e o fim lucrativo<sup>157</sup>. Outras áreas têm vindo a ganhar especialidade, como seja o Direito Marítimo, o Direito dos Seguros, o Direito Bancário e o Direito dos Valores Mobiliários<sup>158</sup>.

IV - No que respeita ao Direito do Trabalho<sup>159</sup>, caracterizado igualmente como ramo especial do Direito Privado<sup>160</sup>, esta especialidade tem sido fundada numa “política de proteção ao trabalhador” que permitiu uma especialização dos “princípios gerais, sobretudo, os do Direito das Obrigações, no campo das relações de trabalho subordinado”<sup>161</sup>. A busca destes fundamentos tem vindo, todavia, a

---

<sup>157</sup> In *O Direito - Introdução e Teoria Geral...*, pp. 348-349.

<sup>158</sup> Oliveira Ascensão, *O Direito...*, pp 349.

<sup>159</sup> Não se pode concordar inteiramente com Pedro Romano Martinez no ponto de vista segundo o qual “o Direito do Trabalho se encontra no fim de uma sequência iniciada com a Introdução ao Estudo do Direito a que se segue a Teoria Geral do Direito Civil e o Direito das Obrigações” - *In Direito do Trabalho - Relatório...*, pp. 40. Na verdade, a cadeira de Introdução ao Direito tem uma dimensão multidisciplinar. Visa conferir competências com ligação, sim, com o Direito Civil, mas também com todas as demais disciplinas, inclusive disciplinas de Direito Público e outras disciplinas formativas, como seja a história do direito, a filosofia do direito, a sociologia e a antropologia do direito. Trata-se de uma cadeira dirigida à compreensão da ciência jurídica no seu todo. Cremos que não se pode retirar desta disciplina nenhuma ligação sequencial específica com o Direito do Trabalho.

<sup>160</sup> Diz Pedro Romano Martinez: “a relação de especialidade não põe em causa a autonomia do Direito do Trabalho” - *Relatório...* pp. 42. Cremos que é precisamente essa relação de especialidade que, pelo seu alcance, fundamenta essa autonomia.

<sup>161</sup> Oliveira Ascensão, *O Direito...* pp 350.

aperfeiçoar. Alguns, como Palma Ramalho, buscam uma solução de compromisso, considerando que a tônica da especialidade do Direito do Trabalho lhe é dada por “situações e interesses específicos, que decorrem, direta ou indiretamente de uma particular qualidade dos entes em jogo - a qualidade de trabalhador subordinado; e a qualidade de empregador ou empresário laboral”<sup>162</sup>. Outros, porém, encontram esse fundamento na presença dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho<sup>163</sup>. Não faltam ainda aqueles que preconizam uma tese negativista que conduz mesmo à rejeição do Direito do Trabalho que se traduziria “num conjunto de privilégios para os quais faltaria a justificação numa sociedade aberta”<sup>164</sup>.

V - O carácter especial das normas do Direito do Trabalho não pode ser posto em causa. Como vimos<sup>165</sup>, este movimento de especialização resultou do cotejo de duas classes de normas, aparente conflitantes: o regime dos contratos, dominado pela autonomia da vontade e o regime dos direitos da personalidade, dominado por normas imperativas. São, assim, os direitos da personalidade que representam a essência material (materialidade subjacente) da natureza especial das normas do Direito do Trabalho<sup>166</sup>. Na sua atuação os

---

<sup>162</sup> Direito do Trabalho - Parte I Dogmática Geral, pp. 104.

<sup>163</sup> Cf. Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho - Relações individuais de trabalho...*, pp 25 e segs.

<sup>164</sup> Reinhard Ricardi, citado Por Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho*, vol I, *relações individuais de Trabalho*, pp. 25, nota 46.

<sup>165</sup> Cfr. o nosso estudo *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade...*, pp. 213.

<sup>166</sup> Por isso, deve-se discordar de Montoya Melgar na consideração de que o carácter especial do Direito do Trabalho tem hoje mais valor histórico do que actual - *Derecho del Trabajo...*, pp. 43. Afirma o autor que dificilmente o Direito Civil pode funcionar como Direito comum face ao Direito do Trabalho precisamente porque o Direito do Trabalho surgiu justamente como reação frente à insuficiência

direitos da personalidade exercem uma pressão constante sobre o regime jurídico das obrigações. Os bens jurídicos, que constituem o seu objeto, porque de natureza superior, reclamam importantes e constantes medidas de proteção. Por isso, o regime dos direitos da personalidade é dominado por normas imperativas.

Como vimos<sup>167</sup>, na sua comunicação com o regime jurídico dos contratos, os direitos de personalidade emprestaram ao contrato de trabalho a natureza das suas normas. Daí o igual predomínio das normas imperativas no regime jurídico do contrato de trabalho. Vimos igualmente que é precisamente esta tensão dialética que representa a essência substantiva do Direito do Trabalho<sup>168</sup>.

VI - A tensão entre o regime jurídico dos contratos e o regime jurídico dos direitos da personalidade está presente em todos os contratos: no contrato de compra e venda; no contrato de arrendamento, nos contratos de doação... mas adquire maior intensidade à medida que se dá uma maior envolvimento dos direitos da personalidade de um ou ambos os sujeitos na relação jurídica. Assim, no contrato de trabalho a presença dos direitos da personalidade é comparável àquela que se verifica no domínio do direito da família, do direito das sucessões... Por isso, se trata igualmente de ramos do direito dominados por normas imperativas.

---

quantitativa e qualitativa das normas civil - pp. 44. Cremos que estes argumentos podem ser utilizados contra o autor, pois, todo o ramo especial do Direito Civil surgiu como consequência necessária da insuficiência das normas de Direito Civil. Aliás, cremos ser apanágio dos ramos especiais do Direito o eles resultarem da insuficiência das normas comuns para dar causa jurídica a situações particulares dotadas de valores axiológicos especiais.

<sup>167</sup> Cfr. *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade...*, pp. 215.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

VII - Como direito especial, o Direito do Trabalho realiza operações do particular para o geral. A presença da pessoa do trabalhador e dos seus direitos de personalidade justificaram especializações face ao regime geral das obrigações. Porém, na sua arrumação interna o Direito do Trabalho apresenta diversos sub-níveis de especialidade em atenção a fatores ligados à idade do trabalhador, ao sexo, à nacionalidade, ao lugar onde o trabalho é prestado e ao tempo de execução do trabalho. Todos estes níveis de especialidade apresentam implicações no modo de atuação do Direito do Trabalho. Consoante a sua posição relativa as normas deste ramo do Direito vão sofrendo mutações constantes, variando a sua natureza de norma especial para norma geral à medida que se vai subindo (ou descendo) os diversos níveis de especialização<sup>169</sup>. Na verdade, se é certo que o Direito do Trabalho é tido como um Direito Especial, portanto, dominado por normas especiais, não é menos verdade que certas normas especiais adquirem a natureza de normas gerais quando colocadas em sua relação com outras normas<sup>170</sup>. Assim, as normas especiais sobre os contratos de trabalho de mulheres, de menores, de deficientes, ou de trabalhadores domésticos modificam a natureza das normas sobre os contratos de trabalho, em geral, que passam de normas especiais, quando comparadas com as normas que regulam as

---

<sup>169</sup> Esta mutabilidade é assacada pela doutrina especializada. Cfr. A este respeito António Menezes Cordeiro, reconhecendo que o Direito Comercial é especial em relação ao Direito Civil, mas comum em relação ao Direito Bancário - *Código Civil comentado, anotação 21 ao art.º. 7.º do Código Civil*, Coimbra Almedina, 2020, pp. 96.

<sup>170</sup> Ponto em relevo esta característica, cfr. Franco Madugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, vol. XXXVIII, pp. 506 e segs, especialmente 514.

obrigações em geral, para normas gerais quando comparadas com as normas que regem estas modalidades de contratos de trabalho.

Ocorre, pois, dar alguma atenção a este ponto particular.

VIII - Uma norma só é especial quando comparada com outra norma. O juízo de especialidade resulta, pois, e antes de mais, do cotejo de uma norma com outra. De uma norma isolada não se pode dizer que tenha a natureza de norma geral ou especial, pois, esta natureza resulta, necessariamente, de um juízo de comparação com outra norma, com a qual apresenta afinidades.

A escolha das normas a comparar não é arbitrária. Elas devem apresentar-se entre si em concurso aparente<sup>171</sup>, ambas reclamando a sua aplicação ao caso de espécie. A análise das duas normas deve permitir concluir que uma tem precedência de aplicação sobre a outra; uma derroga a outra. Por isso, se afirma *lex specialis derogat lex generalis*.

O juízo de comparação resulta de uma atividade interpretativa das normas a comparar, assente em elementos lógicos e

---

<sup>171</sup> Seguindo Oliveira Ascensão, o concurso aparente verifica-se quando entre duas normas haja uma relação de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção. A relação de especialidade, explica o mesmo autor, é uma relação de género e espécie (no mesmo sentido IRTI, ob. cit. pp. 55). Uma norma caberia integralmente no conteúdo da outra. Se se excluem o concurso é aparente. Esta conclusão segundo a qual a regra especial exclui a aplicação da regra geral resulta de uma atividade interpretativa. A relação de subsidiariedade dá-se quando duas regras são secantes: alguns factos previstos numas das normas sobrepõem-se na parte da previsão de outra norma. Se, através de uma atividade interpretativa, se concluir que no domínio em que há sobreposição, uma das normas exclui a outra, o concurso é aparente. A relação é de consunção quando os interesses tutelados por uma norma absorvem o tutelado por outra norma (*O Direito - Introdução e teoria geral*, 13ª edição refundida, pp. 539 e segs).

substantivos. A *compreensão* e a *extensão* das normas são os seus elementos lógicos. A *materialidade subjacente* constitui o seu elemento substantivo. Compreensão, extensão e materialidade subjacente são, portanto, os elementos que permitem identificar uma norma especial face a uma norma geral.

IX - Por *materialidade subjacente* entendemos os bens jurídicos ou aspetos particulares de bens jurídicos que impõem a tónica comum ou especial a uma determinada norma. Como assinala José Maria Lix-Klett, “o determinante para justificar estas normas obedece à sua motivação substantiva, isto é, uma *utilitas* específica que reclama uma especial regulamentação<sup>172</sup>”. Reporta-se, na opinião de Madugno a “sujeitos, objeto, situações, atividade disciplinada”<sup>173</sup>. Fatores como idade, sexo, nacionalidade, lugar, tempo de execução do contrato e outros fatores de natureza jurídica ou social podem constituir, em si mesmos, elementos em que se exprime essa materialidade e fundamentam a presença de uma norma especial.

*Compreensão* é a fórmula linguística que contém a representação de uma realidade em atenção aos atributos inerentes à sua materialidade. Atende às características intrínsecas dessa realidade de modo a diferenciá-la de outra realidade. Na díade norma geral-norma especial o elemento diferenciador é aquele presente na combinação género e espécie. *Contrato* (género); *contrato de trabalho, contrato*

---

<sup>172</sup> *La Noción canónica de “ius singulare” desde a alta Edad Media hasta los autores previos al Código de 1917 - Cuadernos Dotorales 23, (2009), 198. Trata-se de uma análise profunda sobre a evolução deste tema, desde o Direito Romano, passando para o Direito Canónico, numa construção histórica que ilumina a sua compreensão.*

<sup>173</sup> Franco Madugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, vol. XXXVIII, pp. 506 e segs, especialmente 514.

*de trabalho de menores, contrato de trabalho de mulheres ... (espécies)* são fórmulas linguísticas que representam realidades jurídicas, atendendo a características particulares. Por isso, Natalino Irti caracteriza a *compreensão* de uma norma como o conjunto das notas típicas dessa norma<sup>174</sup>.

Por *extensão* de uma norma deve-se entender o conjunto dos sujeitos a que a referida norma se aplica<sup>175</sup>. Cremos que a extensão se reporta igualmente às consequências jurídicas associadas a uma determinada norma. Na verdade, os efeitos associados a uma norma especial são mais restritos que aqueles associados a uma norma geral. Por isso, a revogação de uma norma especial expande o âmbito de competência da norma geral correlata que passa a abranger as situações antes reguladas pela norma especial.

De acordo com estes elementos lógicos, na relação norma geral-norma especial aquela das normas cuja compreensão é menor e maior a sua extensão é uma *norma geral*. Concomitantemente, aquela das normas cuja compreensão é maior e menor a sua extensão é uma *norma especial*. Portanto, a norma especial alarga a compreensão da norma geral, mas reduz o seu âmbito pessoal de aplicação. Como explica o mesmo Irti “as notas típicas da norma geral devem encontrar-se na norma especial que lhes adiciona uma nota ulterior”<sup>176</sup>. Ao alargar a compreensão da norma geral, a norma especial reduz o âmbito de aplicação daquela. Norma geral e norma especial

---

<sup>174</sup> Cf. Natalino Irti, *L'Età della decodificazione*, quarta edizione, Milano 1999, pp. 55.

<sup>175</sup> IRTI, *ob.loc. cit.*

<sup>176</sup> *Ob. cit.* pp. 55.

estabelecem entre si relações inversas, como aliás explica Nicola Abbagnano: “à medida que a compreensão se empobrece, torna-se mais geral, a extensão se enriquece, isto é, o conceito se aplica a mais coisas; e vice-versa”<sup>177</sup>.

A norma sobre a capacidade para celebrar contrato de trabalho (artº. 27º nº. 2 do CL) encontra-se, assim, numa relação de especialidade com a norma do artº 133º do CC que regula a capacidade em geral. A *compreensão* desta norma é menor = *capacidade de exercício*; a sua extensão é maior = abrange todas as pessoas. Logo, é uma norma geral. Porém, a compreensão daquela norma é maior: *capacidade para celebrar contrato de trabalho*; e a sua extensão menor: pessoas que celebram um contrato de trabalho. Na sua materialidade as duas normas se ocupam da aptidão de uma pessoa para praticar atos jurídicos (concurso aparente), mas a norma do artº. 27º nº. 2 do CL particulariza um aspeto desta faculdade: a aptidão de uma pessoa para angariar meios de subsistência mediante a celebração de um contrato de trabalho. Logo, esta segunda é uma norma especial quando comparada com a primeira.

## 11. Relações de excecionalidade

I - Das relações de especialidade devem ser distinguidas as relações de excecionalidade, dois conceitos que muitas vezes se confundem.

A distinção entre a norma-regra e a norma excecional também se deteta a partir de elementos lógicos e substantivos. *Compreensão*,

---

<sup>177</sup> Dicionário de Filosofia... vb. Compreensão.

*extensão e materialidade subjacente* são os elementos a partir dos quais distinguimos uma norma-regra de uma norma excecional. A formulação linguística pode dar uma aparência de excecionalidade, mas não se trata da excecionalidade em sentido próprio. Oliveira Ascensão demonstrou-o de forma magistral<sup>178</sup>.

Também a norma-regra e a norma excecional devem encontrar-se entre si em concurso aparente, tal como a norma geral e a norma especial. A diferença entre estas duas classes de normas - a especial e a excecional - assenta na natureza da extensão: ao passo que a norma especial adiciona um efeito mais à norma geral, sem romper com a sua lógica interna, já a norma excecional rompe com a lógica interna do regime-regra e adota um regime diverso (oposto) para a situação da vida em atenção à sua materialidade.

Assim, a norma do artº. 34º n.º 2 do Código Laboral (invalidade do contrato de trabalho) se encontra numa relação de excecionalidade face à norma do 289º do CC (efeitos da declaração de nulidade e da anulação). A tónica da excecionalidade é determinada pela presença da pessoa e dos seus bens de personalidade (objeto infungível) no cumprimento do contrato de trabalho: com efeito se o trabalhador poderia restituir ao empregador o que este lhe prestou, a verdade é que nunca seria possível ao empregador restituir ao trabalhador o que deste recebeu. A inversa nunca seria verdadeira porque uma prestação infungível nunca pode ser especificamente restituída. Daí a excecionalidade do regime.

Assinale-se que o mesmo acontece com o artº. 877º do CC quando posto em relação com o artº. 405º do mesmo Código. Num a

---

<sup>178</sup> Cfr O Direito - Introdução e Teoria Geral..., pp 450-451.

materialidade subjacente são as relações familiares, noutra as relações entre pessoas, em geral. As pessoas em geral podem praticar atos de compra e venda, sem restrições. Outro tanto, porém, não é consentido - sem restrições - entre pessoas que se encontram entre si numa relação familiar. Por isso, não se pode dizer, com propriedade, que o artº. 877º não é uma regra relativa a negócios jurídicos<sup>179</sup>. Trata-se sim de uma regra relativa a negócios jurídicos, cujos sujeitos, porém, se encontram entre si numa relação familiar. A proteção dessas relações determina a associação de um efeito diverso do efeito previsto na norma-regra. As duas normas se apresentam, pois, entre si numa relação de excecionalidade<sup>180</sup>.

II - Certa doutrina tem vindo a por em causa a validade do artº. 11º do Código Civil quando este afirma que as normas excecionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva<sup>181</sup>. Castanheira Neves compara esta disposição à regra antiga, porém, abandonada segundo a qual *in claris non fit interpretatio*. Invoca-se ainda contra esta disposição a violação do princípio da unidade do sistema jurídico e a conseqüente falta de coerência; a violação dos princípios da igualdade, da justiça e a própria ideia de Direito<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Neste sentido António Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 457.

<sup>180</sup> Para uma análise deste ponto no domínio do Direito Internacional Privado, cfr. Ferrer Correia, *Temas...* loc. cit..

<sup>181</sup> Para uma síntese das posições doutrinárias nesta matéria, cfr. Catarina de Oliveira Carvalho, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral, Anotação ao artº. 11º*, Universidade Católica Editora, Setembro de 2014, pp. 54 e segs.

<sup>182</sup> Ver sobre este ponto Catarina Carvalho, ob. Loc. Cit.

Alguns autores apontam para a interpretação restritiva deste artigo, considerando que dele só resulta a proibição de transformar a exceção em regra (Baptista Machado) ou que apenas a analogia nas situações de exceção substancial (*ius singulare*) resulta da mesma proibida (Teixeira de Sousa)<sup>183</sup>.

Menezes Cordeiro parece encontrar fundamentos para a proibição da analogia em razões de política legislativa: o legislador pode valorar certos aspetos que permitem uma solução singular, prerrogativa esta, porém, não reconhecida ao intérprete<sup>184</sup>.

III - A analogia visa fazer face a uma omissão de política legislativa para um determinado caso, seja ele geral (*ius generalia*) ou particular (*ius singulare*). Lá onde o legislador omitiu um juízo de política legislativa o intérprete aplicador da lei está em geral autorizado, ou a socorrer-se das razões que justificaram um caso regulado e aplicá-las num caso não regulado ou a tomar em conta as razões presentes no sistema e extrair delas a solução que seria ajustada ao caso não regulado. Em qualquer das situações serve-se de opções de política jurídica já presentes no sistema, bilateralizando-as entre o caso regulado e o caso não regulado.

Assim, cremos que, em tempo algum, o intérprete aplicador da lei exerce um juízo de política jurídica quando recorre à analogia: serve-se das opções de política legislativa já presentes no sistema e emanadas do poder legislativo, bilateralizando-as às situações omis-  
sas. Na verdade, o juízo de política jurídica dá lugar a uma regra

---

<sup>183</sup> Introdução ao Direito... pp. 399-402.

<sup>184</sup> Tratado de Direito Civil I, ..., pp. 761-763.

nova, da competência do poder legislativo; o juízo de analogia dá lugar a uma regra paralela, da competência do poder judicial. Se o intérprete pudesse exercer um juízo de política legislativa - quer em sede das normas especiais ou excepcionais, quer em sede das normas gerais - violaria o princípio da separação de poderes e, nesta medida, o art.º 10º n.º 2 do CC, quando interpretado com esta amplitude, seria inconstitucional.

Nesta linha de raciocínio deve-se concordar que toda a norma geral e toda a norma especial ou excepcional assenta em juízos de política legislativa: toda a regra jurídica reguladora de uma situação da vida é fruto de uma opção de política legislativa, entendendo-se como tal a faculdade de escolha de entre as diversas condutas possíveis e a tipificação daquela que melhor realiza os múltiplos fins de uma determinada comunidade, em razão das suas opções, características e valores. O comportamento eleito como representativo dos fins que a comunidade pretende prosseguir é caracterizado como o comportamento-regra: aquele que deve ser *normalmente* adotado.

O juízo de política legislativa é dominado pelo princípio democrático. Por isso, só o legislador está habilitado a emiti-lo.

Perante um caso omissis - ou seja, perante uma omissão de política legislativa - porque o intérprete-aplicador não pode deixar de dar causa jurídica às situações da vida, ele pode bilateralizar o juízo de política legislativa presente em determinada norma ou inferida a partir do sistema e encontrar a resposta adequada para o caso omissis.

O juízo de analogia assenta no princípio da justiça, fundamento da coesão social, da igualdade e da harmonia do funcionamento do sistema.

Assim sendo, deve-se questionar da justeza da opção do legislador em permitir a bilateralização do juízo de política legislativa subjacente a um caso regulado por uma norma especial a um caso não regulado e a rejeitar essa mesma bilateralização quando procedam as mesmas razões perante um caso regulado (e outro não regulado) por uma norma excecional. Ou seja, por que razão a aplicação analógica de uma norma especial é permitida, mas já não é permitida a aplicação analógica de uma norma excecional?

Esta questão é tão pertinente quanto é certo que tanto a norma especial quanto a norma excecional podem ser justificadas e determinadas pela presença do mesmo bem jurídico cuja conformação é reclamada pelo sistema. No domínio do Direito do Trabalho o fator pessoa do trabalhador no cumprimento do contrato tanto pode determinar a presença de normas especiais, como a presença de normas excecionais, como vimos. Assim sendo, a opção do legislador em proibir a analogia das normas excecionais, especialmente quando essa integração é justificada pela presença do mesmo bem jurídico que determina a postura de normas especiais, trunca o funcionamento do sistema que fica a perder em harmonia e coerência<sup>185</sup>. Se

---

<sup>185</sup>Ver no mesmo sentido Miguel Furtado, Docente do ISG “ Devemos pois ter, como podemos observar pelo conceito de direito já anteriormente analisado, um sistema jurídico harmónico e correlacionado entre si, sem contradições e onde a lógica entre os vários artigos é primordial e essencial. No entanto, a cláusula civil 11ª pode violar os elementos mencionados, visto que pela proibição da analogia, corre-se o risco das tais coerência e interligação necessárias não se verificarem.” <https://www.isg.pt/2018/03/21/normas-excepcionais-integracao-da-lei/> Este autor aponta o seguinte exemplo: no domínio dos contratos vigora o princípio da liberdade contratual. Todavia, no que respeita a contratos tendo por

aquelas mesmas razões que determinaram a positivação de uma norma excecional procederem num caso omissis não vemos motivo para afastar a analogia. O procedimento é imposto pelo funcionamento do sistema.

Assim, para tal proibição afigura-se-nos valer as mesmas considerações doutrinárias que permitem rejeitar os conceitos jurídicos formulados pelo legislador que, na expressão de Menezes Cordeiro, “não vinculam cientificamente”<sup>186</sup>. A proibição da analogia perante uma norma excecional tem assim valor meramente doutrinário. Por isso, cremos que, tal como os conceitos adotados pelo legislador, não vincula cientificamente. Parece, assim, que o elemento sistemático da interpretação, que depõe a favor da coerência e harmonia das soluções, conduz à interpretação abrogante da primeira parte do artº. 11º do CC.

## 12. Relações de subsidiariedade

I - A revogação da norma especial alarga a extensão da norma geral. Este alargamento é, em regra, automático. Isto permitiria a

---

objeto imóveis a lei impõe, por razões de segurança jurídica, que tais contratos sejam celebrados por escritura pública. Não sendo a mesma exigência feita para a transmissão de estabelecimentos que envolvam imóveis o art 11º impede a aplicação analógica da norma que obriga o recurso à escritura pública.

<sup>186</sup> In *Da usucapião de imóveis em Macau*, RJM, nº especial sobre *A questão das terras em Macau*, (1997), pp. 411, reportando-se às achegas de que o conceito de usucapião tem sido objeto a nível doutrinário. Este mesmo ponto de vista está presente no pensamento do autor em *Direitos Reais (reprint)*, Lex, Lisboa, 1979, pp. 465-466. No mesmo sentido, Mota Pinto, *Direitos Reais*, Lições coligidas por Álvaro MOREIRA e Carlos FRAGA, Coimbra, Almedina, 1971, pp. 155-156.

IRTI considerar que toda a revogação da norma especial envolveria a automática aplicação da norma geral às situações descobertas<sup>187</sup>.

A consideração da dimensão valorativa subjacente à regulação do Direito do Trabalho aponta, todavia, noutra direção. A integração valorativa conduz o sistema a rejeitar a aplicação subsidiária do Direito Privado comum lá onde a norma subsidiária não combina com as valorações dominantes no Direito do Trabalho. Assim, se uma lei revoga todo o capítulo relativo ao contrato de trabalho doméstico, como aconteceu com o Regime Jurídico Geral das Relações de Trabalho<sup>188</sup>, a consequência lógica desse pensamento conduziria à aplicação automática da disciplina dos contratos de trabalho em geral. Tal ponto de vista só é, todavia, verdadeiro para os setores regulativos do Direito que não adquiriram autonomia dogmática<sup>189</sup>, ou seja, não se encontram dominados por dimensões valorativas autónomas, capazes de forçar uma orientação noutra sentido.

Esta é uma vertente importante da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. As valorações subjacentes a este ramo do Direito apontam no sentido de que a integração de lacunas deve ser feita, precedentemente, no quadro dos princípios que norteiam essa

---

<sup>187</sup> "Abrogata la norma speciale, la norma generale riespande la propria sfera di applicazione e disciplina anche i caso provvisti della nota ulteriore e differenziale" - *L'età della decodificazione...* pp. 55-56.

<sup>188</sup> Aprovado pelo Decreto-lei nº. 62/87, de 30 de junho e alterado pelo Decreto-Lei 51-A/89, de 26 de Junho e ratificado pela Resolução da Assembleia Nacional Popular nº. 32/III/89, de 30 de Dezembro e pela Lei nº. 101/IV/93, de 31 de Dezembro.

<sup>189</sup> A ausência de autonomia dogmática não nos parece justificar, todavia, a conclusão da existência de "conglomerações de normas; de junção arbitrária, logo assistemáticas" no seio do sistema jurídico, como é defendido por certo sector da doutrina. Cf., por todos, Palma Ramalho, *Da autonomia dogmática...*, pp. 148. Temos para nós que, uma vez positivado, qualquer complexo de normas é automaticamente assimilado pelo sistema jurídico.

autonomia, antes de recorrer ao Direito Privado comum, assim como afasta o efeito lógico que consiste na expansão do âmbito de aplicação da norma geral correlata pela revogação da norma especial. Assim, a afirmação de IRTI nos termos do qual “ab-rogada a norma especial, a norma geral reexpande a sua própria esfera de aplicação e disciplina ainda os casos previstos da nota ulterior e diferencial”<sup>190</sup>, perde validade científica nas situações em que o conjunto das normas especiais está integrado num quadro jurídico com autonomia dogmática. Na verdade, nestes casos, a revogação da norma especial não permite uma reexpansão da extensão da norma geral, porquanto essa reexpansão vai contender com a integração valorativa subjacente ao conjunto das normas especiais de que se revogou uma parcela. A conservação dessa integração valorativa reclama não uma reexpansão da norma geral mas sim a busca da reintegração valorativa no quadro do conjunto das normas especiais.

Nesta circunstância estamos mais inclinados a considerar que a revogação da norma especial gera uma lacuna cuja integração tem que respeitar a coesão valorativa subjacente ao conjunto das normas que integram um sector particular do Direito, como será o caso do Direito do Trabalho, sob pena de falsearmos o seu carácter especial.

II - Isto significa que o valor subsidiário do Direito Privado comum tem que ser compreendido no âmbito de uma *ampliação teleológica* que resulta do alargamento da *ratio legis* imanente no artº. 7º nº. 3 do Código Civil.

---

<sup>190</sup> L Età della decodificazione..., pp. 55-56.

A doutrina tem-se referido à *redução teleológica* como a necessidade de se proceder a limitações no âmbito da competência de uma norma, em atenção ao fim pelo qual a norma foi posta<sup>191</sup>. Trata-se de um procedimento próximo da integração de lacunas ou da interpretação restritiva, consoante a opinião dos autores<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 308-309. Menezes Cordeiro define-a como “a operação que consiste em afastar a aplicação de uma norma sempre que o fim por ela propugnado já se mostre alcançado ou se torne inviável ou impossível” - *Tratado de Direito Civil I*, 4ª edição, Almedina, 2012, pp 782. Cremos que a redução teleológica está igualmente autorizada sempre que o legislador pretenda alcançar um fim arbitrário. Nomeadamente, ela se mostra justificada sempre que o legislador, com violação do princípio da igualdade, não trata o igual de forma igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Assim, afigura-se-nos estar justificada a redução teleológica na seguinte situação: se, em regra, qualquer herdeiro pode agir em defesa da herança, independentemente da habilitação, mas o legislador vem exigir que, por exemplo, em matéria de defesa da propriedade no quadro de uma expropriação por utilidade pública, é necessária a presença de todos os herdeiros, inviabilizando ou enfraquecendo, conseqüentemente, a defesa da propriedade perante terceiros (cf. vg. artº. 4º nº. 3 da Lei nº. 25/VII/2008, de 3 de Março, na redação que lhe foi dada pela Lei nº. 45/VII/2009, de 24 de Agosto) a conjugação dos elementos de interpretação - letra, sistema, teleologia da norma e a conjugação destes elementos com o princípio da igualdade (interpretação conforme à Constituição) - abonam a favor da referida redução teleológica, restabelecendo, assim, a harmonia do sistema. A redução teleológica não é, todavia, uma operação arbitrária, dependente do capricho do intérprete. Trata-se de um resultado da interpretação que decorre da conjugação de vários elementos que participam no processo de interpretação da norma jurídica. O objetivo é restabelecer a unidade do sistema jurídico e de respeitar as leis orgânicas que orientam o sistema e formam a sua unidade: interdependência dos seus elementos; coerência, coesão e aptidão para a auto-geração (*autopoiesis*). A *redução teleológica* é exigida pela ciência jurídica, na sua atividade a jusante, em sede da realização do direito - que tem o seu momento alto na atividade dos tribunais - em todas as situações em que o legislador, na sua atuação a montante, não tenha tomado esses elementos pré-compreensivos em consideração, desta feita, no processo de feitura das leis.

<sup>192</sup> Registe-se o ponto de vista de Oliveira Ascensão: na opinião deste autor a figura da redução teleológica não apresenta vantagens e é dificilmente conciliável com outras categorias já assentes como a interpretação restritiva, a interpretação corretiva e a interpretação ab-rogante. Segundo este autor, o elemento teleológico é já um dos elementos da interpretação, indispensável à fixação da *ratio legis*. É por ele que se chega à interpretação restritiva. Pela redução teleológica o elemento teria uma dupla relevância que faria cair a figura na interpretação ab-rogante, pela via da contradição valorativa ou na interpretação corretiva, pela via da inadequação. Por isso, apresenta reservas à importação da figura da *redução*

---

*teleológica*- in *O direito Introdução e Teoria geral*, 13ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2006, pp 427-428.

Cremos, todavia, que a redução teleológica pode ainda incidir sobre o resultado da interpretação restritiva ou torná-la desnecessária ou inútil. Com efeito as modalidades de interpretação restritiva e extensiva reportam-se ao resultado do confronto entre a letra e o espírito da norma. Ou seja, entre a letra e a finalidade da norma. A parte dinâmica destas duas modalidades de interpretação é a letra. A parte estática destas duas modalidades de interpretação é o espírito. A letra move-se, alargando-se na interpretação extensiva. A letra move-se, restringindo-se na interpretação restritiva. Em ambos os casos é o espírito da norma que condiciona este movimento. É ele que determina esta dinâmica. Ora, a redução teleológica nem do ponto de vista material, nem do ponto de vista formal apresenta esta configuração. A redução teleológica prende-se com a inserção dinâmica da norma no sistema. Portanto, é o espírito do sistema que a condiciona. Não aceitar a redução teleológica é admitir que o legislador pode arbitrariamente prosseguir fins diversos perante situações sociais que deveriam merecer idêntico tratamento. É admitir que o legislador pode violar impunemente o princípio da igualdade, prosseguindo fins arbitrários, ou fins que entre si se contradizem. A redução teleológica é certamente uma forma de interpretação corretiva, não em atenção ao conteúdo da norma, mas em atenção ao seu fim. Nem sempre se ajusta à interpretação abrogante. A adequação valorativa do sistema pode implicar, aliás, três ordens de movimentos, em atenção ao fim da norma: a *redução teleológica*; a *ampliação ou extensão teleológica*, mas também a *própria conformação teleológica*. Nesta o intérprete ajusta a sua decisão à racionalidade normativa, descurando elementos formais. É sempre o sistema a depor a favor desta operação. Se a lei manda atribuir indemnização ao cônjuge pela morte do seu consorte, mas na situação concreta existe uma convivente que vivia em comunhão de cama, mesa e habitação com o falecido, há largos anos, não obstante a subsistência do casamento formal, o fim da norma depõe a favor da atribuição da indemnização à convivente, em quem se reúnem todos os pressupostos histórico-culturais que fundamentaram a opção de política legislativa de atribuição da indemnização ao cônjuge. Formalmente a solução pode parecer contrária à lei. Porém, só formalmente é assim. Materialmente ela é reclamada pelo funcionamento harmónico do sistema: valores comunitários - política legislativa - norma - decisão. A atribuição da indemnização ao convivente de facto conforma-se com os referidos pressupostos histórico-culturais que estiveram na base da opção de política legislativa (conformação teleológica).

A redução, extensão e conformação teleológicas têm o seu parente próximo na figura da *cláusula de exceção* que opera particularmente no domínio do Direito Internacional Privado, mas que pode, perfeitamente, ser entendida como categoria geral. Como referimos noutra lugar (cf. a nossa *Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei aplicável às Obrigações contratuais*, Lisboa, 1999, pp. 47 e segs) o que esta cláusula tem de excepcional - daí o seu nome - prende-se com duas razões: uma de ordem histórico-objetiva, por não se comprovarem, excepcionalmente, em torno da situação privada internacional, os circunstancialismos que ditaram a escolha da conexão relevante e, como consequência da primeira, outra de ordem institucional, que, excepcionalmente, autoriza o aplicador a não regular o caso de espécie pela lei que resultaria da concretização da conexão relevante, porquanto as circunstâncias que rodeiam a situação privada internacional apontam

Creemos que o método tem autonomia face a qualquer dos referidos procedimentos. Domina-o o pensamento sistemático que impõe a necessidade de equilíbrio entre os elementos que integram o sistema. A redução teleológica está justificada sempre que o legislador, em atenção ao fim prosseguido, não trata o igual de forma igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. A redução teleológica está justificada sempre que o legislador, de forma intencional ou não, em atenção à finalidade prosseguida pela norma, concretiza uma injustiça, tratando o igual de forma desigual e o diferente de forma igual, sem tomar em conta a medida da diferença. Essa redução pode ser determinada por um processo de integração de lacunas, situação em que o aplicador da lei tem necessidade de introduzir limitações na norma escolhida com vista à referida integração, mas pode ser igualmente determinada por situações de mera contradição teleológica, geradas no seio do sistema, quando o legislador tenha visado prosseguir um fim excessivo, face às concepções dominantes no sistema jurídico.

III - A redução teleológica está, portanto, associada à integração valorativa. Implica um movimento de retração. Porém, a integração

---

para uma maior proximidade com outra lei (pp. 51). A *conformação teleológica* obedece ao mesmo procedimento: busca conformar a decisão aos pressupostos histórico-culturais que estiveram na base da opção de política legislativa. Tal como a cláusula de exceção, também a redução, extensão ou conformação teleológicas se ajustam ao *princípio da efectividade* que tem vindo a ser admitida na doutrina jurídica portuguesa (cf. sobre este ponto, Marques dos Santos, *Estudos de Direito de Nacionalidade (nacionalidade e efectividade)*, Coimbra 1998, ps. 278 e segs e, em particular, 302 e segs).

valorativa pode também implicar um movimento de expansão que permite falar, igualmente, em *ampliação ou extensão teleológica*.

De acordo com o artº. 7º nº 3 do CC, “a lei geral não revoga a lei especial, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador”. Esta norma atinge todas as leis especiais e cria um regime particular para as mesmas. De acordo com este regime, as soluções encontradas para um sector particular do direito não sofrem alteração pelo simples facto de serem alteradas as normas gerais que regulam o mesmo género daquela espécie.

Daí parece resultar que, se um certo sector do direito é dominado por normas especiais, a mesma teleologia presente no nº 3 do artº 7º do CC se expande e a consequência é a de que todo o ramo especial de direito permanece intacto perante as eventuais alterações introduzidas na lei geral. Este movimento é o reverso da redução teleológica.

E pode-se ir um pouco mais longe: se o ramo do direito adquiriu autonomia dogmática, o legislador deve respeitar essa autonomia. O expediente técnico ganha foros mesmo em sede de intervenções legislativas. Portanto, a intenção do legislador não pode ir para além dos limites dessa autonomia. As eventuais medidas legislativas que rompam com essa autonomia podem implicar medidas de redução teleológica, para se restabelecer o equilíbrio do sistema. A redução teleológica configura-se, assim, como uma operação a jusante para produzir efeitos a montante, em todas aquelas situações em que o legislador pretendeu prosseguir um fim excessivo.

## Conclusão

I - O Direito do Trabalho apreende a pessoa como *substância* e, nesta medida e qualidade, a rodeia de um poderoso arsenal jurídico que visa preservá-la enquanto realidade ontológica, mas também como *pessoa-relação*, possibilitando-a permitir que terceiros possam fruir dos seus bens da personalidade, num quadro de liberdade, ordem pública e bons costumes.

II - Estas duas dimensões - a substancial e a relacional - se conjugam numa osmose dialética permanente e inextrincável a tal ponto que se pode assegurar que o Direito do Trabalho é um direito da pessoa do trabalhador.

III - Como tal, o Direito do Trabalho é tributário de todo o lastro científico e metodológico do Direito Civil, em especial do labor científico adstrito aos direitos da personalidade, cujos institutos e *modus operandi* replica, seja no que respeita à preservação da pessoa como centro de imputação de normas, como no que concerne à faculdade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, à qual associa a faculdade de denúncia *ad nutum*, e ainda no que tange ao estabelecimento de limites à faculdade de auto-limitação, num quadro de ordem pública e bons costumes.

IV - Nesta conformidade, o Direito do Trabalho é um ramo especial de Direito Privado, especialidade essa determinada pela

presença da pessoa e dos seus bens da personalidade no quadro das relações laborais. Nisto reside a sua dogmática específica.

V - Na sua inserção sistemática o Direito do Trabalho tece relações de hierarquia, especialidade, de excecionalidade, de complementariedade, de prejudicialidade, de adjetividade, de subsidiariedade... com os demais setores do Direito, em termos que não permite uma isolação completa no quadro do sistema jurídico.

VI - A inserção sistemática do Direito do Trabalho concita uma forte intervenção da reserva de ordem pública tanto a montante, como a jusante, tanto em sentido positivo como em sentido negativo, sempre justificada pela presença da pessoa e dos seus bens da personalidade no âmbito das relações de trabalho.

VII - O Direito das condições de trabalho representa a expressão máxima da ordem pública laboral.

### **Bibliografia referenciada no texto**

ABBAGNANO, Nicola: *Dicionário de Filosofia*, Edição Revista e ampliada, tradução por Alfredo BOSI, Martins Fontes, S. Paulo, 1999.

ALEXY, Robert: - *Teoria da argumentação Jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, tradução de Zilda Hutchinson Schild SILVA, Livraria LANDY, S. Paulo, 2001.

- *Ensayos sobre a teoria de los principios e al juicio de proporcionalidade* - Coord. De Gonzalo Villa ROSAS, Palestra Editores, Lima, 2019.

ALLAND, Denis et Stéphane RIALS (coord): *Dictionnaire de la Culture Juridique*, PUF, Paris, 2003.

ALMEIDA, Geraldo da Cruz: - *Da União de facto - Convivência more uxório em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1999;

- *Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a Lei aplicável às Obrigações contratuais*, Lisboa, 1999;

- *Estudos de Direito Cabo-verdiano e outros escritos jurídicos*, Praia, 2008;

- *Direito do Trabalho cabo-verdiano volume I - Dogmática específica - Fontes - Situações individuais de Trabalho*, Praia, 2010;

- *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade - esboço de uma perspetiva dogmática*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano I/2021/nº. 1/WWW.RIDT.PT*, pp. 201 e segs;

- *A requisição civil de trabalhadores*, *Revista Internacional de Direito do Trabalho/Ano II, Abril 2022/Nº. 3*, pp. 81 e segs.

ARISTÓTELES: *Ética a Nicômaco*, Tradução de Leonel VALLANDRO e Gerd BORNHEIM, da versão inglesa de W.D. ROSS, Nova Cultural, São Paulo, 1991.

ASCENÇÃO: Oliveira - *O Direito Introdução e Teoria geral*, 13<sup>a</sup> edição refundida, Almedina, Coimbra, 2006.

AUDIT: Bernard: *Droit International Privé*, 2<sup>e</sup> edition, Economica, Paris, 1997.

AZEVEDO, Philadelpho: *Direito Moral do Escriitor*, Rio de Janeiro, 1930.

BOBBIO, Norberto: *Direito e Estado no pensamento de Emanuel KANT*, tradução de Alfredo Fait, São Paulo, Editora Mandarim, 2000.

BULLESBACH, Alfred - *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas (Princípios da teoria dos sistemas)* Org. de A. KAUFMANN E W. HASSEMER, tradução de Marcos KEEL e Manuel Seca de OLIVEIRA, revisão científica e coordenação de António Manuel HESPANHA, FCG, 2002.

CANARIS Claus - Wilhelm: *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução portuguesa de António MENEZES CORDEIRO, Lisboa, FCG, 1989.

CARREIRA, António: *Formação e Extinção de uma sociedade escravocrata (1460-1878)*, 2<sup>a</sup> edição, Lisboa, 1983.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes: - *Da situação Jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1982.

- *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I e II, Coimbra Almedina, 1984.

- Introdução à edição portuguesa da obra de Claus - Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução portuguesa de António MENEZES CORDEIRO, Lisboa, FCG, 1989.

- *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1994.

- *Isenção de Horário - Subsídios para a dogmática actual do direito da duração do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000.

- *Tratado de Direito Civil português, I, Parte Geral - Tomo III - Pessoas*, 2ª edição, 2007.

- *Tratado de Direito Civil I - Introdução, Fontes do Direito - interpretação da lei - aplicação das leis no tempo - doutrina geral*, 4ª edição, 2012.

- *Direito do Trabalho I, Direito Europeu, Dogmática geral, Direito Colectivo*, Coimbra, Almedina, 2019.

- *Direito do Trabalho II - Direito Individual*, Coimbra, Almedina, 2019.

CUNHA: Paulo Ferreira: *Pensar o Direito - II Da modernidade à pós-modernidade*, Coimbra, Almedina, 1991.

DELGADO, José Pina: *Os escrúpulos de um ilustre santiaguense nos "tractos" da Guiné dos séculos XVI-XVII: o capitão André Alvares d'Almada e a questão da incerteza sobre a presença dos títulos*

*jurídicos da escravatura* - Estudos em comemoração do Quinto aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Organização Mário Ramos Pereira SILVA, Leão de PINA e Paulo MONTEIRO JR, Praia, Setembro de 2012, Vol. I, pp. 89 e segs.

FERNANDES: António Monteiro - Trabalho digno no Século XXI - Da escravidão ao trabalho digno: nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - Cadernos Sociedade e Trabalho XXI - Da escravidão ao trabalho digno: nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança social - GEP, 2021.

FERREIRA, José Dias: *Código Civil Portuguez, anotado, vol. III*, Coimbra 1898.

GARCI, Gustavo Filipe Barbosa: *Introdução ao Estudo do Direito - didática diferenciada*, Editora Método, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo.

GOMES, Júlio Manuel Vieira: *Direito do Trabalho, vol I, relações individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Milton Carvalho: *A relação entre Justiça e Direito no pensamento de Aristóteles*, Conteúdo Jurídico, Brasília, 2019.

GONÇALVES, Pedro: *Entidades Privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2005.

GUARINO, António: *Diritto Privato Romano*, undécima edizione, Editore Jovene Napoli, 1997.

GUTIÉRREZ, Faustino - ALVIZ Y ARMARIO - *Diccionario de Derecho romano*, Tercera edición, Madrid, 1982.

IRTI, Natalino: *L Età della decodificazione*, quarta edizione, Milano 1999.

JUSTO, António Santos: *O contrato de trabalho no Direito Romano (locatio conductio operarum) - Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, volume III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Coimbra, 2008.

LARENZ, Karl: *Metodologia da ciência do direito*, 3ª edição, tradução de José LAMEGO, FCG, Lisboa, 1997.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes: *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016, 5ª Edição.

MADUGNO, Franco: *Norme singolari, speciali, eccezionali*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, vol. XXXVIII, pp. 506 e segs.

MARRONE: Matteo - *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo, 1994.

MARTINEZ, Pedro Romano: - *Direito do Trabalho - Relatório*, FDL, Coimbra Editora, Lisboa, 1999.

- *Direito do Trabalho*, 8ª Edição, Coimbra - Almedina, 2017.

MARTINEZ, Pedro Soares: *Manual de Economia Política*, 2ª edição, 1973.

MARTINS, Inês: *O Direito como sistema autopoietico*, Universidade Católica 2010 - <https://www.researchgate.net>

MARTINS, João Zenha: *O contrato de trabalho desportivo e (in)admissibilidade de cláusulas anti rivais* - ROA I/II/2021, pp. 91.

MARX, Karl: *Para uma crítica da filosofia do direito de Hegel*, tradução de Artur MOURÃO, Covilhã, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro: *Filosofia do Direito*, 5ª Edição, revista atualizada e ampliada, Editora Atlas Lda, São Paulo, 2016.

MELGAR, Montoya: *Derecho del Trabajo*, vigésima séptima edición, Madrid, Tecnos, 2006.

MENDES, João de Castro: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, 1995.

NEVES, Castanheira: *Escola Histórica do Direito*, Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado - POLIS, vol 2, 1984.

NICOLA STOLFI, *Traité de la Propriété Littéraire e Artistique*, tradução da 2ª edição italiana, 1919.

PIOLA CASELLI: *Diritti d'autore*, Novissimo Digesto Italiano, vol. V.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma: - *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000.

- *Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa - Estudos em Homenagem à professora Doutora Isabel de Magalhães COLLAÇO*, Volume II, Direito Privado, Almedina, Coimbra, 2002.

- *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática geral*, Coimbra, Almedina, abril 2015;

- *Tratado de Direito do Trabalho Parte I - dogmática Geral*, 4ª Edição, Almedina, setembro 2015.

- *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel ALONSO OLEA*, - *De la servidumbre al contrato de trabajo? - deambulações em torno da obra de Manuel Alonso OLEA e da singularidade dogmática do contrato de trabalho*, Almedina 2004, pp. 529 e segs, republicado em *Cadernos Sociedade e Trabalho XXI - Da escravidão ao trabalho digno: 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT - Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social*, Lisboa, 2021;

RUIZ, Armando Torrent: *Manual de Derecho privado Romano*, Madrid, 2008.

SAVIGNY - *Sistema del Derecho Romano actual*, traduzido por Jacinto MESIA e Manuel POLEY, Granada 2005.

SOUSA, Miguel Teixeira de: *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.

VASCONCELOS, Joana: *Comentário ao Código Civil, Parte Geral, Universidade Católica portuguesa*, Coordenação Luis Carvalho Fernandes-José Brandão Proença, Lisboa, 2014.

VICENTE, Dário Moura: - *O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas* - Estudos em comemoração do Quinto aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, apresentação José Pina DELGADO, Organização Mário Ramos Pereira SILVA, Leão de PINA e Paulo MONTEIRO JR, Praia, Setembro de 2012.

- *Governança global e Direito Internacional Privado*, - Homenagem a Jorge Carlos de Almeida FONSECA por ocasião dos seus 70 anos - LIBERDADE SEMPRE, organização de Ligia Dias FONSECA e Sofia Dupret FONSECA, Almedina, Pedro Cardoso, 2021. pp. 427 e segs.

MARRONE, Mateo: *Instituzione di Diritto Romano*, Palumbo 1997.

MOREIRA, Teresa Alexandra COELHO: *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação*:

*contributo para um estudo dos limites do poder do controlo eletrónico do empregador*, Coimbra, Almedina, 2010.

PERELMAN, Chaim: *Ética e Direito*, tradução de João C.S. DUARTE, Instituto Piaget, 1990.

RADBRUCH, Gustav: - *Filosofia do Direito*, Tradução e prefácio de L. Cabral de MONCADA, 6ª edição, Coimbra, Arménio Amado Editor, Sucessor, 1979.

RADI, Yannick: *Coherence* (October 24, 2017). in: J d'Aspremont and S Singh (eds), *Fundamental Concepts for International Law: The Construction of a Discipline* (E Elgar Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3058250>.

REALE: Giovanni e ANTISERI Dario: *História da Filosofia*, 6ª edição, vol. II, S. Paulo (Brasil).

REDINHA, Maria Regina Gomes: *Os direitos da personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão* - <https://sigarra.up.pt/fdup/pt/>.

SANTOS, António Marques dos: - *Estudos de Direito internacional Privado e de Direito Processual Civil internacional (Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado)*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 51 e segs.

-*Estudos de Direito de Nacionalidade (nacionalidade e efectividade)*, Coimbra 1998, ps. 278 e segs.

SAVIGNY, M.F.C: *Sistema del Derecho Romano actual* - tradução de M. CH. GUENOUX, vertida para o castelhano por Jacinto MESÍA e Manuel POLEY, Granada, 2005.

STOFFELS, Markus: *Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik - Zivilrechtliche dogmatik und Individualarbeitsrecht - Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 10, 2014.

TIMSIT, Gérard: *Système - Dictionnaire de la Culture Juridique* sous la Direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF, Paris, 2003, pp. 1462.

WIEACKER: Franz - *História do Direito Privado Moderno*, tradução de A. M. BOTELHO HESPANHA, 3ª edição, Lisboa, FCG, 1980.



# PORTUGAL





# TEMAS DA PROVA EM PROCESSO DO TRABALHO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL\*

ITEMS TO PROOF IN THE LABOUR PROCEDURE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Alcides Martins<sup>1</sup>

Sumário:

1. Temas da prova em processo civil 2. A exposição dos factos e a sua confirmação 3. O objeto do litígio e os temas da prova 4. As testemunhas e os seus depoimentos 5. Consequências práticas 6. O tradicional pioneirismo do CPT e a inteligência artificial que aí está 7. A audiência prévia e a condensação no processo laboral 8. A recuperação do pioneirismo do CPT

Resumo:

A ideia dos temas da prova foi introduzida no direito processual civil português, em 2013, para evitar a morosa seleção dos factos a comprovar até ao fim da audiência final de julgamento. Porém, na realidade da vida judiciária, tal alteração está a ter efeitos perversos, aumentando o tempo dos processos e, bem assim, baixando o acerto das decisões. Como tal instituto passou a integrar o direito processual laboral, a partir de 2019, tais efeitos perversos também se estão a sentir na ação dos tribunais do trabalho. Tendo o Código de Processo do Trabalho português, ao longo das suas nove décadas, sido pioneiro em muitas inovações processuais, defende-se que através dele se imponha a formulação dos temas da prova pelas partes logo nos articulados, de molde a serem tratados pela inteligência artificial, facilitando e abreviando a marcha do processo e o julgamento da matéria fática.

---

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

<sup>1</sup> Advogado de AMBS - Alcides Martins, Bandeira, Simões & Associados Sociedade de Advogados, SP RL. Professor convidado do ISCTE-IUL e Universidade Europeia. Autor de Código de Processo do Trabalho e Legislação Complementar Anotados e Direito do Processual Laboral, 5.<sup>a</sup> edição, ambos editados pela Almedina, Coimbra, respetivamente em 2019 e 2023.

**Abstract:**

The idea of themes of evidence was introduced into Portuguese civil procedural law in 2013, to avoid the time-consuming selection of facts to be proven until the end of the final trial hearing. However, in the reality of judicial life, this change is having perverse effects, increasing the time of processes and, as well, reducing the accuracy of decisions. As this institute became part of labor procedural law, as of 2019, such perverse effects are also being felt in the action of labor courts. Since the Portuguese Labor Process Code, throughout its nine decades, has been a pioneer in many procedural innovations, it is argued that through it the parties must formulate the topics of evidence in the pleadings, so that they can be dealt with by the intelligence artificial, facilitating and shortening the progress of the process and the judgment of factual matters.

## **1. Temas da prova em processo civil**

1.1. Para começar, perguntei ao Bing o que são temas da prova em processo civil. A resposta, dada de imediato, foi a seguinte: “olá, este é o Bing. **Os temas da prova em processo civil são os assuntos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova.** Eles servem de base à instrução do processo, substituindo o antigo sistema de questionário ou base instrutória. Os temas da prova devem ser enunciados pelas partes nos articulados e pelo juiz na audiência preliminar ou no despacho saneador. A instrução deve decorrer sem barreiras artificiais, permitindo a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa. Os temas da prova são densificados pelos factos, principais e instrumentais, que constituem, modificam, impedem ou extinguem o direito afirmado”.

1.2. Para além de ser satisfatória a resposta que apresentou, o Bing adivinhou em parte a problemática que, por julgarmos

pertinente, pretendemos abordar neste estudo e se resume em saber se esta figura dos temas da prova está a ter alguma acuidade no processo do trabalho. O Bing, indo mais longe do que o direito constituído, escreveu que tais temas devem ser enunciados pelas partes, como nós pensamos e iremos analisar neste texto sintético.

Tendo esta matéria, em Portugal, o seu assento fundamental no Código de Processo Civil (doravante, “CPC”), convirá analisá-la nesta sede, embora perfunctoriamente, mas já sob a luz do décimo aniversário da sua implementação, que está a decorrer.

## 2. A exposição dos factos e a sua condensação

2.1. Na versão do CPC de 1961, nenhuma referência havia a temas da prova, nem ao conceito que tais palavras vieram a encerrar. Assentava, pura e simplesmente, na ideia de factos, nela englobando, segundo a construção doutrinária, quer os atos (resultantes da vontade humana), quer os factos *stricto sensu*, ou seja, os restantes.

Através da sua reforma de 1995<sup>2</sup>, o CPC continuou a preceituar que um dos requisitos da petição inicial passava por “expor os factos e as razões de direito que servem de fundamento à ação” [artigo 467.º, n.º 1 e)] e que na contestação, o réu defende-se por impugnação “quando contradiz os factos articulados pelo autor...” (artigo 487.º, n.º 1). Após os articulados, na fase do saneamento, previa-se a “melhoria da *matéria de facto* em causa” (artigo 508.º), podendo-se, em certos casos, “facultar às partes a discussão de facto e de

---

<sup>2</sup> Operada através do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

direito” (artigo 508.º-A) e bem assim debater “a matéria de facto relevante que se considera assente e a que constitui a base instrutória da causa nos termos do artigo 511.º”. E, nesta disposição lá se impunha a fixação pelo juiz da **base instrutória** “com a matéria de facto relevante para a decisão da causa, segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito”, para além da **matéria considerada como assente**. Eram as novas e mais apropriadas designações, da vetusta “especificação e pontos controvertidos que interessam à solução da causa” (questionário), que já vinham do artigo 515.º do Código de 1939.

Na audiência de **discussão e julgamento**, aquela base instrutória era a peça delimitadora e disciplinadora, quer na evidenciação dos meios de prova, quer no debate dos mandatários das partes, quer no seu julgamento por acórdão ou despacho, onde se declaravam os factos julgados provados e não provados. Seguia-se a discussão do aspeto jurídico da causa e, depois, era proferida a sentença (artigos 646.º e sgts).

2.2. De conformidade com a Proposta de Lei, que veio a dar origem ao atual CPC de 2013 <sup>3</sup>, depois de se erigir a **celeridade processual** como “indispensável à legitimação dos tribunais perante a comunidade ... e como direito fundamental de acesso à justiça, previa-se a delimitação daquilo que é verdadeiramente essencial ... devendo as partes concentrarem-se na factualidade essencial e com relevo

---

<sup>3</sup> Proposta de Lei n.º 113/XII, donde resulta a Lei n.º 41/2013, de 28 de junho, que aprovou o Código, o qual entrou em vigor em 1 de setembro de 2013 e teve diversas alterações, relevando a introduzida pela Lei n.º 97/2019, de 26 de julho, que alterou o regime da tramitação eletrónica.

substantivo... conferindo-se-lhes a prerrogativa de articularem os factos essenciais que sustentam as respetivas pretensões...”. Nesta senda, no artigo 5.º do Código vieram os factos a classificar-se como essenciais (“que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”), instrumentais, complementares ou concretizadores, para além dos notórios.

E, coerentemente, nos requisitos da petição inicial, lá está o dever de “expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir...” [artigo 552.º, n.º 1, d)]. Mas, logo depois, ao explanar (no artigoº 574.º) o ónus de impugnação, que recai sobre o réu, continua a proclamar-se que este “deve tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir invocada pelo autor” (n.º 1) e que se consideram “admitidos por acordo os factos que não forem impugnados, salvo ...” (n.º 2) e a invocação do desconhecimento pode equivaler a confissão (n.º 3). Assim e, agora, incoerentemente, em nenhum preceito deste artigo 574.º se referem, sequer, os factos essenciais e apenas se mencionam os “factos” ou, se tanto, os “factos que constituem a causa de pedir”.

2.3. Desta incoerência e por causa da tradição bem arreigada e cimentada no “princípio das cautelas”, que sempre norteia a atividade de qualquer advogado, resulta que aquela muito bondosa e lógica distinção entre os factos essenciais e complementares tem sido postergada, se não sempre, maioritariamente, em todos os processos cíveis apresentados nos respetivos tribunais sobre a égide do CPC de 2013. Consequentemente, cremos, que se mantém ou mesmo, recrudescer, a utilização da máxima pormenorização dos factos, quer na

petição, quer na contestação, quer na reconvenção <sup>4</sup>. Ainda tal uso mais se acentuou com o desenvolvimento profissional que tem sido notório na advocacia portuguesa.

Por tudo isto, na prática forense, os articulados em regra são muito extensos e, não raras vezes, são mesmo enormes <sup>5</sup> (até porque o papel selado já há muito acabou e o Regulamento das Custas Processuais não comina a extensão dos articulados).

### 3. O objeto do litígio e os temas da prova

3.1. Como é lógico, depois das partes se digladiarem através dos articulados, o processo terá de ser apreciado pelo juiz, podendo ser lavrado despacho pré-saneador e promovida ou não uma audiência prévia com a participação dos mandatários, para além da emissão do despacho saneador (artigos 590.º a 595.º).

Aqui chegados, há que salientar o preceituado no artigo 596.º que, sob a epígrafe **identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova**, contém o seguinte no seu n.º 1: “proferido despacho saneador, quando a ação houver de prosseguir o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova”. E, estranhamente, em lugar algum é dito o que será o objeto do litígio ou o que são temas da prova.

---

<sup>4</sup> Como salientam JOÃO DE CASTRO MENDES e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: “a causa de pedir é constituída pelos factos necessários para individualizar a pretensão material ou o direito potestativo alegado pelo autor” in *Manual de Processo Civil*, vol. I, AAFDL Editora, 2022, p. 414.

<sup>5</sup> Neste sentido, no passado dia 26 de junho, foi dada notícia de um texto escrito pelo antigo juiz do Supremo Tribunal de Justiça SANTOS CABRAL, pelo ex-procurador distrital de Coimbra EUCLIDES DÂMASO e pelo advogado CASTANHEIRA NEVES e subscrito por 32 profissionais do sector (*jornal Público*, pág. 13). Naturalmente, também o subscreveríamos.

Pergunta-se: então o **objeto do litígio**, não é a questão, a controvérsia entre as partes? E tal questão não tem de estar vazada no pedido ou pedidos, incluindo o reconvenicional, caldeados pelas posições assumidas pela contraparte? Para quê este novo conceito (não definido) e que tem levado os juízes a fazer as mais diversas interpretações (e a perderem tempo com isso)? Não seria melhor permitir ao juiz que fizesse uma *copy and past* dos pedidos, com eventuais reparações resultantes das diligências realizadas no saneamento? Não seria tal operação inteiramente coerente com a formulação do pedido, expressamente imposta na alínea e) do artigo 552.º e nos artigos 553.º a 557.º?

Anote-se que nesta fase os pedidos já se encontram devidamente formulados e de forma compreensível, porquanto caso se verificasse a sua falta ou ininteligibilidade já haviam levado à ineptidão da petição inicial e, conseqüentemente, à nulidade de todo o processo, conforme se dispõe no artigo 186.º (ou ao seu aperfeiçoamento, fosse ele possível). Mas deixemos o objeto do litígio, que mais parece um abcesso, e passemos ao assunto sobre o qual nos propusemos discorrer e é de muito maior interesse prático, ou seja, os temas da prova.

**3.2.** Por enunciação dos **temas da prova**, que incumbe ao juiz, face ao contexto e à referida classificação dos factos (no artigo 5.º), terá de concluir-se que serão sínteses de conjuntos de factos essenciais que serão “postos à prova” na audiência (de julgamento) final, os quais se devem cingir à “matéria relevante para o julgamento da causa”, como, depois, se alude na alínea d) do n.º 2, do artigo 602.º, sendo certo ainda que a complexidade e a extensão de tais temas

podem fundamentar o alargamento do limite das testemunhas (artigo 511.º, n.º 4) e que estas devem depor “com precisão sobre a matéria dos temas da prova” (artigo 516.º, n.º 1). Segundo LEBRE DE FREITAS, após a sua crítica “o Projeto da Comissão de Revisão do CPC passou a referir “as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova”, fórmula que a Proposta de Lei substituiu pela enunciação dos temas da prova (artigo 596-1 CPC)”<sup>6</sup>.

Doutrinariamente e começando por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, este Professor escreve: a “seleção dos temas da prova (artigo 596.º, n.º 1), ou seja, a seleção dos factos que se tenham tornado controvertidos pela alegação por uma das partes e pela sua impugnação pela contraparte”<sup>7</sup>. Já PAULO PIMENTA afirma que “relativamente aos temas da prova a enunciar, não se trata mais de quesitação atomística e sincopada de pontos de facto que, como vimos, caracterizou o nosso processo civil durante mais de sete décadas”. E prossegue: “o que agora está em jogo é permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais e sem quaisquer constrangimentos, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa”<sup>8</sup>. Por sua vez, o Juiz de Direito DELGADO DE CARVALHO, mais explicitamente, escreve: “a fixação do objeto da instrução assenta na definição dos temas da prova (artigo 410.º), que mais não são do que a vertente normativa ou jurídica dos factos principais integrantes da causa de pedir, isto é, são os

---

<sup>6</sup> *Novos Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 235, nota de rodapé.

<sup>7</sup> Ob. cit. p. 96.

<sup>8</sup> *Processo Civil Declarativo*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 281.

factos sintetizados ou complexos correspondentes aos diversos requisitos de que a lei, algumas vezes com acertos da doutrina e da jurisprudência, faz depender a procedência da pretensão deduzida ou o efeito jurídico que se visa obter com a exceção invocada”<sup>9</sup>. Ainda o Juiz Conselheiro Fernando Pereira Rodrigues, pergunta: ...” carecendo os temas da prova de versar matéria de facto, deverão reportar-se todos os factos trazidos pelas partes ao processo e os resultantes da instrução (designadamente de documento), ou apenas aos factos essenciais? E a sua enunciação deverá fazer-se de modo genérico ou especificadamente?”<sup>10</sup>

Naturalmente, também na Jurisprudência se suscita a questão amiudadas vezes. Salienta-se a parte III do sumário do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, onde se afirma: “havendo enunciação dos temas de prova, o objeto da instrução são os temas da prova formulados, densificados pelos respetivos factos, principais e instrumentais (constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito afirmado) - v. artigos 410.º, do CPC e 341.º e seguintes, do Código Civil e, ainda, artigo 5.º, daquele diploma legal”<sup>11</sup>.

**3.3. Mas sejamos francos: o rei vai nu.** A ideia e o conceito são maravilhosos e a sua dita finalidade é magnífica, procurando abreviar o trabalho de todos os intervenientes no processo. Todavia, na realidade da vida (que é refletida no processo, nomeadamente no julgamento), as pessoas e a natureza não praticam ou omitem temas,

---

<sup>9</sup> *Fase da Condensação no Processo Declarativo - Os Temas da Prova*, Quid Juris, Lisboa, 2014, p. 58.

<sup>10</sup> *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p.264.

<sup>11</sup> De 26-10-2020, Proc. 258/18.9T8PNF-A.P1, relatado por EUGÉNIA CUNHA in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

mas, outrossim, atos ou factos. E haja o que houver, a matéria de facto ou factualidade é forçoso ser constituída por factos. Ponto final, como sói dizer-se.

É esta a razão por que os temas da prova, quando são enunciados, como tal, não servem para nada, havendo a tendência dos melhores juízes em chamarem temas da prova aos factos essenciais, que discriminam. Pois sabem que só assim poderá haver alguma ordem e maior produtividade no julgamento da matéria factual.

Os temas da prova, ao contrário do que o que com eles se pretendia, vieram prejudicar o apuramento da verdade, vieram prolongar as audiências finais, vieram facilitar a vida à parte que litiga de má fé e vieram dificultar a nobre tarefa do juiz no apuramento da realidade em causa, que, obviamente, ao lavrar e ao fundamentar a sentença tem de “declarar os factos que julga provados e quais os que julga não provados”, sob pena de nulidade, como se estabelece no início do n.º 4 do artigo 607.º e na alínea b) do artigo 618.º. Nem, sequer, os pode trocar pelos apregoados temas da prova.

3.4. Como está formulada a citada norma do n.º 1 do artigo 596.º e como parece resultar da doutrina, é de crer que a enunciação dos temas da prova se reporta a temas ou factos controversos, que carecem de prova. Mas e então o que se faz aos **factos já comprovados** por acordo, expresso ou tácito, ou por documentos autênticos, ou por outros cujo conteúdo for aceite pela contraparte? Como em lado algum se prevê (ao contrário do que dantes acontecia) que possa haver factos especificados ou matéria assente, na prática, são “praticados” os três sistemas possíveis: nada se diz sobre tais factos; vão

para os temas da prova “provada” ou, como parece mais curial, são elencados como factualidade dada como provada ao abrigo do justo princípio da adequação formal ou gestão processual (artigos 6.º, 590.º e 630.º, n.º 2).

Naturalmente só este último modo é adequado, dada a segurança que fornece às partes e à “poupança” de tempo que vai a todos permitir no julgamento. Na verdade, não tendo sido dados como assentes, os advogados ficarão na dúvida e interpelarão as testemunhas a tais factos ou aduzirão outros meios de prova.

#### 4. As testemunhas e os seus depoimentos

4.1. Outra alteração importante introduzida no CPC de 2013 respeita ao **limite do número de testemunhas** a arrolar por cada uma das partes e à matéria a que deporão. Em regra, tal limite, que era de 20, passou para 10, como se dispõe no artigo 511.º, podendo dobrar em caso de reconvenção ou passar para metade em ações de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância. Todavia, “atendendo à natureza e extensão dos temas da prova, pode o juiz ... admitir a inquirição” de mais testemunhas.

Mas a mudança mais importante resulta da eliminação da norma do antigo artigo 633.º que limitava a cinco o **número de testemunhas** sobre cada facto que cada parte se propunha provar e, bem assim, a desnecessidade de se indicar, previamente, **os factos** (constante da desusada base instrutória) a que a testemunha seria interrogada (antigo artigo 638.º e atual artigo 516.º).

Daqui, conclui-se que as dez testemunhas podem ser interrogadas a todos os factos, sem que estes sejam identificados, quer

pelos artigos ou números dos articulados ou ainda pelos temas da prova. Consequentemente e em geral, passa a haver um emaranhado de depoimentos sem ordem, que se estendem por muitas horas e que exigem várias sessões, quase sempre marcadas com grandes espaçamentos temporais dado o preenchimento da agenda do tribunal ou a disponibilidade de sala. O juiz para a comprovação dos factos terá que se basear nas notas que foi retirando, ao longo das sessões da audiência final, pois a extensão e a desordem dos depoimentos gravados, dificilmente podem ser consultáveis pelo juiz, a não ser que disponha de muitas horas e tenha paciência de santo. Face à sua extensão, acabam por apenas ser acessíveis e úteis aos seus “realizadores”, ou seja, aos advogados em caso de recurso. O acerto da decisão sobre a matéria de facto pode não acontecer, ao fim das várias e esparsas sessões.

## 5. Consequências práticas

Do que ficou dito sobre os temas, os factos e as provas, poderemos compendiar as questões do dia a dia que o atual regime processual civil suscita, do seguinte modo:

- Não sendo dada importância à narração entre as diferentes **categorias de factos**, como pode um juiz ter em ordem o serviço do seu tribunal se só para ler os articulados de muitos dos processos que lhe são distribuídos precisará muitas horas e, muitas vezes, vários dias?

- Não sendo as partes obrigadas a articular os factos por **temas**, nem o seu pedido (ou pedidos) constituindo o objeto do litígio, como será possível ao juiz, em tempo razoável, proceder à sua enunciação?

- Não havendo necessidade, na audiência final, de **ordenar os depoimentos** das testemunhas (nem pelos articulados, nem pelos temas da prova), como se pode evitar a prática (que se crê generalizada) da extensão do julgamento por dispersas sessões, para além de tornar inviável o uso da gravação pelo juiz, que dificultará o acerto na decisão sobre a matéria de facto?

A resposta é simples: como não há contingentação, os prazos estabelecidos para os magistrados (artigo 156.º, em geral) deixaram de o ser, para se tornarem, jurisprudencialmente, em meras indicações. Mas, o pior são os atrasos generalizados na resolução dos casos que, para além de outras razões, levam ao descrédito dos tribunais, sendo a celeridade, cada vez mais, uma miríade. E a Justiça não será uma das traves da democracia?

## **6. O tradicional pioneirismo do Código de Processo do Trabalho e a inteligência artificial que aí está**

6.1. Entre o universo das relações humanas, destacam-se e bem se distinguem as relações derivadas da prestação do trabalho subordinado ou similar que assumem um escopo próprio, na sua efetivação e na sua litigiosidade, desde logo porque o que é rendimento para uns é despesa para outros e o equilíbrio não é de fácil concretização. Foi a agudização desta realidade, com o aparecimento da fábrica e a inerente desumanização do trabalho, que levou ao aparecimento da legislação protetora dos trabalhadores e que veio a constituir o novo ramo do Direito (das relações) do Trabalho (subordinado).

Diferentemente do que acontece com a generalidade dos litígios de natureza privada, no âmbito das relações laborais há, em

regra, o desequilíbrio (económico, sociológico e até psicológico) sempre no mesmo sentido. Também a moldura de tais litígios é, em regra, previsível, vindo uma delas a tomar grande relevância e que respeita ao ressarcimento dos danos causados pelos acidentes de trabalho e doenças profissionais.

6.2. É, assim, neste cenário, que em Portugal, vigorando o Código de Processo Civil de 1876 e com uma teia de tribunais judiciais e órgãos complementares, foi autorizada pela Lei de 14 de agosto de 1889, a criação de “tribunaes de árbitros-avindores”, cujo regime procedimental foi estabelecido por três regulamentos de 19 de março de 1891, que foram alterados em 1928. Sem entrar na sua análise, não obstante o seu normativo ser muito curioso, podemos concluir que as normas de tais regulamentos constituem o primeiro direito processual do trabalho, que já bem se distinguia do processo civil então vigente. E distinguia-se, preponderantemente, pela simplicidade das suas normas procedimentais, pela imediação das partes, pela prevalência dada à conciliação, pela aplicação de medidas cautelares e pela limitação no recurso. Tal especialização veio a ser poderosamente recrudescida com a criação do processo de tribunais especiais de desastres no trabalho, resultante da Lei n.º 83, de 1913, e Decreto de 1919.

Aqueles tribunais de árbitros-avindores foram substituídos pelos tribunais do trabalho, em 1934, que na sua ação deviam observar normas próprias. Mas é na sequência do primeiro regime geral do trabalho e da nova legislação sobre a reparação dos danos dos acidentes de trabalho e doenças profissionais (de 1936/7) e devido ao

frutuoso trabalho de ALBERTO DOS REIS, que surge o Código de Processo Civil de 1939 e, depois, o Código de Processo nos Tribunais do Trabalho, de 1940.

É devido ao novo Código de Processo Civil de 1961, que é proclamado, três anos depois, o Código de Processo do Trabalho (dormente “CPC”, com novas versões em 1989/91 e que foi substituído pelo CPT atual, aprovado pelo DL n.º 480/99, de 9 de novembro. Mas em todos os casos, e mantendo-se embora o princípio da subsidiariedade relativamente ao processo civil, sempre as novas versões do CPT inovaram com novas figuras e procedimentos.

6.3. Acontece que a publicação do referido Código de Processo Civil de 2013, que introduziu, entre outras, as inovações já aludidas, não suscitou qualquer iniciativa para promover a adequação do Código de Processo do Trabalho, nomeadamente nas novas normas sobre o saneamento e a condensação do processo. Aliás, através da Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto, foi acrescido um novo processo especial - a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho (ARECT) - cujo regime foi alterado pela Lei n.º 55/2017, sem que tivesse havido qualquer preceito no sentido de adequar o CPT em vigor, não obstante tal necessidade ser patente para todos os operadores.

Tal adaptação apenas veio a acontecer através da Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro. Mas, para além de tardia, esta reforma foi altamente retrógrada por ter esquecido os princípios caracterizadores e que sempre enformaram o direito processual laboral, como, ao de leve, se aludiu, fazendo prevalecer o Código de Processo Civil

em quase todas as matérias, que assim ficaram unificadas. Tudo isto, certamente em benefício dos juízes e dos advogados, mas em prejuízo dos trabalhadores e das empresas, que passaram a ter os seus pleitos com mais demorada resolução, muito prejudicando o sistema da Justiça e a sociedade produtora.

Como recentemente se escreveu <sup>12</sup>, “ “Civilizando-se” o processo laboral, quebrou-se a tradição do pioneirismo que vinha desde a primeira versão. Deixou, assim, de encerrar ideias novas de conteúdo expedito que, depois de experimentadas, iam sendo incorporadas no processo civil. Nada, rigorosamente nada, se avançou e neste mundo, que se encontra em período de profunda mudança. ... A ampla alteração do Código do Trabalho e legislação conexas, “no âmbito da agenda do trabalho digno”, como se intitula a Lei nº 13/2023, de 3 de abril, irá, certamente, aumentar a litigiosidade laboral agravando ainda mais a situação”.

## 7. A audiência prévia e a condensação no processo laboral

7.1. Centrando a nossa atenção na temática proposta, nesta adaptação do CPT de 2019, desde logo não se conseguiu enquadrar a nova **audiência prévia**, que passou a estar prevista no artigo 62.º do CPT, com a **audiência de partes** que continuou a ser estabelecida pelo artigo 55.º. Literalmente, o problema foi resolvido, através da parte final daquele artigo 62.º, onde se preceitua que tal audiência prévia “é convocada ... quando a complexidade da causa o

---

<sup>12</sup> ALCIDES MARTINS, *Direito do Processo Laboral*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pág. 25.

justifique”. Tal decisão, como parece curial, não carece de ser fundamentada, de conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 154.º do CPC.

Na generalidade dos casos, tendo o juiz realizado uma audiência com as partes apenas há um ou dois meses, naturalmente ... vai considerar que a causa é simples ou sem complexidade <sup>13</sup>. De qualquer modo, o juiz terá, de conformidade com a sua escolha de: “proferir, após debate, o despacho previsto no n.º 1 do artigo 596º do CPC - identificação do objeto de litígio e enunciação dos temas da prova, o que pode ser objeto de reclamação pelas partes, sendo que o juiz pode abster-se de o proferir “sempre que a enunciação dos temas da prova se revestir de simplicidade”” (CPT, 49º, n.º 3); ou

“Lavrado despacho com a “identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova” previsto no n.º 1 do artigo 596º”, que poderia ser útil, mas dispensável, de acordo com o preceituado no n.º 3, do artigo 49º do CPT. <sup>14</sup>

7.2. Face a este enquadramento, no processo laboral, as consequências mais se agravam, pois quer se houver temas da prova puros ou não, a audiência de julgamento, nomeadamente a audição das testemunhas é, no mínimo, complexa e com diversas deslocações. A sua duração é extensa. E só com a sentença se saberão quais os factos que foram relevantes ou postergados pelo julgador. E como evidencia Alberto Ruço, face aos “valores proclamados na Constituição da

---

<sup>13</sup> Seria muito interessante saber em termos estatísticos qual a percentagem dos processos laborais em que foi marcada a audiência prévia.

<sup>14</sup> ALCIDES MARTINS *Código de Processo do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Almedina, COIMBRA, 2019, pág.s 75/76.

República Portuguesa, nos seus artigos 1.º e 13.º, n.º 1, implica que qualquer decisão que alguém tome e afete os interesses de outrem, careça de ser motivada”<sup>15</sup>. Naturalmente, a demora é acentuada.

## 8. A recuperação do pioneirismo do CPT

8.1. As falhas apontadas ao CPC atual que, em virtude do assinalado mecanismo da subsidiariedade, se acabam por aplicar ao processo do trabalho poderiam ser ultrapassadas por alterações ao Código de Processo do Trabalho, que assim, ganharia o seu tradicional atributo de experimentalismo, mas agora já na perspetiva da aplicação da inteligência artificial que já aí está e que muito irá ajudar a concretização da Justiça pelos tribunais. Como salienta Paulo Fariña Alves, “mas excluindo a tomada de decisão, há situações, no caminho, que não precisam desta sensibilidade particular e que, por isso, podem ser automatizadas sem se levantarem os mesmos problemas éticos”<sup>16</sup>.

8.2. Como o Bing ensinou e dele se pode inferir, os temas da prova, como conjuntos dos factos essenciais, têm de ser explanados logo nos articulados pelas partes, depois aplainados na fase do saneamento/condensação pelo juiz para, logo, servirem de base aos depoimentos prestados na audiência final e confirmados ou não na sentença.

---

<sup>15</sup> ALBERTO AUGUSTO VICENTE RUÇO, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, 2.ª ed., Almedina/CJ, Coimbra, 2023, pág. 41.

<sup>16</sup> *Estudo em Inteligência Artificial & Direito*, sob coordenação de MANUEL LOPES ROCHA E RUI SOARES PEREIRA, Almedina, Coimbra, 2022, pág. 197.

Tal sequência irá permitir que a inteligência artificial facilite muito as diligências do julgador que, para além deste novo e poderoso instrumento poderá utilizar, em tempo útil, também os depoimentos registados e, dentro de algum tempo, filmados.

Com estas previsões (para além de outras bem necessárias) no CPT, este adquiriria o seu tradicional pioneirismo e, após a experiência no seu âmbito, também esta grande inovação passaria para o processo civil e, conseqüentemente, para todos os restantes regimes processuais.

**8.3.** Nesta perspetiva e dentro desta temática, perfunctoriamente, suscitada, atrevemo-nos a sugerir as alterações ao Código de Processo do Trabalho que, sinteticamente, passamos a enunciar:

1. Utilização (obrigatória) de modelos para todas as formas processuais, de molde a facilitar o tratamento informático e a utilização da inteligência artificial;

2. Identificação rigorosa das partes e do pedido ou pedidos, incluindo o reconvençional, através de numeração ordinal;

3. Enunciação e correspondência dos temas da prova pelas partes nos seus articulados, devidamente identificados por letras do alfabeto (maiúsculas), encerrando a descrição dos factos inerentes, com a indicação dos respetivos meios de prova;

4. Em correspondência com as indicações dadas nos articulados, no requerimento probatório são indicados os meios de provas e os temas a que se destinam;

5. O objeto do litígio corresponde ao pedido ou pedidos ou respostas formuladas pelas partes, identificados pelas letras do alfabeto minúsculas;

6. Na audiência de partes, não havendo acordo pleno, devem indicar-se na respetiva ata os temas dados como aceites pelo réu, que farão caso julgado formal;

7. No saneamento do processo serão reproduzidos os temas da prova (logo que possível através da inteligência artificial) indicados pelas partes, podendo o juiz proceder à sua alteração, sendo indicados os temas ou factos aceites na audiência de partes ou por acordo ou confissão ou documentos;

8. O eventual desdobramento da audiência final, bem como a hora para comparência das testemunhas é calendarizado face ao número de temas a que estão indicadas (a I.A, fará tal distribuição com facilidade);

9. Na audiência final de julgamento, as testemunhas são interrogadas à matéria dos temas da prova que devem ser evidenciados a fim de poderem ser aglomerados pela IA;

10. A sentença, obedecendo a modelo próprio, é constituída pela identificação das partes, objeto do litígio, temas dados como provados e respetiva fundamentação, temas dados como não provados com justificação facultativa e, finalmente, com a necessária fundamentação jurídica, a conclusão sobre o pedido ou pedidos.

Enfim, a utilização dos temas da prova, está a entrar a Justiça, mas tem grande futuro e poderá constituir um bom instrumento para um futuro algoritmo. É esta a nossa convicção. O rei pode vestir-se.

## Bibliografia

Cardoso, Manual de Processo do Trabalho, 3.<sup>a</sup> ed., Livraria Petrony, Lisboa, 2002;

Carvalho, José Henrique Delgado de, *Os Temas da Prova*, Quid Juris, Lisboa, 2014;

Freitas, José Lebre de *Novos Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2021;

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho - Capítulo VII*, IDT/Almedina, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2019;

Martins, Alcides, *Direito do Processo Laboral*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Martins, Alcides, *Código de Processo do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, Almedina, Coimbra, 2019;

Mendes, João de Castro, e Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, AAFDL, Lisboa, 2022;

Pimenta, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, Coimbra, 2014;

Rocha, Manuel Lopes, e outros, *Inteligência Artificial e Direito*, Almedina, Coimbra, 2022;

Rodrigues, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2014;

Ruço, Alberto Augusto Vicente, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, 2.<sup>a</sup> ed. Almedina/CJ, Coimbra, 2023.

### **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-10-2020, Proc. 258/18.9T8PNF- A.P1, relatado por Eugénia Cunha *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).





# OS ACIDENTES DE TRABALHO EM REGIME DE TELETRABALHO NO DOMICÍLIO DO TRABALHADOR\*

WORK ACCIDENTS IN THE TELEWORK REGIME AT THE WORKER'S HOME

Ana Catarina Carvalho<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução - 2. Notas iniciais e de enquadramento - 3. A necessidade de delimitação e determinação do local de trabalho e do tempo de trabalho para efeitos de caracterização de um evento como acidente de trabalho no regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador - 3.1. O conceito de local de trabalho - 3.2. O conceito de tempo de trabalho - 4. A presunção laborativa consagrada no artigo 10.º, n.º 1, da LAT - 5. O acidente *in itinere* - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas e jurisprudenciais.

Resumo:

O uso das tecnologias de informação e de comunicação tem vindo a permitir a prestação da atividade laboral fora das instalações da empresa e em regime de teletrabalho, mormente no domicílio do trabalhador. Esta nova forma de prestação de trabalho e a publicação da Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, fizeram-nos revisitarmos as respostas jurídicas atuais do ordenamento jurídico português, ou a falta de algumas delas, no caso de acidente de trabalho em regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador. Permanecem dúvidas quanto à resolução de uma série de questões. No presente estudo procuraremos identificar algumas das principais questões em aberto e aventar possíveis soluções.

Abstract:

*The use of information and communication technologies has been allowing the provision of work activity outside the company's premises and telecommuting, especially at the worker's home. This new form of work provision and the*

---

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

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda em Direito Judiciário na Escola de Direito da Universidade do Minho.

*publication of Law n.º 83/2021, of december 6, made us revisit the current legal responses of the portuguese legal system, or the lack of some of them, in the case of a work accident while telework at the worker's home. Doubts remain relating the answer to a series of questions. In the present study we will try to identify some of the main open questions and suggest possible solutions.*

## 1. Introdução

A crise epidemiológica causada pela doença Covid19 obrigou-nos a implementar novas formas de organização do trabalho, até então com um campo de aplicação mais residual e com um alcance subjetivo mais restrito. O teletrabalho no domicílio do trabalhador foi uma delas.

Embora as culturas empresariais não se mudem de um dia para o outro, desde então, e cada vez mais, a prestação laborativa é executada com recurso a tecnologias de informação e de comunicação e fora das instalações da empresa, nomeadamente no domicílio do trabalhador. A doutrina<sup>2</sup> tem identificado inúmeras vantagens, diversos inconvenientes e potenciais riscos associadas ao teletrabalho.

Atualmente, em Portugal, o teletrabalho está regulamentado nos artigos 165.º a 171.º do Código do Trabalho (doravante CT), que integram a subsecção V, da secção IX, do referido diploma legal.

No presente estudo, por razões que defluem da sua própria natureza e dimensão, vamos circunscrever-nos, tão somente, à análise das soluções legislativas adotadas pelo ordenamento jurídico português nos casos de acidentes ocorridos em regime de teletrabalho no

---

<sup>2</sup> BELÉN GARCÍA ROMERO, *El Teletrabajo*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012, pp.18-27. GUILHERME MACHADO DRAY, "Teletrabalho, sociedade da informação e direito", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, III, Almedina, Coimbra, 2002, pp.270-274.

domicílio do trabalhador.

Para o efeito, começaremos por fazer umas breves considerações em matéria de acidentes de trabalho e de teletrabalho.

Em seguida, examinaremos os conceitos de local de trabalho e de tempo de trabalho para efeitos de caracterização de um evento como acidente de trabalho no regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador.

Depois, analisaremos a presunção legal consagrada no artigo 10.º do Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais, aprovado pela Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro (doravante LAT), e a sua articulação com o regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador.

Por fim, refletiremos um pouco sobre esta nova realidade laborativa à luz da figura do acidente *in itinere*.

## 2. Notas iniciais e de enquadramento

O artigo 59.º, n.º 1, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) consagra o direito de todos os trabalhadores a assistência e justa reparação, quando vítimas de acidentes de trabalho ou de doenças profissionais<sup>3</sup>.

A CRP não define o conceito de acidente de trabalho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 2ª edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p.840, referem “o direito à justa reparação em caso de infortúnios laborais constitui um direito com uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias (Ac. n.º 612/08).”.

<sup>4</sup> A noção legal de acidente de trabalho resulta do artigo 8.º, n.º 1, da LAT. Segundo MARIA ADELAIDE DOMINGOS, “Algumas questões relacionadas com o conceito de acidente de trabalho”, in *Prontuário de Direito do Trabalho - 76-77-78*, número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro, Coimbra Editora,

Para Pedro Romano Martinez o acidente de trabalho “assenta numa ideia de imprevisibilidade quanto à sua verificação e deriva de factores exteriores. O acidente de trabalho é, normalmente, causa de uma lesão corporal, física ou psíquica; mas, em determinados casos, pode estar na origem de uma doença.”<sup>5</sup>.

A jurisprudência portuguesa<sup>6</sup> tem caracterizado o acidente de trabalho como o evento súbito e inesperado, que ocorre no tempo, no local ou na ocasião do trabalho e que provoca uma lesão física ou psíquica no trabalhador.

O sistema de reparação dos infortúnios laborais é privado. A entidade empregadora é obrigada a transferir a responsabilidade que sobre si impende pela reparação de acidentes de trabalho para entidades legalmente autorizadas, leia-se seguradoras<sup>7</sup>.

No âmbito do regime de teletrabalho, o artigo 169.º, n.º 1, do CT estabelece o princípio da igualdade entre trabalhadores, garantindo que o teletrabalhador goza dos mesmos direitos e deveres<sup>8</sup> que os demais trabalhadores subordinados e contratados segundo o regime

---

Coimbra, 2007, p. 39, “a lei faz entrar o definido na definição, não nos fornecendo um conceito naturalístico de acidente de trabalho, fazendo apelo ao sentido comum e usual do termo «acidente», permitindo que nesse fenómeno sejam incluídas várias ocorrências materiais que precedem lógica e cronologicamente a ocorrência da lesão.”.

SARA LEITÃO, “Os acidentes de trabalho em teletrabalho”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2021, pp.215-218, aborda os critérios subjetivo, geográfico e temporal em relação aos quais entende assentar o conceito legal de acidente de trabalho.

<sup>5</sup> *Direito do Trabalho*, 10ª edição, Almedina, 2022, pp.833-834. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O Acidente de Trabalho. O Acidente in Itinere e a sua Descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp.19-200.

<sup>6</sup> A título exemplificativo, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13 de julho de 2021, processo n.º 2585/18.6T8VCT.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>7</sup> Artigos 283.º, n.º 5, do CT e 79.º, n.ºs 1 e 2, da LAT.

<sup>8</sup> O artigo 169.º-B do CT consagra deveres especiais para o empregador e o trabalhador no âmbito do regime de teletrabalho.

comum, proibindo a sua discriminação a qualquer título, nomeadamente quanto à reparação de acidentes de trabalho<sup>9</sup>.

Nos últimos anos evidencia-se um escrutínio acentuado da delimitação conceptual do teletrabalho<sup>10</sup>. Hoje o legislador português define o teletrabalho no artigo 165.º, n.º 1, do CT.

Dada a elasticidade conceptual adotada pelo legislador, dir-se-á que o teletrabalho pressupõe a realização da atividade laborativa através das tecnologias de informação e de comunicação<sup>11</sup>, num local diferente daquele onde o seu resultado é esperado e em relação ao qual não existe um controlo presencial por parte da entidade empregadora<sup>12</sup>.

O CT estabelece que o acordo de teletrabalho deve definir o regime de permanência ou de alternância de períodos de teletrabalho e de trabalho presencial<sup>13</sup>. Se por um lado, a lei parece admitir a possibilidade de existirem diferentes modelos de prestação de teletrabalho, designadamente a tempo inteiro ou a tempo parcial<sup>14</sup>, por

---

<sup>9</sup> Cf. o artigo 170.º-A, n.º 5, do CT.

<sup>10</sup> SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL, "Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o teletrabalho", in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte II, Nova Causa, 2017, pp.650-651. PATRÍCIA PINTO RODRIGUES, "O teletrabalho: enquadramento jus-laboral", in *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.94-99. GUILHERME MACHADO DRAY, "Teletrabalho, sociedade da informação e direito", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp.266-267.

<sup>11</sup> JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho- Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 2022, p.137, "(teletrabalho= trabalho à distância +TIC)".

<sup>12</sup> BELÉN GARCÍA ROMERO, *El Teletrabajo*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012, p.33. PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Acidentes de trabalho em teletrabalho", *Revista de Direito da Responsabilidade*, número 5, 2023, p. 19.

<sup>13</sup> Cf. o artigo 166.º, n.º 3, do CT.

<sup>14</sup> Neste sentido, SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL, "Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o teletrabalho", in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte II, Nova Causa, 2017, pp.661-662.

outro lado, não determina um parâmetro/critério objetivo para se considerar aplicável o regime de teletrabalho. “É que o trabalho realizado à distância não é privativo do teletrabalho, nem a utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação são exclusivas desta modalidade de trabalho.”<sup>15</sup>.

Susana I. P. Ferreira dos Santos Gil<sup>16</sup> mostra-se pouco recetiva ao estabelecimento de um critério quantitativo-temporal para a aplicação do regime do teletrabalho.

Para Belén García Romero<sup>17</sup> o importante é apurar o *quantum* do trabalho prestado é executado através das tecnologias de informação e de comunicação e fora das instalações da entidade empregadora. Para a Autora o teletrabalho pressupõe o preenchimento de três elementos: geográfico, instrumental e organizatório.

Não se podendo presumir a arbitrariedade da lei, parece-nos que a ausência de um critério legal tem o intuito de conferir liberdade à negociação coletiva para concretizar esta matéria. Esta liberdade tem por objetivo a adaptação da regulamentação às particularidades de cada área profissional ou ramo de atividade económica.

Sem prejuízo de o regulamento interno da empresa poder definir as condições subjacentes à aplicação do teletrabalho<sup>18</sup>, mas mediante o estabelecido no instrumento de regulamentação coletiva.

---

<sup>15</sup> MARIA IRENE GOMES, “O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas”, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, p.9, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/67361/1/Teletrabalho.pdf>.

<sup>16</sup> “Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o teletrabalho”, ob. cit., p.661.

<sup>17</sup> *El Teletrabajo*, ob. cit., pp.31-46.

<sup>18</sup> Cf. o artigo 166.º, n.º 9, do CT.

O teletrabalho pode estar associado a diversas modalidades contratuais<sup>19</sup>, e ser prestado por um trabalhador contratado *ab initio* para executar a atividade em teletrabalho ou por um trabalhador que aceitou a conversão do trabalho presencial em teletrabalho<sup>20</sup>.

A doutrina<sup>21</sup> defende a existência de diferentes modalidades de teletrabalho, que distingue de acordo com diversos critérios, entre os quais o local da prestação da atividade.

### **3. A necessidade de delimitação e determinação do local de trabalho e do tempo de trabalho para efeitos de caracterização de um evento como acidente de trabalho no regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador**

#### **3.1. O conceito de local de trabalho**

Embora possa ser prestado em locais diversos, o artigo 166.º, n.º 4, alínea b), do CT prescreve que o acordo de teletrabalho deve conter e definir “o local em que o trabalhador realizará habitualmente o seu trabalho, o qual será considerado, para todos os efeitos legais, o seu local de trabalho”; no artigo 8.º, n.º 2, alínea c), da LAT pode

---

<sup>19</sup> MARIA REGINA REDINHA, “Teletrabalho: anotação aos artigos 233º a 243º do Código do Trabalho de 2003”, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2007, p.3disponível em <https://cij.up.pt/download-file/216..>

<sup>20</sup> SUSANA I. P. FERREIRA DOS SANTOS GIL, “Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o teletrabalho”, ob. cit., pp.664-665.

<sup>21</sup> TERESA COELHO MOREIRA, “Algumas notas sobre as novas tecnologias de informação e comunicação e contrato de teletrabalho subordinado”, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, número 335, Universidade do Minho, 2014, pp.334-337. SÓNIA SANTOS VIANA, “Os remotos e recentes desafios do teletrabalho”, *Revista de Direito Civil*, número 4, Almedina,2022, p. 704.

ler-se “considera-se local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho”; já o artigo 170.º-A, n.º 5, do CT refere que o local de trabalho é o escolhido pelo trabalhador.

As diferentes redações podem suscitar dúvidas interpretativas.

Pedro Romano Martinez esclarece que o local de trabalho “não pode depender da habitualidade nem da escolha por parte do trabalhador”<sup>22</sup> e terá de resultar do consenso entre as partes<sup>23</sup>. Mais refere que o local de trabalho tem de constar no acordo de teletrabalho para que o empregador possa exercer controlo, ainda que indireto, sobre ele<sup>24</sup>, e para que a seguradora e a empresa que verificam a segurança e saúde no trabalho possam também dispor dessa informação para o cumprimento das obrigações legais a que estão adstritas<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> “Acidentes de trabalho em teletrabalho”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, número 5, 2023, p.23.

<sup>23</sup> Entendimento que segue de perto o consagrado no artigo 193.º do CT.

<sup>24</sup> A entidade empregadora deve antecipar e minimizar os eventuais riscos que o trabalhador pode sofrer com a prestação da atividade no seu domicílio, e proporcionar-lhe as condições de segurança e de saúde necessárias à prestação da sua atividade, cabendo-lhe, ainda, avaliar e fiscalizar o cumprimento pelo trabalhador das suas determinações em matéria de segurança e saúde- cf. o artigo 127.º, n.º 1, alíneas g) e h), do CT. O incumprimento do exposto releva em sede de agravamento da responsabilidade da entidade empregadora pelo infortúnio laboral- cf. o artigo 18.º da LAT. Por seu turno, a não observância pelo trabalhador das determinações em matéria de segurança e saúde no trabalho ditadas pela entidade empregadora poderão levar à descaraterização do acidente- cf. o artigo 14.º da LAT.

No caso do teletrabalho no domicílio do trabalhador a avaliação e fiscalização da segurança do local de trabalho pela entidade empregadora não pode contender com a privacidade e o repouso do trabalhador e da sua família.

GLÓRIA REBELO, *Teletrabalho e Privacidade: Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, Editora RH, 2004, pp.81-82, alude às dificuldades que podem existir na organização e realização de inspeções de trabalho para verificação do cumprimento das normas de segurança e saúde quando a atividade é prestada em regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador.

<sup>25</sup> Cf. o 170.º-A, n.º 4, do CT. A letra deste preceito legal suscita-nos dúvidas quanto aos termos da avaliação e controlo das condições de segurança e saúde no trabalho nos casos em que os trabalhadores beneficiam de um regime de flexibilidade de horário ou de isenção de horário.

Quanto ao significado de trabalho executado em local não determinado pelo empregador, a que alude o artigo 165.º, n.º 1, do CT, Maria Regina Redinha refere “mais não pode denotar do que o local não controlado ou não gerido pelo empregador, local sobre o qual o empregador não tem imediato e irrestrito acesso, como acontece com o domicílio do trabalhador”<sup>26</sup>.

Dito isto, será de considerar que todo o domicílio do trabalhador, cuja morada consta no acordo de teletrabalho, está protegido contra os infortúnios que este poderá sofrer no tempo ou por ocasião do trabalho?

Júlio Gomes elucida-nos que nem todos os factos ocorridos dentro da residência do trabalhador poderão ser tutelados como acidentes de trabalho “por se situarem numa esfera de risco do próprio trabalhador, num espaço por este controlado e a cujos perigos sempre se exporia, mesmo sem o trabalho.”<sup>27</sup>.

Pedro Romano Martinez<sup>28</sup> oferece-nos como exemplo a seguinte situação: se durante a pausa, que a entidade empregadora normalmente concede aos seus trabalhadores, o trabalhador for tirar um café na máquina disponibilizada pelo empregador, nas suas instalações, e sofrer um acidente decorrente de um curto circuito, o infortúnio deverá qualificar-se como acidente de trabalho; já se o referido acidente ocorrer nas mesmas circunstâncias de tempo no

---

<sup>26</sup> “A noção de teletrabalho na Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro”, in *Revista Questões Laborais* n.º 60, Almedina, 2022, p.29.

<sup>27</sup> *O Acidente de trabalho. O Acidente in Itinere e a sua Descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 181. Embora a afirmação date de 2013 cremos que as alterações legislativas posteriores não lhe retiram o sentido.

<sup>28</sup> “Acidentes de trabalho em teletrabalho”, ob. cit., p. 25.

domicílio do trabalhador, cuja morada consta no acordo de teletrabalho, deverá considerar-se acidente doméstico.

Na primeira situação o acidente ocorre no tempo e no local de trabalho controlados pelo empregador, e em relação ao qual este é de algum modo responsável ou face ao qual pode tomar medidas preventivas para diminuir, controlar ou até evitar os riscos a que o trabalhador se sujeita na prestação da sua atividade.

O mesmo não pode dizer-se na segunda hipótese, ou seja, no domicílio do trabalhador que fica (quase) totalmente na disposição deste ou do proprietário do imóvel. Portanto, segundo o Autor nestas circunstâncias dificilmente os danos sofridos pelo trabalhador podem integrar-se no risco do empregador.

Assim sendo, deverá definir-se uma divisão específica do domicílio do trabalhador para o exercício da atividade, delimitando-se, assim, o local de trabalho e a responsabilidade da entidade empregadora?

Sara Leitão<sup>29</sup> considera que o trabalhador não pode ficar condicionado na gestão e organização da sua casa, pelo que embora reconheça a utilidade da definição de uma divisão específica do domicílio do trabalhador para a prestação da atividade, e entenda que nem todo e qualquer espaço da sua casa deva considerar-se local de trabalho, conclui que a definição de um local de trabalho não pode ser imposta ao trabalhador.

---

<sup>29</sup> “Os acidentes de trabalho em teletrabalho”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2021, p.223.

O ordenamento jurídico espanhol<sup>30</sup> exige que o trabalhador eleja uma divisão específica do seu domicílio para o exercício da sua atividade profissional.

Em Espanha entende-se que a não definição de uma divisão específica do domicílio do trabalhador para o exercício da atividade podia fazer com que todas as divisões da sua habitação devessem ajustar-se às instruções da entidade empregadora em matéria de prevenção de acidentes de trabalho<sup>31</sup>.

O ordenamento jurídico português não proíbe, nem impõe a delimitação de uma divisão concreta do domicílio do trabalhador para a prestação da atividade laboral.

Por razões de certeza e segurança jurídicas e para evitar situações de abuso e fraude à lei, parece-nos que o trabalhador deve especificar de forma expressa, e por escrito, o local concreto de prestação das suas funções<sup>32</sup>. E, em nome dos princípios da boa fé e da colaboração, que devem reger a relação entre as partes, na qual o trabalhador está numa posição mais frágil<sup>33</sup>, a entidade empregadora, em momento prévio à outorga do acordo de teletrabalho, deve informar o trabalhador das concretas condições e da regulamentação em vigor em matéria de acidentes de trabalho.

Julgamos que cláusulas demasiado amplas ou indeterminadas nesta matéria podem respeitar o direito à reserva sobre a intimidade

---

<sup>30</sup> Cf. o artigo 16.º, n.º 1, da Ley n.º 10/2021, de 9 de Julho.

<sup>31</sup> ALEJANDRA SELMA PENALVA, "El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. Situación Actual y Nuevas Perspectivas", *Temas Laborales*, número 134, 2016, p.147.

<sup>32</sup> RAQUEL POQUET CATALÀ, "Accidente de Trabajo *in Itinere* en el Teletrabajo: su Difícil Conjunción", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume V, número 4, Outubro-Dezembro, 2017, p. 54.

<sup>33</sup> Especialmente em matéria de acidentes de trabalho. Perante a ocorrência de um acidente o trabalhador pode ver-se privado de continuar a sustentar-se a si e à sua família.

da vida privada do trabalhador, mas podem também ser insuficientes para garantir o direito à sua segurança e saúde no trabalho.

A determinação de uma divisão específica da habitação do trabalhador para a prestação da atividade laboral não deve ser entendida como uma exigência da entidade empregadora ao trabalhador, nem como uma ingerência daquela no domicílio deste. O estabelecimento do regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador pressupõe o acordo entre as partes. Estamos no âmbito do princípio da autonomia da vontade, contido no artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil (doravante CC). A entidade empregadora não pode exigir ao trabalhador a prestação da atividade em regime de teletrabalho no seu domicílio<sup>34</sup>. Por sua vez, o trabalhador ao disponibilizar o seu domicílio para o exercício da atividade profissional e ao estabelecer tal facto no acordo de teletrabalho limita, voluntariamente, o seu direito à reserva da intimidade da vida privada<sup>35</sup>.

Nesta senda, importa referir ainda a admissibilidade de limitação dos direitos fundamentais que não afetem a sua extensão e alcance do seu conteúdo e que se mostrem justificados por critérios de necessidade e proporcionalidade. Nenhum direito é absoluto ou ilimitado. O direito à reserva da intimidade da vida privada pode sofrer limitações decorrentes do relevo de outros interesses ou direitos, que podem entrar em colisão com ele. É essencial comparar e ponderar o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador e o direito à sua segurança e saúde no trabalho.

---

<sup>34</sup> Cf. o artigo 166.º, n.º 6, do CT. De acordo com o disposto no artigo 166.º, n.º 8, do CT, o trabalhador pode alterar o local de trabalho previsto no acordo de teletrabalho, mediante acordo escrito com a entidade empregadora.

<sup>35</sup> Cf. os artigos 18.º da CRP e 81.º do CC.

Por outro lado, recordemo-nos que apesar de a entidade empregadora não ter controlo imediato sobre a forma como o trabalhador aplica e respeita as regras de segurança e saúde no trabalho no seu domicílio, ainda assim, pode ser responsabilizada pelo infortúnio<sup>36</sup>.

Desta forma, é essencial, em momento prévio à outorga do acordo de teletrabalho, o trabalhador definir uma divisão específica do seu domicílio para prestar atividade e a entidade empregadora verificar se a divisão reúne as condições necessárias para o trabalhador desempenhar a sua função, procedendo-se às alterações que se entender por necessárias.

Para além disso, o empregador deverá ministrar, periodicamente, ao trabalhador a formação e informação necessárias sobre os eventuais riscos vinculados ao exercício da sua atividade e as medidas de proteção específicas de segurança e saúde a que estará obrigado<sup>37</sup>, sob pena de lhe ser imputada a responsabilidade pela ocorrência do acidente.

Isto sem olvidar a possibilidade de o trabalhador avaliar e identificar os riscos a que está exposto no exercício da atividade, comunicá-los à entidade empregadora e, em casos súbitos e extremos, anulá-los, na medida do possível.

---

<sup>36</sup> A ausência de controlo ou de interferência direta e permanente da entidade empregadora no risco a que o trabalhador está exposto quando presta a sua atividade em regime de teletrabalho no seu domicílio não deverá constituir fundamento para excluir a sua responsabilidade pelo acidente. Porém, por razões de certeza, segurança jurídica e justiça, afigura-se necessário apurar se o infortúnio resultou de riscos que o trabalhador poderia minimizar ou eliminar, e não o fez.

<sup>37</sup> Sem prejuízo do disposto no artigo 166.º, n.º 9, do CT.

### 3.2. O conceito de tempo de trabalho

O conceito de tempo de trabalho não é coincidente ou, pelo menos, não está harmonizado em todos os diplomas legais.

Para efeitos de aplicação da LAT, o artigo 170.º-A, n.º 5, do CT prevê que o tempo de trabalho é todo aquele em que, comprovadamente, o trabalhador esteja a prestar o seu trabalho ao empregador; já no artigo 8.º, n.º 2, alínea b), da LAT o conceito de tempo de trabalho inclui, para além do período normal de trabalho, “o que precede o seu início, em actos de preparação ou com ele relacionados, e o que se lhe segue, em actos também com ele relacionados, e ainda as interrupções normais ou forçosas de trabalho.”.

O conceito de tempo de trabalho constante no artigo 8.º, n.º 2, alínea b), da LAT é mais amplo do que aquele que é referido no artigo 170.º-A, n.º 5, do CT, que parece afastar as pausas ou interrupções normais ou forçosas dos teletrabalhadores do conceito de tempo de trabalho. O que não será de aceitar, sob pena de violação do disposto no artigo 169.º do CT.

Outra questão relevante prende-se com o estabelecimento da conexão entre o acidente sofrido pelo trabalhador e a jornada de trabalho nos casos em que as partes acordaram o regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador com flexibilidade ou isenção de horário.

Como sabemos, nestas situações é difícil concretizar o (s) momento (s) em que o trabalhador desenvolve a atividade.

Por isso, seria de considerar a utilização de um sistema informático que registasse o tempo<sup>38</sup> e o estado (ativo, em pausa, em reunião, por exemplo) de conexão do trabalhador, não com a finalidade de controlar a sua produtividade ou desempenho, mas cuja única utilidade seria clarificar o carácter laboral, ou não, do acidente sofrido pelo trabalhador no seu domicílio<sup>39</sup>.

O trabalhador estaria cabalmente informado sobre a sua existência e finalidade, autorizando a sua implementação e utilização expressamente, e por escrito, juntamente com a Comissão Nacional de Proteção de Dados<sup>40/41</sup>.

Para evitar situações de abuso e fraude o sistema informático e o acesso aos registos de conexão do trabalhador seriam geridos por uma terceira entidade externa e independente das partes. A disponibilização da informação ocorreria apenas no âmbito

---

<sup>38</sup> O artigo 202.º, n.º 1, do CT impõe à entidade empregadora o registo do tempo de trabalho diário e semanal prestado pelos trabalhadores, incluindo os isentos de horário de trabalho.

<sup>39</sup> ALEJANDRA SELMA PENALVA, "El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. Situación Actual y Nuevas Perspectivas", *Temas Laborales*, número 134, 2016, pp.143-144.

<sup>40</sup> Em Abril de 2020, a Comissão Nacional de Proteção de Dados emitiu uma orientação que estabelece a inadmissibilidade da entidade empregadora utilizar soluções tecnológicas para controlo à distância do desempenho do trabalhador, designadamente através de softwares ou câmaras ou outras ferramentas equivalentes. A referida orientação está disponível em <https://www.cnpd.pt/organizacoes/orientacoes-e-recomendacoes/trabalho/>. Cf. ainda o artigo 20.º, n.º 1, do CT.

Os avanços tecnológicos permitem-nos considerar a admissibilidade de criação e implementação em Portugal do sistema informático proposto, cuja utilização, atenta a sua finalidade, a nosso ver, não colide com a orientação emitida pela Comissão Nacional de Proteção de Dados.

<sup>41</sup> Cf. os artigos 20.º, n.ºs 2 e 3, e 21.º do CT, e o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06 de fevereiro de 2015, processo n.º 359/13.0TTFIG-A.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

judicial, a requerimento de qualquer uma das partes, e após despacho judicial emitido para o efeito.

Reconhecemos que o uso deste sistema informático apresenta fragilidades, nomeadamente nos casos em que o trabalhador sofre um acidente, mas os efeitos não se manifestam imediatamente e, por isso, não recorre logo a assistência médica nem comunica imediatamente o facto ao empregador<sup>42</sup>. Contudo, a sua existência é justificável. Este sistema pode servir como critério auxiliar na delimitação do tempo de trabalho e como meio de obtenção de prova, contribuindo para uma melhor aferição do enquadramento (laboral, ou não) do acidente sofrido pelo trabalhador.

#### **4. A presunção laborativa consagrada no artigo 10.º, n.º 1, da LAT**

A LAT, no seu artigo 10.º, n.º 1, estabelece que a lesão constatada no tempo e no local de trabalho presume-se consequência de acidente de trabalho<sup>43</sup>. Esta presunção foi pensada para as relações laborais em que o tempo e o local de trabalho foram definidos pelas partes e o trabalho era prestado apenas presencialmente e nas instalações da empresa.

---

<sup>42</sup> Quanto ao prazo de participação de acidentes de trabalho à entidade empregadora- cf. o artigo 86.º, n.º 1, da LAT.

<sup>43</sup> Trata-se de uma presunção (ilidível) do nexo de causalidade entre o evento (acidente) e a lesão sofrida pelo trabalhador no local e no tempo de trabalho que não o liberta do ónus de provar a verificação do próprio evento e do nexo causal entre as lesões contraídas no evento e a redução da sua capacidade de trabalho, de ganho, ou a morte- cf. a título exemplificativo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de março de 2019, processo 1692/17.7T8CSC.L1-4, e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de janeiro de 2022, processo n.º 2157/17.2T8MTS.P1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Atendendo à dificuldade já analisada de determinação dos conceitos de tempo e local de trabalho, como aplicar a presunção legal consagrada no artigo 10.º, n.º 1, da LAT nos casos de teletrabalho no domicílio do trabalhador?

A aplicação desta presunção legal é muito complexa, especialmente quando vigora o regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador com flexibilidade de horário ou isenção de horário.

Tendo em consideração o referido no ponto 3.1, caso o trabalhador sofra um acidente na divisão do seu domicílio, esta conste no acordo de teletrabalho e tenha sido objeto de avaliação e prevenção dos riscos laborais nos termos expostos supra, considerar-se-á preenchido o requisito de ocorrência de infortúnio no local de trabalho, previsto no artigo 10.º, n.º 1, da LAT. Na hipótese de o acidente ocorrer fora do identificado local inverter-se-á o ónus da prova e o trabalhador lesado terá de provar a laboralidade do acidente.

No que ao tempo de trabalho diz respeito, cumpre verificar se as partes estipularam um horário de trabalho fixo. Se o fizeram e o acidente ocorrer dentro desse horário, considerar-se-á preenchido o aludido requisito. Caso vigore o regime de flexibilidade ou de isenção de horário deverá apurar-se: 1) se o acidente ocorreu durante o tempo de conexão do trabalhador ao sistema informático proposto no ponto 3.2.; e 2) em que estado é que se encontrava a referida conexão aquando da ocorrência do infortúnio. Revelando-se inviável apurar o exposto nos pontos 1) e 2), recairá sobre o trabalhador o ónus da prova que sofreu o acidente no tempo de trabalho.

Importa sublinhar que este raciocínio assenta nas considerações que fomos fazendo nos pontos precedentes, e para as quais, no nosso

entender, contribui a elasticidade do texto normativo adotado pelo legislador português.

Com respeito à matéria da prova, o facto de o trabalhador prestar atividade no interior do seu domicílio faz com que aquando de um infortúnio haja uma grande probabilidade de estar sozinho ou acompanhado apenas pelos seus familiares. Parece-nos que as declarações do trabalhador e o depoimento dos seus familiares (que serão considerados pelo sistema judicial como testemunhas abonatórias), apesar de confiáveis e creíveis, não deverão constituir prova bastante para alicerçar a presunção legal em causa<sup>44</sup>.

A presunção legal fundamentada apenas nas declarações do trabalhador e nos depoimentos dos seus familiares poderia colocar a entidade empregadora numa situação de impossibilidade prática de iliação da presunção e até de desigualdade processual injustificada.

O desafio de adaptação da norma à modalidade de teletrabalho no domicílio do trabalhador evidencia a especificidade desta realidade fáctica e a necessidade de se pormenorizar as opções legislativas consagradas para se minorar a litigância que possa vir a surgir relativamente à interpretação e aplicação das normas neste âmbito.

Enquanto isso seria de aplaudir a atualização das convenções coletivas em matérias inerentes à segurança e saúde no teletrabalho no domicílio do trabalhador<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cf. os artigos 349º e 350º do CC.

<sup>45</sup> A cláusula 5.ª, n.º 1, alínea g), do Contrato Coletivo de Trabalho para o teletrabalho entre a Associação Comercial e Industrial do Concelho do Fundão e outras e a Confederação Geral dos Sindicatos Independentes e outro, estabelece o dever de o empregador proporcionar ao teletrabalhador exames médicos periódicos e equipamentos de proteção visual adequados à sua função. A disposição versa sobre o regime do teletrabalho, mas nada obsta à sua aplicação à prestação de teletrabalho no domicílio do trabalhador - cf. o Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª série, número 25, de 08 de julho de 2004, p.1768.

Mais do que reproduzir a lei ou partes dela, a referida atualização deveria desenvolver e pormenorizar determinados aspetos da segurança e saúde no trabalho. A título exemplificativo, evidencia-se a necessidade de intensificar a investigação e a troca de conhecimentos para melhor identificar e avaliar os efeitos biopsicossociais negativos associados à prestação do teletrabalho no domicílio do trabalhador para, a partir daí, estabelecerem-se normas concretizáveis que cubram um número máximo de riscos.

A mutação do contexto em que vamos vivendo e evoluindo introduziu transformações no mundo laboral e ampliou as matérias inerentes à segurança e saúde no trabalho, que já não se restringem às atividades industriais.

Para além do mais, mas sem pretendermos escarpelizar o assunto, do nosso ponto de vista, a negociação coletiva nesta matéria impulsionaria a necessidade de formação, de aquisição de conhecimentos técnicos e práticos por parte dos negociadores sindicais e patronais, asseguraria o direito do trabalhador à prestação de trabalho em condições de segurança e saúde, o dever da entidade empregadora em mobilizar recursos para a prevenção de infortúnios laborais e informaria e habilitaria o trabalhador a prevenir os riscos associados ao exercício da sua atividade. No fundo, consolidaria uma cultura de prevenção dos riscos, distribuiria e definiria responsabilidades, nortearia comportamentos e promoveria a uniformidade da tutela laboral.

E, dada a interconexão entre a temática da segurança e saúde no trabalho e os conceitos de local de trabalho e de tempo de

trabalho, a negociação coletiva neste âmbito poderia impelir à concretização destes conceitos.

## 5. O acidente *in itinere*

Por fim, os acidentes de trajeto ou de percurso, designados pela doutrina portuguesa como acidentes *in itinere*, têm a sua génese na jurisprudência<sup>46</sup>.

Segundo Luís Menezes Leitão o acidente de trajeto “é aquele que se verifica não no local de trabalho, mas no trajeto de ida para o local de trabalho ou de regresso deste, ou para outros locais relacionados com a prestação de trabalho, independentemente do meio de transporte utilizado ou dos riscos do percurso.”<sup>47</sup>

A jurisprudência nacional<sup>48</sup> tem decidido, unanimemente, qualificar como acidente *in itinere* apenas os infortúnios ocorridos depois

---

<sup>46</sup> JÚLIO GOMES, *O Acidente de Trabalho. O Acidente in Itinere e a sua Descaracterização*, ob. cit., p.6. A figura está consagrada no artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LAT.

<sup>47</sup> *Direito do Trabalho*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p.432.

<sup>48</sup> Cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de dezembro de 2018, processo n.º 460/14.2TTVCT.G1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No sumário do referido acórdão pode ler-se “O disposto nos artigos 8.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b), e 9.º, n.ºs 1, alínea a) e 2, alíneas b) e e), da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, deve ser interpretado como integrando no seu âmbito de aplicação o acidente ocorrido nos espaços exteriores à habitação do sinistrado, ainda antes de se entrar na via pública, independentemente de se tratar de espaço próprio deste ou de espaço comum a outros condóminos ou comproprietários, bastando que para tal já tenha sido transposta a porta de saída da residência, desde que a vítima se desloque para o local de trabalho, segundo o trajeto normalmente utilizado e durante o período de tempo habitualmente gasto pelo trabalhador.”

Mais recentemente o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 01 de julho de 2021, processo n.º 431/19.2T8VRL.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), decidiu qualificar acidente de trabalho o infortúnio sofrido pelo trabalhador que ao descer as escadas exteriores da sua residência para se deslocar para o seu posto de trabalho escorregou, caiu e sofreu lesões que lhe determinaram incapacidades.

de o trabalhador transpor a porta de sua casa para o exterior, seja para o espaço comum do condomínio, o logradouro de sua casa, se residir numa moradia, ou a via pública.

Na sequência do que tem vindo a ser decidido pela jurisprudência, Pedro Romano Martinez<sup>49</sup>, Susana Ferreira dos Santos<sup>50</sup> e Sara Leitão<sup>51</sup> não enquadram no âmbito dos acidentes *in itinere* os infortúnios sofridos pelo teletrabalhador nas deslocações no interior da sua habitação.

Assim sendo, urge questionar: será de admitir a aplicação do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LAT aos acidentes ocorridos nas deslocações no interior da residência do teletrabalhador?

No caso de se considerar que todas as divisões da residência do teletrabalhador constituem o seu local de trabalho relega-se a qualificação do sinistro como acidente *in itinere*. A residência do teletrabalhador é equiparada ao centro tradicional da empresa.

Para quem defende esta tese as deslocações do trabalhador de sua casa para o local onde realizará exames de medicina no trabalho ou as deslocações de sua casa até às instalações da empresa para reuniões presenciais, por exemplo, enquadram-se no âmbito comum dos acidentes *in itinere*.

Quem defende este entendimento argumenta ainda com o carácter taxativo do artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LAT.

---

<sup>49</sup> "Acidentes de trabalho em teletrabalho", ob. cit., pp.25-26.

<sup>50</sup> " "Frágil, sinto-me frágil": vulnerabilidades do teletrabalhador" ", *Percursos & Ideias*, número 9, 2ª série, Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo, 2019, p. 25, disponível em <https://www.iscet.pt/uploads/Revista%20Ciencia%20ADfca%20Percursos%20e%20Ideias/percursos-ideias-9.pdf>.

<sup>51</sup> "Os acidentes de trabalho em teletrabalho", ob cit., p. 227.

Na hipótese de se atribuir carácter flexível ou não taxativo ao artigo 9.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, da LAT<sup>52</sup> e de se entender que do acordo de teletrabalho deve constar a divisão da habitação do trabalhador onde este vai prestar atividade, o infortúnio sofrido pelo teletrabalhador nas deslocações no interior da sua residência poderá ser qualificado como acidente *in itinere*. Este entendimento apresenta uma conceção ampliada dos acidentes *in itinere*, adaptável ao teletrabalho no domicílio do trabalhador. Aliás, esta nova conceção foi adotada num caso na Alemanha. Em dezembro de 2021, na Alemanha, qualificou-se como acidente de trabalho a queda sofrida por um trabalhador quando se deslocava do seu quarto para a divisão onde trabalhava dentro do seu domicílio, no piso inferior.

O Tribunal Regional Social considerou a deslocação em causa como um ato preparatório, excluindo a sua reparação por essa razão.

Posteriormente, o Tribunal Federal Social<sup>53</sup> revogou esta decisão e enquadrou a deslocação em causa no âmbito dos acidentes *in itinere*. De acordo com o Tribunal Federal Social a deslocação do teletrabalhador do seu quarto para a divisão onde prestava atividade dentro do seu domicílio configurava já, de certa forma, uma deslocação do teletrabalhador para o seu espaço de trabalho, ainda que dentro do seu domicílio, com o objetivo de cumprir com as suas funções profissionais e no interesse da entidade patronal.

---

<sup>52</sup> SÉRGIO SILVA DE ALMEIDA, “Notas sobre acidentes *in itinere*. Qualificação e descaraterização”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2017, pp.194-196.

<sup>53</sup> Cf. o acórdão de 08 de dezembro de 2021, processo n.º B 2 U 4/21 R, disponível em [https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/2021\\_12\\_08\\_B\\_02\\_U\\_04\\_21\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/2021_12_08_B_02_U_04_21_R.html).

Veremos o impacto que esta decisão terá em processos similares em Portugal<sup>54</sup>.

De todo o modo, um esclarecimento cabal à nossa questão inicial poderá ser alcançado se adensarmos a interpretação do conceito de local de trabalho na modalidade de teletrabalho no domicílio do trabalhador<sup>55</sup>.

Não queremos com isto defender a rigidez do texto legal. Longe disso. Acontece que estamos perante uma matéria de grande complexidade, sensibilidade, relevo e dimensão social, pelo que é necessária segurança e certeza jurídicas.

Em suma, a interpretação dada ao conceito de local de trabalho, o período de tempo em que ocorreu o sinistro e o motivo<sup>56</sup> que levou

---

<sup>54</sup> Do que conseguimos apurar, até à presente data, os tribunais portugueses ainda não se pronunciaram sobre situações de acidentes de trabalho no domicílio do trabalhador.

<sup>55</sup> Remetemos para o ponto 3.1. deste estudo.

<sup>56</sup> JÚLIO GOMES, *O acidente de trabalho: o acidente in itinere e a sua descaracterização*, ob. cit., pp.188-189, identifica como necessidades atendíveis: a satisfação de necessidades fisiológicas, comprar medicamentos, tomar uma refeição, ou apenas um café, por exemplo.

SÉRGIO SILVA DE ALMEIDA, "Notas sobre acidentes *in itinere*. Qualificação e descaracterização", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2017, p.204, faz corresponder a satisfação de necessidades atendíveis "a realidades de cariz pessoal como adquirir géneros e bens, tratar de assunto no banco, ir a consultas ou tratamentos médicos"; e, ainda, a "casos em que o trabalhador tem de agir, quer resultante da sua situação familiar (na qualidade de cônjuge ou pai/mãe ou filho), quer decorrente de normas de outra natureza (por exemplo, convocação urgente fiscal, administrativa ou judicial) e até dos deveres de ingerência, como conduzir ao hospital alguém que tenha sido atropelado (e que não pode ser socorrido eficazmente de outra forma)."

O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05 de maio de 2022, processo n.º 331/19.6Y2GMR.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou dever considerar-se motivo atendível a "necessidade, ou obrigação que ao trabalhador se imponha satisfazer, de acordo com os padrões sociais, relativas quer à família (como levar os filhos à escola), quer à sociedade (como cumprimento de deveres de auxílio, cumprimento de deveres fiscais), quer pessoais (como necessidades fisiológicas, alimentação), e que não seja exigível no quadro das concretas circunstâncias do trabalhador, um outro comportamento."

à deslocação do trabalhador entre as divisões da sua residência são elementos a considerar aquando do enquadramento jurídico do evento como acidente *in itinere*.

## 6. Conclusão

O ordenamento jurídico português não consagra um regime específico para os acidentes ocorridos no âmbito do teletrabalho no domicílio do trabalhador.

Apesar das alterações legislativas introduzidas com a publicação da Lei n.º 83/2021, de 06 de dezembro, faltam respostas para muitas situações práticas em matéria de acidentes de trabalho no regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador, muitas delas não previstas pelo legislador.

A determinação do local de trabalho obedece essencialmente ao intuito de se dimensionarem no espaço as obrigações, os direitos e as garantias que a lei reconhece a cada uma das partes. O mesmo se dirá, com as devidas adaptações, em relação à determinação do tempo de trabalho.

A LAT foi pensada para a prestação de trabalho presencial, nas instalações da entidade patronal não respondendo, atualmente, de forma cabal, aos desafios decorrentes da prestação da atividade laboral no domicílio do trabalhador.

No caso do regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador os conceitos de tempo e local de trabalho requerem maior acuidade dadas as especificidades em que o trabalhador realiza a atividade laboral. Não podemos ignorar que existem novas variáveis em jogo.

O local de trabalho é o domicílio do trabalhador e o tempo de trabalho nem sempre é fácil de determinar, designadamente nas situações de regime de flexibilidade de horário ou de isenção de horário.

Em matéria de acidentes de trabalho no regime de teletrabalho no domicílio do trabalhador justificar-se-ia a aplicação ou a ponderação de um regime especial, e/ou a revisão e atualização das convenções coletivas à luz da realidade social atual.

Enquanto não se alcançam tais desígnios trabalhador e entidade empregadora devem definir livremente, de boa-fé e de forma objetiva os termos e condições subjacentes à prática do teletrabalho no domicílio do trabalhador, pacificando, assim, na medida do possível, a controvérsia quanto à qualificação jurídica dos infortúnios.

## 7. Referências bibliográficas e jurisprudenciais

ALMEIDA, Sérgio Silva de, “Notas sobre acidentes in itinere. Qualificação e descaraterização”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2017.

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho- Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 2022.

CATALÀ, Raquel Poquet, “Accidente de Trabajo in Itinere en el Teletrabajo: su Difícil Conjunción”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume V, número 4, Outubro-Dezembro, 2017.

DRAY, Guilherme Machado, "Teletrabalho, Sociedade da Informação e Direito", in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, III, Almedina, Coimbra, 2002.

DOMINGOS, Maria Adelaide, "Algumas questões relacionadas com o conceito de acidente de trabalho", in *Prontuário de Direito do Trabalho - 76-77-78, número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos, "Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o teletrabalho", in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes, Parte II*, Nova Causa, 2017.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *O Acidente de Trabalho. O Acidente in Itinere e a sua Descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GOMES, Maria Irene, "O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas", Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/67361/1/Teletrabalho.pdf> [consultado em 26.06.2023].

LEITÃO, Sara, "Os acidentes de trabalho em teletrabalho", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, I, Almedina, 2021.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito do Trabalho*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 10ª edição, Almedina, 2022.

MARTINEZ, Pedro Romano, "Acidentes de trabalho em teletrabalho", *Revista de Direito da Responsabilidade*, número 5, 2023.

MIRANDA Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 2ª edição revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho, "Algumas notas sobre as novas tecnologias de informação e comunicação e contrato de teletrabalho subordinado", *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, número 335, Universidade do Minho, 2014.

PENALVA, Alejandra Selma, "El Accidente de Trabajo en el Teletrabajo. Situación Actual y Nuevas Perspectivas", *Temas Laborales*, número 134, 2016.

REBELO, Glória, *Teletrabalho e Privacidade: Contributos e Desafios para o Direito do Trabalho*, Editora RH, 2004.

REDINHA, Maria Regina, "Teletrabalho: anotação aos artigos 233º a 243º do Código do Trabalho de 2003", Faculdade de Direito da

Universidade do Porto, disponível em <https://cij.up.pt/download-file/216> [consultado em 26.06.2023].

REDINHA, Maria Regina, “A noção de teletrabalho na Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro”, in *Revista Questões Laborais* n.º 60, Almedina, 2022

RODRIGUES, Patrícia Pinto, “O teletrabalho: enquadramento jus-laboral”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

ROMERO, Belén García, *El Teletrabajo*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012.

SANTOS, Susana Ferreira dos, ““Frágil, sinto-me frágil”: vulnerabilidades do teletrabalhador””, *Percursos & Ideias*, número 9, 2ª série, Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo, 2019, disponível em <https://www.iscet.pt/uploads/Revista%20Cient%3%ADfca%20Percursos%20e%20Ideias/percursos-ideias-9.pdf> [consultado em 26.06.2023].

VIANA, Sónia Santos, “Os remotos e recentes desafios do teletrabalho”, *Revista de Direito Civil*, número 4, 2022,.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06 de fevereiro de 2015, processo n.º 359/13.0TTFIG-A.C1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de dezembro de 2018, processo n.º 460/14.2TTVCT.G1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de março de 2019, processo 1692/17.7T8CSC.L1-4, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 01 de julho de 2021, processo n.º 431/19.2T8VRL.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13 de julho de 2021, processo número 2585/18.6T8VCT.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal Federal Social (Bundessozialgericht), de 08 de dezembro de 2021, processo n.º B 2 U 4/21 R, disponível em [https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/2021\\_12\\_08\\_B\\_02\\_U\\_04\\_21\\_R.html](https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/2021_12_08_B_02_U_04_21_R.html) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de janeiro de 2022, processo n.º 2157/17.2T8MTS.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05 de maio de 2022, processo n.º 331/19.6Y2GMR.G1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em 26.06.2023].





# PORTUGAL, NO COUNTRY FOR OLD WORKERS: ARTICLE 348.º PORTUGUESE LABOUR CODE AND THE CONTRIBUTION OF THE EU LAW AND THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER FOR THE PROTECTION OF WORKERS REACHING THE AGE OF 70\*

Cristina Martins da Cruz<sup>1</sup>

## Summary:

1. Introduction; 2. The Portuguese approach to equality in the context of employment; 3. Article 348 of the Portuguese Labour Code: workers reaching the age of 70; 4. The EU Law on equality and non-discrimination; 5. The contribution of the European Social Charter; 6. The role of domestic Courts; 7. Closing remarks.

## Abstract:

*This paper argues in favour of a restrictive interpretation of Article 348 of the Portuguese Labour Code, namely in the differentiated treatment, enshrined therein, concerning the conversion, by force of law, of an open-ended into a fixed-term employment contract; the period of notice and the exclusion of a compensation for the termination (expiry) the contract, of workers who reach the age of 70.*

---

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

<sup>1</sup> Juíza de Direito (Docente no Centro de Estudos Judiciários). Professora convidada na Universidade Nova de Lisboa (Faculdade de Direito Nova School of Law).

*Particular attention is paid to the case law of the Court of Justice of the European Union and the "jurisprudence" of the European Committee of Social Rights, which authoritatively and respectively monitor compliance with the EU Law and the European Charter of Social Rights.*

*The findings challenge domestic courts to (i) restrictively interpret the Article's personal scope, as being limited to workers who have reached the age of 70 without having retired, but qualify to an retirement pension; (ii) refrain from considering valid a (fixed) notice period for termination of the contract in cases of initiative of the employer setting aside the sixty days limit in cases of contracts to exceed the ten-year period; (iii) and, finally and foremost, rule out the exclusion of the right for compensation, awarded to other workers when their fixed-term employment contract expires on the employer's initiative.*

#### Resumo:

Este artigo defende a interpretação restritiva do artigo 348.º do Código do Trabalho Português, designadamente no tratamento diferenciado dos trabalhadores que atingem os 70 anos de idade, no que respeita à conversão, por força da lei, do contrato de trabalho a tempo indeterminado em contrato a termo; ao período de pré-aviso e à dispensa de pagamento de compensação pela caducidade do contrato.

É realçado o papel da jurisprudência do TJUE e da "jurisprudência" do Comité Europeu dos Direitos Sociais, que monitorizam, respetivamente, o cumprimento do Direito da União e da Carta Europeia dos Direitos Sociais.

Os tribunais nacionais são convocados a (i) interpretar restritamente o n.º 3 do artigo 348.º, quanto ao seu âmbito subjetivo, limitando-o aos trabalhadores que atinjam os 70 anos de idade e que, sem reforma, a ela tenham direito e (ii) a desaplicar a norma nas suas alíneas c) e d), quanto à duração (predefinida) do aviso prévio por iniciativa do empregador e à dispensa do pagamento da compensação devida pela cessação do contrato de trabalho.

## 1. Introduction

The progressive aging of society is a reality<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Ageing Europe, Looking at the Lives Of Older People in the EU, 2019 edition* <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/10166544/KS-02-19%E2%80%91EN-N.pdf/c701972f-6b4e-b432-57d2-91898ca94893> (last acceded: 27 of June 2023).

This change of the population is impacting in the field of employment, where older workers became an important part of the workforce.

Despite the fact that the number of older workers is expecting to increase in coming decades, legal practise still segregates this category of workers, tending to deprive individual of employment opportunities.

Challenging legal systems to remove barriers to their employment and actively promoting their participation in working life, as without older workers

“participation in working life, a shortage of professional, structural and networking capacities will arise. Also, the transfer of their tacit (silent) knowledge to younger generations is important. The strongest combination of competences in the workplace is based on the different strengths of different generations”<sup>3</sup>.

In the United States of America, The Age Discrimination in Employment Act of 1967 prohibits employment discrimination against persons 40 years of age or older.

In the European Union - where the proportion of the population aged 55 and over rose from 25% in 1990 to 30% in 2010 and is estimated to reach a peak of around 40% by 2060<sup>4</sup> - there is no specific age set for a worker to be considered old, a concept left undefined by the EU Law.

---

<sup>3</sup> JUHANI ILMARINE, *Promoting active ageing in the workplace*, European Agency for Safety and Health at Work, [https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace\\_en.pdf](https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace_en.pdf) (last accessed: 20 June 2023).

<sup>4</sup> EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, *Older workers*, OSHwiki, <https://oshwiki.osha.europa.eu/en/themes/older-workers> (last accessed: 30.06.2023).

The Employment Guidelines for 2000 agreed by the European Council at Helsinki on 10 and 11 December 1999 stress the need to foster a labour market favourable to social integration by formulating a coherent set of policies aimed at combating discrimination against groups and also emphasise the need to pay particular attention to supporting older workers, in order to increase their participation in the labour force<sup>5</sup>.

Notwithstanding, in cases concerning older workers, Courts rulings not infrequently reflect a different approach, pointing to the fact that «an employee who reaches the normal qualifying age for a retirement pension is generally at the end of his working life»<sup>6</sup>.

Unduly aligned with such perspective, the Portuguese Labour Code contains a provision - Article 348 (3) - under which workers reaching the age of 70 an open ended contract converts into a fixed-term contract and, in case of expiry, to which the law provides a different period of notice, the payment of a compensation (due to fixed-term contracts) is excluded.

Challenging domestic courts to interpret of Article 348 (3) in the light of the two strands - the European and the Council of Europe - to consistently give the general principle prohibiting discrimination on grounds of age.

For such progress largely may contribute the EU Equality law and the European Social Charter, as respectively interpreted in the case law of the Court of Justice of the European Union and the decisions do the European Committee of Social Rights.

---

<sup>5</sup> Recital (8) of the Framework Directive on equal treatment in employment and occupation (2000/78/EC), OJ L 303, 2.12.2000, p. 16-22.

<sup>6</sup> Judgment of 28 February 2018, John, C-46/17, EU:C:2018:131.

## 2. The Portuguese approach to equality in the context of employment

Treating age in the working employment relationship challenges non-discrimination and equality. Values defined and protected by law.

Legal systems commonly combine requirements to promote equality of opportunity and to celebrate diversity with the principle of non-discrimination.

Discrimination - from the sense which legal systems attach to the word - concerns widely situations of treating a person less favourable than others on account of a consideration which is morally irrelevant.

“There is some consensus that many matters which fall outside the control of an individual, such as sex, race and disability, are, generally speaking (excluding age and religion), more irrelevant basis on which to disfavour people in fields such as the workplace (negative concept). The law forbids discrimination based in a moral basis: there is a fundamental human right that a person must be treated in the same way as other human beings, the aim must logically be to produce substantive equality, a much more positive and value loaded concept<sup>7</sup>.

The Portuguese Fundamental Law enshrines these principles and prohibitions in Article 13, unfolded in a double dimension: one, which is specifically referred to in article 13(1), has been identified by the Portuguese Constitutional Court as prohibition of arbitrariness and specific binding of the State; the other, which is specifically referred

---

<sup>7</sup> CRISTINA MARTINS DA CRUZ, *Addressing the gender pay-gap in the EU*, *Questões Laborais*, a. 28 n.59 (julho-dezembro 2021) - pp.7-37.

to in article 13(2), is identified as prohibition of discrimination. Both situations relate to the negative dimension of the equality principle.

The point of both the prohibition of arbitrary treatment and the prohibition of discrimination is to determine the cases in which the establishment of differences in treatment by the enacted law is to be declared unconstitutional.

However,

“whereas in the prohibition of arbitrary treatment this censure occurs whenever (and only when) it is proven that the difference in treatment does not have any sufficiently rational basis to justify it, in the prohibition of discrimination the censure occurs whenever the differences in treatment introduced by the legislative authorities are based on some of the personal characteristics referred to in Article 13(2). The Constitution considers that such characteristics, by their nature, cannot be an adequate basis for differences in treatment established by law”<sup>8</sup>.

As the Portuguese Constitution sets forth a principle of equal treatment, in the context of employment, the Portuguese Labour Code establishes not only the right to equal access to employment and work<sup>9</sup>, but also a general principle of non-discrimination applicable to both employees and job applicants, pursuant to which, an individual cannot be discriminated, *inter alia*, on the basis of birth, race, sex, age, religion, opinion or any other personal, social or political circumstances.

---

<sup>8</sup> Decision of the Portuguese Constitutional Court, n.º 266/2015, case 842/14, of 19 May 2015 [<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/201502-66.html>].

<sup>9</sup> Article 24 of the Portuguese Labour Code (Law 7/2009, of 12 February).

Direct and indirect discrimination are outlawed: direct discrimination occurs when a person is treated less favourably than other people in a similar situation, due to reasons such as birth, race, age, sex and indirect discrimination occurs when an apparently neutral provision, criterion or practice may have harmful effects on a person, unless the provision, criterion or practice can be objectively and reasonably justified<sup>10</sup>.

With the exception of religion, belief, political convictions or property<sup>11</sup> the conventional argument for the prohibition of discrimination on the other grounds is that these characteristics are immutable, clearly identifiable to employers, and are usually irrelevant to an individual's ability to do a job. By taking these characteristics into account when making employment decisions, employers narrow any pull up by applicants, often based on stereotypical assumptions associated with a particular ground.

As a ground of discrimination, age has a different character to other non-discrimination grounds: age differs from the other grounds of discrimination in that age is a process, not a fixed *status*.

### **3. Article 348.º of the Portuguese Labour Code: workers reaching the age of 70**

Retirement in Portugal, set at the age of 66 years and 4 months<sup>12</sup>, is voluntary and can be combined with an entitlement to pension on

---

<sup>10</sup> Article 23(1), (a) and (b).

<sup>11</sup> See Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: The Charter expands the list of grounds on which discrimination is prohibited, as above referred.

<sup>12</sup> Year of 2023.

the condition that the worker has fulfilled the social security conditions.

The retirement of the employee on grounds of old age or the fact that the employee reaches the age of 70 (without having retired) might determine the termination of the employment contract by forfeiture, according to Articles 343, (c), and 348, (1) and (3), of the Portuguese Labour Code.

This rule does not configure termination of the employment relationship as a necessary, but only as a possible, effect of those two factors, and establishes a similar regime for both situations (retirement or the employee reaching 70 years of age): the termination of the contract will only take place if triggered by either party within 30 days following the knowledge, by both parties, of the legally relevant fact.

Pursuant to article 348, if the employee remains in service for more than 30 days after both parties are aware of his retirement, the contract is converted into a fixed-term contract, for a period of six months, automatically extended without any limits - Article 348(1), and (2) (b).

In order to prevent the renewal, the employer will have to give sixteen (60) days' notice of the expiry of the contract, period set in fifteen (15) days in case the expiry it is at the employee's initiative - Article 348(2)(c).

Also, in these cases, the expiry of the employment contract does not determine the payment for compensation: the compensation

provided for in the general regime of fixed-term employment<sup>13</sup> is excluded - Article 348, (2), (d).

This difference in treatment for workers who reach the age of 70, laid down by in Article 348(3), raises the question on whether it should be viewed in breach of the prohibition of discrimination.

Under paragraphs 2 and 3 of Article 25 of the Portuguese Labour Code, any conduct based on a discriminatory factor constitutes a justifiable and determining occupational requirement by reason of the nature of the activity concerned or the context in which it is carried out, the objective must be legitimate and the requirement proportionate, and in particular differences of treatment based on age which are necessary and appropriate to the achievement of a legitimate aim, including employment policy, labour market or vocational training, are not deemed to constitute discrimination.

The disparity between age and the other grounds, which places older workers in a more fragile situation in relation to other workers who exercise identical working activity, together with a possibility that direct discrimination can be objectively justified, is a reflection of the broader derogations available in the legal framework of anti-discrimination protection, resulting from primary and secondary EU Law, mainly the framework Directive, the latter transposed into the Portuguese Labour Code<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> If a fixed-term contract is terminated without the employee's consent, the employee is entitled to compensation equal to 24 days of basic pay and seniority payments for each full year of seniority (*pro rata* in the case of an incomplete year - Articles 344, (2) and 345, (4).

<sup>14</sup> Paragraph 3 of Article 388 of the Treaty on the Functioning of the European Union TFEU and Article 8(4) of the Portuguese Constitution.

#### 4. EU Law on equality and non-discrimination

The EU Law has defined an ideal vehicle to sustain the principle of equality, and advanced in several stages, both in primary and secondary Law.

The Founding Treaties enshrine non-discrimination as a value of the EU - Articles 2 and 3 of the Treaty on European Union and Article 10 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Equality and non-discrimination are also referred not only in the Preamble but in a significant number of provisions of Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>15</sup>, regarded as the “the youngest bill of rights in Europe”<sup>16</sup>.

Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides a comprehensive list of grounds on which discrimination is prohibited, including not only sex, race, nationality, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation but also colour, genetic features, language, and political or any other opinion, membership of a national minority, property or birth.

According to Article 25, headed *The rights of the elderly*, the Union recognises and respects the rights of the elderly to lead a life of dignity and independence and to participate in social and cultural life<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> The Lisbon Treaty - which came into force in 2009 - gave legal force to the Charter (proclaimed on 7 December 2000, as adapted at Strasbourg on 12 December 2007), now having the same value as the Treaties (primary source)

<sup>16</sup> RENÁTA UITZ, *The old wine and the new cask: The implications of the Charter of Fundamental Rights for European non-discrimination law*, *European Anti-Discrimination Law Review*, n.º 16/2013, in [https://www.migpolgroup.com/\\_old/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf](https://www.migpolgroup.com/_old/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf) (last accessed in 27 of June 2023).

<sup>17</sup>“The right to lead a life of dignity and independence derives essentially from the right of the elderly to social protection, enshrined in particular in Article 23 of

Containing a non-discrimination clause empowering European institutions to take measures to combat discrimination based on various grounds, Article 13 of the Amsterdam Treaty, has provided a legal basis for several anti-discrimination Directives, such as the Framework Directive on equal treatment in employment and occupation (2000/78/EC).

Council Directive 2000/78/EC has the declared purpose to lay down a general framework for combating discrimination on specific grounds, such as age, as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment and deals with age-related working conditions that interfere with the termination of the employment contract.

Following article 2(5), the Directive shall be without prejudice to measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for *public security*<sup>18</sup>, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health<sup>19</sup> and for the protection of the rights and freedoms of others.

---

the revised European Social Charter European Social Charter of 3 May 1996 and Article 4 of the Additional Protocol of 5 May 1988 to the European Social Charter of 1961 (which both have the same content)" - EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, (June 2006), p. 216, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm) [last accessed: 23 June 2023].

<sup>18</sup> In *Prigge - Judgement* (Grand Chamber) of 13 September 2011, *Prigge*, C-447/09, EU:C:2011:573 -, a case concerning the compulsory retirement of pilots at age 60, the Court confirmed - that as regards air traffic safety, measures aimed at avoiding aeronautical accidents by monitoring pilots' aptitude and physical capabilities with the purpose of ensuring that human failure did not cause accidents were 'undeniably measures of a nature to ensure public security within the meaning of Article 2(5) of the Directive'.

<sup>19</sup> In *Petersen - Judgement* of 12 January, 2010, *Petersen*, C-341/08, EU:C:2010:4 -, a case concerning the upper age limit at 68 for practising as a panel dentist, the Court recognised the public health argument had two strands: the

As regards occupational requirements, Council Directive 2000/78/EC admits Member States to provide for a difference in treatment: however, this is only admissible if justified by the nature of the activity carried out, by the fact that age is an essential requirement for the exercise of the activity and provided that the link between this requirement and access to the profession is shown to be legitimate and appropriate –Article 4(1). In other words, a difference in treatment may be justified where three requirements are met: firstly, where a characteristic related to age or orientation constitutes a genuine and determining occupational requirement, secondly, when the objective is legitimate and, thirdly, when the requirement is proportionate<sup>20</sup>.

In addition to the general derogation in Article 2(5) and the general “genuine and determining occupational requirement”, in Article 4(1), Article 6(1) contains a widely drafted exception where age discrimination can be justified by reference to a legitimate aim<sup>21</sup>. Allowing, within the context of national law<sup>22</sup>, differences in treatment *objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.*

---

protection of public health of patients (which in case lacked of consistency (paragraph 62) and the financial balance of the healthcare system.

<sup>20</sup> Recital (23). Corresponding to the legal text of Article 25 (2) of Portuguese Labour Code.

<sup>21</sup> EVELYN ELLIS - PHILIPPA WATSON, EU Anti-Discrimination Law, Oxford European Union Law Library, second Edition (2013), p. 41-42.

<sup>22</sup> Corresponding to the legal text of Article 25(3) of Portuguese Labour Code.

Of exceptional nature and to be interpreted in restrictive terms<sup>23</sup>, Article 6 also requires that the measures adopted to achieve those objectives are *appropriate* and *necessary* (principle of proportionality).

The measure must, therefore, first and foremost, pursue a legitimate aim and secondly, the characteristic justifying the difference in treatment must not only be age-related as, also, an essential and determining requirement for the exercise of the activity.

Article 6(1) provides a (non-exhaustive) list of measures of what might constitute differences in treatment: a) the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers, and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection; b) the fixing of minimum conditions of age, professional experience, or seniority in service for access to employment or to certain advantages linked to employment; c) the fixing of a maximum age for recruitment which is based on the training requirement of the post in question or the need for a reasonable period of employment before retirement.

In Mangold<sup>24</sup> - a case concerning the exam of national legislation which allows the employers concerned to conclude fixed-term contracts of employment with workers who have reached the age of 52, without distinction, whether or not they were unemployed before the conclusion of the contract, in the light of the objective pursued,

---

<sup>23</sup> Prigge, paragraph 56.

<sup>24</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 November 2005, Mangold, C-144/04, C:2005:709.

namely to promote the integration of unemployed older workers – the Court held Article 6(1) of Directive 2000/78 to be interpreted as precluding such provision, considering it not justified, inasmuch as it has not been shown that fixing an age threshold, as such, regardless of any other consideration linked to the structure of the labour market in question or the personal situation of the person concerned, is objectively necessary to the attainment of the objective which is the vocational integration of unemployed older workers, and as that legislation therefore goes beyond what is appropriate and necessary in order to attain the objective pursued (proportionality test).

Following Mangold, in the Palacios case<sup>25</sup> the Court found a measure imposing compulsorily retiring specified age-limit, neither unreasonable (viewing that measure as appropriate and necessary in order to achieve the legitimate aim in the context of national employment policy, consisting in the promotion of full employment by facilitating access to the labour market), nor regarded as unduly prejudicing the legitimate claims of compulsorily retired workers, since the relevant legislation is not based only on a specific age, but also takes account of the fact that the persons concerned are entitled at the end of their working lives to financial compensation by way of a retirement pension, the level of which cannot be regarded as unreasonable.

In Vasil Ivanov Georgiev<sup>26</sup> the Court ruled Article 6 of the Directive to be interpreted as meaning that it does not preclude national legislation under which university professors are compulsorily

---

<sup>25</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 October 2007, Félix Palacios de la Villa, C-144/04, EU:C:2007:604.

<sup>26</sup> Judgement of 18 November 2010, Vasil Ivanov Georgiev, joined Cases C-250/09 and C-268/09, EU:C:2010:699.

retired when they reach the age of 68 and may continue working beyond the age of 65 only by means of fixed-term one-year contracts renewable at most twice, provided that that legislation pursues a legitimate aim linked to, in particular, employment and labour market policy (such as the delivery of quality teaching and the best possible allocation of posts for professors between the generations) and is proportional. In contrast to Mangold, the age factor did not work on its own, as the application of the fixed-term contracts was not solely linked to the condition that the worker has reached a certain age; on the contrary, the decisive factor is that the professor has acquired a right to a retirement pension, in addition to the fact that he has reached a certain age<sup>27</sup>.

In essence, and in the view of the Court of Justice, the termination of an employment contract or its conversion on account of the attainment of the age limit or of retirement, within the scope of Article 6 of the Framework Directive, is not discriminatory if not based solely on the fact that a specific retirement or age has been reached, but also takes account of the fact that the worker is entitled to financial compensation by means of a replacement income in the form of a retirement pension at the end of his working life.

## 5. The contribution of the European Social Charter

Side by side with the European Court of Human Rights, which establishes civil and political rights, the European Social Charter,

---

<sup>27</sup> Paragraphs (62) and (63).

labelled “Europe Social Constitution”<sup>28</sup>, is the second human rights Treaty of the Council of Europe (CoE)<sup>29</sup>, and, as a complement to the Convention, establishes social and economic rights.

A wide gap remains between the two CoE Treaties: in contrast to the Convention, acknowledged as a source for the development of fundamental rights in the European Union<sup>30</sup>, a reference to the Charter is provided for in Article 151 of the Treaty on the Functioning of the European Union - *The community and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter* -, only as a non-binding source of inspiration for the European legislator. Furthermore, the Charter lacks visibility and much of this is due to the fact that

“of all the Council of Europe’s treaties, only the Convention, which national courts refer to and apply, has direct effect. The Charter does not as yet benefit from such consideration and national judges are still reluctant to accept this notion”<sup>31</sup>.

Also, in the case of the European Convention of Human Rights candidate countries to the Council of Europe must undertake to ratify the European Convention on Human Rights, as, in opposition,

“The European Social Charter does not benefit from the same

---

<sup>28</sup> Council of Europe, ‘General Report of the High-level Conference on the European Social Charter (Turin 1)’, 17-18 October 2014, available at: [rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf8](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf8) [last accessed: 23 June 2023].

<sup>29</sup> The Council of Europe is an intergovernmental organisation that originally came together after the Second World War to promote, among other things, the rule of law, democracy, human rights and social development (<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/home>).

<sup>30</sup> Article 3 of the Treaty of the European Union.

<sup>31</sup> CAROLE BENELHOCINE, *The European Social Charter*, [United States of America], Council of Europe Publishing, [2012], p. 26.

recognition: not only social rights suffer from low self-esteem, as they are considered to create obligations for States but do not directly concern ordinary citizens”<sup>32</sup>.

Notwithstanding, the European Social Charter “as recently received increased attention due to the evolution of its monitoring and the need to address a multitude of contemporary challenges to socio-economic rights”<sup>33</sup>. Alongside, as State parties are required to take action to fully implement the (social) rights concerned, following the *principle of effectiveness*, the Charter is likely to achieve considerable implementation if, as some doctrine<sup>34</sup> singled out, the European Union is to accede the European Social Charter.

Courts are to intervene and interpret Article 348 according not only to the EU Law, as to the Charter’s standards.

The prohibition of discrimination is established in both Article 14 of the European Convention of Human Rights and Article E of the European Social Charter<sup>35</sup>.

Article E reads:

The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national

---

<sup>32</sup> *Eadem*, p. 90.

<sup>33</sup> NIKOLAOS A PAPADOPOULOS, *Revisiting the Preamble of the European Social Charter: Paper Tiger or Blessing in Disguise?*, *Human Rights Law Review*, Volume 22, Issue 1, March 2022, ngab021, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab021>.

<sup>34</sup> OLIVIER DE SCHUTTER, *The accession of the European to the European Social Charter, a fresh start*, *Journal Européen des Droits de l'Homme* - n.3 (décembre 2019) - p.155-197.

<sup>35</sup> “The rights of the Charter must be guaranteed to everybody concerned, including foreigners lawfully resident and/or working, without discrimination on any ground such as race, colour, sex, age, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status, including disability” (Article E).

extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status.

The Committee considers that the notion (i) of *discrimination* includes cases where a person or group is treated less favourably than another without proper justification<sup>36</sup> and (ii) a *discriminatory difference in treatment* occurs if it “has no objective and reasonable justification”, that is, if it does not pursue a “legitimate aim” or if there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised” and it is for the Committee to decide whether the that difference lies in the “margin of appreciation” enjoyed by Member States (in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law)<sup>37</sup>.

Discrimination is prohibited in connection with recruitment or with employment conditions in general (in particular, remuneration, training, promotion, transfer and dismissal or other detrimental action).

Although social rights are subject to political choices and financial constraints, calling on Governments to implement them, the general principle of non-discrimination set in Article E is considered to provide protection through a *horizontal clause*<sup>38</sup>, covering several grounds (such as age), and has been interpreted by the European Committee of Social Rights - the monitoring body of the Charter - as

---

<sup>36</sup> Confédération Française Démocratique du travail (CFDT) v. France, Complaint No. 50/2008, decision on the merits of 9 September 2009, §§ 39 and 41.

<sup>37</sup> European Roma Rights Centre (ERRC) v. France, Complaint No.51/2008, decision on the merits of 19 October 2009, §82.

<sup>38</sup> Handbook on European non-discrimination law, (2018 edition), [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf), p. 18 (last accessed: 27.06.2023).

an integral part of all the Charter's substantive provisions<sup>39</sup>, "since its purpose is to establish an obligation in connection with other content of the Treaty"<sup>40</sup>.

Article E must be read in conjunction with another article of the Charter: according to the European Committee of Social Rights, Article E has no independent existence<sup>41</sup> and must be combined with one of the Charter's substantive provisions; there can be no room for the application of Article E of the Charter unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of its other clauses. It adds that a measure complying with the substantive provision concerned may nonetheless infringe Article E read in conjunction with the provision in question on the ground that it is discriminatory in nature<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> European Roma Rights Centre v Greece Collective Complaint No 15/2003, decision in the merits of 8 December 2004, paragraph 19.

<sup>40</sup> KELSEN, *The Preamble of the Charter—A Critical Analysis* (1946), 8, *The Journal of Politics*, 134, Apud NIKOLAOS A. PAPAPOPOULOS, *Revisiting the Preamble of the European Social Charter cit.*, p. 8.

<sup>41</sup> The Committee's assertion does not read much differently from the distinction, between "rights" and "principles" made explicit in Article 52(5) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: "The provisions of this Charter which contain principles may be implemented by legislative and executive acts taken by institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and by acts of Member States when they are implementing Union law, in the exercise of their respective powers".

<sup>42</sup>In its decision on the merits of Collective complaint n.º 13/2002, directed by Autism-Europe vs France, decision on the merits of 4 November 2003, the European Committee of Social Rights underlined that «the insertion of Article E into a separate Article in the Revised Charter indicates the heightened importance the drafters paid to the principle of non-discrimination with respect to the achievement of the various substantive rights contained therein» and considered that this provision "should be read per analogy with Article 14 ECHR the wording of which it replicates, as protecting from discrimination in the enjoyment of the substantive rights of the Charter, on all grounds not limited to those explicitly enumerated in that provision. (...) Article E of the Revised European Social Charter therefore has no independent existence (it may only be invoked in combination with substantive provisions of the Charter)".

As set out in Articles 24 and 4 (4), the European Social Charter provides workers protection, in cases of termination of employment: either protecting workers in such cases or recognising the right (to all workers) to a fair remuneration.

Read in the light of the general principle of non-discrimination set in Article E, both rights might play an important role, in shaping the interpretation of Article 348 of the Portuguese Labour Code.

Article 24 of the ESC - headed *all workers have the right to protection in cases of termination of employment* - reads:

“with a view to ensuring the effective exercise of the right of workers to protection in cases of termination of employment, the Parties undertake to recognise:

- a. the right of all workers not to have their employment terminated without valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service;
- b. the right of workers whose employment is terminated without a valid reason to adequate compensation or other appropriate relief”.

Article 24 relates to termination of employment at the initiative of the employer<sup>43</sup>.

A situation where a mandatory retirement age is set by statute, as a consequence of which the employment relationship is automatically terminated, does not fall within the scope of this provision. However, the termination of employment on the sole ground that the

---

<sup>43</sup> Conclusions 2020, Malta; Conclusions 2012, Statement of Interpretation on Article 24.

person has reached the pensionable age, which is permitted (but not mandated) by law, is not justified<sup>44</sup>.

All workers are entitled to protection in the event of termination of employment. Nevertheless, according to the Appendix, the State Party may exclude one or more of categories, comprised in an exhaustive list: Exclusion of any other category of employee, such as employees having reached the normal retiring age, from protection against unfair dismissal is not in conformity with the Charter<sup>45</sup>.

With reference to Article 4, all workers have the right to a fair remuneration sufficient for a decent standard of living for themselves and their families. With a view to ensuring the effective exercise of the right to a fair remuneration, the parties undertake to recognise the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment (paragraph 4).

This paragraph forms part of the Article on remuneration, as the main purpose of giving a reasonable notice is to allow the person concerned a certain time to look for other work before their current employment ends, i.e. while they are still receiving wages<sup>46</sup>.

Article 4, paragraph 4 does not apply solely to dismissals, but to all cases of termination of employment, such as termination due to bankruptcy, invalidity or death of the employer who is a natural person. The right to reasonable notice of termination of employment

---

<sup>44</sup> COUNCIL OF EUROPE, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, June 2022 (available in <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>), p. 182.

The Digest presents the interpretation given by the European Committee of Social Rights to each of the provisions of the European Social Charter, in its revised version of 3 May 1996.

<sup>45</sup> Conclusions, 2012, Ireland.

<sup>46</sup> COUNCIL OF EUROPE, Digest of the Case Law of the European Committee of cit., p.78.

applies to all categories of workers independently of their status, including those in non-standard such as fixed-term<sup>47</sup>.

The period of notice for workers with consecutive fixed-term contracts is calculated on the basis of length of service accrued on all consecutive contracts<sup>48</sup>.

The Committee has refrained from defining in absolute terms the word “reasonable”. In fact, it followed the reverse procedure and examined on a case-by-case basis if the duration of certain periods of notice were clearly “unreasonable”. A reasonable notice period is one which takes account of the employees’ length of service, the need not to deprive them abruptly of their means of subsistence and the need to inform them of the termination in good time to enable them to seek a new job, and during which employees are entitled to their regular remuneration. The Committee has concluded, for example, that e eight weeks’ periods of notice and/or compensation in lieu thereof after at least ten years of service, were not in conformity to the Charter after at least ten years of service<sup>49</sup>.

## 6. The role of domestic Courts

When required to rule on cases with an indirect social rights dimension, both the European Court of Human Rights (interpreting the ECHR) and the Court of Justice (interpreting the EU Law) draw on the Charter and the Committee’s case law in its judgments.

---

<sup>47</sup> Conclusions XIV-2 (1998), Spain 761.

<sup>48</sup> Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece, Complaint No. 111/2014, decision on the merits of 23 March 2017, §200.

<sup>49</sup> Conclusions 2010, Turkey, <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/-TUR/4/4/EN>.

Also the Court of Justice is often called on to examine domestic legislation, while continuing to acknowledge each country's internal legal traditions, and its judgments may influence those of national courts.

The Court of Justice addressed the question of the effect of the general principle of EU law prohibiting discrimination on grounds of age in a horizontal dispute. Referring to the *Kücükdeveci* judgment<sup>50</sup> and the need to ensure the full effectiveness of EU law, the Court held that the national court is under an obligation to provide 'the legal protection which individuals derive from EU law (...) disapplying, if need be, any provision of national legislation contrary to [the general principle of EU law prohibiting discrimination on grounds of age]'. It held that this obligation was not altered by the principle of legal certainty, the principle of the protection of legitimate expectations, or the possibility to claim compensation from the state for breach of EU law.

In the *Impact* case<sup>51</sup>, the Court of Justice was requested to provide an interpretation, in particular, of Clause 4 of the framework agreement on fixed-term work concluded on 18 March 1999 between the social partners at the Union level. This clause imposes a principle of non-discrimination between fixed-term workers and permanent workers in respect of employment conditions. The referring court asked whether this expression included conditions of an employment contract relating to remuneration and pensions.

---

<sup>50</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21.

<sup>51</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 April 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223.

“The Court of Justice takes the view that, at the very least, it would be unjustified to exclude entirely financial conditions such as those relating to remuneration and pensions from the notion of employment conditions. Indeed, the Court notes, the European Social Charter includes among the objectives that its Contracting Parties have undertaken to achieve the right for all workers to a fair remuneration sufficient for a decent standard of living for themselves and their families’ the non-discrimination principle contained in Clause 4 of the framework agreement on fixed-term work therefore must be interpreted as articulating a principle of Community social law which cannot be interpreted restrictively”<sup>52</sup>.

Finally, domestic courts, in the cases within its jurisdiction involving the principle of non-discrimination in respect of age - a general principle of *Community law* - are responsible to provide the legal protection which individuals derive from the rules of EU law and to ensure that those rules are fully effective, setting aside any conflicting provision of national law which may conflict with.

Based on the principle that ratifying the European Social Charter, States are bound to implement, in good faith, the Charters provisions (*pacta sunt servanda*), in a *fully effective* manner.

The use of the word *effectiveness*<sup>53</sup>,

“seems to refer to the exercise of a right that exists in reality, and to the guarantee that the obligations arising therefrom are intended to ensure that a given right will have an impact on reality (...) In this context, proper implementation of a right, as expressed

---

<sup>52</sup> OLIVIER DE SCHUTTER, *The accession of the European to the European Social Charter*, cit., p. 166.

<sup>53</sup> Mentioned in the first recital of Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints.

in the European Social Charter, «cannot be achieved solely through legislation if its application is neither effective nor strictly controlled»<sup>54</sup>. Consequently, the relevant national authority, whether legislative, regulatory or judicial, is to intervene, either to bring about the repeal [of domestic provisions infringing the Charter] or to rule out their implementation<sup>55</sup> 56.

Courts of the ratifying States are called to rule on this obligation, and hand down a decision setting aside the national standard, in line with the Committee's - "which has established itself as a *quasi-judicial* body<sup>57</sup> in the performance of its duties under the Collective Complaints Procedure" - interpretative criterion, whenever declaring national laws and practice legally incompatible with the Charter.

Domestic courts are bound to play an important role in shaping the interpretation of Article 348 of the Portuguese Labour Code, in the light of the Charter<sup>58</sup> and the EU Law.

---

<sup>54</sup> DCI v Belgium Collective Complaint No 69/2011, supra n 48 at paragraph 69.

<sup>55</sup> Confederation of Swedish Enterprise v Sweden Collective Complaint No 12/2002, Merits, 22 May 2003, at paragraph 28.

<sup>56</sup> BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement* (PhD Thesis, Université de Limoges, 2012) at 23-4, Apud NIKOLAOS A. PAPADOPOULOS, *Revisiting the Preamble of the European Social Charter cit.*, p. 9.

<sup>57</sup> Following an adversarial and coherently structured process encompassing most of the essential elements of judicial decision-making.

<sup>58</sup> Related to the functioning of the European Social Charter, focusing on the Decisions of the European Committee of Social Rights in the cases of the Portuguese complains, see: MILENA ROUXINOL - ANA TERESA RIBEIRO, *Discriminação entre géneros (sobretudo) em matéria retributiva: a propósito da decisão do Comité Europeu dos Direitos Sociais à Reclamação n.º 136/2016 (University Women of Europe [UWE] v. Portugal)*, *Revista do CEJ*, 1 (2022), pp.129-163; CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português*, *Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, 1 (2017), pp. 211-243 and CRISTINA MARTINS DA CRUZ, *A Carta Social Europeia no contexto do direito do trabalho de excepção*, *Revista do CEJ*, 1 (2020), pp.203-236.

The age criterion set by Article 348(3) of the Portuguese Labour Code, with the purpose to facilitate the termination of the employment relation, is certainly related to both legitimate employment or labour market policy objectives<sup>59</sup> and, in general, with the exercise of professional activity.

For workers who retire by age limit - Article 348(1) -, the expiry of the contract is compensated by the acquisition of the right to a retirement pension, and it can therefore be said, not only that the general objective of employment policy - to facilitate the hiring of unemployed workers or the search for the first job - is carried out through appropriate means, but also that the allocation of a pension is likely to strike a general balance between the general interest of employment (and pension) policy and the interests (at least the main interest) of workers whose contracts expire.

With the conversion of open-ended into a fixed-term employment contract, the category of workers turning 70 years old is deprived of the right to employment or stability in employment due to age and, consequently is subject to less favourable treatment than the other active workers.

The question is whether in relation to workers covered by those provisions this constitutes direct discrimination on the grounds of age, contrary to Articles 4(1) and 6(1), of Directive 2000/78, and

---

<sup>59</sup> The expiry of employment contracts of indefinite duration for workers who turn 70 years old has always been justified among us as an appropriate means to the release of jobs with a view to their possible occupation (direct or indirect) by younger workers. Further reading in RITA CANAS DA SILVA, *Discriminação laboral em função da idade*, Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Coimbra, Almeida, (2014), pp. 284-286.

Article E of the European Social, read in the light of the right to a fair remuneration and protection in cases of termination of employment.

For workers, covered by the Labour Code, who reach the age of 70, it is not certain, on the contrary, that the means set to achieve the objectives related to employment or labour market policy may be considered appropriate, in view of the case law of the Court of Justice, while interpreting the provision of the first subparagraph of Article 6(1) of Council Directive 2000/78/EC: even though 70 years is an age at which the majority of workers may be close to meeting the conditions to benefit from a retirement pension, not only does the employer enjoy all the freedom to, in the situation in question, terminate the employment relationship, but no effective guarantee is provided for with regard to the acquisition of a retirement pension that replaces the wage income not earned.

Since the Portuguese domestic law does not provide for any kind of measure that effectively protects the interests of the workers affected that reach the age of 70 and are not entitled to claim an old-age pension under a pension scheme, it will be said - following the CJEU reasoning in the *Palacios de la Villa* case - that the conversion of the employment contract of indefinite duration to a fixed-term is of a discriminatory nature and contrary to Council Directive 2000/78/EC.

As to its personal scope, Article 348(3) of the Portuguese Labour Code must be interpreted by domestic courts in a consistent manner

with EU law, as to apply, restrictively, to workers who reach the age of 70 and meet the conditions for retirement<sup>60</sup>.

In addition to this conclusion, it is also important to ascertain whether the regime to which the fixed-term contract resulting from the conversion of the contract of indefinite duration for those workers (who reach the age of 70 without having retired, but qualify to an old-age pension) is in accordance with the European Social Charter.

Having ratified the European Social Charter on the 30<sup>th</sup> of September 1991 (and the Revised European Social Charter on the 30<sup>th</sup> of May 2002, accepting all of its 98 paragraphs), Portugal, under a monistic approach, has incorporated the Charter, which has to be given direct effect.

Under Article 8(2) of the Portuguese Constitution:

“Rules provided for in international conventions duly ratified or approved, following their official publication, apply in municipal law as long as they remain internationally binding with respect to the Portuguese State.”

Unlike the regime of Articles 4(4) and 24 of the European Social Charter, referred to above, provisions of paragraphs c) and d) of article 348(2) of the Labour Code - applicable to workers who turn 70 years of age -, set the termination of the contract subject to prior

---

<sup>60</sup> Doctrine sustained by PAULO RAMOS DE FARIA, *Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o acórdão Palácios de la Vila*, *Questões Laborais* - a.16n.34 (July-December.2009), p.225-236 and JOANA ALMEIDA, *Do artigo 348.º do Código do trabalho à luz do direito comunitário*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano.50, n.º 3-4 (July-December 2009), p.117-155.

notice of 60 days if the initiative is of the employer and don't determine the payment of any compensation to the worker.

The European Committee of Social Rights conclude not in conformity of the Charter an eight weeks' notice after at least ten years of service<sup>61</sup>.

As to the notice period, provided for in Article 4(4)<sup>62</sup>, longer than the fifteen days resulting from the general regime of the fixed-term employment contract, is not, *per se*<sup>63</sup>, unfavourable - prerequisite to discrimination - for the workers who reach the age of 70, even if disadvantages that particular category of workers, but might be in the breach of the Charter, as older workers employment contracts are more likely to exceed the ten-year period referred to by the Committee in the Turkey 2010 Conclusions<sup>64</sup>.

Also the exclusion of the right for compensation, awarded to other workers where their fixed-term employment contract expires on the employer's initiative, is discriminatory, in the light of Article E in conjunction with Article 24 of the European Social Charter.

Domestic courts shall rely on the general principle prohibiting discrimination on the grounds of age, read in conjunction with Article

---

<sup>61</sup> Conclusions 2010 Turkey.

<sup>62</sup> Portugal accepted Article 4 of the Charter, which is emphasised as an "essential ingredient of a decent standard of life, such as the right to a fair remuneration" - CAROLE BENELHOCINE, *The European Social Charter...* cit. p. 23.

<sup>63</sup> As referred above, the ECSR refrains from establishing a reasonable notice period.

<sup>64</sup> The Committee decided the minimum term of eight weeks mentioned in Section 17 of Turkish Labour Act No. 4857, according to which a basic minimum in terms of notice for termination of employment but individual contracts of employment may provide for more favourable periods of notice, "is therefore not in conformity with the article 4§4". This decision can be found in: <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2010/def/TUR/4/4/EN> (last accessed: 1 July 2023).

24 the Charter, and, set aside Article 348 (3) to the extent that it waives the payment of compensation.

## 7. Closing remarks

Article 348(3) of the Portuguese Labour Code lays down a difference in treatment for workers who reach the age of 70, raising the question on whether it should be viewed in breach of the prohibition of discrimination, as to (i) the contracts conversion into a fixed-term contract, and (ii) the exclusion of the right for compensation, awarded to other workers where their fixed-term employment contract expires on the employer's initiative.

In the view of the case law of the Court of Justice termination of an employment contract or its conversion on account of the attainment of the age limit or of retirement, within the scope of Article 6 of the Framework Directive, is not discriminatory if not based solely on the fact that a specific retirement or age has been reached, but also takes account of the fact that the worker is entitled to financial compensation by means of a replacement income in the form of a retirement pension at the end of his working life.

Article 348(3) does not consider the need to any financial compensation.

The European Social Charter, a human rights Treaty of the Council of Europe, requires State parties to take action to fully implement the (social) rights concerned, following the *principle of effectiveness*, either by States, through the enactment of law, or through the implementation of the Charter by domestic courts.

As set out in Articles 24 and 4 (4), the European Social Charter provides workers protection, *inter alia*, in cases of termination of employment, either predicting the right to protection, or recognising the right (to all workers) to a reasonable period of notice, when it occurs at the employer's initiative. Both rights might play an important role, in shaping the interpretation of Article 348 of the Portuguese Labour Code.

The Committee has examined on a case-by-case basis if the duration of certain periods of notice and found in the breach of the Charter a notice period of eight weeks' after at least ten years of service - corresponding to the period set in on Article 348 (2) (c) of the Portuguese Labour Code - as referred the Turkey 2010 Conclusions, which might affect older workers as they are more likely to exceed the ten-year period.

Domestic courts are challenged to play an important role in shaping the interpretation of Article 348 of the Portuguese Labour Code, in the light of the Charter and the EU Law, and to (i) strictly interpret article 348(3), as to its subjective scope, limiting it to workers who reach the age of 70 and, without having retired, are entitle to an old-age retirement pension; and (ii) set aside the sixty days period of the prior notice at the employer's initiative for termination of the contract, in cases contracts to exceed the ten-year period of length, and the waiver of the payment of the compensation due for the termination of the employment contract, resulting from paragraphs c) and d) thereof.

## Bibliography

CAROLE BENELHOCINE, *The European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2012.

CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *O impacto da jurisprudência do Comité Europeu de Direitos Sociais em matéria laboral no ordenamento jurídico português*, *Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, 1, 2017, pp. 211-243

COUNCIL OF EUROPE, 'General Report of the High-level Conference on the European Social Charter (Turin 1)', 17-18 October 2014, available at: [rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf8](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168048acf8) (last accessed: 23 June 2023).

COUNCIL OF EUROPE, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, June 2022 (available in <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>).

COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, Handbook on European non-discrimination law, 2018 edition, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf), p. 18 (last accessed: 27.06.2023).

CRISTINA MARTINS DA CRUZ, *A Carta Social Europeia no contexto do direito do trabalho de exceção*, *Revista do CEJ*, 1 (2020), pp. 203-236.

CRISTINA MARTINS DA CRUZ, *Addressing the gender pay-gap in the EU*, *Questões Laborais*, a. 28 n.59 (julho-dezembro 2021), pp. 7-37.

EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, June 2006, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm) (last accessed: 23 June 2023).

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, *Older workers*, OSHwiki, <https://oshwiki.osha.europa.eu/en/themes/older-workers> (last acceded: 30.06.2023).

EUROPEAN COMMISSION, *Ageing Europe, Looking at the Lives Of Older People in the EU, 2019 edition*, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/10166544/KS-02-19%E2%80%91EN-N.pdf/c701972f-6b4e-b432-57d2-91898ca94893> (last acceded: 27 of June 2023).

EVELYN ELLIS - PHILIPPA WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford European Union Law Library, second Edition, 2013.

JOANA ALMEIDA, *Do artigo 348.º do Código do trabalho à luz do direito comunitário*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 50, n.º 3-4 (July-December 2009), pp. 117-155.

JUHANI ILMARINE, *Promoting active ageing in the workplace*, European Agency for Safety and Health at Work, [https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace\\_en.pdf](https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace_en.pdf) (last accessed: 20 June 2023).

MILENA ROUXINOL - ANA TERESA RIBEIRO, *Discriminação entre géneros (sobretudo) em matéria retributiva: a propósito da decisão do Comité Europeu dos Direitos Sociais à Reclamação n.º 136/2016 (University Women of Europe [UWE] v. Portugal)*, *Revista do CEJ*, 1 (2022), pp. 129-163.

NIKOLAOS A PAPADOPOULOS, *Revisiting the Preamble of the European Social Charter: Paper Tiger or Blessing in Disguise?*, *Human Rights Law Review*, Volume 22, Issue 1, March 2022, ngab021, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab021>.

OLIVIER DE SCHUTTER, *The accession of the European to the European Social Charter, a fresh start*, *Journal Européen des Droits de l'Homme*, n.3 (décembre 2019), pp. 155-197.

PAULO RAMOS DE FARIA, *Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o acórdão Palácios de la Vila*, *Questões Laborais - a*, 16, n. 34 (July-December.2009), pp. 225-236

RENÁTA UITZ, The old wine and the new cask: The implications of the Charter of Fundamental Rights for European non-discrimination law, *European Anti-Discrimination Law Review*, n.º 16/2013, in [https://www.migpolgroup.com/\\_old/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf](https://www.migpolgroup.com/_old/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf) (last acceded in 27 of June 2023).

RITA CANAS DA SILVA, *Discriminação laboral em função da idade*, Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, (2014), pp. 237-289.



# SOBRE O «REFORÇO» DOS PODERES DA ACT EM SITUAÇÃO DE DESPEDIMENTO COM INDÍCIOS DE ILICITUDE\*

*ON THE “STRENGTHENING” OF THE LABOUR INSPECTION’S PRERROGATIVES IN THE FACE OF DISMISSALS WITH SIGNS OF ILLEGALITY*

**Joana Vasconcelos**

Sumário: 1. Introdução 2. Os antecedentes 3. Controlo público da licitude do despedimento: as opções da Lei n.º 13/2023 4. Poderes da ACT em situação de despedimento com indícios de ilicitude: sentido geral 5. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): decisões extintivas sobre que incidem 6. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): situações desconformes visadas 7. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): apreciação e critério 8. Regularização pelo empregador: sentido e efeitos 9. Regularização pelo empregador (cont.): apreciação crítica das soluções adotadas 10. A insusceptibilidade de regularização como limite aos poderes da ACT 11. Em jeito de primeiro balanço.

Resumo:

A reforma da legislação laboral, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno, redefiniu o papel da “inspeção do trabalho em situações de despedimento com

---

\* O presente texto reproduz o essencial da nossa intervenção nas conferências “Dignidade e Trabalho: a Reforma Anunciada”, organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Porto, a 14-2-2023, “Alterações ao Código do Trabalho”, organizada pelo Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, a 26-4-2023, e “Agenda do Trabalho Digno: um passo em frente na reforma da legislação laboral?”, organizada pela Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, a 16-6-2023. Na revisão que antecedeu a sua publicação, limitámo-nos a introduzir-lhe as indispensáveis correções formais e, bem assim, a completar indicações legislativas e bibliográficas.

indícios de ilicitude”. Apresentadas como um “reforço” dos poderes desta, as novas soluções representam, contudo, um evidente - e acertado - recuo face ao direito anterior. Com efeito, a Lei 13/2023, se manteve a opção de cometer à ACT o controlo administrativo da licitude do despedimento, determinou que a sua suspensão cautelar é necessariamente decretada pelo tribunal, com base num requerimento do Ministério Público, subsequente a uma participação daquela, a dar nota da não regularização pelo empregador da situação desconforme detetada. Quais o sentido e o previsível impacto das soluções nesta matéria adotadas e, bem assim, quais as principais dúvidas e dificuldades com que se defrontam é o que se procurará determinar na análise que se segue.

**Abstract:**

The labour legislation reform, that put into practice the Decent Work Agenda redefined Labour Inspection’s role in the face of dismissals with signs of illegality. Although presented as a “reinforcement” of its prerogatives, the new solutions represent an actual - and due - retreat from the previous law. While maintaining the choice of entrusting the Labour Inspection with the administrative control of the lawfulness of dismissals, Law 13/2023 determined that their precautionary suspension is necessarily decreed by the court, based on a request from the Public Prosecutor, prompted by a Labour Inspection complaint, noting the employer’s failure to regularize the illegal situation at stake. This analysis will address the scope and the foreseeable impact of these solutions, as well as the main doubts and difficulties they face.

## 1. Introdução

O reforço da “capacidade de atuação” da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) é um dos propósitos da recente reforma da legislação laboral, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno. E concretiza-se - entre outras, enunciadas já na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 15/VX, que antecedeu a Lei n.º 13/2023, de 3-4 -, no “reforço dos poderes da inspeção do trabalho em situações de despedimento com indícios de ilicitude”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 37, de 6-6-2022.

Quais o sentido e o previsível impacto das soluções nesta matéria adotadas - contidas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6<sup>2</sup>, e nos artigos 34.º-B, n.ºs 1 e 2, e 34.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo do Trabalho (CPT) -, e, bem assim, quais as principais dúvidas e dificuldades com que se defrontam é o que se procurará determinar na análise que se segue.

## 2. Os antecedentes

Antes, porém, de avançar nesse caminho, justifica-se que nos detenhamos, brevemente, na medida que, com cunho “excepcional e temporário”, foi estabelecida em 2020, durante a primeira vaga de estados de emergência<sup>3</sup>, e retomada, após um curtíssimo lapso temporal<sup>4</sup> e com uma ligeira alteração<sup>5</sup>, já no contexto do estado de calamidade que se lhe seguiu, tendo-se mantido bem para lá do final deste<sup>6</sup>.

Prevista e regulada no artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3<sup>7</sup>, consistia na atribuição à ACT de um poder de paralisar a eficácia do

---

<sup>2</sup> Que aprovou o Estatuto da então denominada Inspeção-Geral do Trabalho.

<sup>3</sup> Pelos artigos 24.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto n.º 2-B/2020, de 2-4, e 26.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto n.º 2-C/2020, de 17-4, que regularam as duas prorrogações do primeiro estado de emergência declarado para viabilizar a adoção de medidas necessárias ao combate à pandemia de COVID-19 e que vigoraram, respetivamente, das 00h00m de 3-4-2020 às 23h59m de 17-4-2020, e das 00h00m de 18-4-2020 às 23h59m de 2-5-2020.

<sup>4</sup> De 3-5-2020 a 10-5-2020.

<sup>5</sup> A saber, a indicação de que “a competência para a decisão judicial referida no número anterior” era “atribuída aos tribunais do trabalho”, omissa na sua versão originária e expressa no n.º 3 do artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3.

<sup>6</sup> Não lhe tendo sido estabelecido um limite temporal de vigência, esta medida manteve-se até à entrada em vigor da Lei n.º 13/2023, de 3-4, a 1-5-2023, tendo sido formalmente revogada pela Lei n.º 31/2023, de 4-7.

<sup>7</sup> Aditado à Lei identificada no texto acima, que estabelece medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus

despedimento que, no decurso de uma ação inspetiva, lhe surgisse como aparentemente ilícito, através da mera notificação ao empregador do auto de notícia sobre o mesmo lavrado. E, por isso, representou uma absoluta singularidade, quer face às atribuições da ACT, quer diante das mais elementares opções do nosso direito laboral substantivo e adjetivo em matéria de reação contra o despedimento ilícito<sup>8</sup>.

Esta “suspensão”, decidida na fase administrativa do procedimento contraordenacional regulado nos artigos 13.º segs. da Lei n.º 107/2009, de 14-9, pelo próprio inspetor que detetava a pretensa desconformidade do despedimento e lavrava o correspondente auto de notícia, era decretada à margem de qualquer intervenção judicial, bem como do contraditório e da produção de prova que esta sempre supõe. Mais, não estava sujeita ao prazo, muito curto, dentro do qual cabe ao trabalhador requerê-la<sup>9</sup>.

Daí que tenha gerado, desde o início, perplexidades e controvérsia. Não apenas por fazer do trabalhador alvo do voluntarismo do legislador que, não raro, o colocaria em situações que o próprio rejeitaria (por lhe serem objetivamente inconvenientes ou

---

SARS-CoV-2, pela Lei n.º 14/2020, de 9-5.

<sup>8</sup> Neste sentido, mais desenvolvidamente, v. Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional” in *Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, Número Especial da Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 673 segs. e in *COVID-19 - Implicações na Jurisdição do Trabalho e da Empresa*, Coleção Formação Contínua - Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2020, pp. 9 segs.; e, bem assim, João Leal Amado, “Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT” in *RMP - Número Especial COVID-19*, 2020, pp. 355 segs.

<sup>9</sup> Sobre este ponto, sublinhando que a prerrogativa concedida à ACT poderia “ser exercida a todo o tempo”, com um único limite temporal: o decurso do prazo para impugnação judicial do despedimento em causa, v. Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pp. 675-676 e 680.

prejudiciais) e que, mesmo que assim não fosse, faria tábua rasa da regra *invito beneficium non datur*. Mas, principalmente, por envolver uma compressão não necessária, não adequada e não proporcional de princípios tão fundamentais como o da separação de poderes e das garantias de defesa do empregador, sendo de muito questionável conformidade constitucional.

### 3. Controlo público da licitude do despedimento: as opções da Lei n.º 13/2023

Certo era, pois, que, tal como estava, esta medida não poderia manter-se, pelo que, de duas, uma: ou seria revogada, como outras adotadas, a título “excecional e transitório”, durante o período pandémico, ou teria de ser reformulada. E foi esta última a opção do nosso legislador.

A verdade, porém, é que as novas soluções dirigidas a “reforçar” os poderes da ACT nas “situações de despedimento com indícios de ilicitude” representam um evidente - e acertado - recuo face ao direito anterior.

Com efeito, a Lei 13/2023, de 3-4, se manteve a opção de cometer à ACT o controlo administrativo da licitude do despedimento, atribuindo, para tanto, poderes aos respetivos inspetores, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6, por aqui se ficou - e bem.

A suspensão do despedimento é agora necessariamente decretada pelo tribunal, com base num requerimento do Ministério Público, subsequente à receção da participação da ACT, que dá nota da

não regularização pelo empregador, no prazo que lhe foi para tanto concedido, da situação detetada de despedimento com indícios de ilicitude<sup>10</sup> (artigos 33.º-B e 34.º, n.ºs 3 e 4, do CPT)<sup>11</sup>.

Significa isto que se abandonou o modelo anterior, consagrado no referido artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3, e presente ainda na primeira versão da Proposta de Lei que pretendia pôr em prática a Agenda do Trabalho Digno<sup>12</sup>, a qual mantinha o “poder suspensivo da inspeção do trabalho em situações de despedimento com indícios de ilicitude”.

Num outro plano, cabe assinalar a eliminação do elenco de situações que justificam a intervenção da ACT da alínea b) do artigo 381.º do CT<sup>13</sup>, que proclama a ilicitude do despedimento se o respetivo “motivo justificativo” for “declarado improcedente”. É, contudo, mais aparente que real o alcance deste recuo, conforme se demonstrará mais adiante<sup>14</sup>.

Paralelamente, aumentou a influência da disciplina da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho<sup>15</sup>, já presente

---

<sup>10</sup> Mais exatamente, de “violação das alíneas a), c) ou d) do artigo 381.º e dos artigos 382.º, 383.º ou 384.º” do CT, prescreve o n.º 3 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6, analisado já a seguir, nos n.ºs 5 e 6.

<sup>11</sup> O procedimento cautelar de suspensão do despedimento previsto no artigo 33.º-B do CPT é instaurado pelo Ministério Público, no prazo de 20 dias contados da receção da participação da ACT referida no texto *supra* e segue as regras adjetivas comuns, salvo nos aspetos em que estas são derogadas pela sua disciplina própria ou pela sua especificidade. Todos estes pontos são tratados em Joana Vasconcelos, “Procedimento cautelar de suspensão do despedimento: as alterações ao Código de Processo do Trabalho, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno”, *in Prontuário de Direito do Trabalho*, 2023, II, n.ºs 5 a 7.

<sup>12</sup> Publicada no *BTE*, Separata n.º 33/2021, de 29-10-2021.

<sup>13</sup> Incluída na previsão do n.º 1 do artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3, fora já retirada, tanto da Proposta de Lei sujeita a discussão pública no final de 2021, como na Proposta de Lei n.º 15/XV, anteriormente referidas.

<sup>14</sup> No n.º 6.

<sup>15</sup> Prevista e regulada nos artigos 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14-9, e 186.º-K segs. do CPT. Sobre os principais traços da disciplina desta ação especial, v.

em vários aspetos da versão anterior desta “suspensão”.<sup>16</sup>, que se mantêm. É naquela que radica, com efeito, o seu desdobramento numa fase administrativa e numa fase judicial, protagonizadas, respetiva e exclusivamente, pela ACT e pelo Ministério Público.<sup>17</sup>

Advirta-se, não obstante, que na primeira destas fases a aproximação à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho não é total, porquanto os n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6, não estabelecem um limite máximo ao prazo a conceder ao empregador para este regularizar a situação.<sup>18</sup>, nem admitem, como alternativa a tal exigência, a possibilidade de este se “pronunciar, dizendo o que tiver por conveniente”.<sup>19</sup>. Não são evidentes a justificação e o propósito destas duas opções.

---

Manuela Fialho, “ARECT - Ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: as alterações de 2019 - uma oportunidade perdida”, in *Um Ano de Reforma do Processo do Trabalho: Balanço e Perspetivas - Estudos APODIT 8* (coord. Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Coelho Moreira), AAFDL, Lisboa, 2021, pp. 155-156; Jorge Araújo e Gama, “A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: análise crítica da Lei n.º 63/2013, de 27 de agosto” in *RMP*, Lisboa, n.º 140 (2014), pp. 33-34; Viriato Reis, “A ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Controvérsias na sua aplicação” in *Revista do CEJ*, n.º 1, 2015, pp. 211 segs.; Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, pp. 163 segs.

<sup>16</sup> Sobre o evidente paralelismo das soluções prescritas no artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3, com o artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14-9, relativo à fase administrativa da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, v. Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pp. 678 segs.

<sup>17</sup> Sobre esta fase judicial e as várias singularidades que a marcam, v. Joana Vasconcelos, “Procedimento cautelar de suspensão do despedimento: as alterações ao Código de Processo do Trabalho, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno”, 2023 cit., n.ºs 5 a 7.

<sup>18</sup> Que o n.º 1 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14-9, fixa em 10 dias.

<sup>19</sup> Sobre o alcance muito limitado desta opção, cujos termos se referem unicamente à “regularização da situação” que, consoante o caso, deverá ser efetuada ou comprovada, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pág. 167.

#### 4. Poderes da ACT em situação de despedimento com indícios de ilicitude: sentido geral

Porque o tema do presente estudo são os poderes da ACT relativamente aos despedimentos com indícios de ilicitude, cingir-nos-emos à fase administrativa da respetiva suspensão cautelar, por ser nesta, e só nesta, que os mesmos se concentram.

Previstos e regulados nos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6, estes supõem a deteção, pelo inspetor do trabalho, “de indícios de um despedimento em violação das alíneas a), c) ou d) do artigo 381.º e dos artigos 382.º, 383.º ou 384.º” do CT. E habilitam-no a lavrar “um auto” e a notificar o empregador “para regularizar a situação” do “trabalhador em causa”, no prazo que para tanto lhe fixa<sup>20</sup>, sob cominação de ser requerida, pelo Ministério Público, a suspensão desse despedimento. E, bem assim, se tal prazo se esgotar sem que a situação visada se mostre “devidamente regularizada”, a remeter, “em cinco dias”, ao Ministério Público, a “participação” dos factos”, acompanhada “de todos os elementos de prova recolhidos”.

---

<sup>20</sup> Sem qualquer condicionamento decorrente de um limite máximo que, houve já ocasião de o assinalar (nos n.ºs 2 e 4 *supra*), inexistente nesta disciplina, ou sujeição a prazo legalmente fixado (como o previsto no artigo 386.º do CT, para instauração do procedimento cautelar de suspensão do despedimento), e tendo como único constrangimento temporal o eventual esgotamento do prazo para impugnar o despedimento, já ocorrido ou iminente (o ponto será retomado adiante, no n.º 10).

## 5. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): decisões extintivas sobre que incidem

A ACT só poderá lançar mão dos poderes que lhe atribuem os n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 6-2, quando tenha sido o “despedimento”, em qualquer das modalidades enumeradas, a causa de cessação da relação laboral em causa.

É o que resulta da remissão expressa contida na primeira dessas normas para os vários artigos do CT que prescrevem a ilicitude do despedimento<sup>21</sup>. E compreende-se porquê: esta intervenção preliminar da ACT, que antecipa e se propõe tomar o lugar da suspensão cautelar do despedimento, mostra-se, como esta, totalmente inadequada a outras decisões extintivas do empregador, bem como a situações em que seja discutível ou incerto o tipo de contrato existente entre as partes, logo, o modo como este cessou<sup>22</sup>.

Num outro plano, o n.º 3 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6, especifica a sua aplicabilidade aos despedimentos por facto imputável ao trabalhador, coletivo e por extinção do posto de trabalho - sem mencionar, contudo, o despedimento por inadaptação.

Está longe de ser claro o alcance de tal omissão, que remonta à disciplina da medida “excecional e transitória” que antecedeu a atual conformação dos poderes do inspetor do trabalho em situação de despedimento com indícios de ilicitude<sup>23</sup>, pelo que subsiste a

---

<sup>21</sup> A saber, os seus artigos 381.º, alíneas a), c) ou d), 382.º, 383.º ou 384.º.

<sup>22</sup> Sobre a opção, expressa no artigo 33.º-A do CPT, de limitar o âmbito de aplicação da providência cautelar de suspensão ao despedimento, v. Paulo Sousa Píñeiro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 108, e Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pp. 52-53.

<sup>23</sup> V. *supra* o n.º 2.

dúvida sobre se se tratou de mero lapso do legislador ou da proclamação, por este, da irrelevância da modalidade em causa, dada a sua muito escassa aplicação<sup>24</sup>.

## 6. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): situações desconformes visadas

As causas de ilicitude do despedimento evidenciadas pelos "indícios" detetados pelo inspetor do trabalho são todas as previstas na lei substantiva, mais exatamente as contidas nas normas do CT indicadas no n.º 3 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6.

Este elenco coincide com o das situações de provável ilicitude que fundam o decretamento da providência cautelar de suspensão do despedimento, exemplificativamente enumeradas no n.º 1 do artigo 39.º do CPT<sup>25</sup> - com duas exceções.

A primeira, que houve já ocasião de antecipar<sup>26</sup>, refere-se à alínea b) do artigo 381.º do CT - ilicitude do despedimento cujo "motivo justificativo" seja "declarado improcedente", excluída da enumeração legal de situações nas quais pode a ACT exercer os poderes que lhe são conferidos pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6. Esta opção revela-se, contudo, menos significativa do que

---

<sup>24</sup> Sobre este ponto, referindo-se ao artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3, mas em termos que se mantêm atuais, diante da continuidade assinalada no texto *supra*, v. João Leal Amado, "Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT", 2020 cit., pág. 367, e Joana Vasconcelos, "Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excepcional", 2020 cit., pp. 677-678.

<sup>25</sup> Sobre estas causas, v. Paulo Sousa Pinheiro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 2020 cit., pp. 119 segs., e Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pp. 59 segs.

<sup>26</sup> *Supra*, no n.º 3.

poderia, à primeira vista, parecer. Com efeito, longe de restringir, doravante, a intervenção da ACT a um controlo meramente formal e externo do despedimento, esta alteração obedece, em nosso entender, a outro propósito: acautelar, também nesta vertente, a conformidade com o princípio constitucional da separação de poderes, afastando, liminarmente, qualquer sugestão ou reconhecimento de que a mesma ACT possa “declarar” a improcedência dos motivos do despedimento - sem contraditório, nem produção de prova e, sobretudo, arrogando-se uma prerrogativa exclusiva do judicial. Que assim é, e que a ACT continua a proceder a uma apreciação material dos motivos do despedimento resulta, inequívoco, da alínea a) do artigo 381.º do CT, que lhe comete a indagação dos seus reais motivos (*i.e.*, se são “políticos, ideológicos, étnicos ou religiosos”, apesar dos expressamente invocados). Mas, também, das alíneas a) e d) do artigo 382.º do CT, relativo ao despedimento por facto imputável ao trabalhador, as quais cometem à ACT a verificação, respetivamente, da adequação e suficiência da descrição dos factos alegados para sustentar a justa causa invocada e da ponderação, na decisão final, entre outras, das “circunstâncias do caso”<sup>27</sup> e da “adequação do despedimento à culpabilidade do trabalhador”. O mesmo sucede, em matéria de despedimento por extinção do posto de trabalho, e por força das alíneas a) e b) do artigo 384.º do CT, com o controlo, necessariamente material, pela ACT, do cumprimento dos “requisitos” e do respeito pelos “critérios” de seleção aplicáveis<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Em particular das previstas no n.º 3 do artigo 351.º, por remissão do n.º 4 do artigo 357.º, convocado pela alínea d) do artigo 358.º, todos do CT.

<sup>28</sup> Previstos, respetivamente, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 368.º do CT.

Quanto à segunda apontada exceção, respeitante à causa de ilicitude prevista nos artigos 383.º, alínea c), e 384.º, alínea d), do CT: não colocação “à disposição do trabalhador despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio”, da compensação a que se refere o artigo 366.º, também do CT. E traduz-se na sua inclusão entre as situações visadas pelos poderes agora conferidos quer à ACT, quer ao Ministério Público.<sup>29</sup>, tornada possível pela não sujeição de uns e de outros ao prazo fixado no artigo 386.º do CT - o qual, é sabido, retira, em geral, as hipóteses nela abrangidas, do âmbito do procedimento cautelar de suspensão do despedimento.<sup>30</sup>.

## 7. Poderes da ACT em caso de despedimento com indícios de ilicitude (cont.): apreciação e critério

Quanto ao que sejam os “indícios de um despedimento em violação das alíneas a), c) ou d) do artigo 381.º e dos artigos 382.º, 383.º ou 384.º” do CT, a conclusão do inspetor da ACT quanto à sua ocorrência, no caso, há de basear-se numa convicção minimamente fundada quanto à sua desconformidade, em linha com o previsto no artigo 39.º, n.º 1, do CPT para o decretamento da providência cautelar

---

<sup>29</sup> Sobre este ponto, mais detidamente, Joana Vasconcelos, “Procedimento cautelar de suspensão do despedimento: as alterações ao Código de Processo do Trabalho, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno”, 2023 cit., n.º 6.

<sup>30</sup> Por tal prazo, muito curto, se contar da “comunicação do despedimento”, esgotando-se sempre antes do decurso do aviso prévio aplicável e da cessação do contrato de trabalho. Sobre este ponto, com indicações de doutrina e de jurisprudência, v. Paulo Sousa Pinheiro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 2020 cit., pp. 122 segs., e Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pp. 54-55.

de suspensão do despedimento: “probabilidade séria” da respetiva ilicitude<sup>31</sup>.

Sendo este o requisito de cujo preenchimento depende o decretamento da providência cautelar de suspensão do despedimento pelo tribunal<sup>32</sup>, não se afigura excessiva, bem pelo contrário, a sua transposição para esta fase administrativa, em que é imposta ao empregador a regularização da situação de pretensa desconformidade, identificada pelo inspetor do trabalho<sup>33</sup>, a qual produz os mesmos efeitos da providência cautelar de suspensão do despedimento, que, na sua falta, será requerida, por iniciativa conjugada da ACT e do Ministério Público, nos termos descritos.

## 8. Regularização pelo empregador: sentido e efeitos

A “regularização da situação do trabalhador em causa” é o objetivo principal da fase administrativa que sempre antecede e que, se bem-sucedida, substitui o decretamento judicial da providência cautelar de suspensão do despedimento: são, a este propósito,

---

<sup>31</sup> Esta a interpretação por nós proposta, já diante do artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, de 19-3, *in* Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pp. 678-679. Em sentido substancialmente idêntico, exigindo que os indícios de ilicitude em que se baseia a ACT sejam “fortes e robustos” e “fortes e sérios”, v., respetivamente, João Leal Amado, “Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT”, 2020 cit., pág. 377, e Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2023, pág. 1032.

<sup>32</sup> Com base no pedido formulado pelo trabalhador ou pelo Ministério Público, na oposição deduzida pelo empregador e na instrução, em que é produzida a prova requerida por ambos.

<sup>33</sup> À margem - no modelo atual, como no que o antecedeu, não é demais acentuá-lo -, de contraditório, de audição do próprio trabalhador despedido e de produção de prova. V. *supra* o n.º 2.

inequívocas as normas relativas aos termos e ao teor do auto de notícia lavrado pelo inspetor do trabalho e notificado ao empregador (n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6).

E concretiza-se na revogação, pelo empregador, do despedimento efetuado, a qual elimina, para o futuro, o ato extintivo que a ACT reputa ilícito<sup>34</sup> - antecipando, nessa medida, os efeitos da suspensão cautelar do despedimento.

Uma e outra, com efeito, fazem cessar os efeitos do despedimento, mas apenas *ex nunc*, deixando intocados os já produzidos. Donde, não operam a reposição da situação que existiria se não tivesse ocorrido o despedimento<sup>35</sup>, nem permitem ao trabalhador optar entre retomar a relação laboral e fazê-la cessar com direito a uma indemnização em substituição da reintegração<sup>36</sup>, resultados só alcançáveis na ação principal de impugnação<sup>37</sup>.

Contudo, e contrariamente ao que sucede com a suspensão cautelar do despedimento, esta “regularização” é definitiva e não

---

<sup>34</sup> Não é incontroversa a revogabilidade pelo empregador do despedimento que levou a cabo. Mas, a ser esta aceite, em geral ou apenas em certas hipóteses, os seus efeitos produzem-se unicamente para o futuro, salvo nos casos em que a lei preveja solução diversa - o que aqui não sucede. Sobre a revogabilidade do despedimento e as dúvidas e dificuldades que a rodeiam, v. Pedro Furtado Martins, *Cesação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Príncipia, Parede, 2017, pp. 150 segs. e, referindo-se especificamente à regularização imposta ao empregador pela ACT, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 2023 cit., pp. 1030 e 1032-1033.

<sup>35</sup> A saber, a eliminação retroativa do despedimento e a reparação de todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, por este causados (artigo 389.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CT).

<sup>36</sup> Cujas fixação atende à sua antiguidade, ao valor da retribuição e ao grau de ilicitude do despedimento, de acordo com o artigo 391.º, n.º 1, do CT.

<sup>37</sup> Sobre a natureza não completamente antecipatória da providência cautelar de suspensão do despedimento, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pp. 71 segs.

requer - aliás, inviabiliza - a sua ulterior impugnação pelo trabalhador. E por uma única razão: não se pode impugnar o que deixou de existir.

### **9. Regularização pelo empregador (cont.): apreciação crítica das soluções adotadas**

Tudo isto se mostra, a vários títulos, problemático do ponto de vista da tutela do trabalhador alvo do despedimento reputado ilícito pela ACT.

Antes de mais, porque a eliminação, pelo seu autor, do ato extintivo do contrato de trabalho, que o faz ressurgir entre as respetivas partes, supostamente em benefício do trabalhador, ocorre sem que este saiba e, até, sem que este queira, ou mesmo contra a sua vontade - o que se mostra dificilmente conciliável com o nosso modelo de impugnação judicial do despedimento, o qual, não é demais lembrá-lo, permite ao trabalhador, quase até ao derradeiro momento do processo, optar pela sua não reintegração.<sup>38</sup>

Depois, e não menos significativamente, porque a regularização, coincidindo, nos seus efeitos, com a providência cautelar de suspensão do despedimento, produz, como esta, parte - e apenas parte -, dos que a lei associa à respetiva impugnação, se julgada procedente. Ou seja, não assegura ao trabalhador o pagamento da retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento.<sup>39</sup>, nem a indemnização dos danos por este causados, tal como não lhe permite optar

---

<sup>38</sup> É o que prevê o artigo 391.º, n.º 1, do CT.

<sup>39</sup> Mais exatamente, desde a data de produção dos respetivos efeitos.

por uma indemnização em substituição da reintegração, de valor a fixar pelo tribunal.

É certo que quanto aos dois primeiros efeitos sempre poderá o trabalhador lançar mão de uma ação declarativa com processo comum para requerer a condenação do empregador a pagar-lhe tais quantias, no que, as mais das vezes, implicará um agravamento da sua posição processual.<sup>40</sup> O mesmo não sucede, porém, quanto ao último efeito referido, cuja produção supõe a declaração pelo tribunal da ilicitude do despedimento impugnado - ou seja, em primeira linha, a possibilidade de dedução judicial de tal pedido, não precludida pela revogação daquele.

Daí que, também por esta via, a fase administrativa e a regularização que nela se procura alcançar seja de muito questionável compatibilidade com o modelo vigente de reação contra o despedimento ilícito.

## 10. A insusceptibilidade de regularização como limite aos poderes da ACT

A intervenção da ACT quanto a despedimentos “com indícios de ilicitude” supõe, naturalmente, que os mesmos sejam suscetíveis de regularização, nos termos descritos.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Tal sucederá sempre que à impugnação judicial do despedimento, impossibilitada pela sua revogação pelo empregador na fase administrativa versada no texto *supra*, correspondesse o processo especial para impugnação da regularidade e ilicitude do despedimento, previsto e regulado nos artigos 98.º-B segs. do CPT, o qual tem natureza urgente e cuja tramitação é marcada por um duplo propósito de simplificação e de celeridade. Sobre este ponto, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2022 cit., pp. 101 segs.

<sup>41</sup> No n.º 8 *supra*.

Por tal motivo, incide apenas sobre os despedimentos que sejam ainda judicialmente impugnáveis, sobre aqueles cuja suspensão cautelar não tenha sido requerida pelos trabalhadores seus destinatários e, bem assim, sobre os que por estes não foram já impugnados.

Concretizando, porque visam um resultado que antecipa os efeitos da providência cautelar de suspensão do despedimento, a qual, por seu turno, acautela o efeito útil da ação principal, na qual se questiona a respetiva licitude, os poderes conferidos à ACT nesta fase administrativa limitam-se aos despedimentos que possam ainda ser objeto de impugnação. Esta depende, é sabido, do não esgotamento do prazo para propor a correspondente ação e, tratando-se de despedimento por motivo ligado à empresa, da sua não aceitação pelo trabalhador.<sup>42</sup>

Significa isto que, antes de lançar mão dos poderes que nesta matéria lhe são conferidos e, bem assim, antes de remeter a “participação dos factos” ao Ministério Público “para fins de instauração de procedimento cautelar de suspensão de despedimento” (n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000, de 2-6)<sup>43</sup>, deverá a ACT averiguar se tal prazo<sup>44</sup> ainda decorre, ou se já foi ultrapassado<sup>45</sup> e, sendo o

---

<sup>42</sup> Que se presume quando o trabalhador haja recebido “a totalidade” da compensação que, em tal eventualidade, lhe é legalmente devida, admitindo, contudo, a prova do contrário, a qual implica, sempre, a devolução (entrega ou colocação à disposição do empregador) da correspondente quantia: é o que prescrevem os n.ºs 4 e 5 do artigo 366.º do CT.

<sup>43</sup> V. *supra* o n.º 4.

<sup>44</sup> De 60 dias contados da cessação do contrato de trabalho, no despedimento por facto imputável ao trabalhador, ou da receção da correspondente comunicação, no despedimento por extinção do posto de trabalho, de seis meses contados da data da cessação do contrato, no despedimento coletivo e de um ano nos despedimentos individuais cuja decisão não haja sido comunicada por escrito (artigos 387.º, n.º 2, 388.º, n.º 2, e 337.º, n.º 1, do CT e 98.º-C, n.º 1, do CPT).

<sup>45</sup> Neste sentido, ainda na vigência do direito anterior, João Leal Amado, “Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT”, 2020 cit., pp.

caso, se o trabalhador devolveu, ou não, a compensação que lhe foi paga<sup>46</sup>.

De igual modo, a possibilidade de atuação da ACT perante um despedimento que entenda apresentar indícios de ilicitude é condicionada pela estratégia seguida pelo trabalhador quanto ao recurso à providência cautelar de suspensão do despedimento. Assim, se este a requereu e a obteve, os poderes da ACT, por carecerem manifestamente de utilidade, não se aplicam ao caso. O mesmo ocorrerá sempre que o pedido de decretamento da mesma, deduzido pelo trabalhador no prazo legalmente fixado, tenha sido julgado improcedente, visto ter tal questão sido apreciada e decidida por sentença transitada em julgado, a qual tem “força obrigatória dentro do processo e fora dele” (nos termos e com os limites fixados no n.º 1 do artigo 619.º do Código de Processo Civil, doravante CPC)<sup>47</sup>.

Por último, cabe advertir que ficam fora do alcance destes poderes da ACT os despedimentos, aparentemente ilícitos, já impugnados pelo trabalhador. E por uma única e incontornável razão: terem tais poderes como finalidade a resolução, célere e extrajudicial<sup>48</sup>, de tais situações. A intervenção da ACT antecede e, porventura,

---

369 e 374, e Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pp. 680-681; referindo-se já às soluções estabelecidas pela Lei n.º 13/2023, de 3-4, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 2023 cit., pág. 1033.

<sup>46</sup> Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pp. 680-681.

<sup>47</sup> Assim, já perante o direito anterior, Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional”, 2020 cit., pág. 681.

<sup>48</sup> Neste sentido, caracterizando a solução resultante dos n.ºs 3 e 4 do artigo 11.º do DL n.º 102/2000. De 2-6, como um “mecanismo extrajudicial” de “regularização do despedimento”, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 2023 cit., pág. 1028.

substitui a do tribunal, mas detém-se sempre diante desta - não a duplicando, numa concorrência frontalmente contrária ao princípio da separação de poderes.

## 11. Em jeito de primeiro balanço

Diante do que antecede, dir-se-á que os poderes “reforçados” da ACT em matéria de despedimento com indícios de ilicitude terão um impacto significativamente limitado na proteção acrescida que pretendem conferir ao trabalhador pelo mesmo atingido.

Antes de mais, por serem muito poucas as situações em que a ACT poderá intervir, deles fazendo uso - nomeadamente por estar ainda em curso o prazo para impugnar o despedimento visado ou por este não ter sido aceite pelo trabalhador. Com efeito, é de antever que, as mais das vezes, tal prazo termine antes que possa o empregador operar a regularização que lhe é imposta pela ACT ou que esta remeta a participação ao Ministério Público. Mais, que estando ainda tal prazo em curso, o despedimento seja insuscetível de impugnação, por não ter o trabalhador tempestivamente devolvido a compensação paga.

Depois, mas não menos significativamente, o impacto destes poderes é, também, bastante atenuado pelo facto de serem parcos - logo insuficientes e inadequados como solução definitiva para as situações sobre que incidem -, os resultados associados ao seu exercício. Mais, de estes se mostrarem de muito questionável conformidade com opções e regras, substantivas e adjetivas, essenciais, longo impreteríveis, ao nosso modelo de proteção do trabalhador

ilicitamente despedido e com o seu direito fundamental à tutela judicial efetiva.

Em síntese, não se vê que benefícios justifiquem a insistência do legislador nesta solução, de escasso alcance e discutível utilidade, para lá do contexto excecional (de emergência e de calamidade) em que primeiro surgiu.

Lisboa, 31 de julho de 2023

### Bibliografia

João Leal Amado, “Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT” *in RMP - Número Especial COVID-19*, 2020, pp. 355 segs.;

Paulo Sousa Pinheiro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 108;

Joana Vasconcelos, “Suspensão pela ACT do despedimento que repute ilícito: sentido, alcance e limites de uma medida excecional” *in Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos, Número Especial da Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 673 segs. e *in COVID-19 - Implicações na Jurisdição do Trabalho e da Empresa*, Coleção Formação Contínua - Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2020, pp. 9 segs.;

\_\_\_\_\_ *Direito Processual do Trabalho*, 2.<sup>a</sup> ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022;

\_\_\_\_\_ “Procedimento cautelar de suspensão do despedimento: as alterações ao Código de Processo do Trabalho, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno”, *in Prontuário de Direito do Trabalho*, 2023, II.



# THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING AND THE RIGHT TO STRIKE IN ITALY - AN OVERVIEW OF THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL FRAMEWORK\*

Luís Gonçalves da Silva<sup>1</sup>

Sara Leitão<sup>2</sup>

Summary: 1. Italian Constitution and Labour Law - 2. The right to collective bargaining - 3. The right to strike - 4. Conclusion - 5. Bibliography

## Abstract:

*This study addresses the treatment granted to the right to collective bargaining and the right to strike (as perhaps the most important expression of workers' collective rights) by the Italian Constitution and ordinary law.*

*Beginning with a brief presentation of the Italian Constitution and the treatment it serves to labour as an engine of social development and progression, this study then proceeds to analyse how the right to collective bargaining and the right to strike are viewed by the Italian constitutional law and, also, in ordinary law, as a way of materialising the former.*

---

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

<sup>1</sup> Assistant Professor, Faculty of Law, University of Lisbon; Vice-Chairman of the Institute of Labour Law, Lisbon Faculty of Law; Attorney and Consultant, Abreu Advogados.

<sup>2</sup> Guest Lecturer, Faculty of Law, University of Lisbon; Member of the Board of the Institute of Labour Law, Lisbon Faculty of Law; Attorney, DLA Piper.

## 1. Italian Constitution and Labour Law

As a product of social and cultural development, the Constitution acts as a guarantor of the fundamental rights of citizens. In this sense, after the introduction of liberty rights in the eighteenth century, which were a product of liberalism and the idea of the liberal state and had their origins in the French and North American Revolutions<sup>3</sup>, the nineteenth and especially the twentieth centuries were marked by the demand and acquisition of economic, social and cultural rights that decisively shaped labour relations, so that one can even speak of a "constitutional basis of labour law"<sup>4,5</sup>.

The phenomenon of social constitutions was, to an extent, in line with the new international approach to labour issues, which led to greater harmonisation of general principles in the field of employment<sup>6</sup>. The movement toward the adoption of social constitutions

---

<sup>3</sup> It may be said that the constitutions of the nineteenth century concerned themselves primarily with proclaiming rights and freedoms, and, as a general rule, ignored the function of guarantees (PIERRE BON, *La Protection Constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de Droit Comparé Europeen*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisbon, 1990, p. 10).

<sup>4</sup> RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 12<sup>th</sup> edition, Giuffrè, Milan, 2020, p. 140.

<sup>5</sup> A paradigmatic example of constitutional enshrinement of employment rights is the Mexican Constitution of 1917, which proclaimed significant rights for workers, notably the freedom of labour and the right to the proceeds of labour (Article 4), limitation of the working day (Article 123, I. to IV.), right to minimum wage (Article 123, VI.) and to equal pay (Article 123, VII.), freedom of association (Article 123, XVI.) and the right to strike (Article 123, XVII.).

<sup>6</sup> Prior to the founding of the International Labour Organization, there had been movements in the nineteenth century calling for "international legislation", such as that led by Robert Owen, in the second decade of the century, the creation of the International Working Men's Association (1864, the First International) and also, in 1876, the attempt by the Swiss federal government to organise an international congress for the protection of working men – cfr. PAUL PIC, *La Protection Légale des Travailleurs et le Droit International Ouvrier*, Félix Alcan, Paris, 1909, pp. 153 et seq.; GIULIANO MAZZONI, *Corso di Legislazione Comparata del Lavoro, La Legislazione del Lavoro in Generale la Disciplina Giuridica del Mercato del Lavoro*, Giuffrè, Milan, 1936, pp. 25-26.

was therefore a milestone in the development of social rights and the consolidation of the democratic state; these tendencies received new impetus with the end of World War II.

Italy was no exception to this movement, and three years after the end of the fascist regime, the new Italian Constitution was completed in 1947, to come into force on January 1, 1948. The text represented a “constitutional settlement” between political currents of Christian, socialist, communist and various shades of liberal inspiration<sup>7</sup>.

The Italian constitutional text belongs to the modern constitutional movement and following the example of the Weimar Constitution and inspired by Roosevelt's New Deal, marks the transformation of a classical liberal state into a democratic liberal state on the political level and into a welfare state on the economic level<sup>8</sup>. This ushered in a new era of labour law, placing it on a “new and stronger” foundation and setting the course for its development<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, 8<sup>th</sup> edition, Utet, Milan, 2018, p. 31; FERRUCCIO PERGOLESÌ, “The Place of Labour in the Constitution of the Italian Republic”, *International Labour Review*, volume 61, 1950, no. 2, p. 122.

<sup>8</sup> ILO Conventions 87 and 98 were ratified by the Italian State in 1958 (*Legge 23 marzo 1958*, n. 367, [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it)). FERRUCCIO PERGOLESÌ, “The Place of Labour in the Constitution of the Italian Republic”, cit., p. 122, notes various influences, especially on the basic principles and Part I of the Charter, the American and French declarations of the late 18th century (on the articles on political relations), the European constitutions drawn up in the post-World War I period, especially the German Basic Law of 1919 (on the articles on ethics and social relations); there are also original features, especially in Part II, while referring to the precursors of the French Constitution of 1946.

<sup>9</sup> RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 68.

The Italian Constitution begins with the proclamation of the fundamental principles, declaring that “Italy is a democratic republic based on labour” (Article 1, paragraph 1), and highlights the position of workers as protagonists of a new social order<sup>10</sup>.

Subsequently, the right to work is enshrined as the Constitution states, in Article 4, paragraph 1 that “the Republic recognises the right of all citizens to work and promotes the conditions that make this right effective”, thus affirming the special position of work in the constitutional text and providing for an obligation on the part of the State to ‘promote’ work<sup>11</sup>. Paragraph 2 adds that “Every citizen has the duty, according to personal potential and individual choice, to perform an activity or a function that contributes to the material or spiritual progress of society”.

In Part I, Title III, which deals with economic relations, the Italian Constitution grants a wide range of rights and guarantees relating to labour and workers.

Article 35, the first in this title, asserts that “The Republic protects work in all its forms and practices” (paragraph 1), “provides for the training and professional advancement of workers” (paragraph 2), “promotes and encourages international agreements and organisations which have the aim of establishing and regulating labour rights” (paragraph 3) and “recognises the freedom to emigrate,

---

<sup>10</sup> ORONZO MAZZOTTA, *Diritto del Lavoro*, 7<sup>th</sup> edition, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2019, p. 11. As RICCARDO DEL PUNTA points out, this provision is not about emphasising the “duty of labour” (which is affirmed in Article 4), but about recognising the historical value of labour as the cornerstone of the state model proposed by the Constitution (RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 142).

<sup>11</sup> RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 149.

subject to the obligations set out by law in the general interest, and protects Italian workers abroad” (paragraph 4).

The Fundamental Law also guarantees workers the “right to a remuneration commensurate to the quantity and quality of their work and in any case such as to ensure them and their families a free and dignified existence” (Article 36, paragraph 1), specifies that maximum working hours shall be determined by law and guarantees the right to “weekly rest day and paid annual holidays”, which cannot be waived (Article 36, paragraphs 2 and 3).

Article 37 addresses gender equality and the reconciliation of women's working lives with “their essential role in the family” (paragraph 1) and the work of minors (paragraphs 2 and 3).

Article 38 establishes the right to welfare support for all citizens who are unable to work and do not have the means to support themselves, protection in case of accident, illness, disability, old age and involuntary unemployment, and the right of the disabled and invalids to education and vocational guidance (paragraphs 1 to 3).

In the area of collective labour rights, which are the subject of this article, the Italian Constitution regulates freedom of association and collective autonomy (Article 39) and states that “trade unions may be freely established” (Article 39, paragraph 1). It also prohibits imposing obligations on trade unions other than registration under the law (Article 39, paragraph 2); a prerequisite for registration is that they have democratically constituted statutes (Article 39, paragraph 3). Finally, the law provides that registered trade unions have legal personality and provide for unified representation in relation

to their members, enabling them to conclude collective agreements that are effective *erga omnes* (Article 39, paragraph 4).

The right to strike is granted by Article 40 of the Italian Constitution, which provides for its exercise “in compliance with the laws regulating it”.

The constitutional text also establishes economic enterprise (Article 41) as the “cardinal rule of the economic constitution”<sup>12</sup> and recognises private property (Article 42, paragraph 2); it thus enshrines a model of “institutionalised pluralism”<sup>13</sup>.

Lastly, with the aim of the “economic and social betterment of workers and in harmony with the needs of production”, the Fundamental Law recognises “the right of workers to collaborate in the management of enterprises” (Article 46).

The Italian Constitution of 1948 therefore occupies an important position in the hierarchy of sources, and it may even be said that it is in the Fundamental Law and in the compromise, it succeeded in reaching between Catholic, secular Republican and social-communist ideals that we find the institutional foundations and values on which the social market economy is built<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> GIUSEPPE PERA, *Introduzione al Diritto del Lavoro Italiano*, Cedam, Milan, 2002, p. 29.

<sup>13</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 13 and 32. For a general analysis of the Constitution as regards labour issues, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *op. cit.*, pp. 13 et seq., and 31 et seq.; GIUSEPPE PERA, *Introduzione al Diritto del Lavoro Italiano*, cit., pp. 28 et seq.; FERRUCCIO PERGOLESÌ, “The Place of Labour in the Constitution of the Italian Republic”, cit., in particular, pp. 131 et seq.; ANTONIO VALLEBONA, *Istituzione di Diritto del Lavoro*, I, *Il Diritto Sindacale*, 11th edition, Cedam, Milan, 2019, pp. 16 et seq..

<sup>14</sup> RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 140.

## 2. The right to collective bargaining

Article 39, paragraph 1 of the Italian Constitution states that “trade unions may be freely established”, with paragraph 2 adding that “no obligations may be imposed on trade unions other than registration at local or central offices, according to the provisions of the law”<sup>15</sup>.

As a development of the general freedom of association enshrined in Article 18 of the Italian Constitution<sup>16</sup>, it assures this form of self-protection of workers<sup>17</sup>, through the set-up of trade unions, viewed as a free and spontaneous association of workers, set up with the purpose of protecting the professional interests of its members.

Freedom of association therefore amounts to [i] the freedom to set up trade unions (including more than one per occupation), [ii] the freedom to choose the union that the workers decide to join and also [iii] the freedom to exercise union rights and to publicise them, including at the workplace.

---

<sup>15</sup> See the analysis, for example, of EDOARDO ALES, “Italia”, various authors, *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, especially, pp. 460 et seq.; FRANCO CARINCI, “Il Lungo Cammino per Santiago della Rappresentatività Sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei Lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 Gennaio 2014)”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, no. 2, pp. 309 et seq.;

<sup>16</sup> For a comparative assessment of free establishment of trade unions (Article 39) and the freedom of association (Article 18), MATTIA PERSIANI, *Saggio sull'Autonomia Collettiva*, Cedam, Padua, 1972, pp. 42 et seq..

<sup>17</sup> Arguing that Article 39, paragraph 1 of the Italian Constitution applies equally to workers and employers, see EDOARDO ALES, “Italia”, cit., pp. 459 and 460; FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 106-107; taking a different line, cfr. the observations made by MICAELA VITALETTI, “La Rappresentanza Datoriale. Riflessioni Intorno alla Costruzione di un Modello Contrattuale Simmetrico”, *Labour & Law Issues*, vol. 4, 2018, no. 2, <https://labourlaw.unibo.it>, pp. 153 et seq..

Article 39, paragraph 2 states, as mentioned, that trade unions may not be subject to any obligation other than to register with local or central authorities, as established in law<sup>18</sup>.

As a condition for registration, the Constitution provides for the need for unions to adopt “internal regulations, based on democracy” (Article 39, paragraph 3), thereby requiring unions to be organised democratically.

Under paragraph 4 of this article, “registered trade unions are legal persons”.

Article 39, paragraph 4, of the Italian Constitution, also provides that unions “may, through a unified representation that is proportional to their membership, enter into collective labour agreements that have a mandatory effect for all persons belonging to the categories referred to in the agreement”.

As mentioned above, despite the constitutional provisions on the establishment of trade unions and the conclusion and effectiveness of collective agreements concluded by them, the constitutional model proved to be unworkable, as trade unions refused to register with the authorities and continued to conclude collective agreements outside the constitutional provisions, thereby , the legal model of collective bargaining, the very backbone of the system of industrial relations in Italy<sup>19</sup>, was able to favour the “emergence and

---

<sup>18</sup> Notwithstanding the constitutional requirement that trade unions be registered, this model proved unworkable because unions, which were already private, refused to register with the authorities, which is established as a constitutional prerequisite for enjoying legal personality.

<sup>19</sup> BRUNO VENEZIANI, “Collective Bargaining in Italy”, various authors, *Collective Bargaining in Europe*, Coord. OJEDA AVILÉS, Comisión Consultiva Nacional de Convenios

development of a network of collective relations in a context of absolute freedom”<sup>20</sup>, thus constituting the inter-union order, which was in line with the fundamental idea of the plurality of orders and the doctrinal framework<sup>21</sup>.

This means that the elimination of the corporative order did not destroy the provisions of the corporative collective agreements which existed alongside the collective agreements under ordinary law<sup>22</sup>.

Within this framework, doctrine commonly identifies four types of collective agreements.

The first category identified are *corporative* agreements, concluded by the fascist social organisations under the corporative regime, generally effective, which remained in force, despite the end of the regime, by operation of the *Luogotenenziale* Decree-Law no. 369, of 23 November 1944.

Secondly, doctrine identifies collective agreements which formed the subject matter of Law no. 741, of 14 July 1959<sup>23</sup>, having

---

Colectivos, *relaciones laborales*, núm 70, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 170.

<sup>20</sup> BRUNO VENEZIANI, “Collective Bargaining in Italy”, cit., p. 163.

<sup>21</sup> As construed by GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, with contributions from LAURALBA BELLARDI, PIETRO CURZIO and GIOVANNI GAROFALO, Cacucci Editore, Bari, 2014, pp. 17 et seq., within the framework of democracy, despite a number of reservations, such as those of GIUSEPPE PERA, “*Sulla Teoria dell’Ordinamento Inter-sindacale*”, 1991, published in *Scritti di Giuseppe Pera, II, Diritto Sindacale*, Giuffrè, Milan, 2007, pp. 1641 et seq., stating that his doubts arise from his view that “it is impossible to identify self-sufficiency in the supposed inter-trade union order”, which is assumed (p. 1643).

<sup>22</sup> In addition to the provisions contained in *Codice Civile* for corporative collective agreements, these are also governed by the rules on contracts in general provided by *Codice Civile*, their relevance being based on Article 39 of the Constitution of the Republic (GIOVANNI NICOLINI, “A Contratação Coletiva no Ordenamento Italiano”, *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, Coord. YONE FREDIANI and SÁVIO ZAINAGHI, LTr, São Paulo, 2004, p. 80).

<sup>23</sup> The Law of 14 July 1959 had a duration of one year (Article 6); but it was extended

an effect identical to that achieved, in other legal systems, by a government extension order, for which there is no provision in Italy.

A third category that is identified are collective agreements provided for in Article 39 of the Constitution, which to date have not been filled out by regulations.

Finally, doctrine identifies collective agreements existing under ordinary law, the only one of the four types still operational, governed by the rules established for (general) contract law, with a scope of application defined by the agreement itself<sup>24</sup>.

Italian labour law has evolved simultaneously on the basis of two sets of regulations: that of the State and that of the trade unions, the former being the legislation for the protection of workers, which in a certain way supplements and fills out the direct protection provided by collective agreements, which are the work of the trade unions and are more closely linked to the development of production<sup>25</sup>.

As far as collective bargaining is concerned, “in a climate of repeatedly disappointed hope for the existence of a legal trade union system”<sup>26</sup> that implements the constitutional framework, the “abstentionist model”<sup>27</sup> has continued to be a reality, leading to a turn

---

for a further fifteen months by Law no. 1027, of 1 October 1960, which was later ruled to be unconstitutional by the Constitutional Court (*Corte Costituzionale*) in judgment no. 106, of 19 December 1962.

<sup>24</sup> For example, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 236; LUISA SANSEVERINO, “Contratto Collettivo di Lavoro”, *Enciclopedia del Diritto*, X (contratto-cor), dir. FRANCESCO CALASSO, Giuffrè, Milan, 1962, pp. 65-66.

<sup>25</sup> GIULIANO MAZZONI, “Italie”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 19, 1967, no. 1, p. 61, whose position, asserted in 1967, remains valid today.

<sup>26</sup> FEDERICO MANCINI, “Libertà Sindacale e Contratto Collettivo «Erga Omnes»”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, p. 570.

<sup>27</sup> GIANNI LOY, “Sobre Algunas Anomalías y Convergencias del Sistema de Relaciones

to civil law, which some, referring to trade union law, describe as an “essential guarantee against the risk of the system becoming captive as a result of a public conception of collective bargaining,”<sup>28</sup> while others emphasise the need for heteronomous intervention<sup>29</sup>.

In short, we face a permanent and current twofold legislative omission: a) criteria of representativeness and b) a general framework for collective bargaining. This situation should leave to doctrine, courts and social actors, not to mention to the selective interventions of the legislator<sup>30,31</sup>, the task of reconciling reality with the

---

*Laborales en Italia*”, various authors, *Representación y Representatividad Colectiva en Las Relaciones Laborales. Libro Homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Coord. CRUZ VILLALÓN, MENÉNDEZ CALVO and NOGUEIRA GUASTAVINO, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 135.

<sup>28</sup> PIETRO ICHINO, *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Rotorno al Diritto Civile - Convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il Diritto Civile e “gli altri”*, Università “la Sapienza” di Roma - 2 December 2011, <https://archivio.pietroichino.it>, p. 37.

<sup>29</sup> LUCA TAMAJO, “Incertezze e Contraddizioni del Diritto Sindacale Italiano: è Tempo di Regolamentazione Legislativa”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, no. 1, cit., § 9. Cfr. the above text, on the need for legislative intervention.

<sup>30</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 18.

<sup>31</sup> The absence of a specific framework, however, did not prevent the legislator from intervening in certain areas by resorting to concepts of representativeness and to the terminology used in collective bargaining, which led legal scholars to speak of a “legal recognition of the self-legitimised contractual system”, cfr. on the subject of unions in the workplace, MASSIMO D’ANTONA, “Il Quarto Comma dell’Art. 39 della Costituzione, Oggi”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, no. 80, 1998, § 5, giving examples of several pieces of legislation, that use *Sindacati maggiormente rappresentativi* and *sindacati comparativamente più rappresentative*. LUCA TAMAJO, “Incertezze e Contraddizioni del Diritto Sindacale Italiano: è Tempo di Regolamentazione Legislativa”, cit., § 2, identifies: a) “rappresentatività «presunta»” (presumed representativeness), based on the concept of the most representative or comparatively most representative union, for which the criteria have been filled out by the case law, and dating back to the 1970s, when it was found in several provisions, such as ‘comparatively most representative union’ in *Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*; b) “rappresentatività «verificata»”, (‘verified’ representativeness) concerning the conclusion of a collective agreement applicable in the production unit (Article 19, *Statuto dei Lavoratori*); c) “rappresentatività «quantificata»” (‘quantified’ representativeness) resulting from formal data, RSU election result.

Constitution, leading to a “refoundation of labour law”<sup>32</sup>, to the incorporation of trade union practise into the legal framework and to the adaptation of the latter to the reality of everyday collective relations, with particular importance given, in the field of collective agreements, to general contract law, given the distrust of legislative interventions behind which lurked (behind the declared intentions), it was feared, the danger of an erosion of freedom<sup>33</sup>.

These legal conditions led collective bargaining to develop essentially on the basis of the rules of general contract law and the contractual practises established by the various inter-confederal agreements, consolidated over time with the help of legal theory and jurisprudence; this situation still exists today. And despite “the general context of informality or low institutionalisation of collective relations, collective bargaining plays an important role in the social and economic structure of Italian labour relations”<sup>34</sup>.

The actual structure of collective bargaining is the result of a process that began with the end of the corporative regime and resulted from the tendency of unions and employers to conduct centralised collective bargaining as it was conducted under the fascist regime, which gained strength due to the economic situation after

---

<sup>32</sup> MATTIA PERSIANI, “Osservazioni sulla Dottrina Giuslavoristica nel Trentennio dopo la Costituzione”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, no. 2/2010, p. 331.

<sup>33</sup> GIANCARLO PERONE, “A Liberdade Sindical na Itália”, *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, Coord. YONE FREDIANI and SAVIO ZAINAGHI, LTr, São Paulo, 2004, p. 40.

<sup>34</sup> BRUNO VENEZIANI, “Collective Bargaining in Italy”, cit., p. 178. See also, TIZIANO TREU, “Regole e Procedure nelle Relazioni Industriali: Retaggi Storici e Criticità da Affrontare”, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 396/2019, [csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it), pp. 1 et seq., especially, pp. 6 et seq.

World War II<sup>35</sup>. It should also be recalled that the collective bargaining model provided for in the Constitution (Article 39, paragraph 4) has not been continued by subsequent legislation<sup>36</sup>, which means that collective agreements are not legally concluded by recognised associations<sup>37</sup>, nor are they effective *erga omnes*, since the provision of the Basic Law is not enforceable, creating a “state of uncertainty that undermines the stability of the system and even pollutes the behaviour of the different parties”<sup>38</sup>; and thus “the field was left free for self-regulation by the unions and employers’ organisations based on the principle of ‘mutual recognition’, which in practise meant the creation of a negotiating oligopoly in favour of CGIL<sup>39</sup>, CISL<sup>40</sup> and UIL<sup>41”</sup><sup>42</sup>, despite the call to intervene, for example, in matters of representativeness<sup>43</sup>.

---

<sup>35</sup> BRUNO VENEZIANI, “Collective Bargaining in Italy”, cit., p. 178.

<sup>36</sup> Although it may be argued that, several decades on, the parameters for interpretation of Article 39 have changed, MASSIMO D’ANTONA, “Il Quarto Comma dell’Art. 39 della Costituzione, Oggi”, cit., § 2, also noting that “the practice of social dialogue has assumed the existence of a system of social representation of crucial importance for balancing the economy and for the effectiveness of public policy” (§ 8).

<sup>37</sup> BRUNO VENEZIANI, “Collective Bargaining in Italy”, cit., p. 164, clarifying that trade unions and employers’ associations, which are de facto associations, unrecognised and lacking legal personality, fall under Articles 36 to 38 of *Codice Civile*, establishing that they are governed by the terms agreed between their members.

<sup>38</sup> LUCA TAMAJO, “Incertezze e Contraddizioni del Diritto Sindacale Italiano: è Tempo di Regolamentazione Legislativa”, cit., § 1.

<sup>39</sup> *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (Italian General Confederation of Labour).

<sup>40</sup> *Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori* (Italian Confederation of Trade Unions).

<sup>41</sup> *Unione Italiana del Lavoro* (Italian Labour Union).

<sup>42</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 371, referring to trade union law.

<sup>43</sup> We refer, for example, to *sentenza della Corte Costituzionale n.º 231 del 23 luglio 2013*, which calls on the legislator to intervene, asserting, after mentioning several abstractly possible criteria, for filling out Article 19.1 b), of the *Statuto dei Lavoratori*, that “it falls to the legislator to choose between these or other

Given the stabilization of the general regime of the collective contract under ordinary law<sup>44</sup> - whose foundation is found in the theory of union representation<sup>45</sup> - and given the omission of a specific and substantive regulation of constitutional rules<sup>46</sup>, it should be noted, as a first remark, that we are here in the ordinary domain of private contractual autonomy<sup>47</sup>, looking at an atypical contract

---

solutions” (section 9). See also LUCA TAMAJO, “Incertezze e Contraddizioni del Diritto Sindacale Italiano: è Tempo di Regolamentazione Legislativa”, cit., § 1: “In short, there is a need for legislative regulation able to bring at least a little order to an area where the actors no longer appear capable of self-government and of accepting mutual recognition; regulation which can stabilise and guarantee a system”.

<sup>44</sup> The debate on how to characterise collective agreements under ordinary law as a source of law remains of interest today, in view of their limited effects, cfr. VITTORIA BALLESTRERO, *Diritto Sindacale*, 6<sup>th</sup> edition, Giappichelli, Turin, 2018, pp. 319 et seq.; FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., p. 17; ANTONIO VALLEBONA, *Istituzione di Diritto del Lavoro, I, Il Diritto Sindacale*, cit., p. 35, also rejecting this characterisation.

<sup>45</sup> VITTORIA BALLESTRERO, *Diritto Sindacale*, cit., p. 228.

<sup>46</sup> As asked by EDOARDO GHERA, “L’Articolo 39 della Costituzione e il Contratto Collettivo”, various authors, *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, «Monografías de Temas Laborales», 53, Coord. JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Seville, 2014, p. 179, “what should be done with Article 39 of the Constitution? The question, or rather the answer, might appear obvious. After sixty-five years of non-fulfilment of the second part of the constitutional norm – paragraphs 2, 3 and 4, which envisage a sets of rules on unions and collective agreements of ‘mandatory effect for all persons belonging to the categories referred to in the agreement’ (paragraph 4) - the historical reasons for this omission by the legislator are no longer in question”; adding: “What is left of the constitutional norm, in all its force, is the principle of freedom of association (paragraph 1: trade unions may be freely established), within the framework of which a system of actors and unions relations has grown up and established itself, and shown itself able to evolve over time and to regulate itself on an exclusively voluntary basis The legislator has intervened, but outside the scope of the constitutional provision, to support trade unions: in particular to ensure their acceptance in undertakings with the workers’ statute, in the first place; and then, to regulate strikes in public services”.

<sup>47</sup> GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., p. 139; PIETRO ICHINO, “Primi due Decenni del Diritto del Lavoro Repubblicano. I. Dalla Metà degli Anni '50 alla Legge sui Licenziamenti Individuali”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, no. 3, pp. 279-280, distinguishes this type of collective contract from that resulting from “reenvío legislativo, como elemento de una fattispecie normativa complessa”, which has “a function (although not a nature) belonging essentially to public law”, applying to a company or to an entire sector; ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, 4<sup>th</sup> edition, G. Giappichelli, Turin, 2017, p. 119.

entered into by trade unions, insofar as it does not contain specific legal regulations<sup>48</sup> (Articles 1321 et seq. of the *Codice Civile*), and so the general rules on contracts apply to this instrument that governs the relationships between the parties and the employment contracts of their members; the collective agreement, which in essence governs employment situations<sup>49</sup> is therefore regulated by the *Codice Civile*.

In the absence of legal provisions on who can participate in collective bargaining, it has been argued that, on the workers' side, this applies to groups of workers (permanent or non-permanent), (traditional) trade unions, associations, and enterprise committees, while on the employer side, entrepreneurs can participate individually or in a group or association<sup>50,51</sup>.

---

<sup>48</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 237; ANTONIO VALLEBONA, *Istituzione di Diritto del Lavoro*, I, *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 35; speaking of conformity to type, VITTORIA BALLESTRERO, *Diritto Sindacale*, cit., p. 229.

<sup>49</sup> There are however exceptions, such as home working (Article 2128 of the *Codice Civile* and Article 8 of Legge 18 dicembre 1973, n. 877 (*Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio*), [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)).

<sup>50</sup> ANTONIO VALLEBONA, *Istituzione di Diritto del Lavoro*, I, *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 163; BRUNO VENEZIANI, "Collective Bargaining in Italy", cit., pp. 163 and 173-174.

<sup>51</sup> It should be recalled that, for example, in the 1970s, *Il Patto Federativo CGIL-CISL-UIL*, of 3 July 1972 - <https://elearning.unito.it> – made provisions for a "Consiglio dei delegati", grassroots union bodies, partly elected, unitary and with collective bargaining powers within the company; in many cases, these bodies continued to exist for many years, "remaining 'frozen' by agreement between the confederated organisations; in other cases, one or more organisations seceded, raising delicate issues concerning the division of rights of organisation and negotiation, which not a few collective agreements entrust to these councils", MASSIMO D'ANTONA, "Diritti Sindacali e Diritti del Sindacato: Il Titolo III delle Statuto dei Lavoratori Revisitato", *Lavoro e Diritto*, 1990, no. 2, p. 89.

Following negotiations<sup>52</sup> and the conclusion of a collective bargaining agreement<sup>53</sup>, there has been discussion as to whether this agreement must be in writing. Case law holds that the absence of the written form does not affect the validity of the source, since there is no law or other source that requires it, so this is subject to the general rule of the *Codice Civile*, which establishes the freedom of form, *ie.* does not fall under the exception of article 1350, which is a formality *ad substantiam*<sup>54</sup>; the collective agreement must then be filed with the *Consiglio Nazionale dell' Economia e del Lavoro*, CNEL, article 17 of *Legge 30 dicembre 1986*, no. 936<sup>55</sup>, which, as we have seen, is not a prerequisite for its validity or effectiveness, since the 1986 law requires the filing of the document within 30 days of its conclusion.

---

<sup>52</sup> These being negotiations between private parties, there is no intervention by public bodies, except for the possible intervention by the Ministry of Labour, on the basis of its institutional functions, including settlement of disputes (individual and collective), *cfr.* MARIELLA MAGNANI, "The Role of Collective Bargaining in Italian Labour Law", *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Volume 7, 2018 no. 2, [www.ejcls.adapt.it](http://www.ejcls.adapt.it), p. 8.

<sup>53</sup> Unions have commonly made use of referenda to consult workers prior to finalising a collective agreement, *cfr.* ANDREA LASSANDARI, *La Contrattazione e il Contratto Collettivo*, "Il Diritto del Lavoro", Ediesse, Roma, 2003, pp. 27-28.

<sup>54</sup> For example, also including acts of termination, *Cassazione*, 23 October 2018, case no. 30264, [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), § 14; *Cassazione*, 8 November 2017, case no. 8379, [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), § 3.1.; In doctrine, see, for example, the observations of FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, *cit.*, p. 284; ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, *cit.*, pp. 128-129.

<sup>55</sup> *Legge 30 dicembre 1986*, n.º 936 (*Norme sul Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*), [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it). This requires CNEL to set up a National Archive of Collective Labour Contracts and Agreements, where authentic copies of renewal agreements and new contracts are deposited, within 30 days of their conclusion (Article 17.1), the Archive being entrusted with their conservation and allowing public consultation (Article 17.3).

### 3. The right to strike and lock-out

In Italy, the Fundamental Law (of 1948) provides that "the "right to strike shall be exercised in accordance with the law" (Article 40).

This is a "compromise and oblique" provision that was imported from the preamble of the 1946 French Constitution<sup>56</sup>, although it has been accepted, not without debate, that this serves as a recognition of a directly applicable fundamental right<sup>57</sup>, which must be exercised in accordance with the legal framework<sup>58</sup>.

In accordance with a certain tradition in the Italian legal system (we recall the inaction regarding Article 39), the issue of the strike remained untouched by (general) legislation for almost forty years, although it should be emphasised that, unlike the phenomenon of collective bargaining, the absence of regulation allowed legal theory and jurisprudence to fill the gap and recognise that it was a directly

---

<sup>56</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 335.

<sup>57</sup> PIERO CALAMANDREI, "Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero", 1952, *Opere Giuridiche*, volume III, *Diritto e Processo Costituzionale*, La Memoria del Diritto, Roma Tre-Press, 2019, pp. 453 et seq., analysing the relevance of its being enshrined in the constitution.

<sup>58</sup> PIERO CALAMANDREI, "Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero", cit., p. 444, explaining that, during the preparatory proceedings of the Constituent Assembly, it was proposed that the right to strike be "formulated simply and categorically", proclaiming it directly and unconditionally: "All workers are assured the right to strike"; or: "All workers have the right to strike". However, this proclamation was softened and "almost disguised", in the formulation that later became Article 40, "in which the tonic, which in the original formulation was placed on the affirmation of the right to strike, was shifted and concentrated in the provision for the laws which will govern its exercise. However, this is not to say that, albeit in this indirect and almost circumspect way, the Article does not actually recognise the right to strike, insofar as it features as an assumption".

applicable right<sup>59</sup>. On the other hand, one cannot ignore the *Statuto del Lavoratori* (1970), which does not directly regulate the right to strike, but does protect it (e.g., discriminatory acts, Article 15(b); anti-union conduct, Article 28, paragraph 1)<sup>60</sup>.

*Corte Costituzionale* was eventually called on to pronounce on the various provisions of the *Codice Penale* (*Regio Decreto 19 ottobre 1930*, n. 1398), which, since it had not been expressly repealed, raised doubts as to the provisions punishing labour disputes (articles 502 to 508), which were classified as crimes against the national economy; these included strikes and lockouts with or without a contractual purpose, political strikes, sympathy strikes, boycotts, factory sit-ins and sabotage). This clarification process naturally made it possible to define the rules governing strikes and lockouts<sup>61</sup>.

The debate over the scope of the right to strike divided legal scholars, with some advocating a contractual model (strike is an instrument of contractual self-defence), while others argued that strikes are a mechanism to enforce freedom of union organisation

---

<sup>59</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 337.

<sup>60</sup> UMBERTO ROMAGNOLI, “Art. 40”, various authors, *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici*, Tomo I, Art. 35-40, Coord. GIUSEPPE BRANCA, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna, 1979, pp. 302 et seq.. For a general analysis of the *Statuto del Lavoratori*, cfr. FRANCO CARINCI, “Lo Statuto del Lavoratori Compie Cinquanta Anni (1970-2020)”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2021, no. 1, pp. 453-512.

<sup>61</sup> For example, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., especially, pp. 339 et seq.; LIBERAL FERNANDES, “O Direito de Greve nos Ordenamentos Francês, Alemão e Italiano”, various authors, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, volume II, Coimbra, 1984, especially, pp. 377 et seq.; GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 258 and 273 et seq..

and activity. *Corte Costituzionale* took the position that there is no separation between the trade union and political spheres, which should be the prevailing opinion in the legal system. In this sense, it has stated that “in general, we may observe that it appears difficult, if not impossible, to distinguish between a strike with economic aims and a strike with political aims, given that close connection between the two forms, so that even a strike that results essentially in pressure and should be regarded as an economic strike, amounts to a political strike for the political authorities insofar as it encourages them to accept certain demands of a particular class, such as improved legislation on safety at work, more appropriate welfare measures for workers and their families, at work, etc.”<sup>62</sup>.

The path was therefore clear to a broad concept of strike, which the ordinary case law confirmed, by deciding that strike, in the social context, which could not be ignored by the authors of the Constitution and ordinary legislation, “means nothing more than a collective refusal to work, organised by a plurality of workers, in order to achieve a common objective”<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> *Sentenza della Corte Costituzionale n.º 290/1974*, of 27 December, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), § 3, which ruled that Article 503 of the Criminal Code - deeming political strikes to be a crime - was unconstitutional, also adding: “at the current historical moment in Italian society, the concept of strike should have a meaning and reach much broader than a mere refusal to work”, concluding that, “as well as including Articles 35, 38, 45 and 46 of the Constitution, the protection conferred by Article 40 appears also to extend to Article 3. What is more, this article would seem indeed to represent the starting point for interpretation of Article 40 and all the other rules mentioned in the title in which it is included”. See also FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 351-352.

<sup>63</sup> *Corte di Cassazione*, 30 January 1980, case no. 711, *Il Foro Italiano*, volume 103, 1980, no. 1, columns 28 et seq. (30), adding: “on the other hand, the actual reality of the facts had already done the work of setting aside the theory of 'unfair damage', or of 'equal sacrifices', because in any undertakings with continuous operations, any type of

In contrast, on the basis of Article 39, paragraph 1 of the Constitution, the lockout has been characterised as a mere freedom that does not have the nature of a right, as in the case of a strike (Article 40); in other words, “The position that was then determined with regard to strike and lock-out, in the context of the system of freedom envisaged in Articles 39 and 40 of the Constitution, is therefore this: strike is recognised by the Constitution as a right, but one, in accordance with the precise requirement of Article 40, destined to be regulated by law, while lock-out, although not enjoying that recognition, is also no longer classified in criminal law terms as it was at the time by company law, is currently an act not prohibited by criminal law or, as commonly said, a criminally lawful act”<sup>64</sup>.

It has been shown that various consequences flow from the rule's constitutional status. Firstly, it has been understood that strike constitutes the exercise of a (fundamental) workers' right<sup>65</sup>, and does not entail breach of contract. Also, since there are no general strike regulations, the limits result from the socio-historical justification of the constitutional requirement and the unassailability of other constitutionally guaranteed rights and interests.

---

strike, even those falling within the parameters considered 'normal', nonetheless bring losses greater than the mere loss of production during the period in which labour is withdrawn, due to the unavoidable waste of raw materials and the particular technical requirements of restarting operations” (30).

<sup>64</sup> *Sentenza della Corte Costituzionale no. 29/1960, of 4 May*, <https://www.giurcost.org/>, § 4, which examined whether criminalising lock-outs was compatible with the Constitution. See also ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 183-184.

<sup>65</sup> For an analysis of this issue, PIERO CALAMANDREI, “Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero”, cit., pp. 449 et seq., presenting arguments that remain valid today.

Strike presupposes a work stoppage decided and carried out collectively in order to protect collective interests - including those not related to pay, and those of a general political nature, if and insofar as labour relations are concerned. The objective assessment that may be made of the strike's validity and reasonableness, and of the importance of the related demands, as well as of the failure to formally proclaim the strike and notify the employer and the fact that the strike is damaging to the employer, halting or reducing the company's output, "is a natural consequence of the strike's mandatory function of self-protection"<sup>66</sup>. During such exercise, the contract is suspended, the worker being released from his duty to work, and the employer from its corresponding obligations.

On the contrary, lock-out is a mere freedom, and does not enjoy the same constitutional protection as strike. This means that it amounts to a breach of contract, the employer being obliged to compensate the workers for any damages caused, as well as potentially constituting anti-union behaviour (Article 28 *Statuto dei Lavoratori*)<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> *Corte di Cassazione*, 17 December 2004, case no. 23552, *Il Foro Italiano*, volume 108, 2005, no. 10, columns 2774 et seq. (2777).

<sup>67</sup> PIERO CALAMANDREI, "Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero", cit., especially, pp. 464 et seq.; FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 353 et seq., especially, pp. 367 (effects of strike); GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 261 et seq.; ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 183-184 and 188 et seq. and 212 et seq.; ANTONIO PILEGGI, "La Serrata", various authors, *Trattato di Diritto del Lavoro*, coord. MATTIA PERSIANI and FRANCO CARINCI, volume 3, *Conflitto, Concertazione e Partecipazione*, ed. FIORELLA LUNARDON, Cedam, Padua, 2011, pp. 605 et seq.; RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., pp. 283 et seq.. In the case law, admitting the use of management resources seeking to limit the damages caused by a strike, *Corte di Cassazione Civile*, of 28 March 2019, case no. 8670, <https://sentenze.laleggepertutti.it>.

In addition to the *Corte Costituzionale*, trade unions were to have (and still have) an important role in regulating strikes (unilateral/self- or agreed regulation)<sup>68</sup>.

It was four decades before publication of *Legge n.° 146/1990, 12 giugno (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge, with amendments)*, regulating strikes in essential public services.

This law, which came in the wake of several decisions of the *Corte Costituzionale* concerning the *Codice Penale* (1930), on the matter of public services (e.g. Articles 330, 333 and 340)<sup>69</sup>, was naturally influenced by those decisions; in addition, this legislation was drawn up with the full participation of union federations, and so also paid heed to the existing self-regulatory frameworks<sup>70</sup>.

Regardless of the legal nature of the employment relationship, the law regulates essential public services, especially those intended to ensure the enjoyment of personal rights protected by the Constitution, namely the right to life, health, liberty and security, freedom of movement, welfare and social security, education and freedom of communication (Article 1). From this starting point, it establishes a number of rules, in particular those which protect the situation of employers and the community, namely, establishing the obligation

---

<sup>68</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 344 et seq..

<sup>69</sup> For example, *Sentenza della Corte Costituzionale* no. 123, of 28 December 1962; *Sentenza della Corte Costituzionale* no. 31, of 17 March 1969; *Sentenza della Corte Costituzionale* no. 125, of 23 July 1980, available at <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>70</sup> FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, cit., p. 398.

to give notice, among other things, of the reasons for the strike, to the employer and to the relevant authorities (Article 2.1); this notification must be given (at least) 10 days in advance (Article 2.5); both workers and employers are required to provide indispensable services (Article 2.3); a significant feature of the legal framework is the broad scope offered for collective bargaining (e.g. Article 2.2, which provides for contractually agreed resolution procedures) and for the *Comissione di Garanzia della Attuazione della Legge* (independent administrative authority<sup>71</sup>), responsible for guaranteeing application of the law, in order to assess the adequacy of the measures designed to ensure a balance between exercise of the right to strike and enjoyment of the personal rights protected by the Constitution (Article 12.1), with powers to assess the adequacy of indispensable services and, if they are not deemed adequate, to set provisional rules on essential services, conciliation procedures, to pronounce on self-regulation agreements and to inform the parties about breaches of the law, as well as the relevant authority of situation where strike may result in an imminent danger of undermining constitutionally protected rights (Article 13, subparagraphs a) b), d) and f), respectively)<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> The Commission comprises nine members, chosen, on the basis of nominations from the Presidents of the Chamber of Deputies and the Senate, from among specialists in constitutional law labour law and industrial relations, and appointed by decree of the President of the Republic, for a non-renewable six-year term of office (Article 12, paras. 2 and 3).

<sup>72</sup> For a detailed analysis, inter alia, FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI and TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 395 et seq.; PAOLA FERRARI, “La Commissione di Garanzia – Struttura e Attività”, various authors, *Trattato di Diritto del Lavoro*, coord. MATTIA PERSIANI and FRANCO CARINCI, volume 3, *Conflitto, Concertazione e Partecipazione*, ed. FIORELLA LUNARDON, Cedam, Padua, 2011, pp. 419 et seq.; GINO GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 287 et seq.; ORONZO

#### 4. Conclusion

- 1) The Italian Constitution, which belongs to the modern constitutional movement, ushered in a new era of labour law, and refers to work and labour in several of its provisions.
- 2) Regarding collective labour rights, Article 39 of the Italian Constitution regulates freedom of association and collective autonomy, states that “trade unions may be freely established” (paragraph 1), and that “no obligations may be imposed on trade unions other than registration at local or central offices, according to the provisions of the law”. It also states that registered trade unions have legal personality and provide for unified representation in relation to their members, enabling them to conclude collective agreements that are effective *erga omnes* (paragraph 4).
- 3) However, the constitutional model proved to be unworkable, as trade unions refused to register with the authorities and continued to conclude collective agreements outside the constitutional provisions.
- 4) As a consequence, four types of collective agreements are usually identified: corporative agreements, collective agreements which formed the subject matter of Law no. 741, of 14 July 1959 (similar

---

MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 197 et seq.; RICCARDO DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro*, cit., pp. 301 et seq..

do extension orders), collective agreements provided for in Article 39 of the Constitution, and, finally, collective agreements existing under ordinary law, the only one of the four types still operational.

- 5) Therefore, collective bargaining developed essentially based on the rules of general contract law and the contractual practises established by the various inter-confederal agreements, consolidated over time with the help of legal theory and jurisprudence. This has impact on legal requirements as to these agreements, e.g., regarding the absence of a requirement of written form, which does not affect the validity of the instrument.
- 6) The right to strike is granted by Article 40 of the Italian Constitution, which provides for its exercise “in compliance with the laws regulating it”, serving as a recognition of a directly applicable fundamental right. *Statuto del Lavoratori* (1970) does not directly regulate the right to strike, but protects it (e.g., discriminatory acts, Article 15(b); anti-union conduct, Article 28, paragraph 1).
- 7) Strike presupposes a work stoppage decided and carried out collectively to protect collective interests, including those of a general political nature, if and insofar as labour relations are concerned. During strike, the employment contract is suspended, the worker being released from his duty to work, and the employer from its corresponding obligations.

- 8) In contrast, based on Article 39, paragraph 1 of the Constitution, lockout has been characterised as a mere freedom that does not have the nature of a right, amounting instead to a breach of contract. This leads to the employer being obliged to compensate the workers for any damages caused, as well as potentially constituting anti-union behaviour (Article 28 *Statuto dei Lavoratori*).

## 5. Bibliography

ALES, Edoardo

- “Italia”, various authors, *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, pp. 459-475.

BALLESTRERO, Maria Vittoria

- — *Diritto Sindacale*, 6<sup>th</sup> edition, Giappichelli, Turin, 2018.

BON, Pierre

- *La Protection Constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de Droit Comparé Europeen*, Separata da Revista da Faculdade de Direito, Lisbon, 1990.

CALAMANDREI, Piero

- “Significato Costituzionale del Diritto di Sciopero”, 1952, *Opere Giuridiche*, volume III, *Diritto e Processo Costituzionale*, La Memoria del Diritto, Roma Tre-Press, 2019, pp. 443-469.

CARINCI, Franco

- “Il Lungo Cammino per Santiago della Rappresentatività Sindacale (dal Titolo III dello Statuto dei Lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 Gennaio 2014)”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2014, no. 2, pp. 309-367;
- “Lo Statuto dei Lavoratori Compie Cinquanta Anni (1970-2020)”, *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 2021, no. 1, pp. 453-512.

CARINCI, Franco / TAMAJO, Luca / TOSI, Paolo / TREU, Tiziano

- *Diritto del Lavoro*, 1. *Il Diritto Sindacale*, 8<sup>th</sup> edition, Utet, Milan, 2018.

D'ANTONA, Massimo

- “Il Quarto Comma dell'Art. 39 della Costituzione, Oggi”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, no. 80, 1998, pp. 665-698;
- “Diritti Sindacali e Diritti del Sindacato: Il Titolo III dello Statuto dei Lavoratori Revisitato”, *Lavoro e Diritto*, 1990, no. 2, pp. 247-261.

FERNANDES, Francisco Liberal

- “O Direito de Greve nos Ordenamentos Francês, Alemão e Italiano”, various authors, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, volume II, Coimbra, 1984, pp. 327-476.

FERRARI, Paola

- “La Commissione di Garanzia – Struttura e Attività”, various authors, *Trattato di Diritto del Lavoro*, coord. MATTIA PERSIANI and FRANCO CARINCI, volume 3, *Conflitto, Concertazione e*

*Partecipazione*, ed. FIORELLA LUNARDON, Cedam, Padua, 2011, pp. 419-466.

GHERA, Edoardo

- “L’Articolo 39 della Costituzione e il Contratto Collettivo”, various authors, *El Derecho a la Negociación Colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, «Monografías de Temas Laborales», 53, Coord. JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Seville, 2014, pp. 179-189.

GIUGNI, Gino

- *Diritto Sindacale*, with contributions from LAURALBA BELLARDI, PIETRO CURZIO and GIOVANNI GAROFALO, Cacucci Editore, Bari, 2014.

ICHINO, Pietro

- “Primi due Decenni del Diritto del Lavoro Repubblicano. I. Dalla Metà degli Anni '50 alla Legge sui Licenziamenti Individuali”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, no. 3, pp. 249-284.
- *Il Percorso Tortuoso del Diritto del Lavoro tra Emancipazione dal Diritto Civile e Rotorno al Diritto Civile - Convegno dell’Associazione dei Civilisti Italiani su Il Diritto Civile e “gli altri”*, Università “la Sapienza” di Roma - 2 December 2011, <https://archivio.pietroichino.it>, pp. 1-41.

LASSANDARI, Andrea

- *La Contrattazione e il Contratto Collettivo*, “Il Diritto del Lavoro”, Ediesse, Roma, 2003.

LOY, Gianni

- “Sobre Algunas Anomalías y Convergencias del Sistema de Relaciones Laborales en Italia”, various authors, *Representación y Representatividad Colectiva en Las Relaciones Laborales. Libro Homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Coord. CRUZ VILLALÓN, MENÉNDEZ CALVO and NOGUEIRA GUASTAVINO, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 127-146.

MAGNANI, Mariella

- “The Role of Collective Bargaining in Italian Labour Law”, *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, Volume 7, 2018 no. 2, [www.ejcls.adapt.it](http://www.ejcls.adapt.it).

MANCINI, Federico

- “Libertà Sindacale e Contratto Collettivo «Erga Omnes»”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963, pp. 570-596.

MAZZONI, Giuliano

- *Corso di Legislazione Comparata del Lavoro, La Legislazione del Lavoro in Generale la Disciplina Giuridica del Mercato del Lavoro*, Giuffrè, Milan, 1936;
- “Italie”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 19, 1967, no. 1, pp. 61-74.

Mazzotta, Oronzo

- *Diritto del Lavoro*, 7<sup>th</sup> edition, Giuffrè Francis Lefebvre, Milan, 2019;
- *Diritto Sindacale*, 4<sup>th</sup> edition, G. Giappichelli, Turin, 2017.

NICOLINI, Giovanni

- “A Contratação Coletiva no Ordenamento Italiano”, *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, Coord. YONE FREDIANI and SÁVIO ZAINAGHI, LTr, São Paulo, 2004, pp. 75-86.

PERA, Giuseppe

- *Introduzione al Diritto del Lavoro Italiano*, Cedam, Milan, 2002;
- “Sulla Teoria dell’Ordinamento Intersindacale”, 1991, published in *Scritti di Giuseppe Pera, II, Diritto Sindacale*, Giuffrè, Milan, 2007.

PERGOLESI, Ferruccio

- “The Place of Labour in the Constitution of the Italian Republic”, *International Labour Review*, volume 61, 1950, no. 2, pp. 118-142.

PERONE, Giancarlo

- “A Liberdade Sindical na Itália”, *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, Coord. YONE FREDIANI and SÁVIO ZAINAGHI, LTr, São Paulo, 2004, pp. 39-46.

PERSIANI, Mattia

- *Saggio sull’Autonomia Collettiva*, Cedam, Padua, 1972;
- “Osservazioni sulla Dottrina Giuslavoristica nel Trentennio dopo la Costituzione”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, no. 2/2010, pp. 325-352.

PIC, Paul

- *La Protection Légale des Travailleurs et le Droit International Ouvrier*, Félix Alcan, Paris, 1909.

PILEGGI, Antonio

- “La Serrata”, various authors, *Trattato di Diritto del Lavoro*, coord. MATTIA PERSIANI and FRANCO CARINCI, volume 3, *Conflitto, Concertazione e Partecipazione*, ed. FIORELLA LUNARDON, Cedam, Padua, 2011, pp. 605-643.

PUNTA, Riccardo Del

- *Diritto del lavoro*, 12<sup>th</sup> edition, Giuffrè, Milan, 2020.
- ROMAGNOLI, Umberto
- “Art. 40”, various authors, *Commentario della Costituzione, Rapporti Economici, Tomo I, Art. 35-40*, Coord. GIUSEPPE BRANCA, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna, 1979, pp. 289-325.

SANSEVERINO, Luisa

- “Contratto Collettivo di Lavoro”, *Enciclopedia del Diritto, X (contratto-cor)*, dir. FRANCESCO CALASSO, Giuffrè, Milan, 1962, pp. 55-77.

TAMAJO, R. Luca

- “Incertezze e Contraddizioni del Diritto Sindacale Italiano: è Tempo di Regolamentazione Legislativa”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2018, no. 1, pp. 273 et seq..

TREU, Tiziano

- “Regole e Procedure nelle Relazioni Industriali: Retaggi Storici e Criticità da Affrontare”, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 396/2019, [csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it), pp. 1-28.

VALLEBONA, Antonio

- *Istituzione di Diritto del Lavoro, I, Il Diritto Sindacale*, 11th edition, Cedam, Milan, 2019.

VENEZIANI, Bruno

- “Collective Bargaining in Italy”, various authors, *Collective Bargaining in Europe*, Coord. OJEDA AVILÉS, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *relaciones laborales*, núm 70, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 161-192.

VITALETTI, Micaela

- “La Rappresentanza Datoriale. Riflessioni Intorno alla Costituzione di un Modello Contrattuale Simmetrico”, *Labour & Law Issues*, vol. 4, 2018, no. 2, <https://labourlaw.unibo.it>.





# CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E REMISSÃO ABDICATIVA

*TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT  
AND ABDICATIVE REMISSION*

**Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**

Sumário: 1. Generalidades; 2. A questão da remissão abdicativa aquando da cessação do contrato de trabalho; 3. A alteração da Lei 13/2023; 4. Conclusão.

Resumo:

O presente artigo analisa as consequências da proibição da remissão abdicativa dos créditos laborais, após a extinção do contrato de trabalho, resultante da alteração efectuada pela Lei 13/2023, de 3 de Abril, ao art. 337º do Código do Trabalho.

Abstract:

*This article analyzes the consequences of the prohibition of the abdicative remission of labour claims, after the termination of the employment contract, resulting from the amendment made by Law 13/2023, of April 3, to Section 337 of the Labour Code.*

## 1. Generalidades

No presente texto, iremos examinar a alteração efectuada pela Lei 13/2023, de 3 de Abril, que se traduziu na introdução da proibição da remissão abdicativa dos créditos laborais em caso de cessação

do contrato de trabalho, salvo se a mesma resultar de transacção judicial.

Genericamente as alterações resultantes da Lei 13/2023 traduzem-se no aumento dos custos para o empregador em caso de cessação do contrato de trabalho. A proibição da remissão abdicativa vem tornar injuntivo o incremento desses custos, ao mesmo tempo que determina a proibição de negociação das indemnizações a pagar em caso de cessação do contrato. Iremos em seguida analisar em que termos presentemente se admite a remissão abdicativa no âmbito da cessação do contrato de trabalho, para depois vermos as consequências da alteração efectuada.

## 2. A questão da remissão abdicativa aquando da cessação do contrato de trabalho.

No âmbito do Direito Comparado tem sido considerada pacífica a irrenunciabilidade dos direitos laborais resultantes de normas injustas. Assim, por exemplo, em Espanha, o art. 3º, nº5, do *Estatuto de los Trabajadores* refere expressamente: "*Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*". Da mesma forma, também em Itália, o artigo 2113 do *Codice Civile* italiano dispõe claramente: "*Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti*

*i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, non sono valide".*

Em Portugal, apesar de a lei apenas o referir expressamente em relação a certos direitos, como direito a férias (art. 237º, nº3) o direito à greve (art. 530º, nº3) ou o direito à reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais (art. 78º da Lei 98/2009, de 4 de Setembro), também se tem afirmado constituir um princípio geral do Direito do Trabalho a irrenunciabilidade dos créditos laborais. Tal princípio pode antes de mais extrair-se do art. 3º nº4, do Código do Trabalho, nos termos do qual "*as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário*". Desta norma deve naturalmente retirar-se a invalidade da renúncia aos créditos laborais.

Na verdade, como escreveu LEAL AMADO "a tese da invalidade de toda e qualquer renúncia ao salário — tanto a créditos ainda vencidos como a créditos já vencidos — quando feita antes de o contrato cessar encontra uma evidente e estimável fundamentação racional: o contrato de trabalho implica uma compressão da liberdade do trabalhador, sujeito juridicamente subordinado à (e economicamente dependente da) entidade patronal; nestas condições toda a renúncia do trabalhador cai sob suspeita, atento o cerceamento da sua liberdade; verifica-se aqui uma situação reconduzível a uma espécie de incapacidade jurídica relativa ao trabalhador (indisponibilidade do salário em relação ao empregador), ou uma espécie de vício da vontade presumido — pelo que, logicamente, apenas se deveria ter como válida a renúncia efectuada após a cessação do contrato, quando

terminada a relação laboral, o trabalhador tenha recuperado integralmente a sua liberdade pessoal".<sup>1</sup>.

Não há assim quaisquer dúvidas de que a renúncia aos créditos laborais é naturalmente proibida enquanto vigorar o contrato de trabalho. Tem sido, porém, controvertido se essa proibição vigora igualmente no caso de se verificar a cessação do respectivo contrato. LEAL AMADO responde afirmativamente, considerando inadmissível a renúncia ao salário, na mesma medida em que ele é insusceptível de cessão e compensação, mesmo em caso de cessação do vínculo laboral, uma vez que os limites destas sobrevivem à extinção do vínculo.<sup>2</sup> Pelo contrário, ROMANO MARTINEZ considera lícita a remissão dos salários em dívida no acordo de cessação do contrato de trabalho.<sup>3</sup>

A posição que temos sustentado no nosso ensino tem sido a de que a renúncia ao salário não é possível enquanto o contrato de trabalho vigorar, pelo que não deverá ser igualmente admissível no acordo de cessação, uma vez que este, embora extinga o contrato de trabalho, é celebrado ainda durante a sua vigência. Apenas após a extinção do contrato de trabalho já será, porém, absolutamente admissível a remissão dos créditos laborais em falta, dado que, se estes créditos prescrevem ao fim de um ano, naturalmente que poderão ser entretanto remetidos pelo trabalhador. Assim, se o contrato já se encontrar extinto e estiver em causa o pagamento das

---

<sup>1</sup> Cfr. JOÃO LEAL, A protecção do salário, Coimbra, Separata do BFD 39, 1993, pp. 214-215.

<sup>2</sup> Cfr. LEAL AMADO, A protecção, pp. 216 e ss. (219).

<sup>3</sup> Cfr. ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 637.

contas finais pelo empregador, não vimos impedimento à validade da remissão abdicativa<sup>4</sup>.

A jurisprudência tem vindo também de uma forma consolidada a considerar válida a remissão abdicativa no âmbito do acordo de cessação do contrato de trabalho, salientando-se neste âmbito o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 2004, em que, perante um documento de quitação, no qual o Autor se considerava "*integralmente retribuído pelos serviços prestados, nada mais tendo a receber ou a reclamar a qualquer título*" se considerou válida a renúncia aos créditos laborais, uma vez que "*cessada a relação laboral, já nada justifica que o trabalhador não possa dispor livremente dos seus eventuais créditos resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, uma vez que já não se verificam os constrangimentos existentes durante a vigência dessa relação*"<sup>5</sup>. Da mesma forma, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Maio de 2005, relativo a um jornalista formalmente enquadrado como prestador de serviços de um jornal, perante uma declaração preparada pela empresa, em que o mesmo declara ter recebido determinada importância "*resultante da cessação da relação de prestação de serviços que mantinha com esta Empresa*", concedendo-lhe "*integral quitação nada mais tendo a exigir, reclamar ou receber por efeito das relações que agora cessam*", o Supremo alterou a decisão das instâncias, considerando válida a remissão abdicativa, apesar de o trabalhador não ter consciência de existir um verdadeiro contrato de trabalho, e não de um contrato de prestação de serviços. Essa

---

<sup>4</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 364-365.

<sup>5</sup> Cfr. Ac. STJ 24/11/2004 (SOUSA PEIXOTO), processo 04S2846.

situação corresponderia apenas a um erro sobre os motivos, que não seria relevante, de acordo com o art. 252º, nº1<sup>6</sup>. Também no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Outubro de 2007 foi considerada válida a remissão abdicativa em que "*declara o segundo contraente nada mais ter a receber ou reclamar, seja a que título for, da primeira contraente*", apesar de a importância recebida ter sido formalmente qualificada como "*compensação pela cessação do supra mencionado contrato de agência, indemnização de clientela incluída*"<sup>7</sup>.

Essa jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça estava perfeitamente consolidada, referindo-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2009, em que o Supremo não aprecia a questão da resolução do contrato pelo trabalhador com fundamento em justa causa, em virtude da celebração por este de um contrato de remissão abdicativa<sup>8</sup>. E era igualmente seguida nas Relações, referindo-se, a título de exemplo, o Acórdão da Relação de Évora de 24 de Março de 2011, em que se considerou existir uma válida remissão abdicativa nos casos em que o trabalhador emite um recibo de quitação, declarando ter recebido da empresa todas as retribuições ou direitos vencidos até ao termo do contrato de trabalho, "*mais declara nada ter a receber a qualquer título*" da empresa<sup>9</sup>.

Esta jurisprudência veio, no entanto, a ser recentemente a ser colocada em causa no recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Setembro de 2022, da autoria do Conselheiro Júlio

---

<sup>6</sup> Cfr. Ac. STJ 25/5/2005 (SOUZA PEIXOTO), processo 05S480.

<sup>7</sup> Cfr. Ac. STJ 31/10/2007 (VASQUES DINIS), processo 07S1442.

<sup>8</sup> Cfr. Ac. STJ 10/12/2009 (PINTO ESPANHOL), processo 884/07.1TTSTB.S1.

<sup>9</sup> Cfr. Ac. RE 24/3/2011 (JOÃO LUÍS NUNES), processo 601/09.1TTFAR.E1.

Gomes, com o voto de vencido da Conselheira Leonor Cruz Rodrigues. Esse acórdão respeitava à situação de uma camaroteira de uma empresa de cruzeiros no rio Douro, a Douro Azul, em relação à qual eram sucessivamente celebrados contratos a termo com fundamento em se tratar de uma actividade sazonal, apesar de a empresa laborar dez meses por ano. Nesse âmbito, a trabalhadora emitiu uma declaração declarando que *"recebeu a quantia de € (...), da empresa «DouroAzul - Sociedade Marítimo-Turística, S.A.», conforme recibo em anexo a esta declaração. Mais declara que este valor inclui e liquida todos os créditos sobre a «DouroAzul - Sociedade Marítimo-Turística, S.A.», vencidos e vincendos à data da cessação do contrato de trabalho, ou exigíveis em resultado dessa cessação, não tendo por isso direito a reclamar mais quaisquer valores seja a que que título for, assim visando esta declaração constituir remissão abdicativa da declarante quanto à «DouroAzul - Sociedade Marítimo-Turística, S.A.» quanto a eventuais dívidas remanescentes, nos termos do artigo 863º do Código Civil"*<sup>10</sup>. O Supremo considerou não haver nesse caso justificação para a celebração de um contrato de trabalho a termo, havendo conseqüentemente um despedimento ilícito na cessação desse contrato por iniciativa da empresa. E em relação à remissão abdicativa não a considerou válida, uma vez que, face aos sucessivos contratos a termo celebrados, *"a declaração de remissão (gratuita, isto é sem contrapartida) pode ter sido emitida na esperança de poder voltar a ter emprego com o mesmo empregador"*. Considerou, além

---

<sup>10</sup> Este texto da declaração é transcrito em Cfr. JOÃO LEAL AMADO, "Da remissão abdicativa em Direito do Trabalho: nótula a propósito de um Acórdão recente do STJ", em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2022/10/03/da-remissao-abdicativa-em-direito-do-trabalho-notula-a-proposito-de-um-acordao-recente-do-stj/>

disso, não se ter provado "*que o trabalhador fosse adequadamente informado sobre o seu possível efeito, na eventualidade de ter ocorrido anteriormente um despedimento ilícito (e não uma caducidade do contrato)*", razão pela qual desconsiderou a remissão abdicatoria<sup>11</sup>.

Há que salientar que na esmagadora maioria dos casos constantes da jurisprudência as declarações emitidas pelos trabalhadores não constituem uma verdadeira remissão, mas antes um *reconhecimento negativo de dívida*. Efectivamente, na remissão verifica-se, nos termos do art. 863º do Código Civil, a extinção da obrigação por contrato entre o credor e o devedor. Efectivamente, o credor, tendo naturalmente direito a exigir a prestação do devedor, pode, com o acordo deste, abdicar desse direito, determinando a extinção da dívida, sem que ocorra a realização da prestação. *A remissão consiste assim no acordo entre o credor e o devedor pelo qual aquele prescinde de receber deste a prestação devida*.

Assim, e conforme já tivemos ocasião de escrever, a remissão tem dois pressupostos: a) a existência prévia de uma obrigação; b) um contrato entre credor e devedor pelo qual aquele abdica de receber deste a prestação devida<sup>12</sup>. Ora, nos exemplos acima referidos não há referência em primeiro lugar à obrigação que se visa perdoar e em segundo lugar não há um contrato entre credor e devedor a remitir a dívida, por faltar a aceitação do credor, ainda que a jurisprudência tenha considerado ocorrer nesse caso a existência de uma

---

<sup>11</sup> Cfr. Ac. STJ 7/9/2022 (JÚLIO GOMES), vencida LEONOR CRUZ RODRIGUES, processo 16670/17.8T8PRT.P1.S1.

<sup>12</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 219 e ss.

aceitação tácita. Neste caso, o trabalhador não perdoa expressamente a dívida, limitando-se a declarar perante o empregador que não existe qualquer obrigação que esta deva realizar perante ele. A situação é assim de *reconhecimento negativo de dívida* e não de remissão. Este reconhecimento negativo não pode, porém, deixar de estar sujeito ao mesmo regime da remissão, como aliás resulta expressamente do § 397, II, BGB.

O único caso que encontramos na jurisprudência em que a trabalhadora declara expressamente estar a remitir as eventuais dívidas remanescentes que a empresa pudesse ter sobre ela, citando o art. 863º do Código Civil, é precisamente o do acórdão de 7 de Setembro de 2022, o único caso em que pela primeira vez o Supremo considerou inválida a remissão abdicativa.

Esse acórdão motivou uma anotação de Leal Amado numa nótula publicada no Observatório da Almedina, de apoio ao mesmo, apesar de reconhecer que a jurisprudência maioritária do Supremo estaria antes com o voto de vencido. Para Leal Amado as normas laborais "*constituem direito necessário, conferindo uma espécie de estatuto protetor ao trabalhador, o qual é constituído por um grande espectro de direitos. A ser admitida a renúncia a estes direitos, estaríamos, no fundo, a facultar ao empregador a consecução, por tal via, daquilo que lhe seria contratualmente impossível, assim se defraudando as normas jurídico-laborais — e, bem vistas as coisas, assim se transformando o ordenamento juslaboral num verdadeiro gigante com pés de barro*". O autor sustenta, por isso, que "*a irrenunciabilidade do direito surge, pois, como a consequência lógica da imperatividade da norma, legal ou convencional, que o consagra*". Mas o

autor opõe-se mesmo à possibilidade de equiparação do trabalhador a um credor comum, para efeitos de remissão dos créditos, após a extinção do contrato, como tem vindo a ser defendido pela jurisprudência. E por isso afirma que *"tanto a ideia segundo a qual, uma vez terminada a relação laboral, o trabalhador se converte num credor do ex-empregador igual a qualquer outro, como a ideia segundo a qual, a partir desse momento, como que do dia para a noite, os créditos salariais perdem os seus atributos, deixando de desempenhar a função alimentar que lhes é característica, têm muito que se lhes diga, merecendo ser revisitadas e reponderadas pela jurisprudência. Em qualquer caso, talvez seja tempo de o legislador tomar a palavra, estabelecendo sem ambiguidade que os créditos do trabalhador, emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, não podem extinguir-se por via de remissão abdicativa. Fica a sugestão"*<sup>13</sup>.

### 3. A alteração da Lei 13/2023.

E efectivamente a sugestão de Leal Amado foi aceite pelo legislador, tendo a proibição da remissão abdicativa sido introduzida pela Lei 13/2023 no art. 337º, nº3, do Código do Trabalho que nos refere que *"o crédito do trabalhador referido no n.º 1, não é suscetível de extinção por meio de remissão abdicativa, salvo através de transacção judicial"*. Esta disposição parece-nos extremamente criticável<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. JOÃO LEAL AMADO, "Da remissão abdicativa em Direito do Trabalho: nota a propósito de um Acórdão recente do STJ", em <https://observatorio.almeida.net/index.php/2022/10/03/da-remissao-abdicativa-em-direito-do-trabalho-notula-a-proposito-de-um-acordao-recente-do-stj/>

<sup>14</sup> Em sentido contrário, qualificando-a como *"uma das alterações normativas*

Salienta-se, em primeiro lugar, a localização da mesma. Este nº3 foi introduzido no artigo 337º cuja epígrafe é "*prescrição e prova de crédito*", por acaso o único artigo da Secção V que se denomina precisamente "*prescrição e prova*". Ora, a remissão constitui uma causa de extinção das obrigações, que nada tem a ver com a prescrição e a prova dos créditos laborais, pelo que nunca este normativo deveria ter sido aqui colocado.

Em segundo lugar, apesar de a lei falar apenas de um crédito, na verdade abrange todos os créditos do trabalhador resultantes do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação. Ao se referir expressamente à cessação do contrato, passou a ser assim clara a invalidade da remissão abdicativa dos créditos laborais, mesmo que tenha sido efectuada após a cessação do contrato de trabalho, obrigando consequentemente e sem qualquer justificação à alteração de uma jurisprudência firmada e consolidada do Supremo Tribunal de Justiça. Na verdade, se há algo que nos parece fazer muito pouco sentido é efectuar alterações à lei em sentido contrário à jurisprudência, quando a sua anterior aplicação era perfeitamente pacífica.

Mas o que nos parece mais estranho é a excepção estabelecida nessa norma à remissão abdicativa em transacção judicial. Na verdade, se se consideram indisponíveis estes direitos, não é possível a transacção sobre os mesmos, como aliás dispõe expressamente o art. 2113 do Código Civil italiano em relação aos créditos laborais. Entre nós também o art. 1249º do Código Civil refere expressamente que

---

*mais positivas trazidas pela Agenda de Trabalho Digno*", cfr. LEAL AMADO, "Da bondade de uma alteração legislativa anunciada, em matéria de "remissão abdicativa", disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/01/20/da-bondade-de-uma-alteracao-legislativa-anunciada-em-materia-de-remissao-abdicativa/>

*"as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos"*. Assim, se os créditos laborais passaram a ser considerados indisponíveis, não se vê como é se pode dispor dos mesmos em transacção judicial. Se são efectivamente disponíveis após a extinção do contrato, então não se vê qualquer justificação para que a transacção não possa ser preventiva ou extrajudicial.

Na verdade, não se compreende qual a utilidade de a transacção ter que ser necessariamente judicial. Se as partes no processo chegam a acordo, naturalmente que o Tribunal irá homologar essa transacção, não se vendo por isso que justificação poderá existir para a obrigatoriedade de se exigir intervenção judicial. Se as partes já chegaram a acordo, independentemente de qualquer processo, que necessidade existe de exigir o recurso a tribunal para a homologação desse mesmo acordo? Iremos encher os nossos tribunais de acções desnecessárias, quando os processos laborais já têm atrasos suficientes na justiça.

#### 4. Conclusão.

Por tudo isto, nos parece muito infeliz a alteração efectuada pela Lei 13/2023 ao artigo 337º do Código do Trabalho. Esperamos que o nosso legislador ainda venha a arrepiar caminho nesta matéria.





# O DIREITO DO TRABALHO E A PRIMAVERA MARCELISTA

*LABOUR LAW AND THE "PRIMAVERA MARCELISTA"*

**Margarida Seixas**

Sumário: 1. A Primavera Marcelista; 2. A nova LCT; 3. Sindicatos e contratação colectiva; 3.1. Sindicatos nacionais; 3.2. Contratação colectiva; Conclusão.

## Resumo

O presente texto analisa as alterações legislativas introduzidas nas matérias laborais no final da década de 1960 em Portugal, durante o período designado "Primavera Marcelista", tentando apurar em que medida as mesmas correspondem a uma actuação que se integra numa política de continuidade, levada a cabo desde o final da década de 1950, ou se, pelo contrário, espelham uma orientação diversa, de renovação efectiva ou mesmo de ruptura face ao anterior *status quo*.

## Abstract

*This text analyses the legislative changes introduced in Labour Law at the end of the 1960s in Portugal, during the period known as the "Primavera Marcelista", trying to realize in what measure they correspond to an action that is part of a policy of continuity, carried out since the end of the 1950s, or whether, on the contrary, they reflect a different orientation, one of effective renewal or even a disruption with the previous status quo.*

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho, Portugal, Estado Novo, Primavera Marcelista.

**Keywords:** Labour Law, Portugal, "Estado Novo", "Primavera Marcelista".

## 1. A Primavera Marcelista

Esta é a terminologia há muito utilizada, num contexto muito mais amplo que o da Historiografia, e serve para nomear os anos finais da década de 1960 do sistema ditatorial português<sup>1</sup>, designado Estado Novo e que se prolongou desde a década de 1930<sup>2</sup> (especialmente através da Constituição de 1933 e, com enorme relevo para a matéria em estudo, do Estatuto do Trabalho Nacional, designado infra como ETN, Decreto-lei n.º 23 048, de 23 de Setembro de 1933<sup>3</sup>) até Abril de 1974.

Em Setembro de 1968, Marcelo Caetano sucedeu, no cargo de Presidente do Conselho de Ministros, a António de Oliveira Salazar. Este sofrera um acidente em Agosto daquele ano e acabou por ficar impossibilitado de exercer o cargo.

Embora não cortando com o regime anterior e adoptando uma expressão que marcava essa ligação ("Renovação na Continuidade"<sup>4</sup>), surgiu a esperança, em especial entre a população

---

<sup>1</sup> Para uma panorâmica recente sobre o Estado Novo português na década de 1960, ver PAULA BORGES SANTOS / J. M. BRANDÃO DE BRITO, "Introdução. Políticas Públicas na Década de Sessenta: Continuidade ou Rutura?", *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Afrontamento, Porto, 2020, pp. 9-23. Publicado há quase vinte anos, também num conjunto de estudos, mas mais focados no período marcelista, ver FERNANDO ROSAS, "Marcelismo: ser ou não ser", in FERNANDO ROSAS/ PEDRO AIRES OLIVEIRA (coord.), *A transição falhada: o Marcelismo e o fim do Estado Novo (1968-1974)*, Editorial Notícias, Lisboa, 2004, pp. 9-26.

<sup>2</sup> Segundo LUÍS REIS TORGAL, "II - «Estado Novo». Conceito de uma «geração» ou de «algumas gerações»", *Estados Novos Estado Novo. Ensaio de História Política e Cultural*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2009, I vol., p. 67, o termo não surgiu nos discursos oficiais antes de 1932, embora fosse já utilizado na cena política portuguesa desde 1930 (pp. 68-69).

<sup>3</sup> *Diário do Governo*, de ora em diante DG n.º 207, 23 de Setembro de 1933.

<sup>4</sup> Esta expressão foi, aliás, popularizada pelo próprio MARCELLO CAETANO, *Renovação na continuidade*, Verbo, Lisboa, 1971. Sobre este aspecto, conjugado com a o uso da expressão "Estado Social", v. LUÍS REIS TORGAL, "VII - Marcelismo,

mais jovem, de verdadeira mudança, que permitisse a transição para a Democracia e o fim da Guerra Colonial. Essa primeira fase da governação de Marcello Caetano<sup>5</sup>, que apenas durou até 1970<sup>6</sup> - com a tomada de consciência que o regime não mudaria de direcção<sup>7</sup>, mantendo a censura, a repressão e política militarista - foi então denominada "Primavera Marcelista"<sup>8</sup>.

No âmbito das alterações legislativas laborais<sup>9</sup> que serão analisadas de seguida, tem sido debatido se podemos considerar os anos do Governo presidido por Marcello Caetano como um período

---

«Estado Social» e Marcello Caetano", *Estados Novos Estado Novo*, cit., pp. 635-644, realçando a predominância da continuidade.

<sup>5</sup> Para uma descrição das alterações orgânicas e da posterior remodelação ministerial, bem como uma enunciação das reformas em várias áreas nesta fase e dos posteriores recuos, ver LUÍS REIS TORRAL, "VII - Marcelismo, «Estado Social» e Marcello Caetano", cit., pp. 618-625.

<sup>6</sup> Cf., por exemplo, PEDRO EMANUEL MENDES, "Os dilemas da renovação na continuidade e o legado de Marcello Caetano: do outono ao inverno", *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 12, n. 29, e0205, jan./abr. 2020 (referindo o "outono marcelista", entre 1970-1971, e o "inverno marcelista", entre 1972 e 1974), ou FILIPE RIBEIRO DE MENESES, "Diplomacia, Defesa e Guerra", *Os Anos Sessenta em Portugal*, cit., p. 63: "Durou pouco a ilusão que a chegada de Caetano ao poder significaria uma mudança tangível".

<sup>7</sup> Como conclui LUÍS REIS TORRAL, "VII - Marcelismo, «Estado Social» e Marcello Caetano", cit., p. 673: "Portanto, o Marcello Caetano de 1974 não nos parece substancialmente diferente do Marcello de 1926 ou de 1940 ou de 1968, pelo que o marcelismo não é fundamentalmente diferente do salazarismo. Ele é afinal um Estado Novo sem Salazar e... com Marcello Caetano, personalidade diferente de Salazar. É a tal «renovação na continuidade», mais «continuação» do que «renovação» do regime."

<sup>8</sup> MANUEL DE LUCENA / CARLOS GASPAS, "Metamorfoses corporativas? - Associações de interesses económicos e institucionalização da democracia em Portugal (I)", *Análise Social*, Vol. XXVI (5.º), 1991 (n.º 114), p. 850, a propósito das "reformas marcelistas mais ousadas e coerentes", afirmam: "Pode, em suma, dizer-se que a intenção renovadora chegou a ter, no plano social, um perfil assaz nítido, enquanto permanecia vaga no plano político."

<sup>9</sup> Sobre o tema, pode ver-se JOSÉ BARRETO, *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, Tese apresentada à categoria de investigador auxiliar no ICS (Instituto de Ciências Sociais) / Universidade de Lisboa, 1991, pp. 76-95.

autónomo, com uma diferente orientação política<sup>10</sup>, em que “próprio regime tentava modernizar-se, até por necessidade do capitalismo português”<sup>11</sup>, ou se, pelo contrário, existiu uma continuidade que pode ser assinalada desde o final da década de 1950, com uma renovação acentuada nas estruturas político-administrativas, na legislação e na produção científica<sup>12</sup>, que foi preparando e depois concretizando essas modificações, quer antes, quer depois de 1968<sup>13</sup>.

Julgo que a pedra de toque é a própria natureza das modificações legislativas<sup>14</sup>, pelo que deveremos colocar em

---

<sup>10</sup> Parece ser a posição de JOSÉ BARRETO, “Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano”, *Análise Social*, XXV (105-106), 1990 (1.º/2.º), pp. 57-117 (texto reproduzido, em vários aspectos, no referido na nota anterior), colocando a tónica nas alterações relativas a sindicatos e relações colectivas e considerando tão importantes quanto as novidades legislativas “o clima social e político suscitado pela fase de «abertura» do caetanismo, as grandes expectativas geradas no meio sindical e dos trabalhadores em geral [...] a experiência colhida no plano laboral pelo Governo de Caetano nos seus primeiros tempos, antes e depois da aprovação das novas leis”. De forma menos específica, também parece ser essa a orientação de MANUEL DE LUCENA / CARLOS GASPAS, “Metamorfoses corporativas?”, cit., p. 851.

<sup>11</sup> JOSÉ JOÃO ABRANTES, “O Direito do Trabalho do «Estado Novo»”, *Cultura, Revista de História e Teoria das Ideias*, nº 23, 2006, p. 5.

<sup>12</sup> A este propósito, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Uma História de Leis do Trabalho*, Quid Iuris, Lisboa, 2021, pp. 149-153; BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, Lisboa, 2004, pp. 97-100. Os antecedentes desta renovação, desembocando na criação do Centro de Estudos Sociais e Corporativos, remontam ao Gabinete de Estudos Corporativos (1949-1961) e na publicação da respectiva *Revista*, cf. JOSÉ LUÍS CARDOSO, “O Gabinete de Estudos Corporativos (1949-1961) e a génese de uma biblioteca moderna de ciências sociais”, *Análise Social*, 206, XLVIII (1.º), 2013, pp. 193-219.

<sup>13</sup> Neste segundo sentido, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»”, *Os Anos Sessenta em Portugal*, cit., p. 121: “Sendo certo que, já no período de 1965 a 1973, se registou em Portugal uma profunda remodelação desse quadro legal, parece claro - sobretudo pelo que se sabe acerca do total *makeover* do regime do contrato de trabalho - que ela se inscreveu num processo lançado no início da década de sessenta, reflectindo uma fase particular da evolução do regime corporativo”.

<sup>14</sup> Escolhi analisar com maior detalhe estes três diplomas, por concentrarem em si as principais modificações de natureza laboral, embora não tenham sido os únicos, como refere, por exemplo, MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, “Continuidade e

diferentes patamares o Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969, reformulando a Lei do Contrato de Trabalho (LCT) de 1966, e os Decretos-Lei n.º 49 058, de 14 de Junho de 1969, e n.º 49 212, de 28 de Agosto de 1969, regulando os sindicatos e a contratação colectiva. Nesse sentido, olharemos de forma autónoma para cada um dos regimes, começando pela nova LCT e seus antecedentes.

## 2. A nova LCT

Recuando, assim, um pouco, até à fase final da governação de Salazar<sup>15</sup>, as alterações na área da regulação do trabalho começaram logo no início da década de 1960, com a apresentação de um projecto de lei por Henrique Veiga de Macedo, Ministro das Corporações e Previdência Social, o impulsionador da criação do Centro de Estudos Sociais e Corporativos (CESC), em 1956, para funcionar junto do Gabinete do Ministro das Corporações e Previdência Social.

---

ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", in MANUEL VILLAVEDE CABRAL et al. (org.), *Itinerários: a investigação nos 25 anos do ICS*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2008, pp. 129-132, tratando também a Lei n.º 2144, de 29 de Maio de 1969 (DG n.º 127/69, de 29 de Maio, pp. 591-596), que reorganizava as Casas do Povo e os regimes de previdência rural, referindo o seu processo de elaboração sob coordenação de Gonçalves de Proença e a oposição no interior do Governo presidido por Salazar.

<sup>15</sup> Segundo MANUEL DE LUCENA / CARLOS GASPAS, "Metamorfozes corporativas?", cit., p. 849, as novas políticas desta fase tentavam responder ao despontar do "sindicalismo autónomo" e às reivindicações dos "colarinhos brancos": "Ainda sob Salazar, o regime tentou responder-lhes: melhorando a lei do contrato de trabalho; criando certos serviços sociais, como, por exemplo, o da mão-de-obra; preparando a reforma e o alargamento da Previdência; e inflectindo pouco a pouco o corporativismo, para dar lugar a um mais providencial *welfare state*".

Ainda antes de aprovada a nova LCT, foi aprovado o Código de Processo do Trabalho, pelo Decreto-Lei n.º 4 5497<sup>16</sup>, de 30 de Dezembro de 1963. Também foi publicado o novo regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais<sup>17</sup>, Lei n.º 2 127<sup>18</sup>, de 3 de Agosto de 1965, revogando a Lei n.º 1 942<sup>19</sup>, de 27 de Julho de 1936, bem como a legislação subsequente (o Decreto n.º 27 649<sup>20</sup>, de 12 de Abril de 1937, e o Decreto-Lei n.º 38 539<sup>21</sup>, de 24 de Novembro de 1951). A nova Lei não foi logo regulamentada<sup>22</sup>, tal apenas ocorreu através do Decreto n.º 360/71<sup>23</sup>, de 21 de Agosto. Ainda assim, eram introduzidas novidades relevantes na regulação desta matéria<sup>24</sup>.

Passado menos de um ano, foi publicado o Decreto-Lei n.º 47 032<sup>25</sup>, de 27 de Maio, que aprovava a segunda *Lei do Contrato de*

---

<sup>16</sup> DG n.º 305/1963, Série I, de 30 de Dezembro, pp. 2177-2198.

<sup>17</sup> Sobre a regulação durante o Estado Novo, LEONARDO ABOIM PIRES, "Corporativismo e proteção laboral no Estado Novo português: o caso dos acidentes de trabalho e doenças profissionais (1936-1974)", *Oficina do Historiador*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 9, n. 2, Jul./dez. 2016, pp. 79-98, pp. 90-94, sobre Lei n.º 2 127, de 3 de Agosto de 1965, e posteriores medidas.

<sup>18</sup> DG n.º 172/1965, Série I, de 3 de Agosto, pp. 1071-1078.

<sup>19</sup> DG n.º 174/1936, 27 de Julho, pp. 859-864.

<sup>20</sup> DG n.º 84/1937, Série I, 12 de Abril, pp. 347-355.

<sup>21</sup> DG n.º 246/1951, Série I, 24 de Novembro, pp. 1039-1040.

<sup>22</sup> Como ainda assinalavam LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, p. 87, e ALMEIDA POLICARPO / MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1970, p. 108.

<sup>23</sup> DG n.º 197/1971, Série I, de 21 de Agosto, pp. 1197-1208.

<sup>24</sup> Como destacou ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", cit., p. 133: "consagrou a reparação de acidentes *in itinere*, adoptou, como fundamento da responsabilidade patronal pelos acidentes e doenças, a teoria do «risco de autoridade», e impôs a transferência dessa responsabilidade mediante seguro obrigatório".

<sup>25</sup> DG n.º 125/1966, Série I, 27 de Maio, pp. 830-848.

*Trabalho*, revogando não apenas a anterior *LCT*<sup>26</sup> (Lei n.º 1 952<sup>27</sup>, de 10 de Março de 1937), mas igualmente regras de outros diplomas posteriores especificamente mencionados<sup>28</sup>, bem como a legislação anterior em tudo o que fosse contrário às disposições contidas na nova *LCT*.

Verdadeiramente inovadora no panorama jurídico nacional, não pode esquecer-se que os trabalhos iniciais remontavam a Setembro de 1960, momento em que o Ministro das Corporações e Previdência Social, Henrique Veiga de Macedo, apresentou um Projecto de proposta de lei<sup>29</sup>, que foi alvo do Parecer n.º 45/VII da Câmara Corporativa de 15 de Novembro de 1961<sup>30</sup>, tendo sido nomeado relator Inocêncio Galvão Telles, prestigiado Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que elaborou um novo Projecto<sup>31</sup>, com várias diferenças, nomeadamente em extensão, uma vez que as 45 bases do primeiro passaram a 77 artigos no segundo, com a seguinte estrutura:

Secção I - Disposições preliminares;

---

<sup>26</sup> Para maior desenvolvimento MARGARIDA SEIXAS, "Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei n.º 1 952, de 10 de Março de 1937", in LAURA BECK VARELA / JULIA SOLLASTRE, (ed.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, Editorial Dykinson / Universidad Carlos III, Madrid, 2018, pp. 481-513.

<sup>27</sup> DG n.º 57/1937, 10 de Março, pp. 203-205.

<sup>28</sup> Cf. dispunha o artigo 133º: "(o artigo 3.º e seus §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 38596, alterado pelo artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 43182, de 4 de Janeiro de 1952, o Decreto-Lei n.º 38768, de 28 de Maio de 1952, e os artigos 1.º e seu § único, 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 43182, de 23 de Setembro de 1960)".

<sup>29</sup> Projecto de proposta de lei n.º 517, de 28 de Setembro de 1960, publicado nas *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 109, VII legislatura, 6 de Outubro de 1960, pp. 1163-1174. Sobre o processo descrito, v. também LUIS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 780-786.

<sup>30</sup> Publicado nas *Actas da Câmara Corporativa*, n.º 142, VII legislatura, sessão 4, 15 de Novembro de 1961, pp. 1517-1528.

<sup>31</sup> Sobre este projecto, apresentando algumas críticas, se pronunciou MÁRIO PINTO, "A colaboração na empresa e a projectada lei sobre o contrato de trabalho", *Análise Social*, vol. I, 1963 (n.º 1), pp. 100-104.

Secção II - Trabalho em empresas;

Secção III - Outras formas de trabalho;

Secção IV - Disposições complementares.

Contudo, estes projectos não tiveram continuidade e foi apenas em 1965 que José João Gonçalves de Proença, Ministro das Corporações e Previdência Social desde 1961, deu novo impulso ao processo, retirando-o da esfera da Assembleia Nacional e encomendando um ante-projecto de Decreto-Lei ao também célebre Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Fernando Pessoa Jorge. O trabalho desenvolvido a partir desse momento beneficiou do apoio do CESC, que passara a publicar, a partir de 1962, a inovadora revista *Estudos Sociais e Corporativos*, na qual, aliás, veio a ser publicado o ante-projecto<sup>32</sup>.

Este último, como já assinalado por Monteiro Fernandes<sup>33</sup>, estava estruturado de forma bastante diversa face ao projecto de 1961:

Capítulo I - Disposições gerais;

---

<sup>32</sup> FERNANDO PESSOA JORGE, "Contrato de Trabalho - Anteprojecto de Diploma Legal", *Estudos Sociais e Corporativos*, ano IV, Março 1965, nº 13, pp. 247-301. Nas pp. 247-248, o próprio Pessoa Jorge, autor do Projecto, dava breve nota de todo o processo desencadeado em 1960 e também daquilo que o texto apresentado devia às impressões trocadas com Francisco Neto de Carvalho, que fora director-geral do Trabalho e das Corporações, e Maria da Conceição Tavares da Silva, antiga assistente do CESC e então professora do Instituto dos Estudos Sociais.

<sup>33</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", cit., p. 136. O autor comentou, logo em 1965, o Projecto apresentado, a propósito de uma matéria específica, no seu *Aspectos da suspensão da prestação de trabalho. Comentário ao novo projecto de diploma*, Sep. de *Estudos Sociais e Corporativos*, nº 12 (Dez. 1964), Lisboa, 1965, considerando que, face ao "espírito individualista" e à "concepção formal de igualdade" da LCT de 1937, "o novo projecto de diploma representa uma considerável mudança de atitude: são assim atribuídas ao princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador honras especiais como instrumento de interpretação e integração [...]" (p. 8).

- Capítulo II - Direitos, deveres e garantias das partes;
- Capítulo III - Da prestação de trabalho;
- Capítulo IV - Da retribuição;
- Capítulo V - Da suspensão do contrato de trabalho;
- Capítulo VI - Da cessação do contrato de trabalho;
- Capítulo VII - Da violação das leis do trabalho.

A partir deste ante-projecto e do trabalho desenvolvido no âmbito do CESC e do Gabinete ministerial, foi elaborado e publicado o já mencionado Decreto-Lei nº 47 032, de 27 de Maio de 1966, que, logo no Preâmbulo, elencava as inovações introduzidas em diversas matérias<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Quanto às inovações técnicas são identificadas no âmbito da sistematização do diploma (§. 2. do Preâmbulo). São as seguintes as áreas com inovações identificadas “quanto ao aspecto dispositivo propriamente dito”: “conceitualização do contrato; classificação dos trabalhadores; fontes de direito aplicáveis aos contratos de trabalho; regulamentos internos; regime das nulidades; revalidação dos contratos afectados de invalidade; princípio da mútua colaboração; deveres e garantias das partes; prestação pelo trabalhador de serviços não compreendidos no contrato; mudança de categoria e de local de trabalho; poder disciplinar; pactos de não concorrência; transmissão do estabelecimento; prescrição dos créditos resultantes do contrato de trabalho; disciplina, segurança, higiene e moralidade do trabalho; formação profissional dos trabalhadores; período experimental; trabalho extraordinário; intervalos de descanso; horário de trabalho e isenções; feriados obrigatórios; férias e sua duração; licenças e regime de faltas; suspensão da prestação do trabalho por impedimento prolongado; encerramento temporário do estabelecimento; especiais garantias de emprego e de retribuição; modalidade de retribuição; regime de participação nos lucros para efeitos de retribuição; doações remuneratórias; forma, lugar e tempo de pagamento da retribuição; compensações e descontos; causas normais da cessação do contrato de trabalho; regime da revogação, da caducidade, da rescisão e da denúncia; cessação do contrato no período experimental; encerramento definitivo do estabelecimento; falência e insolvência; direitos das mulheres; protecção às trabalhadoras com responsabilidades familiares; protecção aos menores; idade mínima para a celebração do contrato de trabalho; duração das férias dos menores; sanções por violação das leis do trabalho, e, finalmente, amplitude de aplicação do diploma.” (§. 3. do Preâmbulo).

Sem tratar nesta sede de cada uma dessas novidades com pormenor, não posso deixar de mencionar que era profundamente transformada a regulação do contrato de trabalho no Direito português, acompanhando em muitas áreas a legislação que já vigorava noutros países europeus.

Se quanto à definição do contrato de trabalho o diploma não se afastava muito do anteriormente previsto<sup>35</sup>, já noutras matérias as diferenças eram consideráveis: i) diferente regulação das fontes de Direito aplicáveis ao contrato de trabalho<sup>36</sup>, com a afirmação clara do princípio do *favor laboratoris*, e da previsão do regulamento interno (artigos 12.º e 13.º e artigo 7.º); ii) fim da diferenciação entre empregados e assalariados, optando-se pela designação “trabalhador/a/es/as” (v.g., nos artigos 5.º, 7.º, 11.º, 18.º a 26.º, 28.º, 29.º, 31.º a 34.º, 36.º a 38.º, 40.º, 42.º a 46.º, 50.º, 51.º, 54.º a 68.º, 70.º a 74.º, 77.º, 78.º, 80.º, 82.º, 85.º a 94.º, 97.º, 99.º a 101.º, 104.º, 107.º, 109.º, 110.º, 112.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 127.º, 130.º); iii) estabelecimento de um regime de invalidez (artigos 14.º a 17.º), sob o princípio do aproveitamento, para “salvar tanto quanto possível os efeitos da relação do trabalho realmente existente”; iv) apresentação sistematizada dos direitos, deveres e garantias das partes, nomeadamente quanto a alterações funcionais, mudança de categoria e de local de trabalho (artigos 18.º e seguintes); v) revisão da previsão do poder disciplinar para

---

<sup>35</sup> Artigo 1.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. Encontramos ainda semelhanças com a formulação do Código Civil de 1867 e da primeira LCT de 1937.

<sup>36</sup> Sobre as alterações nesta matéria, v. Luís GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 786-788.

alcançar “melhor precisão do seu conteúdo e enumeração de sanções, limites e modo de exercício” (artigos 26.º a 35.º); vi) previsão da possibilidade de exigir todos os créditos laborais pelo trabalhador até um ano após a cessação do contrato, gozando das garantias da retribuição (artigos 25.º e 38.º); vii) consagração do dever de proporcionar formação profissional aos trabalhadores (artigo 42.º); viii) estabelecimento da regra da não obrigatoriedade do trabalho extraordinário, embora com exceções (artigos 46.º e 47.º); ix) consagração de remuneração especial para a isenção de horário de trabalho se a isenção implicava a possibilidade de prestar trabalho para lá do período normal (artigo 50.º); x) alterações quanto aos feriados e alargamento do período de férias obrigatório e estipulação de um regime mais pormenorizado e garantístico (artigos 52.º a 66.º); xi) fixação de um novo regime de faltas (artigos 67.º a 71.º); xii) regulação detalhada da suspensão da prestação de trabalho por impedimento prolongado (artigos 72.º a 79.º); xiii) consagração de um novo regime para a retribuição, que incluía a possibilidade de participação em lucros (artigos 80.º a 94.º); xiv) estabelecimento de um regime diverso para a cessação do contrato e suas diferentes modalidades (artigos 95.º a 112.º); xv) previsão de um regime de maior protecção para o trabalho de mulheres e crianças (artigos 113.º a 122.º).

Nesse mesmo ano, em Novembro, era aprovado o novo Código Civil<sup>37</sup>, que também previa o contrato de trabalho, mas remetia, no artigo 1153.º, para a regulação especial, em que se incluía

---

<sup>37</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, *DG* n.º 274, Série I, 25 de Novembro de 1966, pp. 1883-2086.

obviamente a LCT publicada em Maio. Como já salientou Luís Gonçalves da Silva, o projecto de Galvão Telles era bastante mais extenso que a consagração final, mas a opção por uma “regulação diminuta da temática laboral, mais precisamente, do contrato de trabalho”<sup>38</sup> alicerçou-se na consideração de não existir naquela época a necessária sedimentação para que se procedesse à codificação da legislação social.

O Decreto-Lei nº 47 032 de 1966 previa expressamente a sua revisão obrigatória até ao final de 1968 (artigo 182.º) e tal veio efectivamente a suceder, um pouco mais tarde, através do Decreto-Lei nº 49 40839, de 24 de Novembro de 1969, a mais duradora LCT, que esteve aliás em vigor, ainda que com alterações várias, até ao Código do Trabalho de 2003.

Para o tema tratado, interessa, em especial, analisar este diploma de 1969 na perspectiva de comparação com o de 1966, para tentar apurar se a nova configuração política criada com a substituição de Salazar por Marcello Caetano se traduziu em inovações que justifiquem a afirmação de um novo paradigma.

No preâmbulo do Decreto-Lei, num primeiro ponto onde se identificavam os objectivos da revisão levada a cabo por um grupo de trabalho de especialistas (aproveitar os “ensinamentos e sugestões que a seu respeito a experiência da aplicação prática”, resolver “dificuldades de interpretação ou aplicação que a vigência

---

<sup>38</sup> LUÍS GONÇALVES DA SILVA, “Nótula sobre o contrato de trabalho e a codificação civil”, in MARGARIDA SEIXAS / CRISTINA RODRIGUES (org.), *Da escravidão ao trabalho digno. Nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT*, Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), Lisboa, 2021, p. 109.

<sup>39</sup> DG n.º 275/1969, 1º Suplemento, Série I, 24 de Novembro de 1969, pp. 1670-1687.

dos preceitos tenha revelado", corrigir "um ou outro ponto em que o regime se tenha manifestado, eventualmente, menos adequado"), esclarecia-se que as alterações se destinavam a "fazer aderir o dispositivo legal às realidades patenteadas pela experiência ou tornadas mais evidentes através de justas reclamações ou pertinentes observações"

E no ponto 2, afirma-se com clareza:

"A revisão que se propõe do Decreto-Lei n.º 47 032 não determina, todavia, transformações radicais na matéria [...] Assim, mantém-se praticamente intacta, quer a arquitectura e sistematização da lei, embora com alguns ajustamentos [...], quer a posição fundamental dos sujeitos na relação jurídica de trabalho [...]"

E terá sido exactamente isto que sucedeu? É o próprio diploma que, no 3º ponto do Preâmbulo, enumera as novidades introduzidas<sup>40</sup> - interessa salientar, em primeiro lugar, as que reforçavam os direitos e garantias dos trabalhadores:

1. Em matéria disciplinar, visava-se "definir melhor os princípios a que deve obedecer a aplicação das sanções disciplinares, criando, para o efeito, um verdadeiro processo", passando a ser obrigatória a audiência prévia do trabalhador e conferindo-lhe "o direito de reclamar ou recorrer por via hierárquica ou institucional das sanções" aplicadas

---

<sup>40</sup> As diferenças estão bem assinaladas nos comentários e anotações ao Decreto-Lei publicadas logo de seguida: por exemplo, BERNARDO LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, cit., em 1969, ou ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., em 1970.

(artigo 31.º, em especial n.º 4<sup>41</sup>);

2. Ainda em matéria disciplinar, integrou-se “um sistema mais maleável”, permitindo “maior diversidade de sanções, a fim de impedir, salvo em último caso, o recurso à sanção mais grave, ou seja o despedimento sem indemnização” – se, à primeira vista, o “alargamento do período durante o qual o trabalhador, por efeito de sanção disciplinar, pode ser suspenso com perda de retribuição” poderia aparentar ser uma diminuição da protecção do trabalhador, ganha um significado inverso face à motivação (artigo 28.º)<sup>42</sup>;
3. Quanto as férias, as mesmas passavam a “ser referidas ao serviço prestado no ano anterior” (artigo 55.º) e estabelecia-se um novo critério de cálculo mais favorável (artigo 57.º)<sup>43</sup>;
4. Quanto ao trabalho das mulheres, estabelecia-se de forma mais clara o direito das mulheres a “receber, em identidade de tarefas e qualificações e idêntico rendimento de trabalho, a mesma retribuição dos homens” (artigo 116.º, n.º 2)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., p. 91, assinalavam ser esta “uma inovação que consagra um verdadeiro direito de reclamação, por parte do trabalhador, no domínio disciplinar.”

<sup>42</sup> Como assinalavam LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, cit., p. 69, e ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., pp. 86-87.

<sup>43</sup> ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., p. 138, afirmavam em 1970: “O regime de férias aparece profundamente revolucionado na LCT2 [a de 1969] sobretudo pelo que diz respeito aos pressupostos do direito que as tem por objecto”.

<sup>44</sup> Para ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho*

5. E ainda quanto ao trabalho das mulheres, considerava-se válido o contrato celebrado directamente pela mulher casada, embora o marido se pudesse opor apresentando “razões ponderosas” (artigo 117.º)<sup>45</sup>;
6. Quanto ao trabalho de menores, a idade mínima era alterada de 12 para 14 anos e suprimida a possibilidade de o INTP autorizar o trabalho de menores com idade inferior (artigo 123.º)<sup>46</sup>;
7. Também quanto ao trabalho de menores, foi vedada a possibilidade de os despedir sem justa causa, “salvo com fundamento nas necessidades imperiosas do funcionamento da empresa” (artigo 125.º)<sup>47</sup>;
8. Quanto aos trabalhadores com capacidade reduzida, era introduzido o novo capítulo IX (artigo 126.º), consagrando o dever imposto às empresas e ao Estado “de facilitar e

---

*Anotada*, cit., p. 242, a nova formulação tinha como objectivo “garantir, de modo eficiente, o princípio proclamado de «a trabalho igual salário igual» e os autores informavam que a expressão utilizada (“em identidade de tarefas e qualificações”) provinha “de uma passagem do III Plano de Fomento”; já BERNARDO LOBO XAVIER, no *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2ª edição, Atlântida Editora, Coimbra, 1972, p. 219, afirmava que “a nossa ordem jurídica (cfr. também art. 116.º da Const. Pol.) repele, portanto, frontalmente, qualquer discriminação de vencimentos fundada no sexo”.

<sup>45</sup> LOBO XAVIER, no *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 1ª edição, cit., p. 181, lembrava que, nos termos do artigo 3.º do CPT, a mulher casada podia “estar por si em juízo, independentemente da autorização marital”.

<sup>46</sup> LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 1ª edição, cit., pp. 194-195, e ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., pp. 263-264, assinalavam quer a alteração que aumentara a escolaridade obrigatória, quer a necessidade de alinhamento com as convenções da OIT.

<sup>47</sup> LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 1ª edição, cit., p. 197, referia a introdução de “uma especial garantia de estabilidade de emprego para os menores [...]”.

fomentar a recuperação profissional e o emprego dos trabalhadores com capacidade diminuída, qualquer que seja a sua causa"<sup>48</sup>.

Também se deve assinalar que o Preâmbulo do diploma afirmava que se pretendia "dinamizar o princípio da mútua colaboração", através do aditamento do n.º 4<sup>49</sup> ao artigo 18.º (Princípio da mútua colaboração)<sup>50</sup> e ainda do aditamento do n.º 2<sup>51</sup> ao artigo 41.º (Prevenção de acidentes de trabalho e doenças profissionais)<sup>52</sup>.

As restantes modificações prendiam-se com aspectos que se julgou necessário clarificar ou reorganizar (regulamentos internos, artigo 7.º e novo artigo 39.º; retribuição, artigos 82.º a 86.º, 90.º, 91.º, 93.º, 95.º, 96.º; indemnização por despedimento, artigo 106.º), com alterações para promover a assiduidade e sancionar o absentismo (possibilidade de as entidades patronais descontarem um dia de férias por cada três faltas não justificadas, ainda que com

---

<sup>48</sup> LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 1ª edição, cit., p. 198, considerava o novo preceito como "meramente programático" e o mesmo afirmavam ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., p. 270.

<sup>49</sup> "4. Os órgãos de colaboração e os sistemas de comparticipação podem ser estabelecidos nas convenções colectivas de trabalho, e o Estado poderá, através de adequada legislação, fixar as condições da obrigatoriedade da sua instituição."

<sup>50</sup> ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., p. 67, comentavam a novidade do n.º 4 como forma de "estimular a realização do programa enunciado nos números precedentes, dando assim, conteúdo efectivo a um conceito que não é apenas político-social (art. 22º do ETN), mas, igualmente, como se viu, essencialmente constitutivo da relação jusslaboral."

<sup>51</sup> "2. Os trabalhadores devem colaborar com a entidade patronal em matéria de higiene e segurança do trabalho, por intermédio de comissões de segurança ou de outros meios adequados."

<sup>52</sup> ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., p. 108, consideravam o n.º 2 representava "um afloramento do princípio geral de colaboração enunciado, em termos gerais, no art. 18.º, n.º 1."

limites, artigo 68.º), com a flexibilização do regime de descanso semanal no trabalho por turnos (artigo 51.º, n.º 3) ou com a possibilidade de as convenções colectivas estabelecerem, para os casos em que tal regime ainda não vigorasse, os termos e condições em que a retribuição do trabalhador abrangia o dia de descanso semanal (artigo 54.º, n.º 4), entre outras ainda.

Face às alterações elencadas, julgo que não é possível identificar uma mudança significativa que possa corresponder a uma nova orientação. Em primeiro lugar, a revisão do Decreto-Lei de 1966 resultou do mecanismo já previsto no próprio diploma<sup>53</sup> e não de uma decisão espontânea, que poderia ser sinónimo de uma vontade de marcar um caminho de inovação.

Em segundo lugar, sem as menosprezar, as alterações introduzidas, algumas delas bastante relevantes, traduzem, na minha opinião, mais um processo de clarificação e de aperfeiçoamento técnico-jurídico e não tanto um instrumento para um rumo político diferente e ainda menos uma actuação em sentido contrário ao caminho que se tinha construído desde o final da década de 1950. Todo este processo reflecte amplamente o clima de renovação que se fazia sentir há mais de dez anos e que apontava para o surgir do “embrião de uma «escola» de direito do trabalho”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Como se assinalava logo no início do Preâmbulo do Decreto-Lei nº 49 408: “Constitui objecto do presente texto legal a revisão do regime jurídico do contrato individual de trabalho, em cumprimento do disposto no artigo 132.º do Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966. Assim se procura corresponder à intenção de atribuir ao Decreto-Lei n.º 47032 vigência quase experimental durante o período de dois anos, considerado suficiente para a melhor ponderação das soluções nele consagradas, algumas de bem marcado sentido inovador [...]”.

<sup>54</sup> MONTEIRO FERNANDES, “A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»”, cit., p. 135.

Em síntese, quanto à LCT de 1969, é difícil defender que a Primavera Marcelista traduziu significativa inovação e muito menos ruptura com o passado.

A longevidade do diploma prende-se, entre outros factores, com o seu apuro técnico e com a diminuta carga corporativa expressa, uma vez que, nas palavras de Monteiro Fernandes, os seus “traços mais marcadamente ideológicos [...] praticamente se concentravam num artigo (o art. 18º)”<sup>55</sup>.

A LCT de 1966 e a sua revisão de 1969 mereceram quase de imediato o comentário e anotação daqueles juristas portugueses que mais se dedicavam ao estudo do Direito do Trabalho, alguns deles à época bastante jovens e com intervenção mais ou menos directa nas alterações legislativas<sup>56</sup>.

Esse trabalho doutrinário, anterior e posterior à LCT de 1966 e à revisão de 1969, é de tal forma rico e fértil para o desenvolvimento dos estudos laboristas em Portugal que merece um estudo autónomo, reservado para breve. Saliento, desde já, que as divergências doutrinárias quanto à interpretação da LCT surgiram quase de imediato, evidenciado o dinamismo da laboralística em desenvolvimento<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>56</sup> O que ficava até patente nas próprias obras publicadas: por exemplo LOBO XAVIER, então Assistente do CESC, no seu *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 1ª edição, cit., na “Nota Prévia”, quanto à revisão de 1969, fazia referência à sua intervenção (“revisão essa em que o autor teve a honra de colaborar”); ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., prestavam informação semelhante na respectiva “Nota Prévia” (“os autores foram chamados a participar nos trabalhos preparatórios do diploma actual, como o tinham já sido relativamente aos do Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966, que o antecedeu”).

<sup>57</sup> Um exemplo entre outros: na segunda edição da sua anotação à LCT, LOBO XAVIER *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, cit., 1972, p. 132, a

### 3. Sindicatos e contratação colectiva

Num plano diverso, durante a "Primavera Marcelista" existiu alguma abertura, por exemplo um menor controlo das estruturas sindicais e uma nova regulação dos sindicatos, pelo Decreto-lei n.º 49 058, de 14 de Junho de 1969, e das relações colectivas, pelo Decreto-lei n.º 49 212, de 28 de Agosto de 1969, numa tentativa de reforma que há muito era defendida por alguns círculos afectos ao próprio regime<sup>58</sup>. Aliás, em 1970, Mário Pinto chamava a atenção para a nova linguagem popularizada pelo III Plano de Fomento (1968-1973)<sup>59</sup>:

"Com efeito, e a partir do III Plano de Fomento (em cujo texto se consagra), entrou na circulação das expressões na ordem do dia a de «reestruturação sindical». Ao lado de outras (como, por

---

propósito da regulação das férias e dos noventa dias referidos pelo artigo 55º, n.º 2, divergia expressamente da interpretação, que referia, de ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, cit., pp. 139-141.

<sup>58</sup> A este propósito, ver, por exemplo, o excelente artigo de JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", cit., pp. 57-117, em que se afirma, p. 59: "A revisão da lei sindical articulava-se estreitamente com a nova lei da negociação colectiva. Formavam um conjunto lógico, que potenciava o efeito separado de cada uma delas. Os objectivos da nova lei sindical, segundo o parecer sobre ela emitido pela Câmara Corporativa [Parecer n.º 21/IX, ano de 1969], eram o fortalecimento dos sindicatos e uma menor interferência do Governo na sua vida interna e na sua actividade. Quanto à nova lei das relações colectivas do trabalho, o objectivo fundamental era a dinamização da negociação, submetendo-a a uma tramitação obrigatória e imprimindo uma certa celeridade ao seu processo, resultando de tudo uma atenuação do papel interventor do Estado — «se é que não se extingue», arriscava mesmo o respectivo parecer da Câmara Corporativa [Parecer n.º 26/IX, ano de 1969]. Ambas as reformas se orientavam, pois, para uma diminuição da intervenção do Estado, ao mesmo tempo que proporcionavam o fortalecimento e uma maior responsabilização da organização sindical.". Ver também MANUEL DE LUCENA / CARLOS GASPAS, "Metamorfoses corporativas?", cit., pp. 863-864, e MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., pp. 127-128 e 132-138.

<sup>59</sup> *III Plano de Fomento para 1968-1973*, Imprensa Nacional de Lisboa, Lisboa, 1968.

exemplo, «formação de dirigentes sindicais» e «criação de centros de estudos ou gabinetes técnicos junto dos sindicatos»), aquela expressão tem constituído a fórmula que por excelência suporta o reconhecimento aberto da necessidade de alterações nas estruturas sindicais.”<sup>60</sup>.

Lateral e anterior aos diplomas que regularam os sindicatos e a contratação colectiva, importa lembrar<sup>61</sup> um sinal de alguma distensão na postura do Governo face aos conflitos laborais: o Despacho de 19 de Fevereiro de 1969<sup>62</sup>, “enviado, por ofício e em circular confidencial, pelo gabinete do ministro do Interior Gonçalves Rapazote aos responsáveis máximos das forças policiais e a todos os governadores civis do continente e ilhas adjacentes”<sup>63</sup>, que, sem revogar o Decreto-lei 23 870<sup>64</sup> de 18 de Maio de 1934 (proibição de lock-out e greve), estabelecia que as greves não davam lugar a intervenção necessária e imediata das forças policiais. Estas últimas somente deveriam agir com solicitação expressa das entidades patronais e apenas para “proteger as pessoas e os bens” se fossem “ameaçados, assegurar a liberdade de trabalho e a ordem”, sem “qualquer espécie de intervenção no conflito”<sup>65</sup> entre trabalhadores e patrões.

---

<sup>60</sup> MÁRIO PINTO, “Reestruturação sindical: tópicos para uma questão prévia”, *Análise Social*, vol. VIII, 1970 (n.º 32), p. 717.

<sup>61</sup> Cf. MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, “Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano”, cit., pp. 125-126 e 128-129; também refere o Despacho, LUIS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 795-796.

<sup>62</sup> MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, “Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano”, cit., p. 126, nota 3, fornece a respectiva localização nos Arquivos do Ministério do Interior e da PIDE-DGS.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>64</sup> *DG* n.º 115/1934, de 18 de Maio, pp.

<sup>65</sup> Os trechos do Despacho aqui transcritos constam do texto de MARIA DE FÁTIMA

Vejam, de seguida, cada um dos diplomas acima mencionados, publicados em Junho e Agosto do mesmo ano, e o respectivo contexto.

### 3.1. Sindicatos nacionais

O Decreto-Lei n.º 49 058<sup>66</sup>, de 14 de Junho de 1969 veio regular os sindicatos nacionais, alterando em vários aspectos o Decreto-Lei n.º 23 050<sup>67</sup>, de 23 de Setembro de 1933, determinando a não aplicação aos sindicatos dos Decretos-Leis n.º 31 946<sup>68</sup>, de 31 de Março de 1942, e n.º 32 820<sup>69</sup>, de 2 de Junho de 1943, e revogando o Decreto n.º 23 340<sup>70</sup>, de 12 de Dezembro de 1933, os Decretos-Leis n.º 25 116<sup>71</sup>, de 12 de Março de 1935, e n.º 27 228<sup>72</sup>, de 23 de Novembro de 1936, e o Decreto-Lei n.º 42 522<sup>73</sup>, de 23 de Setembro

---

PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., p. 126. A Autora, pp. 128-129, apresenta o contexto grevista e de agitação operária que precedeu o Despacho.

<sup>66</sup> DG n.º 138/1969, I Série, 14 de Junho, pp. 669-674. Sobre a preparação do diploma desde, pelo menos, 1964, MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., pp. 132-134.

<sup>67</sup> DG n.º 217/1933, 23 de Setembro, pp. 1659-1662, reorganização dos sindicatos nacionais.

<sup>68</sup> DG n.º 74/1942, 31 de Março, p. 288, eleição dos cargos sociais nos organismos corporativos.

<sup>69</sup> DG n.º 113/1943, 2 de Junho, p. 343, sobre a nomeação pelo Governo de comissões administrativas para o exercício das funções de direcção dos organismos corporativos pelo prazo julgado necessário e prorrogação dos mandatos das mesmas comissões

<sup>70</sup> DG n.º 283/1933, 12 de Dezembro, pp. 2141-2142, sobre a formação de secções femininas nos sindicatos nacionais.

<sup>71</sup> DG n.º 57/1935, 12 de Março, pp. 365-366, regulava a eleição das direcções dos sindicatos nacionais.

<sup>72</sup> DG n.º 275/1936, 23 de Novembro, pp. 1475-1476, permitindo ao sub-secretário de Estado das Corporações e Previdência Social autorizar a constituição de sindicatos nacionais por áreas de dois ou mais distritos quando não se pudesse fazer de outra forma a organização de certas profissões.

<sup>73</sup> DG n.º 219/1959, 23 de Setembro, pp. 1475-1476, alterando a orgânica e

de 1959, com excepção do artigo 7.<sup>o</sup><sup>74</sup>, na medida em que dispunha para os restantes organismos corporativos<sup>75</sup>.

Embora não fosse criado um regime inteiramente novo e se procedesse a uma alteração do já existente, a linha de renovação que foi referida *supra* era bem identificada no Preâmbulo do diploma<sup>76</sup>:

“O Governo tem procedido nos últimos anos, seguindo as grandes linhas de orientação definidas no Estatuto do Trabalho Nacional, à actualização progressiva e metódica da legislação social portuguesa.”

E a leitura do que de seguida se descreve parece indiciar que esta alteração legislativa se insere nesse processo de renovação, que decorria também dos compromissos assumidos por Portugal:

“Orientação idêntica foi seguida nos estudos realizados com vista à actualização da legislação sindical, cuja necessidade cada vez mais se vinha impondo, em face não só da evolução entretanto operada no plano interno, como também dos compromissos internacionais sobre a mesma matéria assumidos por Portugal, designadamente a ratificação da Convenção n.º 98 da Organização Internacional do Trabalho, sobre o direito de organização e

---

funcionamento dos órgãos administrativos dos sindicatos nacionais.

<sup>74</sup> Artigo 7.º: “Quando os organismos corporativos estiverem a ser geridos por comissões administrativas, deixam de exercer as suas funções os diferentes órgãos administrativos dos mesmos organismos, cuja competência normal passará a ser exercida por aquelas comissões.”.

<sup>75</sup> Não cabe nesta sede a análise do *status quo* quanto aos sindicatos nacionais - os dados disponíveis, relativos a 1969, foram estudados na época por CARLOS MOURA / MÁRIO PINTO, “As estruturas sindicais portuguesas”, *Análise Social*, vol. IX, n.º 33, 1972, pp. 140-190.

<sup>76</sup> Quanto ao conteúdo do diploma, v. LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 795-800.

negociação colectiva (Decreto-Lei n.º 45758, de 12 de Junho de 1964)".

Afirmava-se que a tarefa de revisão recebera os contributos dos colóquios nacionais do trabalho, da organização corporativa e da previdência<sup>77</sup>, apontando quais os aspectos que necessitavam de ser actualizados e a forma de proceder à mesma, "com ampla audiência e participação dos próprios interessados".

Concluída a revisão, as entidades responsáveis entendiam que a sua publicação integral estava dependente de outras questões a esclarecer e preparar (por exemplo, a classificação nacional-tipo das profissões necessária à reestruturação dos sindicatos), o que não impedia a publicação de algumas alterações, até como forma de recolher elementos para a revisão mais alargada e para não agravar as dificuldades na aplicação da legislação em vigor.

O Preâmbulo também informava que o diploma tinha em conta o texto do Parecer<sup>78</sup> na especialidade da Câmara Corporativa "quase integralmente" e elencava as principais inovações introduzidas, sendo a sétima aquela que mais se destacava:

- i. Classificação das profissões: a definição das profissões passaria a ter por fundamento "o uso de iguais técnicas ou conhecimentos de base" e a caracterização das mesmas como conexas ou afins teria por fundamento "a

---

<sup>77</sup> Sobre os antecedentes e a preparação do diploma, v. MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., pp. 132-134.

<sup>78</sup> Parecer n.º 21/IX da Câmara Corporativa de 5 de Fevereiro de 1969 - Alteração da legislação sindical (Projecto de decreto-lei n.º 2/IX), Relator João Manuel Nogueira Jordão Cortez Pinto, publicado in *Pareceres* (IX Legislatura) - Ano de 1969, Assembleia Nacional, Lisboa, 1970, pp. 193-355. É um parecer riquíssimo, inclusive quanto à perspectiva jus-comparatística e historiográfica.

concorrência para uma mesma produção ou a laboração de idêntica matéria-prima" e "as correlações estabelecidas na classificação dos ramos da actividade económica ou na classificação técnica das actividades profissionais adoptadas no País";

- ii. Âmbito territorial: alargamento do âmbito territorial dos sindicatos quando o reduzido número de profissionais de certa actividade num distrito não justificasse a existência autónoma de um sindicato;
- iii. Organização sindical das profissões liberais: possibilidade de eventual conversão dos sindicatos de profissões liberais que exigissem "preparação universitária" em "ordens" (até então exclusivamente dos advogados, dos médicos e dos engenheiros), desde que com deliberação favorável do Conselho Corporativo;
- iv. Dimensão dos sindicatos: exigência de dimensão e capacidade financeira capazes de "assegurar convenientemente a representação dos trabalhadores enquadrados e o desempenho das funções que lhes estão confiadas", permitindo porém que pudessem ser constituídos núcleos profissionais internos da mesma profissão ou actividade quando tal se justificasse pelo número de sócios e profissões conexas ou afins reunidos num sindicato;
- v. Secções sindicais: estas secções regionais poderiam ser constituídas no âmbito da área dos sindicatos sem coincidência necessária com os concelhos e ficavam previstas

- secções femininas “para estudo das condições de trabalho das mulheres”, podendo ser nomeados delegados e delegadas nas localidades ou junto das empresas em que fossem necessários - competência agora expressamente reconhecida;
- vi. Representação internacional dos sindicatos: previsão da possibilidade de filiação e representação, directa ou indirecta, mediante acordo do INTP (Instituto Nacional do Trabalho e Previdência);
  - vii. Eleições sindicais: substituição da homologação posterior da direcção eleita pela legitimação prévia dos candidatos de acordo com um critério objectivo (“condições legais de exercício do direito de voto como cidadão eleitor da Assembleia Nacional”, cabendo a verificação a “uma comissão designada pela mesa da assembleia geral de entre os sócios que não exerçam cargos de gerência no sindicato”) e recondução à via judicial (tribunais do trabalho) do contencioso eleitoral respectivo;
  - viii. Dissolução dos sindicatos: condicionada a uma deliberação da assembleia geral ou a uma decisão do Conselho Corporativo (sujeitas a contencioso), esta última apenas por “falta de cumprimento das obrigações estatutárias e legais do organismo”;
  - ix. Fiscalização da direcção: atribuída “exclusivamente às respectivas assembleias gerais e aos tribunais do trabalho”, reservando para estes últimos “a suspensão dos corpos

gerentes, estreitamente condicionada à prática de graves transgressões legais ou carência subsequente de condições de elegibilidade” e rodeando de especial cautela a nomeação de comissões administrativas para dirigir o sindicato quando ocorresse tal suspensão.

Não deve ser esquecida uma outra novidade, não elencada no Preâmbulo, mas que exprimia já, em meu entender, uma orientação que permitia escapar à regra absoluta da unicidade sindical.

O artigo 1.º do Decreto-Lei previa que o artigo 3.º, §§. 1.º e 2.º, do Decreto-Lei n.º 23050, de 23 de Setembro de 1933, passava a ter a seguinte redacção:

“§ 1.º Quando, na mesma área, a adopção de um dos critérios de enquadramento estabelecidos no artigo 1.º puder vir a envolver a representação, por um sindicato, de profissionais já enquadrados em sindicatos diversos por força de outro daqueles critérios, competirá ao Instituto Nacional do Trabalho e Previdência definir, ouvidos esses sindicatos e os interessados naquele enquadramento, a solução mais conforme ao bem comum e que assegure mais eficaz representação.

§ 2.º Nos casos e nas condições previstos no parágrafo anterior, a mesma profissão poderá ser abrangida por dois ou mais sindicatos de enquadramento distinto quando as diferentes modalidades ou circunstâncias do seu exercício, o interesse colectivo e a vontade dos trabalhadores, claramente manifestada, aconselhem essa solução.” (sublinhado meu).

Neste sentido, julgo que esta inovação é - ao menos como sinal - mais relevante do que geralmente considerado pelos que

entendem que o princípio da unicidade ficou incólume<sup>79</sup>, até pela sutileza e indeterminação do critério escolhido para permitir a abrangência da mesma profissão por dois ou mais sindicatos: o enquadramento distinto.

Como referido *supra*, a revisão não era total e sim cirúrgica, mantendo ainda um controlo público relevante através do INTP (com uma “presença constante, embora menos evidente”<sup>80</sup>, nas palavras de Monteiro Fernandes) e do Conselho Corporativo.

Ainda assim, a mudança pode considerar-se significativa, embora muito dependente da sua execução no terreno, pelo que, como assinalou José Barreto, a propósito deste diploma e daquele que vamos analisar de seguida, “o conteúdo real das reformas seria o que o Governo na prática permitisse – independentemente, até certo ponto, da letra e do espírito inicial das novas leis”<sup>81</sup>.

Apesar desta abertura e menor repressão numa fase inicial, que aliás permitiu a eleição de direcções com participação ou mesmo controladas por opositoristas do regime<sup>82</sup> (e até o domínio de sindicatos pelo próprio Partido Comunista Português), rapidamente existiram retrocessos, nomeadamente com a suspensão ou destituição de direcções sindicais ou a proibição das suas acções<sup>83</sup> e

---

<sup>79</sup> JOSÉ BARRETO, “Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano”, cit., pp. 62-63, realçando a posição expressa por Marcello Caetano em 1969 – contudo, mesmo que se mantivesse “o monopólio de representação dos sindicatos e a exclusão do pluralismo” (posição de que pessoalmente duvido), parece-me relevante que “se fugisse a afirmá-lo”.

<sup>80</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»”, cit., p. 142.

<sup>81</sup> JOSÉ BARRETO, “Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano”, cit., p. 57.

<sup>82</sup> Para vários exemplos, JOSÉ BARRETO, “Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano”, cit., pp. 72-77.

<sup>83</sup> Cf. *idem*, pp. 86, 92, 97-99.

alterações à regulação dos sindicatos, pelo Decreto-lei n.º 502/70<sup>84</sup>, de 26 de Outubro, face à frenética actividade sindical, provavelmente inesperada, mas a que a actuação do Governo não conseguiu pôr fim.

A propósito de aplicar aos grémios o “regime consagrado pelo mencionado Decreto-Lei n.º 49058, substituindo a fiscalização administrativa dos actos dos dirigentes por um contróle jurisdicional”, aproveitava o diploma para prever a possibilidade de requerer ao tribunal do trabalho a suspensão do dirigente, até final do processo de acção de destituição de dirigentes dos organismos corporativos por falta de condições de elegibilidade, e “tornava o pedido de suspensão dos dirigentes sindicais, quando efectuado pelo *Instituto Nacional do Trabalho e Previdência*, (quase) automaticamente procedente”<sup>85</sup>.

### 3.2. Contratação colectiva

O Decreto-Lei n.º 49 212<sup>86</sup>, de 28 de Agosto de 1969, também ele antecedido por Parecer da Câmara Corporativa de 27 de Maio de 1969<sup>87</sup>, veio introduzir um novo regime das convenções colectivas de

---

<sup>84</sup> DG n.º 248/1970, Série I, 26 de Outubro, pp. 1562-1563.

<sup>85</sup> LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., p. 827. Sobre este diploma e os posteriores, *idem*, pp. 826-831.

<sup>86</sup> DG n.º 201/1969, Série I, 28 de Agosto, pp. 1149-1154.

<sup>87</sup> Parecer n.º 26/IX da Câmara Corporativa de 27 de Maio de 1969 - Regulamentação das relações colectivas de trabalho (Projecto de decreto-lei n.º 9/IX), Relator: António Bandeira Garcez, publicado in *Pareceres* (IX Legislatura) - Ano de 1969, Assembleia Nacional, Lisboa, 1970, pp. 579-647 - bem menos rico face ao já mencionado Parecer sobre os sindicatos. Sobre os antecedentes que prepararam o diploma, remontando ao final da década de 1950, MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, “Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano”, cit., pp. 134-136.

trabalho, com alterações significativas face ao anterior<sup>88</sup>, mas mantendo o controlo governamental, com homologação ministerial, obrigatória para lhes atribuir eficácia, das convenções e das decisões arbitrais (artigo 24.º, n.º 3). Apesar de Portugal ter respondido às críticas do Comité de Liberdade Sindical da OIT com a informação de que a homologação se traduzia num "simples registo administrativo" para confronto com a legislação vigente, foi um disfarce "que a prática a breve trecho se encarregou de desmentir completamente"<sup>89</sup>.

Após algumas considerações sobre a necessidade de actualizar o regime (que constava essencialmente do Decreto-Lei n.º 36 173<sup>90</sup>, de 6 de Março de 1947, alterado no seu artigo 19.º pelo Decreto-Lei n.º 43 182<sup>91</sup>, de 23 de Setembro de 1960), o diploma apresentava as inovações introduzidas, começando pela sistematização<sup>92</sup> e abrangendo também seguintes matérias: objecto das convenções (com uma lista de matérias excluídas e outra das que deviam ser inseridas, "tanto quanto possível"<sup>93</sup>), sujeitos (mais cuidada

---

<sup>88</sup> Quanto ao regime anterior, v. LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 757-770. Sobre o novo diploma, com desenvolvimento, *idem*, pp. 801-813.

<sup>89</sup> JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", cit., p. 67.

<sup>90</sup> DG n.º 52/1947, Série I, 6 de Março, pp. 191-193.

<sup>91</sup> DG n.º 222/1960, Série I, 23 de Setembro, pp. 1994-1998.

<sup>92</sup> "Nas suas linhas gerais, é a seguinte a sistematização adoptada: determinação do conceito de convenção colectiva, modalidades que pode revestir e limites; sujeitos que nela podem participar; modo e prazos de negociação; ausência de acordo, conciliação e arbitragem; adesão às convenções celebradas; portarias de regulamentação das condições de trabalho; penalidades e sanções pelo seu não cumprimento; publicação e entrada em vigor."

<sup>93</sup> "Artigo 11º As convenções colectivas conterão, tanto quanto possível, cláusulas sobre as seguintes matérias: I) Área, âmbito e vigência da convenção; II) Admissão e carreira profissional; III) Direitos e deveres das partes; IV) Prestação de trabalho; V) Retribuição mínima do trabalho; VI) Suspensão da prestação do trabalho; VII) Cessação do contrato de trabalho; VIII) Trabalho de mulheres;

individualização de quem podia intervir na negociação e outorga das convenções e clarificação sobre a capacidade de negociação dos organismos corporativos intermédios, ou seja, uniões e federações), negociações (impondo regras sobre fundamentação e prazos), conciliação (tentativa obrigatória quando não se alcançasse acordo), arbitragem (prevista para os casos de fracasso da conciliação, identificada como “objectivo essencial do diploma, em vista do qual todo ele foi concebido” e regulada com detalhe) e entrada em vigor (em princípio, na data do *Diário do Governo* ou *Boletim do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência* onde primeiro fossem publicadas, mas podendo ser fixada em momento ulterior ou, tratando-se de salários e outros benefícios de natureza pecuniária, em momento anterior).

Apesar de o Decreto-Lei identificar, como ficou dito, a arbitragem como o aspecto mais relevante do seu conteúdo, deve ser valorizada como inovação preponderante a obrigação de negociar e o processo para tal estabelecido, em especial a fixação de prazos imperativos: trinta dias para a resposta, sempre fundamentada, à proposta para celebrar ou rever convenção colectiva (artigo 12.º, n.ºs 1 e 2) e seis meses para concluir a negociação (artigo 12.º, n.º 4).

Ainda no âmbito deste diploma, devem também ser referidas as “condições de trabalho” fixadas para diversos sectores, mas que não correspondiam a acordos ou contratos colectivos de trabalho

---

trabalho de menores; trabalho de idosos e diminuídos; IX) órgãos de colaboração; X) Previdência e abono de família; XI) Higiene e segurança no trabalho; XII) Formação profissional; XIII) Sanções; XIV) Relações entre as partes outorgantes; XV) Questões transitórias.”.

(embora estivessem previstos com essa designação nos artigos 32.º a 34.º do ETN), uma vez que não existia efectiva negociação colectiva livre entre organismos patronais e de trabalhadores (contrato) ou entre um organismo corporativo e entidades privadas (acordo), mas antes uma imposição unilateral que estipulava aspectos relativos à prestação laboral<sup>94</sup>.

Ora este Decreto-Lei n.º 49 212 criava as *portarias de regulamentação do trabalho* (que anteriormente se designavam *despachos normativos*<sup>95</sup>), reguladas no artigo 26.º, previstas quando verificadas “razões por que não se utilizou a via convencional” (artigo 26.º, n.º 1), permitindo o artigo 27.º estender a aplicação total ou parcial de uma convenção colectiva ou de uma decisão arbitral em vigor a actividades ou profissões idênticas ou similares, não abrangidas pelas mesmas (portarias de extensão).

Tal como sucedeu com a regulação sindical, também nesta matéria da contratação colectiva se verificou um recuo posterior, com o Decreto-Lei n.º 492/70<sup>96</sup> de 20 de Outubro, que, com o pretexto de corrigir “lacunas de certa monta, bem como numerosas deficiências de formulação”, como se afirma no Preâmbulo, acabou por “reforçar os poderes de controlo”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Ainda assim, embora com estas condicionantes, era muito abundante a regulamentação específica, como se constata, por exemplo, através da consulta da obra de MARIA DA GRAÇA GALHARDO, *Regulamentação do Trabalho por Actividades*, Fundo de Desenvolvimento da Mão-de-Obra, Lisboa, 1967, em que são listadas muitas centenas quer de CCTs ou ACTs, quer de Despachos Normativos,

<sup>95</sup> Sobre estes despachos e a forma como surgiram e se multiplicaram na década de 1940, para posteriormente irem diminuindo, v. JOSÉ BARRETO, *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., pp. 66-68.

<sup>96</sup> DG n.º 245/70, Série I, 22 de Outubro, pp. 1525-1528.

<sup>97</sup> LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., p. 818. Para maior desenvolvimento, tratando também outros diplomas posteriores, *idem*,

## Conclusão

A análise levada a cabo neste texto concentrou-se nas mais relevantes alterações legislativas laborais da Primavera Marcelista, sem desenvolver um outro aspecto, o da recepção e aplicação destes diplomas<sup>98</sup> quando entraram em vigor. Embora também muito relevante, extrapolaria já o objecto delimitado, ou seja, determinar se estas alterações espelham uma diferente orientação política ou se inserem, com integral continuidade, no conjunto de medidas anteriores que se vinham preparando desde o final da década de 1950 e efectivando no início da de 1960. Por outro lado, estão já há muito rastreadas as reacções no campo político-partidário e sindical<sup>99</sup>.

Apesar das manobras de renovação, os diplomas de 1969 estavam ainda “longe de satisfazer o Comité de Liberdade Sindical da OIT”<sup>100</sup>, como demonstrado pela queixa apresentada pelo mesmo contra o Governo português em 1970, apontando na legislação então recém-publicada restrições à liberdade sindical.

Ainda assim, especificamente quanto aos Decretos-Lei de alteração do regime dos sindicatos e do novo regime de contratação

---

pp. 817-825.

<sup>98</sup> JOSÉ BARRETO, *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., pp. 95-115.

<sup>99</sup> Ver MANUEL DE LUCENA / CARLOS GASPAS, “Metamorfoses corporativas?”, cit., pp. 864-867; JOSÉ BARRETO, *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., pp. 68-80; MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, “Estado Social: a caixa de Pandora”, in FERNANDO ROSAS/ PEDRO AIRES OLIVEIRA (coord.), *A transição falhada: o Marcelismo e o fim do Estado Novo (1968-1974)*, cit., pp. 171-213.

<sup>100</sup> JOSÉ BARRETO, “Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano”, cit., p. 66.

colectiva de 1969, parece-me difícil defender uma continuidade paralela à verificada quanto à LCT e julgo que existe demasiado ênfase na tónica de continuidade na posição assumida por Monteiro Fernandes<sup>101</sup>.

Admitindo que esta modificação foi ainda levada a cabo por Gonçalves de Proença e pela sua equipa, "em conformidade com o clima político e social da segunda metade dos anos sessenta, dos regimes jurídicos dos sindicatos e da negociação colectiva"<sup>102</sup>, aproveitando os "estudos preparatórios" existentes, cabe perguntar qual a razão pela qual apenas tiveram lugar em 1969, quando "desde da década de 50 e princípios da de 60 que os círculos reformistas do regime vinham propondo, sem êxito"<sup>103</sup>, essas alterações.

Como escreveu Fátima Patriarca, "Marcello Caetano decide num mês, ou até em dias, assuntos que se tinham arrastado durante anos", salientando também o diferente "*modus faciendi*" de Caetano<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", cit., p. 140: "Vistas à distância de meio século, as medidas de «renovação» então tomadas em vários domínios aparecem como acções de mera cosmética, retoques quase só formais, destinados a manter a substância do regime".

<sup>102</sup> *Idem*, p. 141. Os aspectos da preparação dos diplomas também são enfatizados por LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da eficácia da convenção colectiva*, I, cit., pp. 790-792.

<sup>103</sup> JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", p. 58. O mesmo autor afirma num outro texto, *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., p. 57: "A reforma dos sindicatos e da organização corporativa em geral, há muito desejada em alguns círculos do próprio regime, liderados quase sempre por pessoas de formação ou militância católica, foi frustrada até ao fim do governo de Salazar."

<sup>104</sup> MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., p. 137, acrescentando: "Enquanto, com Salazar, os novos diplomas iriam ser uma simples iniciativa do Governo, Marcello Caetano, ao contrário, faz questão que passem um pela Assembleia Nacional e os outros dois pela Câmara Corporativa, o que tem claro e duplo significado político. Reforça,

Ou seja, existindo preparação técnica anterior, era necessária uma vontade política que desbloqueasse as reformas para que as mesmas pudessem ocorrer e essa orientação apenas se verificou, independentemente das circunstâncias, com a mudança do presidente do Conselho de Ministros, pressionado também pelas expectativas criadas, pelas eleições que se avizinhavam<sup>105</sup> e até pela necessidade de apaziguar as críticas externas, nomeadamente no âmbito da OIT e do seu Comité de Liberdade Sindical<sup>106/107</sup>.

---

sem dúvida, a legitimidade das suas opções, mas mais do que isso tenta amarrar sectores que são determinantes na economia aos decretos considerados mais críticos ou cuja aplicação poderá suscitar maior polémica". Estas afirmações não põem em causa a demonstração, pela Autora, que as medidas tomadas tinham sido preparadas anteriormente e que existia uma vontade de mudança em vias de concretização.

<sup>105</sup> JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", cit., p. 58: "A prontidão com que tudo foi feito resultou, em parte, do facto de os estudos preparatórios terem sido efectuados havia muito tempo e de estar mais ou menos assente, desde os Colóquios Nacionais do Trabalho e da Organização Corporativa do princípio da década, o sentido desejável das reformas. Tratou-se apenas de desbloquear e pôr em movimento um mecanismo já programado. Por outro lado, havia uma notória vontade política de realizar rapidamente reformas, de não frustrar as expectativas abertas pela sucessão do líder do regime. Do ponto de vista do Governo, com efeito, a importância destas a outras reformas de 1969 (nomeadamente a extensão aos trabalhadores rurais de uma série de esquemas de assistência e segurança social que eles desconheciam) media-se muito concretamente pela proximidade das eleições para a Assembleia Nacional, realizadas em Outubro desse ano. As eleições, ainda que invariavelmente muito pouco competitivas (a avaliar pela Assembleia Nacional delas resultante, em que a oposição continuou a não ter lugar), constituíam para Caetano a primeira oportunidade de plebiscitar o novo curso."

<sup>106</sup> Quanto a esta matéria e com mais desenvolvimento, pode ver-se: CRISTINA RODRIGUES, *Portugal e a Organização Internacional do Trabalho (1933-1974)*, Edições Afrontamento, Porto, 2013, pp. 215-218, 222-230; para JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", cit., p. 61, poderia ser essa a razão para a "intenção preponderantemente cosmética do reformador ao apagar da lei, sem explicações, a menção dos sindicatos como «entidade de direito público»."

<sup>107</sup> MARIA DE FÁTIMA PATRIARCA, "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", cit., p. 127: "Qualquer destes temas - com excepção do da greve - havia constituído preocupação antiga e sido objecto de pareceres, teses e estudos elaborados por quadros superiores do Ministério das Corporações, por impulso do ministro José João Gonçalves de Proença, vindo alguns a dar lugar a

Sem negar que ambos os diplomas mantinham ainda bem presente um controlo público nestas matérias e que, dependendo do modo de aplicação, poderia significar uma forte intervenção através do INTP<sup>108</sup>, o objectivo assumido era, como ficou visto, o fortalecimento e a maior independência quer dos sindicatos, quer do processo de contratação colectiva.

Se a Primavera Marcelista não significou novidade nas soluções pretendidas pelos tecnocratas do regime, teve, pelos menos, o condão de desobstruir ou desbloquear a decisão política.

## BIBLIOGRAFIA e FONTES

*III Plano de Fomento para 1968-1973*, Imprensa Nacional de Lisboa, Lisboa, 1968, consultado em [HTTPS://PURL.SGMF.GOV.PT/URN/KOHA/MARXML/HTML?ID=5295](https://purl.sgmf.gov.pt/URN/KOHA/MARXML/HTML?ID=5295).

ABRANTES, José João, "O Direito do Trabalho do «Estado Novo»", *Cultura, Revista de História e Teoria das Ideias*, nº 23 (2006), consultado em [HTTPS://JOURNALS.OPENEDITION.ORG/CULTURA/1518](https://journals.openedition.org/cultura/1518) (20/05/2023).

---

propostas legislativas que Oliveira Salazar ainda avalizou. Estas iniciativas decorriam tanto do saber teórico, quanto da experiência acumulada e da convicção profunda relativamente à necessidade de reformas, a que se juntavam ainda as pressões oriundas da Organização Internacional do Trabalho, que os governantes não podiam desatender devido às suas implicações quanto à presença de Portugal em África".

<sup>108</sup> Como evidenciam JOSÉ BARRETO, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", cit., p. 61-62, e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", cit., pp. 141-142.

BARRETO, José, "Os primórdios da Intersindical sob Marcelo Caetano", *Análise Social*, vol. XXV (105-106), 1990 (1.º, 2.º), pp. 57-117, consultado em [HTTP://ANALISESOCIAL.ICS.UL.PT/DOCUMENTOS/122303356308TQK1AX2AJ84RI6.PDF](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122303356308tqk1ax2aj84ri6.pdf) (07/05/2023).

- *A formação das centrais sindicais e do sindicalismo contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, Tese apresentada à categoria de investigador auxiliar no ICS (Instituto de Ciências Sociais) / Universidade de Lisboa, 1991, consultado em [HTTPS://REPOSITARIO.UL.PT/HANDLE/10451/10260](https://repositorio.ul.pt/handle/10451/10260) (07/03/2023).

CARDOSO, José Luís, "O Gabinete de Estudos Corporativos (1949-1961) e a génese de uma biblioteca moderna de ciências sociais", *Análise Social*, 206, XLVIII (1.º), 2013, pp. 193-219, consultado em [HTTP://ANALISESOCIAL.ICS.UL.PT/DOCUMENTOS/AS\\_206\\_F02.PDF](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/as_206_f02.pdf) (01/06/2023).

CARDOSO, José Luís, e FERREIRA, Nuno Estêvão, "A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo", *Ler História*, nº 64 - Dossier: Do Corporativismo ao Estado Social Democrático: Instituições e Projetos, 2013, pp. 31-54, consultado em [HTTPS://DOI.ORG/10.4000/LERHISTORIA.290](https://doi.org/10.4000/lerhistoria.290) (30/05/2023).

FERNANDES, António Monteiro, Aspectos da suspensão da prestação de trabalho: comentário ao novo projecto de diploma, Sep. de Estudos Sociais e Corporativos, nº 12 (Dez. 1964), Lisboa, 1965.

- "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", in BRITO, J. M. Brandão de, e SANTOS, Paula Borges, (coord.), *Os Anos*

*Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Afrontamento, Porto, 2020, pp. 121-146.

- Uma História de Leis do Trabalho, Quid Iuris, Lisboa, 2021.

GALHARDO, Maria da Graça, *Regulamentação do Trabalho por Actividades*, Fundo de Desenvolvimento da Mão-de-Obra, Lisboa, 1967.

JORGE, Fernando Pessoa, "Contrato de Trabalho - Anteprojecto de Diploma Legal", *Estudos Sociais e Corporativos*, ano IV, Março 1965, nº 13, pp. 247-301.

LUCENA, Manuel de, e GASPAR, Carlos, "Metamorfoses corporativas? - Associações de interesses económicos e institucionalização da democracia em Portugal (I)", *Análise Social*, Vol. XXVI (5.º), 1991 (n.º 114), pp. 847-903, em [HTTP://ANALISESOCIAL.ICS.UL.PT/DOCUMENTOS/122304307200ROC2VV3AE78JP8.PDF](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122304307200ROC2VV3AE78JP8.PDF) (23/07/2023).

MENDES, Pedro Emanuel, "Os dilemas da renovação na continuidade e o legado de Marcello Caetano: do outono ao inverno", *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 12, n. 29, e0205, jan./abr. 2020, consultado em [HTTP://DX.DOI.ORG/10.5965/217-5180312292020E0205](http://dx.doi.org/10.5965/217-5180312292020E0205) (22/07/2023).

MENESES, Filipe Ribeiro de, "Diplomacia, Defesa e Guerra", in Brito, J. M. Brandão de, e Santos, Paula Borges, (coord.), *Os Anos*

*Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Afrontamento, Porto, 2020, pp. 51-77.

MOURA, Carlos, e PINTO, Mário, "As estruturas sindicais portuguesas", *Análise Social*, vol. IX, n.º 33, 1972, pp. 140-190.

Parecer n.º 45/VII da Câmara Corporativa de 15 de Novembro de 1961 - Projecto de proposta de lei n.º 517 (Regime do Contrato de Trabalho), Relator Inocêncio Galvão Telles, publicado nas Actas da Câmara Corporativa, n.º 142, VII legislatura, sessão 4, 15 de Novembro de 1961, pp. 1517-1528, consultado em [HTTPS://DEBATES.PARLAMENTO.PT/CATALOGO/R2/ACC/01/07/04/142/1961-11-15](https://debates.parlamento.pt/catalogo/R2/ACC/01/07/04/142/1961-11-15) (02/06/2023).

Parecer n.º 21/IX da Câmara Corporativa de 5 de Fevereiro de 1969 - Alteração da legislação sindical (Projecto de decreto-lei n.º 2/IX), Relator João Manuel Nogueira Jordão Cortez Pinto, publicado in *Pareceres (IX Legislatura) - Ano de 1969*, Assembleia Nacional, Lisboa, 1970, pp. 193-355.

Parecer n.º 26/IX da Câmara Corporativa de 27 de Maio de 1969 - Regulamentação das relações colectivas de trabalho (Projecto de decreto-lei n.º 9/IX), Relator: António Bandeira Garcez, publicado in *Pareceres (IX Legislatura) - Ano de 1969*, Assembleia Nacional, Lisboa, 1970, pp. 579-647.

PATRIARCA, Maria de Fátima, "Estado Social: a caixa de Pandora", in ROSAS, Fernando, e OLIVEIRA, Pedro Aires, *A Transição Falhada. O Marcelismo e o Fim do Estado Novo (1968-1974)*,

Editorial Notícias, Lisboa, 2004, pp. 171-213.

- "Continuidade e ruptura: as primeiras leis sociais de Marcello Caetano", in CABRAL, Manuel Villaverde et al. (org.), *Itinerários: a investigação nos 25 anos do ICS*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2008, pp. 125-139.

PINTO, Mário, "A colaboração na empresa e a projectada lei sobre o contrato de trabalho", *Análise Social*, vol. I, n.º 1, 1963, pp. 100-104, em [HTTP://ANALISESOCIAL.ICS.UL.PT/DOCUMENTOS/1224082341Q2gRN4IG2Wv26VP1.PDF](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224082341Q2gRN4IG2Wv26VP1.pdf) (21/06/2023).

- "Reestruturação sindical: tópicos para uma questão prévia", *Análise Social*, vol. VIII, n.º 32, 1970, pp. 716-720, consultado em [HTTP://ANALISESOCIAL.ICS.UL.PT/DOCUMENTOS/1224258718A2bPI3HJ9Vi65ZC3.PDF](http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224258718A2bPI3HJ9Vi65ZC3.pdf) (12/05/2023).

PIRES, Leonardo Aboim, "Corporativismo e proteção laboral no Estado Novo português: o caso dos acidentes de trabalho e doenças profissionais (1936-1974)", *Oficina do Historiador*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 9, n. 2, Jul./dez. 2016, pp. 79-98, consultado em [HTTPS://REVISTASELETRONICAS.PUCRS.BR/OJS/INDEX.PHP/OFCINADOHISTORIADOR/ARTICLE/VIEW/24562/15110](https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/oficinadohistoriador/article/view/24562/15110) (11/07/2023).

POLICARPO, J.F. Almeida, e FERNANDES, A. Monteiro, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Livraria Almedina, Coimbra, 1970.

*Projecto de proposta de lei n.º 517, de 28 de Setembro de 1960, publicado nas Actas da Câmara Corporativa, n.º 109, VII*

legislatura, 6 de Outubro de 1960, pp. 1163-1174, consultado em [HTTPS://DEBATES.PARLAMENTO.PT/CATALOGO/R2/ACC/01/07/03/109/1960-10-06](https://debates.parlamento.pt/catalogo/r2/acc/01/07/03/109/1960-10-06).

RODRIGUES, Cristina, Portugal e a Organização Internacional do Trabalho (1933-1974), Afrontamento, Porto, 2013.

ROSAS, Fernando, "Marcelismo: ser ou não ser", in ROSAS, Fernando / OLIVEIRA, Pedro Aires (coord.), *A transição falhada: o Marcelismo e o fim do Estado Novo (1968-1974)*, Editorial Notícias, Lisboa, 2004, pp. 9-26.

SANTOS, Paula Borges, e BRITO, J. M. Brandão de, "Introdução. Políticas Públicas na Década de Sessenta: Continuidade ou Ruptura?", in BRITO, J. M. Brandão de, e SANTOS, Paula Borges, (coord.), *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Afrontamento, Porto, 2020, pp. 9-23.

SEIXAS, Margarida, "Primeira Lei do Contrato de Trabalho em Portugal: Lei n.º 1 952, de 10 de Março de 1937", in VARELA, Laura Beck, e SOLLA SASTRE, Julia (ed.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, Editorial Dykinson / Universidad Carlos III, Madrid, 2018, pp. 481-513, consultado em [HTTP://HDL.HANDLE.NET/10016/27751](http://hdl.handle.net/10016/27751) (22/02/2023).

SILVA, Luís Gonçalves da, "Nótula sobre o contrato de trabalho e a codificação civil", in SEIXAS, Margarida, e RODRIGUES,

Cristina, *Da escravidão ao trabalho digno. Nos 150 anos da abolição da escravidão em Portugal e nos 100 anos da criação da OIT*, Gabinete de Estratégia e Planeamento, Lisboa, 2021, pp. 97-109, consultado em <http://www.gep.mtsss.gov.pt/documents/10182/55251/cst21.pdf/efc4977f-cb1c-459d-bf9b-d7d43c8bf6fb> (02/03/2023).

- Da eficácia da convenção colectiva, volume I, AAFDL, Lisboa, 2022.

TORGAL, Luís Reis, "II - «Estado Novo». Conceito de uma «geração» ou de «algumas gerações»", e "VII - Marcelismo, «Estado Social» e Marcello Caetano", in *Estados Novos Estado Novo. Ensaios de História Política e Cultural*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 2009, I vol., pp. 67-127 e pp. 615-673, em [HTTPS://DIGITALIS-DSP.UC.PT/JSPUI/HANDLE/10316.2/2646](https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/handle/10316.2/2646) (22/05/2023).

XAVIER, Bernardo Lobo, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, com a colaboração de Alexandre Álvaro de Assis Teixeira da Gama Lobo Xavier, Atlântida Editora, Coimbra, 1969.

- *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2ª edição actualizada e aumentada, com a colaboração de Alexandre Álvaro de Assis Teixeira da Gama Lobo Xavier, Atlântida Editora, Coimbra, 1972.

- Curso de Direito do Trabalho, I, Verbo, Lisboa, 2004.



# COMENTÁRIOS AO REGIME DE FALTAS POR FALECIMENTO: O ELEMENTO TELEOLÓGICO, UNIÃO DE FACTO E ECONOMIA COMUM, A PROBLEMÁTICA DA CONTABILIZAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO NO TRABALHO A TEMPO PARCIAL\*

*COMMENTS ON THE REGIME OF ABSENCES DUE TO DEATH: THE TELEOLOGICAL ARGUMENT, "DE FACTO" UNION AND JOINT HOUSEHOLD ECONOMY, THE PROBLEM OF ACCOUNTING AND ITS APPLICATION TO PART-TIME WORK*

Miguel Pimenta de Almeida<sup>1</sup>

Sumário: 1. Aspetos gerais; 1.1. Evolução legislativa e antecedentes históricos; 1.2. O estado da doutrina; a) A corrente doutrinal da tese interpretativa da contabilização em dias de trabalho; b) A corrente doutrinal da tese interpretativa

---

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

<sup>1</sup>Jurista, Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Conselheiro da Comissão de Estudo do Emprego Público na Associação de Direito Administrativo (ADA). [www.miguelpimentadealmeida.pt](http://www.miguelpimentadealmeida.pt). Com agradecimento especial às Dras. Carina Dinis, Cátia Oliveira e Joana Amorim pelos debates práticos, ao meu prezado amigo Dr. Luís Alves pelos generosos contributos de melhoria formal e ao Sr. Júlio Marques pelo incentivo e motivação.

literal dos dias consecutivos; 1.3. Entendimentos de outras entidades; 1.4. Na jurisprudência; 2. Comentários ao artigo 251.º do Código do Trabalho; 2.1. Elemento teleológico; 2.2. O regime das faltas; 2.3. Dos trabalhadores em união de facto ou em economia comum; a) Da união de facto; b) Da economia comum; 2.4. O apadrinhamento civil e o religioso; 3. A contabilização dos dias de falta - posição adotada; 4. Trabalho a tempo parcial; 5. Conclusões.

**Resumo:**

Propomo-nos a analisar o artigo 251.º do Código do Trabalho - faltas por motivo de falecimento de cônjuge, parente ou afim - numa tentativa de compreensão da sua razão de ser. Para além da sua evolução histórica, abordamos a controvérsia sobre a forma de contabilização deste tipo de faltas bem como os argumentos que têm sido esgrimidos pela doutrina, os entendimentos de diversas entidades, bem como a jurisprudência, sem prescindir ainda de apresentar alguns contributos para a posição defendida.

Entendemos ser pertinente analisar a aplicação destas faltas aos trabalhadores que vivam em regime de união de facto ou economia comum, considerando que são particularidades que não têm sido abordadas na nossa doutrina.

E, por fim, uma solução para os trabalhadores de trabalho a tempo parcial, em concreto, em regime vertical e a aplicação prática desta forma de contabilização.

**Abstract:**

*We propose to analyze article 251.º of the Labour Code - absences due to the death of a spouse, relative or kin, in an attempt to understand its raison d'être. In addition to its historical evolution, we will look at the controversy over how this type of absence is accounted for and the arguments that have been put forward by legal scholars, the opinions of various entities, as well as case law, while also presenting some contributions to the position defended.*

*We also intend to analyze the application of these absences to workers who live in a de facto union or common economy regime, considering that these are particularities that have not been analyzed in our doctrine.*

*Finally, an analysis of the application of this regime of absences to workers who are part-time and its problems, specifically workers in the vertical regime and its practical application in relation to the accounting of this regime of absences.*

## 1. Aspetos gerais

### 1.1. Evolução legislativa e antecedentes históricos

Na legislação laboral, há muito que o legislador incluiu no leque das faltas justificadas as que são dadas por ocasião do falecimento de familiares, também vulgarmente conhecidas como "dias por nojo" ou "faltas por nojo", *ante* e no atual Código do Trabalho.

O Decreto-Lei n.º 47032, de 27 de maio<sup>2</sup>, previa as faltas justificadas por falecimento [alínea d) do n.º 1 do artigo 68.º], reguladas pelo artigo 71.º:

Artigo 71.º (Faltas por motivo de luto)

1. O trabalhador pode faltar:

a) Até três dias consecutivos, por falecimento do cônjuge ou de parentes ou afins no 1.º grau da linha reta;

b) Um dia, por falecimento dos restantes parentes ou afins mencionados na alínea d) do artigo 68.º.

2. A entidade patronal pagará a retribuição correspondente a dois dias no caso previsto na alínea a) do número anterior e não poderá descontar nas férias as faltas dadas nos termos deste artigo.

Assim, o trabalhador poderia faltar até três dias, por falecimento do cônjuge ou de parentes ou afins no 1.º grau da linha reta, com direito à retribuição de apenas dois dias e a faltar um dia para os restantes parentes ou afins do 2.º grau da linha colateral, sem direito

---

<sup>2</sup> Regulamentação jurídica do contrato individual de trabalho.

a qualquer pagamento. No entanto, as faltas não poderiam ser descontadas no regime de férias, considerando o regime-regra previsto no artigo 67.º.

Sucedeu-se o Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de novembro<sup>3</sup>, que continuou a prever esta falta [alínea d) do n.º 1 do artigo 69.º] e, no seu artigo 72.º, manteve a formulação daquele texto legal, alterando o pagamento integral das faltas previstas na alínea a), isto é, dos dois para os três dias:

Artigo 71.º (Faltas por motivo de luto)

1. O trabalhador pode faltar:

- a) Até três dias consecutivos, por falecimento do cônjuge ou de parentes ou afins no 1.º grau da linha reta;
- b) Um dia, por falecimento dos restantes parentes ou afins mencionados na alínea d) do artigo 69.º.

2. A entidade patronal pagará a retribuição correspondente ao período previsto na alínea a) do número anterior e não poderá descontar nas férias as faltas dadas nos termos deste artigo.

Já no que toca ao Decreto-Lei n.º 874/76, de 28 de dezembro<sup>4</sup>, esta falta continuou tipificada [alínea b) do n.º 2 do artigo 23.º], no entanto, o preceito legal sofreu ligeiras alterações:

Artigo 24.º (Faltas por motivo de falecimento de parentes ou afins)

---

<sup>3</sup> Regime jurídico do contrato individual de trabalho.

<sup>4</sup> Regime jurídico de férias, feriados e faltas às relações de trabalho prestado por efeito de contrato individual de trabalho, com exceção das relações de trabalho rural, de serviço doméstico e de trabalho a bordo (artigo 1.º).

1 - Nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo anterior, o trabalhador pode faltar justificadamente:

a) Até cinco dias consecutivos por falecimento de cônjuge não separado de pessoas e bens ou de parente ou afim no 1.º grau da linha reta;

b) Até dois dias consecutivos por falecimento de outro parente ou afim da linha reta ou 2.º grau da linha colateral.

2 - Aplica-se o disposto na alínea b) do número anterior ao falecimento de pessoas que vivam em comunhão de vida e habitação com os trabalhadores.

3 - São nulas e de nenhum efeito as normas dos contratos individuais ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que disponham de forma diversa da estabelecida neste artigo.

De notar a alteração da epígrafe, caindo a expressão "luto". O número de dias da falta foi alargado de três para cinco dias no caso de falecimento de cônjuge, mas para as situações de "não separado de pessoas e bens", e para dois dias caso fosse outro parente ou afim da linha reta ou 2.º grau da linha colateral. Em ambas, a falta não implicava a perda de retribuição [alínea b) do n.º 1 do artigo 23.º e n.º 1 do artigo 26.º]. No caso de falecimento de pessoa que vivesse em "comunhão de vida e habitação" com o trabalhador, teria igualmente direito a faltar até dois dias. Esta norma era imperativa e, como tal, não poderia ser afastada por clausulados no contrato de trabalho nem por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

No Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto (doravante "Código do Trabalho/2003"), o regime das faltas justificadas por falecimento de familiares [alínea b) do n.º 2 do artigo 225.º] presente no artigo 227.º, sofreu poucas alterações, tendo sido introduzido o n.º 2, podendo o trabalhador faltar até cinco dias [alínea a) do n.º 1] em caso de falecimento de pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador, nos termos previstos em legislação especial e com a seguinte redação:

Artigo 227.º (Faltas por motivo de falecimento de parentes ou afins)

1 - Nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 225.º, o trabalhador pode faltar justificadamente:

a) Cinco dias consecutivos por falecimento de cônjuge não separado de pessoas e bens ou de parente ou afim no 1.º grau na linha reta;

b) Dois dias consecutivos por falecimento de outro parente ou afim na linha reta ou em 2.º grau da linha colateral.

2 - Aplica-se o disposto na alínea a) do número anterior ao falecimento de pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador nos termos previstos em legislação especial.

No vigente Código do Trabalho<sup>5</sup>, esta falta continuou a constar no elenco tipificado [alínea b) do n.º 2 do artigo 249.º], contudo o artigo 251.º sofreu ligeiras alterações, sendo introduzido o n.º 3 que

---

<sup>5</sup> Todos os artigos sem fonte ou Código do Trabalho/2009, referem-se ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na sua atual versão.

correspondia ao artigo 666.º do Código do Trabalho/2003. Já a intervenção legislativa de 2022<sup>6</sup> veio alargar o número de dias de falta até 20, quando ocorra o falecimento de descendente ou afim no 1.º grau na linha reta [alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º].

Atualmente<sup>7</sup> e face às alterações no âmbito da Agenda do Trabalho Digno<sup>8</sup>, o regime passa a apresentar a formulação legal que infra se transcreve<sup>9</sup>:

Artigo 251.º Faltas por motivo de falecimento de cônjuge, parente ou afim

1 - O trabalhador pode faltar justificadamente:

a) Até 20 dias consecutivos, por falecimento de cônjuge não separado de pessoas e bens ou equiparado, filho ou enteado;

b) Até cinco dias consecutivos, por falecimento de parente ou afim

---

<sup>6</sup> Através da Lei n.º 1/2022, de 3 de janeiro.

<sup>7</sup> Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que procede à alteração ao Código do Trabalho e legislação conexas, e Declaração de Retificação n.º 13/2023, de 29 de maio.

<sup>8</sup> Sobre a Agenda do Trabalho Digno, *vd.*, PEDRO ROMANO MARTINEZ e LUIS GONÇALVES DA SILVA, "Constituição e Agenda do Trabalho Digno", *Revista Internacional de Direito do Trabalho - RIDT*, n.º 4, 2023, pp. 279-362, cujo artigo realiza uma análise aos pontos de colisão entre as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e a Constituição.

<sup>9</sup> Inicialmente, o n.º 2 manteve a anterior redação, ou seja, continuou a mandar aplicar os cinco dias de falta (remissão para a "alínea b)"), contrapondo as faltas por morte do cônjuge que foram aumentadas de cinco para 20 dias (alteração para a alínea a)). Nesta decorrência, foram levantadas as questões: se tinha sido intencional ou mero lapso do legislador laboral. Pela nossa parte, sempre sustentamos uma interpretação corretiva. Só posteriormente, através da Declaração de Retificação n.º 13/2023, de 29 de maio, é que aquela norma foi objeto de correção com a alteração para a "alínea a)". Para referência histórica, neste hiato temporal, defendeu PAULA QUINTAS que "(...) o n.º 2 deve ser entendido como revogado tacitamente", no seu perfil do LinkedIn (atualmente a hiperligação já não está disponível). Por seu turno, DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Comentado*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 755, no ponto 8 à anotação deste preceito, indica como falta de 5 dias para as pessoas que vivam em união de facto ou em economia comum com o trabalhador; porém, cumpre-nos ressaltar que a edição deste manual é anterior àquela Declaração de Retificação.

no 1.º grau na linha reta não incluídos na alínea anterior;

c) Até dois dias consecutivos, por falecimento de outro parente ou afim na linha reta ou no 2.º grau da linha colateral.

2 - Aplica-se o disposto na alínea a) do número anterior em caso de falecimento de pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador, nos termos previstos em legislação específica.

3 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto neste artigo.

## 1.2. O estado da doutrina

A doutrina tem-se debruçado sobre a forma de contabilização das faltas por falecimento, sem harmonia no melhor entendimento, o que tem gerado disceptação. Com efeito, o busílis da questão reside na expressão "dias consecutivos" constante do preceito.

Destarte, haverá certamente interesse em carrear as correntes existentes que, livremente, denominamos *tese interpretativa da contabilização da falta em dias de trabalho* contraposta à *tese interpretativa literal dos dias consecutivos* e, de forma muito resumida, apresentarmos os principais argumentos esgrimidos por cada uma, enriquecendo o presente estudo.

**a) A corrente doutrinal da tese interpretativa da contabilização da falta em dias de trabalho**

Esta corrente doutrinal tem como argumento basilar a compreensão da noção da falta que nos é dada pela legislação laboral. E dela resulta que só relevam para o seu cômputo os dias em que o trabalhador devia desempenhar a sua atividade laboral, durante o período normal de trabalho diário. Desta forma, os dias de falta por falecimento devem ser contados em dias de trabalho.

(i) Foi defendida inicialmente por JOÃO LEAL AMADO e JOÃO REIS, ainda em anotação ao artigo 227.º do Código do Trabalho/2003<sup>10</sup>, e consideram que se a falta significa a ausência do trabalhador no local de trabalho, os dias de descanso semanal obrigatório ou complementar e dias de feriado que ocorram não podem ser tidos em conta. Desde modo, a referência a "consecutivos" deve ser interpretada apenas no sentido em que quando as faltas se iniciam já não pode haver interrupções.

(ii) Nesta mesma esteira, MENEZES LEITÃO<sup>11</sup> defende que a melhor posição a considerar será de não integrar neste período de ausência os dias de descanso semanal e os dias de feriados.

(iii) Em anotação ao artigo 251.º, DIOGO VAZ MARECOS<sup>12</sup> posiciona-se neste mesmo sentido, isto é, não são abrangidas pelo conceito de falta as ausências do trabalhador nos dias de descanso, feriados ou quando se encontre a gozar férias.

---

<sup>10</sup> JOÃO LEAL AMADO e JOÃO REIS, "Nótulas sobre as faltas justificadas por motivo de falecimento de parentes ou afins (artigo 227.º do Código do Trabalho)", *Revista Questões Laborais*, ano XIII, 2006, pp. 129-134.

<sup>11</sup> MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 345.

<sup>12</sup> DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, p. 755.

(iv) Também sobre o assunto escreveu MILENA SILVA ROUXINOL<sup>13</sup> que invoca o elemento lógico, segundo o qual as faltas devem abranger apenas os dias de trabalho, para além de que a denominação “consecutivos” terá de ser entendida como faltas em bloco e não de forma interpolada.

(v) Face à inovação trazida pela Lei n.º 1/2022, de 7 de janeiro, JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL<sup>14</sup> revisitam esta discussão e fazem um percurso debruçado sobre a hermenêutica do luto parental e o luto filial bem como o impacto na vida do enlutado. Em conclusão, defendem que a forma de contabilização se mantém inalterada mesmo com o alargamento de cinco para vinte dias. Mais recentemente, os mesmos autores<sup>15</sup>, na análise a Acórdão do Tribunal da Relação do Porto<sup>16</sup>, reforçam a mesma linha imaculada de argumentação, analisam o aresto, discutem o voto vencido e, finalmente, apresentam remédios jurídicos para os trabalhadores que prestam trabalho a tempo vertical parcial, regime de horário concentrado, horário de trabalho acordado, individual ou coletivamente e o trabalho intermitente.

---

<sup>13</sup> MILENA SILVA ROUXINOL, “As faltas ao trabalho”, in JOÃO LEAL AMADO et alii, *Direito do Trabalho - Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 740-741.

<sup>14</sup> JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL, “Luto Parental, Faltas e Férias”, *Prontuário de Direito do Trabalho - 2021*, ano II, CEJ, Lisboa, 2021, pp. 135-150.

<sup>15</sup> JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL, “O problema do cômputo dos dias de falta justificada por morte de familiar - a propósito do Acórdão da Relação do Porto, de 13 de julho de 2022”, *Prontuário de Direito do Trabalho - 2022*, ano II, CEJ, Lisboa, 2023, pp. 271-281.

<sup>16</sup> Este Acórdão será analisado *infra* em 1.4.

## b) A corrente doutrinal da tese interpretativa literal dos dias consecutivos

A posição oposta tem como fundamento o elemento literal da expressão "consecutivos", o que significa seguidos, contínuos, lineares e, como tal, a contagem das faltas por falecimento faz-se de forma seguida em dias de calendário, incluindo os dias de descanso, bem como os eventuais dias de feriado, ou dito de outro modo, o dia de não-trabalho também deve ser incluído.

(i) Esta corrente é brevemente sustentada por ABÍLIO NETO<sup>17</sup>, em anotação ao preceito do artigo 251.º.

(ii) Igualmente DAVID FALCÃO e SÉRGIO TENREIRO TOMÁS<sup>18</sup> defendem que a forma de contagem deve ter aplicação idêntica à das faltas por altura do casamento [alínea a) do n.º 2 do artigo 249.º] e para assistência a neto [artigo 50.º] e, como tal, deve incluir os dias de descanso e feriados. De realçar, aliás, a chamada de atenção a propósito da falta para assistência a filho [artigo 49.º] ou a membro do agregado familiar [artigo 252.º] cujos regimes não preveem a consecutividade da falta, pelo que aqui se devem excluir os dias de descanso e feriados.

(iii) Numa análise mais exaustiva, PEDRO FURTADO MARTINS<sup>19</sup> conclui que esta contagem só pode ser feita em dias seguidos de calendário pois será esta a melhor leitura face à sua razão de ser, ademais para

---

<sup>17</sup> ABÍLIO NETO, *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 5.ª Ed., Ediforum, Lisboa, 2019, p. 601.

<sup>18</sup> DAVID FALCÃO e SÉRGIO TENREIRO TOMÁS, *Lições de Direito do Trabalho*, 11.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 237-238, nota de rodapé 337.

<sup>19</sup> PEDRO FURTADO MARTINS, "Faltas por falecimento de cônjuge, parentes ou afins: uma leitura alternativa do regime legal", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-dezembro 2022, ano LXII (XXXVI da 2.ª Série) N 1-4, 2022, pp. 137-174.

além do sentido literal de "consecutivos", locação sempre presente desde há várias décadas na legislação laboral sem nunca terem sido suscitadas dúvidas nem litígios nos tribunais e, por fim, não ser defensável que estas faltas possam adiar ou a suspender as férias, pois não se trata de casos não imputáveis aos trabalhadores.

### 1.3. Entendimentos de outras entidades

Esta *vexata quaestio* era pouco explorada por parte dos sujeitos das relações laborais, pelo menos, até agosto de 2018. Na verdade, foi através da Nota Técnica<sup>20</sup> n.º 7 da ACT - Autoridade para as Condições do Trabalho<sup>21</sup> (doravante "ACT"), que se espoletou a consciencialização da problemática ao posicionar-se que não podem ser contabilizados os dias de descanso e feriados intercorrentes na contagem das faltas por motivo de falecimento de familiar (apresentando também algumas regras relativamente às mesmas) e que o fa-

---

<sup>20</sup> Nada proíbe às entidades fiscalizadoras competentes do ministério responsável pela área laboral de procederem à interpretação de normas legais através de notas técnicas ou fichas interpretativas, desde que sejam disponibilizadas publicamente. Também é legítimo, no processo de contraordenação - Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro (que estabelece o regime jurídico do procedimento aplicável às contraordenações laborais e de segurança social) -, a entidade administrativa fundamentar as suas decisões com base naqueles instrumentos, o que, certamente não será adotada uma posição contrária àquela que é defendida, caso contrário, resultaria de elevada incoerência e sentido lógico. O empregador (arguido), caso não se conforme com a decisão de condenação, pode socorrer-se do mecanismo da impugnação judicial previsto no artigo 32.º daquele diploma, e, por sua vez, competirá aos tribunais concordar e aderir ou revogar total ou parcialmente a respetiva decisão administrativa. Ainda assim, importa recordar que estamos perante uma contraordenação grave - cfr. o n.º 3 do artigo 251.º.

<sup>21</sup> Disponível em [https://portal.act.gov.pt/Pages/Notas\\_tecnicas.aspx](https://portal.act.gov.pt/Pages/Notas_tecnicas.aspx) - Faltas por motivo de falecimento de familiar e adiamento ou suspensão do gozo das férias por falecimento de familiar.

lecimento de familiar adia ou suspende o gozo das férias - esta posição vem a suportar-se na doutrina que defende a *tese interpretativa da contabilização em dias de trabalho*.

No tocante aos trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas<sup>22</sup>, a Direção-Geral da Administração e do Emprego Público (DGAEP), perfilhou esta mesma linha de interpretação<sup>23</sup>. E, nesta decorrência, diversos serviços da Administração Pública emitiram pareceres e procedimentos a serem adotados, entre os disponíveis que publicamente se tenha conhecimento, a saber: o Parecer 2022/029<sup>24</sup> da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Algarve; a Circular n.º B20025464C de 20-02-2020<sup>25</sup> da Direção-Geral da Administração Escolar; e o entendimento da Direção-Geral da Administração da Justiça<sup>26</sup>. No mesmo sentido, prescreveram posição idêntica a Provedoria de Justiça, na recomendação n.º 13/A/2021<sup>27</sup> e o Conselho Superior da Magistratura, vertido no Procedimento n.º 2021/DSQMJ/1399<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> A alínea b) do n.º 2 do artigo 134.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/2014, 20 de junho), não afasta a aplicação subsidiária do regime previsto no Código do Trabalho/2009; neste sentido, PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º vol., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 429, escrevem: "(...) parece-nos que, por força do disposto no art. 4.º, se deve aplicar o regime constante do art. 251.º daquele código, quer no tocante aos dias de falta quer quanto aos graus de parentesco e afinidade".

<sup>23</sup> Na secção XII - Faltas, a questão 7, acessível online em [www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=45000000](http://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=45000000).

<sup>24</sup> Acessível online em [www.ccdr-alg.pt/site/info/faltas-por-motivo-de-falecimento-de-conjuge-parente-ou-afim](http://www.ccdr-alg.pt/site/info/faltas-por-motivo-de-falecimento-de-conjuge-parente-ou-afim).

<sup>25</sup> Acessível online em [www.dgae.medu.pt/download/gestrechumanos/circulares/20200320-grh-circularb20025464c.pdf](http://www.dgae.medu.pt/download/gestrechumanos/circulares/20200320-grh-circularb20025464c.pdf).

<sup>26</sup> Acessível online em [www.sfj.pt/docs/025348circular\\_falecimento\\_familiar.pdf](http://www.sfj.pt/docs/025348circular_falecimento_familiar.pdf).

<sup>27</sup> Acessível online em [www.provedor-jus.pt/documentos/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%2013\\_A\\_2021.pdf](http://www.provedor-jus.pt/documentos/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%2013_A_2021.pdf).

<sup>28</sup> Acessível online em [www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2021/08/Parecer-Licenca-contagem-faltas.pdf](http://www.csm.org.pt/wp-content/uploads/2021/08/Parecer-Licenca-contagem-faltas.pdf).

#### 1.4. Na jurisprudência

De seguida observamos as principais decisões jurisdicionais que se pronunciam sobre esta matéria, e que nos foi dado conhecimento ou são citadas.

(i) As primeiras decisões judiciais encontram-se mencionadas na referida Nota Técnica da ACT e são dos tribunais de 1.<sup>a</sup> instância de Viana do Castelo - Processo n.º 3519/15.5T8UCT e de Santa Maria da Feira - Processo n.º 683/14.4T8VFR<sup>29</sup>.

(ii) Ao crivo do Tribunal da Relação do Porto<sup>30</sup> foi submetida a questão da contabilização dos dias de falta por falecimento com base numa cláusula de convenção coletiva<sup>31</sup>. No essencial, estava em causa a discussão da expressão "dias consecutivos", formulação textual idêntica às alíneas do n.º 1 do artigo 251.º. O Tribunal promanou que "os dias consecutivos têm de conter dias de trabalho para que se possa falar em falta e assim na contagem das faltas por motivo de

---

<sup>29</sup> Acessível online em [https://www.cgtp.pt/images/images/2015/06/processo\\_yazaki.pdf](https://www.cgtp.pt/images/images/2015/06/processo_yazaki.pdf).

<sup>30</sup> Acórdão do TRP, de 13-07-2022, processo 11379/21.0T8PRT.P1, acessível online em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>31</sup> Do Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a AIMMAP - Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e Afins de Portugal e o SINDEL - Sindicato Nacional da Indústria e da Energia, com texto consolidado no BTE n.º 20, de 20-05-2019:

Cláusula 82.<sup>a</sup> (faltas por motivo de falecimento de parentes ou afins): 1- Nos termos da alínea b) do número 2 da cláusula anterior, o trabalhador pode faltar justificadamente: a) Até cinco dias consecutivos por falecimento de cônjuge não separado de pessoas e bens ou de parente ou afim no 1.º grau na linha reta (pais e filhos, por parentesco ou adoção plena, padrastos, enteados, sogros, genros e noras); b) Até dois dias consecutivos por falecimento de outro parente ou afim na linha reta ou em 2.º grau da linha colateral (avós e bisavós por parentesco ou afinidade, netos e bisnetos por parentesco, afinidade ou adoção plena, irmãos consanguíneos ou por adoção plena e cunhados). 2- Aplica-se o disposto na alínea a) do número anterior ao falecimento de pessoa que viva em união de facto ou economia comum com o trabalhador nos termos previstos na lei.

falecimento, não podem ser contabilizados os dias de descanso e feriados intercorrentes por não existir ausência do trabalhador do local em que devia desempenhar a atividade durante o período normal de trabalho diário”, tendo rematado que “não se pode deixar de atender, na contagem dos dias consecutivos, ao conceito de falta inserido na norma legal, sendo que esta, por força do artigo 248.º, supõe «a ausência de trabalhador do local em que devia desempenhar a atividade durante o período normal de trabalho diário»” - não obstante este entendimento merecer um voto vencido<sup>32</sup>. Ou seja, o Tribunal aderiu à corrente doutrinal da *tese interpretativa da contabilização da falta em dias de trabalho*, como supra já afluída.

(iii) O venerando Supremo Tribunal de Justiça<sup>33</sup> foi interpelado a pronunciar-se em sede de recurso, tendo decido que a expressão “dias consecutivos”, constante daquela cláusula, “deve ser interpretada como sendo dias seguidos, independentemente de serem dias úteis ou dias de trabalho ou dias de descanso”, ora, o mesmo será de afirmar que aderiu à *corrente doutrinal da tese interpretativa literal dos dias consecutivos*.

A aludida decisão assentou em dois principais argumentos: por um lado, a interpretação de uma cláusula como conteúdo normativo ou regulativo<sup>34</sup> face aos princípios gerais do direito e, por outro, a

---

<sup>32</sup> Com desenvolvida argumentação contra este voto vencido, *vd*, JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL, “O problema do cômputo”, *ob. cit.*, pp. 275-276.

<sup>33</sup> Acórdão do STJ, de 19-04-2023, processo 11379/21.0T8PRT.P1.S1, acessível online em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), publicado em Diário da República n.º 95 de 17-05-2023 - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2023 e no BTE n.º 20, de 29-05-2023.

<sup>34</sup> Para melhor compreensão sobre os conteúdos obrigacional e regulativo no Direito Coletivo, *vd*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 673-681.

convenção ser aplicável a diversos trabalhadores com múltiplos horários de trabalho distintos.

No tocante ao primeiro argumento, estamos perante cláusulas<sup>35</sup> que “consustanciam verdadeiras normas jurídicas” e “provêm de acordo de vontades de sujeitos privados”. Por assim ser, a letra das cláusulas da convenção é regulada pelas partes e “não devem obter pela interpretação da convenção pelo tribunal o que não lograram obter nas negociações”. Releva aqui referir que o Supremo Tribunal chamou à colação a redação do artigo 251.º, cujo teor, já se disse, é *ipsis verbis* igual à cláusula que foi objeto de interpretação - “dias consecutivos”. Contudo, também se lê no aresto que a interpretação da cláusula deve cingir-se unicamente ao elemento literal e, por conseguinte, dias “consecutivos” tem inequivocamente o mesmo significado que “dias seguidos” e não “dias úteis” ou “dias de trabalho”, tendo ainda, para corroborar esta defesa, sido percorrido, a título exemplificativo, o texto de outras cláusulas.

Já o segundo argumento indica que se enveredássemos por “dias consecutivos” medidos apenas em dias de trabalho motivaria uma “uma franca discriminação entre trabalhadores no sentido de que os que gozassem o seu descanso aos fins-de-semana seriam beneficiados relativamente aos demais” abrangidos pela convenção. Lê-se, como exemplo, o caso de um trabalhador com horário a tempo parcial<sup>36</sup> ou

---

<sup>35</sup> Para um maior aprofundamento acerca da legalidade das cláusulas convencionais, *vd.*, LUIS GONÇALVES DA SILVA, *Da Acção de Anulação e Interpretação de Cláusulas de Convenções Colectivas de Trabalho*, Cadernos Laborais do IDT n.º 7, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 162-174.

<sup>36</sup> Uma solução para trabalhadores com horário de trabalho a tempo parcial, *vd.*, *infra* em 4.

horário concentrado, em que acabaria por resultar “soluções absurdas, por isso mesmo inaceitáveis, e, principal e decisivamente, constituindo factor de discriminação injustificada dos trabalhadores”.

Em conclusão, com exceção das decisões da 1.<sup>a</sup> instância de que se tem conhecimento pela aludida Nota Técnica da ACT, não existe qualquer decisão judicial relativamente à análise concreta das normas insertas no artigo 251.º, pois, como vimos, a matéria controvertida verteu sobre o domínio da interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho.

## 2. Comentários ao artigo 251.º do Código do Trabalho

### 2.1. Elemento teleológico

Percorrida a evolução legislativa, vislumbramos que há mais de 50 anos as ausências do trabalhador por falecimento de familiar são consideradas faltas justificadas.

A intenção do legislador foi de encontrar uma solução de modo a permitir que o trabalhador pudesse fazer luto (*luctus tempus*), desobrigando-o a cumprir as suas obrigações laborais - daí que, na sua génese da legislação laboral, as designou como “faltas por motivo de luto”<sup>37</sup>.

O luto traduz-se numa perda de um ente querido, de recuperar do abalo emocional e de manter a estabilidade (ou tentativa) do foro psíquico<sup>38</sup>. De facto, resulta, pela sua razão de ser, até de modo

---

<sup>37</sup> Supra 1.1.

<sup>38</sup> Para um desenvolvimento mais aprofundado acerca do impacto do luto na vida de uma pessoa, *vd.*, SOFIA GABRIEL, MAURO PAULINO e TELMO MOURINHO BAPTISTA, *Luto -*

compreensível, que quem recebe a notícia da morte de um familiar não terá, com toda a certeza, condições de, no momento, cumprir os deveres funcionais a que está sujeito e a que se obriga por força da relação contratual. Ademais, este fortíssimo abalo poderá desencadear episódios ou surtos psicóticos, crises de ansiedade, depressão, entre outros, com impacto no desempenho da atividade do trabalhador enlutado, que pode até envolver atividades de risco, causando dano ao próprio e a terceiros. Na prática, trata-se, essencialmente, de experiências complexas e de elevada sensibilidade, com especial acuidade, daí não ser de estranhar, ao longo destes anos, o aumento do número de dias de falta para o trabalhador fazer o seu luto, por exemplo, a morte de um filho, inicialmente de três, posteriormente cinco e, atualmente, vinte dias. *Prima facie*, este período de luto será o escopo da falta, intimamente inerente à condição humana, nos moldes já descritos<sup>39</sup>. Mas também permitirá ao trabalhador outros afazeres, *v.g.*, assistir e preparar as cerimónias fúnebres, consolar e comunicar a notícia aos outros familiares, encontrar uma solução que permita a conciliação da vida pessoal face ao novo panorama familiar, da alteração do quotidiano e gestão financeira, sem excluir a condução da infundável burocracia de natureza patrimonial, fiscal e administrativa daí decorrentes, isto tudo, dependendo, naturalmente, da redoma familiar do trabalhador.

---

*Manual de intervenção psicológica*, Lisboa, Pactor, 2021, que “aborda as especificidades da intervenção em função do tipo de perda (luto inesperado, luto antecipatório, luto patológico), do momento do ciclo da vida em que ocorre (infância, adolescência, terceira idade) e da sua natureza (homicídio, suicídio, doença crónica)”, entre outros.

<sup>39</sup> Como ensina JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023 (reimpr.), p. 295, “(...) se o trabalhador comparecer ao serviço mas estiver «psicologicamente ausente», ele violará, provavelmente, o dever de diligência a que também se encontra adstrito, mas não o dever de assiduidade”.

Como é sabido, as fontes das relações jurídicas familiares encontram-se previstas no Código Civil (doravante "CC") e, entre outras, a afinidade (efeitos da relação matrimonial) que se traduz no "vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro" [artigo 1584.º CC] e o parentesco (consanguinidade) que é o "que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum" [artigo 1578.º CC], sem prejuízo de se integrarem nesta noção jurídica de família as relações de adoção, por força do seu regime legal<sup>40</sup>. As linhas de parentesco podem ser retas (ascendentes ou descendentes) e colaterais [artigo 1580.º CC]. A contagem do parentesco está prevista no artigo 1581.º do CC, sendo estabelecida a regra de que os efeitos se produzem em qualquer grau na linha reta e até ao sexto grau na colateral [artigo 1582.º CC]. Tanto a afinidade como o parentesco contam-se da mesma forma. Contudo, a afinidade pode não ser perpétua, pois caso o casamento seja dissolvido por motivo de divórcio, por exemplo, existe cessação do vínculo de afinidade [cfr. o artigo 1585.º CC].

Eiva, assim, do preceito legal<sup>41</sup> plasmado nas alíneas do n.º 1 do artigo 251.º que, ocorrendo o falecimento de familiar, o trabalhador tem direito a faltar justificadamente:

---

<sup>40</sup> Neste sentido, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.ª Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 35: "(...) há a referir as relações de adoção, que, à semelhança da filiação natural mas independentemente dos laços de sangue, se estabelecem entre adotante e adotado ou entre um deles e os parentes do outro".

<sup>41</sup> Em outros ordenamentos jurídicos, identificam expressamente o familiar-fimado em causa, por exemplo, em Moçambique, a Lei n.º 23/2007, de 1 de agosto, alíneas b) e c) n.º 3 do artigo 103.º; em Angola, *vd.* a Lei Geral do Trabalho, n.º 1 do artigo 146.º; e parcialmente no Brasil, conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, I do artigo 473.º; o que nos parece ser a solução mais acertada. A nossa legislação laboral continuou a socorrer do mesmo texto legal do Código Civil, usando uma linguagem complexa e de difícil compreensão pelo cidadão comum.

- a) Até 20 dias consecutivos - cônjuge (não separado de pessoas e bens) ou de pessoa que viva em união de facto ou em economia comum;
- b) Linha reta descendente:
  - a. [1.º grau]:
    - até 20 dias consecutivos: filho(a) biológico; filho(a) adotado plenamente; enteado(a); afilhado(a) no regime de apadrinhamento civil;
    - até 5 dias consecutivos: genro/nora;
  - b. [2.º grau]:
    - até 2 dias consecutivos: neto(a) do próprio ou do cônjuge;
  - c. [3.º grau]:
    - até 2 dias consecutivos: bisneto(a) do próprio ou do cônjuge;
- c) Linha reta ascendente:
  - a. [1.º grau]:
    - até 5 dias consecutivos: pai/mãe; sogro(a); padrasto/madrasta;
  - b. [2.º grau]:
    - até 2 dias consecutivos: avô/avó do próprio ou do cônjuge;
  - c. [3.º grau]:
    - até 2 dias consecutivos: bisavô/bisavó do próprio ou do cônjuge;

d) Linha colateral:

a. [2.º grau]:

- até 2 dias consecutivos: irmão/irmã; cunhado(a).

Confrontando o número de dias de falta, alguma perplexidade nos suscita, considerando o valor da consanguinidade e a afinidade. Por exemplo, tios/primos - 3.º grau da linha colateral (não está prevista a falta), irmãos (até dois dias), sogros (até cinco dias) e pais (até cinco dias), isto sem ainda relevar para a discussão o valor emocional que projetamos num determinado familiar - por exemplo, uma avó que cuidou do trabalhador como se fosse o seu verdadeiro filho (apenas até dois dias), entre múltiplos exemplos. Mas, aparentemente, não se conseguirá uma solução mais equilibrada a não ser aquela que resulta da redação do texto legal. Importante sublinhar que, mesmo assim, qualquer falta poderá ser autorizada ou aprovada pelo empregador [alínea k) do n.º 2 do artigo 249.º], embora com perda de retribuição [alínea e) do n.º 2 do artigo 255.º], por exemplo, o trabalhador poder faltar por falecimento dos tios(as), primos(as), ou outra pessoa mesmo sem quaisquer laços familiares, *v.g.*, o padrinho de casamento, a madrinha de batismo ou até o/a namorado/a.

Por fim, algumas considerações sobre a mais recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>42</sup> proferida em ação especial de interpretação de cláusula de convenção coletiva de trabalho<sup>43</sup>. Note-se

---

<sup>42</sup> Referido supra em 1.4.

<sup>43</sup> Sobre a teoria da interpretação neste modelo processual, *vd.*, LUIS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 202-206. Esta ação especial pretende "(...) a determinação do sentido juridicamente relevante de uma cláusula que preexistia na ordem jurídica, cuja fixação do conteúdo era objeto de controvérsia" nas palavras daquele autor, *ob. cit.*, p. 203.

que tem valor ampliado de revista em processo civil por força do artigo 186.º, 1.ª parte, do Código de Processo do Trabalho<sup>44</sup> (doravante "CPT"), isto é, visando a uniformização da jurisprudência<sup>45</sup>. Importa reforçar que esta interpretação<sup>46</sup> sobre a forma de contabilização das faltas por falecimento apenas produz efeitos para os contratos de trabalho regulados por aquela convenção coletiva<sup>47</sup>. Pelo exposto, aquela tomada de decisão não é vinculativa<sup>48</sup> quanto a outro instrumento de contratação coletiva, sequer em ação judicial (cujas partes sejam trabalhador e empregador) ou impugnação em processo de contraordenação.

No mais, a decisão no âmbito do artigo 186.º do CPT, como bem sublinha PEDRO ROMANO MARTINEZ<sup>49</sup>, "não está em causa a interpretação ou anulação de leis, mas antes, de cláusulas de convenções coletivas de trabalho, que não têm valor de lei, nem são considerados atos legislativos nos termos do n.º 1 do art. 112.º da CRP". Por assim ser, aquela decisão do Supremo Tribunal não se dedicou à análise do preceito legislativo - o artigo 251.º -, embora o tenha referido para efeitos comparativos<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> Que prescreve o seguinte: "O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobre as questões a que se refere o artigo 183.º tem o valor ampliado da revista em processo civil e é publicado na 1.ª, série-A do jornal oficial e no Boletim do Trabalho e Emprego". A publicação da decisão judicial nestes jornais oficiais constitui requisito de eficácia, como defende LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 174-175.

<sup>45</sup> Sobre a jurisprudência uniformizada, *vd*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 11.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, pp. 177-181.

<sup>46</sup> Ainda sobre o teor destas decisões, *vd*, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 203.

<sup>47</sup> Referido na nota de rodapé 31.

<sup>48</sup> Sem prejuízo da importância das decisões judiciais nas fontes do Direito do Trabalho: "(...) mesmo não sendo vinculativa, deve ser tomada em consideração para o conhecimento do direito do trabalho", como adverte PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>49</sup> Pedro Romano Martinez, *ob. cit.*, p. 180.

<sup>50</sup> Considerando o mediatismo e os moldes em que foi divulgado pelos órgãos da comunicação social, fez-se crer, de forma errónea, que esta decisão revestiu o

E, desta forma, em nossa opinião, não nos parece, com a devida vénia, extinguir ou desvalorizar a corrente doutrinal da *tese interpretativa da contabilização da falta em dias de trabalho* e, por consequente, colocar em causa a interpretação da ACT plasmada na referida Nota Técnica.

Vale ainda aqui dizer que, em matéria de contratação coletiva, poderão os outorgantes estabelecer acordo sobre a concretização e interpretação de matérias laborais internas controvertidas, através de Comissão Paritária [n.º 3 do artigo 492.º], no sentido de clarificar ou reformular o texto legal das respetivas cláusulas em outros contratos coletivos no que toca a este regime de faltas.

## 2.2. O regime das faltas

Define o n.º 1 do artigo 248.º falta como “a ausência de trabalhador do local em que devia desempenhar a atividade durante o período normal de trabalho diário”, uma exceção a um dos diversos deveres do trabalhador - o de comparecer ao trabalho com assiduidade e pontualidade [alínea a) do n.º 1 do artigo 128.º].

Como em qualquer falta, existem diversas formalidades a serem observadas: i) a comunicação obrigatória ao empregador logo que possível [artigo 253.º, em concreto, o n.º 2, cuja inobservância poderá a falta ser considerada injustificada - n.º 5]; e ii) a apresentação

---

mesmo teor de um “assento” e uma modificação à lei laboral. Sempre se diga que com o aumento do número máximo de dias de faltas (20 dias) e tratando-se de uma falta justificada e remunerada pelo empregador, haverá, certamente, interesse na defesa da falta ser contabilizados em dias de descanso, pelo menos do lado daquele onde a oneração é por mais que evidente. Uma solução ideal seria a atribuição de um subsídio a partir do 6.º dia de falta.

de meio de prova, sempre que solicitado pelo empregador, nos 15 dias seguintes a esta comunicação a prestar em prazo razoável [n.º 1 do artigo 254.º]. Por norma, a declaração de presença na cerimónia fúnebre é emitida pela agência funerária, embora não seja condição *sine qua non* para o efeito<sup>51</sup>.

Como não existe disposição no quadro normativo atual que determine o dia em que se inicia a contagem destas faltas, somos da opinião que a mesma poderá iniciar-se no dia do óbito do familiar, do conhecimento deste, ou ainda no dia da cerimónia fúnebre, cabendo a escolha ao trabalhador<sup>52</sup>. Ainda referente a este ponto, nada impede que o trabalhador possa faltar mesmo tendo existido um hiato temporal entre a cerimónia fúnebre e a data em que teve conhecimento, assente que, como vimos, este regime de faltas visa um período de luto<sup>53</sup>. Importante é o trabalhador enlutado conseguir demonstrar que apenas teve conhecimento naquele preciso dia, recorrendo-se aqui ao regime geral previsto no artigo 342.º do CC, podendo munir-se de qualquer meio de prova, por exemplo, a certidão de óbito do familiar.

Em boa verdade, o falecimento de um familiar pode ou não causar impacto na vida do enlutado, porquanto tudo se desenrola em torno da avaliação que o indivíduo faz e o modo como age perante

---

<sup>51</sup> Comungamos pelo mesmo entendimento de PEDRO FURTADO MARTINS, ob. cit., pp. 153-154, pois a *ratio* da falta consiste na morte do familiar ou afim do trabalhador e não está dependente deste participar nas cerimónias fúnebres.

<sup>52</sup> Neste caso, perfilhamos o entendimento da DGAEP, *vd*, secção XII - Faltas, a questão 6, acessível online em [www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=45000000](http://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=b8a129f3-8eb7-4b56-932f-f084b9abab44&ID=45000000). O n.º 1 do artigo 28.º do revogado Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de março, tinha uma perfeita redação que, infelizmente, foi descurada pelo legislador no Código do Trabalho/2009, tal como na Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas (Lei n.º 35/2014, de 20 de junho).

<sup>53</sup> Neste sentido, MILENA SILVA ROUXINOL, ob. cit., p. 741.

este fenómeno, seja através da relação efetiva com o familiar finado ou das circunstâncias em que o rodeiam<sup>54</sup>. Quer isto dizer que, por razões de natureza estritamente pessoal, esta falta é um direito potestativo do trabalhador, competindo-lhe a ponderação e a decisão de se ausentar bem como o tempo que julgue necessário para realizar o luto. Atente-se que a norma apenas exige duas condicionantes: as faltas sejam dadas até ao limite máximo da moldura prevista no normativo e que estes dias sejam gozados de forma consecutiva. Isto significa que o trabalhador pode, por sua vontade e iniciativa, faltar justificadamente *n* dias (um, dois, três dias...) até aquele limite de faltas<sup>55</sup> e iniciado este período de ausência não pode existir interrupções<sup>56</sup>.

Outra questão que merece reflexão reside em saber se o falecimento de familiar ocorrido no decorrer das férias pode adiar ou suspender o gozo daquelas, resultante da aplicação do n.º 1 do artigo 244.º. A posição dominante tem sido afirmativa<sup>57/58</sup>, apontando no

---

<sup>54</sup> Por exemplo: um filho (trabalhador), cujo pai (finado) abandonou-o à nascença; uma irmã (trabalhadora) que repudia o irmão (finado) porque este ter abusado sexualmente da sua filha; um avô (finado) que agrediu o neto (trabalhador). São factualidades tatuadas no íntimo do trabalhador e, como consequência, não consegue sensibilizar-se com a morte do familiar e, por isso, não demonstra qualquer emoção ou motivação em fazer o luto.

<sup>55</sup> Sem prejuízo da análise que se fará à frente relativamente aos trabalhadores a tempo parcial, *infra* 4.

<sup>56</sup> Como bem referem, JOÃO LEAL AMADO e JOÃO REIS, *ob. cit.*, p. 131: "(...) terão de ser usufruídos de modo consecutivo, isto é, o trabalhador não poderá gerir esses (...) dias da forma que bem entender, intercalando períodos de falta com dias de prestação de trabalho".

<sup>57</sup> Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL, "Luto Parental, Faltas e Férias", *ob. cit.*, pp. 145-150, encontrando-se ainda alguns remédios jurídicos para as faltas por falecimento de 20 dias, em concreto, pp. 149-150.

<sup>58</sup> Entendimento também perfilhado na Nota Técnica da ACT e DGAEP através das FAQ, oportunamente já assinaladas.

sentido de consubstanciar um impedimento temporário não imputável ao trabalhador<sup>59</sup>. De facto, é preciso ter presente que as férias visam “a recuperação física e psíquica, condições de disponibilidade pessoal, integração na vida familiar e participação social e cultural” [cfr. o n.º 4 do artigo 237.º].

A nosso ver, a questão pode ainda ser analisada de dois ângulos. De um lado, a solução consagrada para adiar ou suspender o gozo de férias é, além da doença, “outro facto que não lhe seja imputável”. Ora, resulta, desde logo, uma porta aberta para qualquer situação, o que, evidentemente, não exclui as faltas por falecimento de familiar. Por outro, tendo um familiar falecido, é caricato afirmar que o trabalhador mantém a almejada “recuperação física e psíquica” confrontando com o elemento teleológico das faltas por falecimento e o que o legislador pretendeu cuidar<sup>60</sup>. Atendendo à natureza deste conflito<sup>61</sup> e sendo ambos relativos a tempos de não trabalho, importa sopesar cuidadosamente entre o direito às férias e este regime de faltas para concluirmos que, face à sua natureza jurídica, a hermenêutica do *luctus tempus*, prevalecerá sobre a das férias. Em traços

---

<sup>59</sup> Neste sentido, ISABEL VIEIRA BORGES, *Férias Laborais: Dever de gozo efetivo e margem de liberdade*, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (não publicada), *apud*, Nota Técnica n.º 7 da ACT.

<sup>60</sup> Neste sentido, ISABEL VIEIRA BORGES (assinado com nome profissional anterior, ISABEL RIBEIRO PARREIRA), “Breves considerações sobre alguns aspetos do regime do Direito a Férias (arts. 219.º, 212.º, n.º 4 e 215.º; 213.º, n.º 3 do Código do Trabalho)”, *Memórias do XIX Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2005, pp 81-114.

<sup>61</sup> Do Código Civil, artigo 335.º (colisão de direitos):

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

sintéticos, o regime de faltas se sobrepõe ao das férias e sequer acolhe o argumento que se o trabalhador se encontra no gozo de férias já se supõe que está ausente ao trabalho, pois, nesta lógica, desconsideraríamos o preceito do n.º 1 do artigo 244.º, que é, insiste-se, uma cláusula aberta por aí se integrarem situações de inexigibilidade ocorridas nas férias do trabalhador.

Acresce dizer que estando o trabalhador já a faltar por qualquer outro motivo, afigura-se não ser aplicável a interrupção devida a falecimento de familiar, isto pelo simples facto de o trabalhador já se encontrar ausente por qualquer um dos motivos do quadro enunciado do n.º 2 do artigo 249.º, nomeadamente, as situações de doença ou acidente de trabalho. Por outra banda, tendo terminado aquela falta e se ainda estiver a decorrer o período do limite da falta por falecimento, ainda pode o trabalhador se ausentar pelo período remanescente. Já no que toca à licença parental, em qualquer das modalidades previstas no artigo 39.º, nada obsta que a mesma possa ser interrompida, pois a ausência é considerada como prestação efetiva de trabalho [cfr. o n.º 1 do artigo 65.º]. Registe-se que, para efeitos de suspensão dos subsídios parentais<sup>62</sup>, apenas encontra-se previsto as faltas por doença ou internamento hospitalar do progenitor ou da criança<sup>63</sup> e, por conseguinte, pode existir perda definitiva da atribuição do subsídio caso venha a ser interrompido. Contudo, entendemos já não ser assim no gozo da licença parental inicial<sup>64</sup> quando acumula

---

<sup>62</sup> Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de abril, na sua atual redação, que estabelece o regime jurídico de proteção social na parentalidade no âmbito do sistema previdencial e no subsistema de solidariedade.

<sup>63</sup> Cfr. o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 91/2009.

<sup>64</sup> Referente ao montante do subsídio parental inicial a tempo parcial - n.º 3 do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 91/2009.

com trabalho a tempo parcial [cfr. o n.º 4 do artigo 40.º], considerando que o trabalhador já retornou à atividade laboral.

### 2.3. Dos trabalhadores em união de facto ou em economia comum

#### a) Da união de facto

A Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, adota medidas de proteção das uniões de facto, conhecida como Lei da União de Facto (doravante "LUF"). O reconhecimento desta situação implica que duas pessoas, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos [n.º 2 do artigo 1.º da LUF].

A união de facto é representada pelo tríplice: comunhão de leito, mesa e habitação. Assim, na convivência diária, na criação de relações familiares, laços de intimidade e de afetos, na própria forma de tratamento e apresentação a terceiros desta relação amorosa (ficticiamente como "marido" e "mulher"), representam condutas e comportamentos que projetam, na esfera social, um verdadeiro casamento<sup>65</sup>. Pensamos que é esse o verdadeiro escopo do legislador quando estabeleceu o regime específico na proteção da união de facto ao equiparar, nas relações laborais, uma relação conjugal.

Pelo exposto, veja-se na LUF, em concreto, o prescrito na alínea c) do n.º 1 do artigo 3.º, que consagra "beneficiar de regime jurídico

---

<sup>65</sup> Defendemos que a união de facto é uma relação de família. Para melhor aprofundamento sobre esta questão e respetivos argumentos, *vd.* FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 64-67, autores que entendem que a resposta tenderá a ser positiva face ao aumento do número de uniões de facto e aos seus efeitos.

equiparado ao aplicável a pessoas casadas vinculadas por contrato de trabalho, em matéria de férias, feriados, faltas e licenças”.

Atualmente, a letra da lei da alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º usa a expressão “equiparado” e nos parece aqui integrar as situações de união de facto, equiparando-os ao do cônjuge não separado de pessoas e bens, isto é, colocando-os em situação de igualdade de equiparação legal. Apesar do ponto de vista do rigor terminológico não ser o mais feliz, certamente que será este o verdadeiro alcance. E, por isso, a melhor interpretação da primeira parte do n.º 2 daquele preceito, atualmente, é a de que se traduz no reforço por parte do legislador da regra da equiparação.

Apesar da inexistência da relação matrimonial – refira-se que o casamento é fonte das relações jurídicas familiares [cfr. o artigo 1576.º CC] –, isto não afasta a grande proximidade e cumplicidade do trabalhador com os familiares do companheiro/a, em concreto, a vivência nas épocas festivas, troca de confidências relações de amizade mútua, como se fosse um elemento da própria família, do cuidado, preocupação e interajuda. Tudo isto consubstancia uma verdadeira união familiar, e que, dúvidas não temos, o trabalhador sofrerá com o óbito do familiar do/a companheiro/a.

Sendo a afinidade um dos efeitos adquiridos pela via do casamento e tendo-se consagrado a equiparação dos unidos de facto aos cônjuges [cfr. a alínea c) n.º 1 artigo 3.º da LUF], “equiparação” também presente no regime de faltas por falecimento [cfr. a alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º], podemos aplicar ao trabalhador enlutado o regime de faltas nos mesmos moldes do cônjuge não separado de pessoas e bens. Ou, por outras palavras, ao ficcionar a afinidade,

pode o trabalhador igualmente faltar pela morte dos familiares do/a companheiro/a.

Na verdade, fosse pela via da aplicação direta da alínea a) do n.º 1 ou da remissão feita pela n.º 2, ambos do artigo 251.º<sup>66</sup>, poderíamos, identicamente, chegar a esta mesma conclusão<sup>67</sup>.

### b) Da economia comum

Através da Lei n.º 6/2001, de 11 de maio, denominada Lei da Economia Comum (doravante "LEC"), foram estabelecidas medidas de proteção das pessoas que vivam em economia comum. No caso da pessoa que viva em economia comum com o trabalhador também se

---

<sup>66</sup> A mesma linha de raciocínio para a redação anterior à Lei n.º 13/2023, de 3 de abril. Em sentido contrário, PAULA QUINTAS e HÉLDER QUINTAS, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, 6.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 563.

<sup>67</sup> Julga-se pertinente referir o Acórdão do TRP de 06-10-2014, processo 433/13.2TTGDM.P1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em cujo sumário pode ler-se:

"II - Estando em causa o falecimento do pai da pessoa com quem o trabalhador vivia em comum, a situação não tem enquadramento no disposto no artigo 251.º, pelo que as faltas não podem considerar-se justificadas ao abrigo de tal normativo; III - Assim, tendo o trabalhador faltado ao trabalho durante três dias e meio e justificado tais faltas com o falecimento do pai da pessoa com que vive em comum - falecimento esse que, efectivamente, ocorreu -, que junto do empregadora invocou como sendo «sogro», tais faltas são de considerar injustificadas".

Mas, conforme se lê no aresto, "estando em causa o falecimento do pai da companheira do Autor (...) ainda, que não se invoca qualquer outro motivo de justificação das mesmas faltas. Refira-se que mesmo que se entendesse que a situação em análise tinha enquadramento no disposto no artigo 251.º, n.º 2 - por equiparação total entre o trabalhador casado e o que vive em união de facto no que respeita ao regime de faltas para situações de afinidade -, ainda assim no concreto caso o trabalhador não podia beneficiar do regime em apreciação por não ter demonstrado que vivesse em condições análogas à dos cônjuges (...)" (nosso sublinhado), ou seja, caso se aplicasse o regime de união de facto, poderia o tribunal ter decidido em sentido contrário, como bem assinala MILENA SILVA ROUXINOL, ob. cit., p. 740, em nota de rodapé.

aplica o regime de faltas por óbito daquela. Deste modo, o trabalhador tem o direito a faltar até 20 dias [alínea a) do n.º 1 *ex vi* n.º 2, ambos do artigo 251.º].

Enquanto na união de facto<sup>68</sup> existe comunhão de leito, mesa e habitação com uma pessoa, a economia comum visa apenas a comunhão de mesa e habitação, há mais de dois anos, com uma ou mais pessoas estranhas ou até com elementos da própria família<sup>69</sup> [o n.º 2 do artigo 2.º da LEC]. Com efeito, apreendemos que o pensamento subjacente ao regime de faltas será a rutura de uma vivência em comum de entreatajuda e/ou partilha de recursos [cfr. *in fine* do n.º 1 do artigo 2.º da LEC], o que considera a vivência em “condições análogas às dos cônjuges” prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º da LEC, sem excluir que quando a economia comum integra mais de duas pessoas, apenas podem ser exercidos, em cada ocorrência, por uma delas [n.º 2 da mesma norma].

Se existirem relações familiares, somos da opinião que, em caso de falecimento, as relações de parentesco não prevalecem sobre o regime específico da LEC - de sublinhar que é norma especial. Para melhor compreensão, veja-se, por exemplo, uma mãe (finado) que vivia em economia comum com o trabalhador há dez anos: pela relação de parentesco, o trabalhador pode faltar até cinco dias [alínea b) do n.º 1] mas perante este regime, a falta será de 20 dias [por

---

<sup>68</sup> Como fazem notar FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.* pp. 114 -115, quem vive em união de facto pode viver em economia comum, porém já não em sentido inverso, contudo, caberá aos interessados invocar os direitos consagrados optando por um regime (união de facto) ou outro (economia comum).

<sup>69</sup> Neste conspecto, nas palavras de FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.* p. 113: “[a] vida em economia comum não tem conotação sexual, como a união de facto, o que explica que possam viver em economia comum o pai e o filho ou a filha, os irmãos, etc”.

aplicação da alínea a) do n.º 1 *ex vi* n.º 2]. *Mutatis mutandis*, a mesma linha de raciocínio para qualquer outro familiar não acoberto pelo regime de faltas, *v.g.*, um primo/a ou um tio/a.

Ora, neste caso, para além do grau de parentesco, o pendor da entreatajuda e a partilha de recursos de ambos foram afetadas - embora seja de admitir que a escolha possa sempre caber ao trabalhador face ao direito potestativo inerente à falta por falecimento, optando faltar pela via do parentesco ou pela aplicação da LEC.

Já vivendo o trabalhador em economia comum com pessoa estranha, não existe aqui qualquer laço familiar nem a mesma intensidade. Razão pela qual o trabalhador apenas pode faltar por morte dessa pessoa, já não sendo extensível à morte dos seus familiares ou, pelo menos, já temos amplas dúvidas da generosidade do legislador nesse sentido.

#### 2.4. O apadrinhamento civil e o religioso

O apadrinhamento civil encontra-se previsto na Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, alterada pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro<sup>70</sup>. Resulta do seu artigo 1.º que o apadrinhamento civil consiste numa relação jurídica, em princípio de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família. Estes

---

<sup>70</sup> O apadrinhamento civil só pode ser constituído por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil. O Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro, alterado pela Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, define os procedimentos para a habilitação dos padrinhos e procede à regulamentação daquele diploma.

últimos exercem poderes e deveres próprios dos pais por estabelecerem vínculos afetivos com a criança ou jovem e que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento.

Perante este regime, os padrinhos e o afilhado têm direito a beneficiar do regime jurídico de faltas e licenças equiparado ao dos pais e dos filhos, por força da alínea a) do n.º 1 do artigo 23.º daquele diploma e, naturalmente, pela aplicação do artigo 251.º.

No que concerne ao padrinho ou a madrinha de batismo, não usufruem do benefício anterior, por não existir norma expressa que o preveja.

### 3. A contabilização dos dias de falta - posição adotada

Com o problema que agora nos ocupa está relacionado o adjetivo "consecutivos" vertido no corpo das alíneas do n.º 1 do artigo 251.º.

Desde já, aderimos à posição defendida por diversos autores<sup>71</sup>, e que denominamos como *tese interpretativa da contabilização em dias de trabalho*. De forma sucinta, revisitamos aqui os principais argumentos da tese, através dos diversos elementos interpretativos<sup>72</sup>, incluindo o arrojo de, neste estudo, incluir alguns comentários adicionais, em que procederemos ao contraponto com os argumentos dos que defendem a *tese interpretativa literal dos dias consecutivos*.

---

<sup>71</sup> Melhor identificados supra 1.2. do presente artigo; para maiores desenvolvimentos e uma análise mais aprofundada se remete para a leitura das obras já descritas.

<sup>72</sup> Sobre os elementos de interpretação da lei na realização do Direito do Trabalho, vd, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 314 e ss.

(i) Do elemento literal: partindo da análise das regras da interpretação da lei<sup>73</sup> plasmadas no artigo 9.º do CC<sup>74</sup> - *maxime* no n.º 2 - , literalmente "dias consecutivos" expressa dias lineares/seguidos, *i.e.* na prática, consecutivos de calendário e, destarte, denota que para o cômputo da falta são incluídos todos os dias. Poder-se-ia pensar deste modo, mas a expressão do preceito em análise terá, imperiosamente, de ser conjugada com a noção jurídica de falta [cfr. o n.º 1 do artigo 248.º] e daí atender na exegese aos seus elementos integrativos<sup>75</sup>. E pensamos até ser líquido, através desta linha de raciocínio, chegar à conclusão de que a contabilização deve ser feita apenas em dias de trabalho, excluindo os dias de descanso previstos bem como os dias de feriado, isto é, todos dias de não-trabalho<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Para uma análise mais aprofundada, *vd* a anotação ao artigo 9.º, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil - Anotado - Volume I*, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (reimpr.), pp. 58-59.

<sup>74</sup> De acordo com o artigo 9.º (Interpretação da lei): "1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados".

<sup>75</sup> Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho - parte II - situações laborais individuais*, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023, p. 563, são três os elementos integradores do conceito de falta: i) a ausência física do trabalhador no seu local de trabalho; ii) a ausência do local onde o trabalhador devia desempenhar a sua atividade; e iii) a falta reporta-se ao período normal de trabalho diário. Para JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 295, os elementos são: i) o elemento material, que é a ausência do trabalhador no local de trabalho; e ii) elemento normativo, que corresponde ao período de trabalho devido pelo trabalhador.

<sup>76</sup> Tomando uso das palavras de JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 295: "(...) não haverá falta quando o trabalhador não comparece porque, p. ex., se trata do seu dia de descanso semanal ou de um feriado, pois aqui o programa temporal da prestação não é inobservado".

Ou, dito por outras palavras, se o trabalhador não tem de comparecer no local de trabalho e exercer a sua atividade, sequer podemos considerar uma falta. Portanto, "dias consecutivos" significa que não poderá a falta ser interrompida, inexistindo desta forma um "crédito de faltas" para que o trabalhador possa dispor quando mais lhe convier e de acordo com as suas necessidades.

Em acréscimo, não podemos *tout court* invocar o elemento literal para resolver a problemática e que se pretende obter uma solução mais racional, adequada e justa bem como compreender, efetivamente, a sua razão de ser. Ademais, nas regras de interpretação da lei, é necessário observar "o sentido e o alcance da lei" de modo a encontramos "soluções mais acertadas"<sup>77</sup> - é o que dizer, mas por outras palavras: a interpretação que permite chegar a resultados mais razoáveis. Perante isto, caberá sempre ao intérprete, de forma harmoniosa, compreender todo o processo legislativo laboral, não analisando erroneamente os preceitos de forma estanque, para que se possa presumir uma correta interpretação tal como exige o n.º 3 do artigo 9.º do CC.

Aqui não podemos esquecer a sapiência de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO no seguinte ensinamento: "A interpretação não começa, como temos reafirmado, com a letra da lei: antes com o caso. Mas a partir daí, a letra constitui o elo de ligação privilegiado entre a fonte e o julgador, mesmo quando (sendo isso possível), a crítica logo leve a afastar a própria letra. Para o efeito pretendido, a letra da lei deverá

---

<sup>77</sup> Interpolação nossa do n.º 3 do artigo 9.º do CC.

ser tomada no sentido mais razoável ou, se se preferir, no sentido que lhe será dado pela generalidade dos operadores jurídicos”<sup>78</sup>.

(ii) No que toca ao elemento sistemático, no domínio das ausências por faltas “dadas, durante 15 dias seguidos, por altura do casamento (...)” [alínea a) do n.º 2 do artigo 249.º], ressalta logo outra forma de contagem. Em particular, estes dias são um bloco temporal consecutivo (15 dias seguidos), para o trabalhador poder faltar durante determinado período.

(iii) Como já constatamos, o elemento teleológico traduz-se por um tempo de luto - é este o escopo da norma das faltas por falecimento. Efetivamente, a pessoa enlutada sofre por continuidade, trata-se de um estado emocional e, naturalmente, não existe uma interrupção temporal emocional. Logo, extrai-se a ideia errónea de que, se o trabalhador sofre todos os dias e não apenas em dias de trabalho, então a forma de contabilização só pode ser contínua. Na verdade, este argumento é dilacerado porque não existe a obrigação do trabalhador faltar porque está a “sofrer”. Desta maneira relembramos que a tónica da falta incide sobre se o trabalhador pretende ou não faltar - daí tratar-se de um direito potestativo do trabalhador e, certamente saberá se é capaz ou não de assumir as suas obrigações laborais face ao infortúnio com que se deparou.

(iv) Finalmente, resta-nos apreciar o elemento histórico, por o advérbio se ter mantido imutável nas sucessivas alterações legislativas. Como *ut retro* já se demonstrou, o elemento literal não é defensável pois é necessário compreender a disposição legal através das regras da interpretação do direito.

---

<sup>78</sup> Direito do Trabalho, ob. cit., pp 316-317.

De notar que as faltas por casamento, antes da codificação do Código do Trabalho, previam que a contabilização dos 11 dias seguintes se faria “excluindo os dias de descanso intercorrentes”, o que desapareceu do regime vertido no Código do Trabalho/2003. Porém, como vimos, atualmente a forma da contagem é diferente no caso das faltas por falecimento, pelo que se prescinde fazermos comparações, nomeadamente, se foi ou não vontade do legislador.

Ora, também é preciso ter presente que as relações laborais foram-se sucessivamente alterando, o que determinou a consagração - ou o alargamento - de direitos dos trabalhadores, resultado de sucessivas alterações laborais, nomeadamente, o gradual aumento do catálogo dos dias de falta justificadas. Certamente, a visão do legislador laboral no princípio do século passado será diferente da atual<sup>79</sup>.

#### 4. Trabalho a tempo parcial

O trabalho a tempo parcial<sup>80</sup>, vulgarmente conhecido como *part-time*, encontra-se regulado nos artigos 150.º a 156.º e 228.º e cor-

---

<sup>79</sup> Em outro contexto mas pela sua elevada pertinência histórica, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Do tratamento mais favorável no Direito do Trabalho", *Revista Internacional de Direito do Trabalho - RIDT*, n.º 4, 2023, p. 164, explica que “[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”.

<sup>80</sup> Abordamos em traços gerais o regime. Sobre as diversas modalidades de trabalho, entre outros, *vd.*, VÍTOR PALMELA FIDALGO, “Trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, trabalho por turno e trabalho noturno”, *Estudos do Instituto de Direito*

responde “a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável” [cfr. o n.º 1 do artigo 150.º]. Ademais, consagra-se o princípio da igualdade entre o trabalho a tempo completo e o a tempo parcial, em situação comparável [cfr. n.º 2 do artigo 154.º].

Relativamente a esta organização do tempo de trabalho, de acordo com o n.º 3 do artigo 150.º, ensina FRANCISCO LIBERAL FERNANDES que “pode ser horizontal - o em que o trabalhador a tempo parcial trabalha durante todos os dias da semana de trabalho (embora um número de horas inferior ao trabalhador a tempo completo em situação comparável) -, ou vertical - em que o trabalhador labora apenas em alguns dias da semana, do mês ou do ano (podendo neste caso a duração da sua actividade diária ser idêntica à do trabalhador a tempo completo em situação comparável)”<sup>81</sup>.

Urge, desta forma, a necessidade de adequar a contabilização das faltas por falecimento de familiar dos trabalhadores a tempo parcial, considerando que os dias de descanso e feriados intercorrentes não relevam para aquela contagem.

A este propósito, tomaremos de empréstimo a solução encontrada por JOÃO LEAL AMADO e MILENA SILVA ROUXINOL<sup>82</sup>, segundo a qual “o intérprete deverá ter em conta a atipicidade da situação e ajustar a estatuição às particularidades da mesma” e, por isso, nesta especificidade, “apelar àquela que seria a situação típica hipotética - a do

---

*do Trabalho - IDT*, vol. VIII, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 149-181; JOANA NUNES VICENTE, “Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente”, *Associação Portuguesa de Direito do Trabalho*, Estudos APODIT 4, AAFDL, Lisboa, 2018 (reimpr.), pp. 247-274.

<sup>81</sup> FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Biblioteca RED, Porto, 2018, pp. 71-72, em anotação ao artigo 150.º.

<sup>82</sup> “O problema do cômputo”, ob. cit., p. 278.

trabalhador em situação comparável, a que se refere, de resto, a propósito do tempo parcial, o art. 150.º", para concluir que "o período de faltas justificadas computar-se-á em conformidade".

E a questão que nos suscita de imediato é: como poderemos concretizar este raciocínio? Na tentativa de encontrar uma cabal solução, apresentamos de seguida o nosso entendimento.

O legislador estabeleceu que o número de dias de falta é o limite máximo previsto no normativo das alíneas do n.º 1 do artigo 251.º, daí a preposição "até" da expressão "até (...) dias", que tem necessariamente um sentido imperativo. Não estamos perante um número de faltas definido como obrigatório, por isso não é a ausência taxativa de 20 dias, cinco dias ou dois dias, mas, simplesmente, o limite.

Ora, tendemos a considerar como melhor solução ajustar o número de dias, considerando o mesmo período de faltas praticado a tempo completo, em situação comparável. Dizer-se, por outras palavras, que o remédio jurídico assenta na redução dos dias face ao período normal de trabalho a ser praticado, tomando sempre como referência o limite máximo da falta, o que corresponderá aqui a um horário de trabalho a tempo completo, em situação comparável.

Para melhor compreensão, esboçamos o seguinte exemplo: mãe (trabalhadora a tempo parcial e horário de trabalho: segunda e terça-feira) e pai (trabalhador a tempo inteiro e horário de trabalho: de segunda a sexta-feira), com infortúnio do falecimento do filho - aplicação da alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º, ou seja, faltas até 20 dias consecutivos.

Se estivéssemos perante trabalho a tempo parcial (no regime horizontal), não surge qualquer problema, por exemplo, se a organização do tempo de trabalho da mãe fosse de segunda a sexta-feira no período da manhã. Aqui, os pais trabalham de segunda a sexta-feira e os dias de falta seriam contabilizados da mesma forma.

Com o argumento que defendemos, no trabalho a tempo parcial (regime vertical), a mãe falta 8 dias de trabalho (redução de 20 para 8 dias), computados por dois dias por semana; o pai falta 20 dias de trabalho, computados por cinco dias por semana: ambos iniciam e terminam no mesmo período.

Verificando-se dias de feriado, a solução será a mesma. Retomando novamente o exemplo, em particular a mãe: terça-feira (feriado), faríamos a redução de 20 para 7 dias; duas terças-feiras (feriado em duas semanas), redução de 20 para 6 dias. Se o feriado ocorrer numa quinta-feira, eventualmente pode não influenciar na contagem, mas caso resulte o regresso de um com a diferença de outro, será de se ajustar novamente aquele número de dias. Novamente, pai e mãe iniciam a ausência e terminam no mesmo período.

No nosso entender, portanto, é de garantir que nenhum trabalhador seja prejudicado ou beneficiado, devendo a redução ser proporcional aos dias de trabalho (tempo parcial) sem ultrapassar o número de dias que teria o outro trabalhador (tempo inteiro). Insiste-se: o limite máximo da falta é a baliza da ausência.

Assumimos que é uma interpretação ousada, mas cujo efeito - que é aquilo que é assinalado como conflito - não colide com os preceitos legais. Facilmente se depreende, pela mera aplicação daquele

exemplo, que todo o período de ausência é igual para ambos os progenitores, sendo irrelevante a modalidade do horário de trabalho.

É esta a melhor interpretação perante esta problemática a qual se deve nortear pela consagração de situações de igualdade nas diversas modalidades de horário nas relações laborais, o que permite o desiderato de coartar a apontada desigualdade. E se pugnarmos por este posicionamento e com o mui devido respeito, falece o segundo argumento apresentado pelo Supremo Tribunal no já referido Acórdão<sup>83</sup> e estilhaça o que é defendido pela *tese interpretativa literal dos dias consecutivos*.

Perante o que fica dito, nada obsta ser esta a melhor tese para se obter uma resposta sensata e justa, pacificando, de modo insofismável, a destriça entre aquelas duas modalidades de tempo de trabalho.

## 5. Conclusões

As faltas por falecimento de familiar encontram previsão na legislação laboral há várias décadas, pese embora, em razão das sucessivas alterações do texto legal, se tenha procedido, nomeadamente, ao aumento do número de faltas.

O busílis da problemática incide sobre a configuração da contabilização destes dias de falta, subsistindo duas correntes doutrinárias que denominamos de *tese interpretativa da contabilização em dias de trabalho* e de *tese interpretativa literal dos dias consecutivos*. Como assumimos no texto, defendemos a primeira, na medida em

---

<sup>83</sup> Supra 1.4.

que o elemento literal de "dias consecutivos" não pode afastar o conceito ou os elementos integrativos da falta. Na realidade, se o trabalhador está ausente da atividade laboral, como nos dias de descanso e feriado, não estaremos perante uma falta e, como tal, não pode ser contabilizada.

Apesar de permanecer a interpretação sustentada na jurisprudência dos tribunais superiores quanto a esta forma de contabilização, não deixamos de apontar que a mesma incidiu na análise de uma cláusula de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Contudo, nada obsta a que num litígio a ser esgrimido nos nossos tribunais, possa ser acolhida, futuramente, a *tese interpretativa da contabilização em dias de trabalho*. E, da mesma forma, poderá o empregador aplicar este entendimento na sua relação laboral aos seus trabalhadores.

Por fim, nada veda que as entidades fiscalizadoras competentes do ministério responsável - a quem compete fiscalizar o cumprimento das disposições legais, regulamentares e convencionais, respeitantes às relações e condições de trabalho -, tomem posicionamento sobre as referidas teses e as apliquem sabendo que, em *ultima ratio*, competirá sempre aos tribunais resolver o litígio, caso haja lugar à impugnação judicial da decisão administrativa de condenação.

No que toca aos trabalhadores em regime de união de facto, ocorrendo o infortúnio de falecer um familiar do/a companheiro/a, não vislumbramos qualquer incompatibilidade legal pela aplicação deste regime de faltas. Sendo a união de facto uma relação de família e, atualmente, prevendo a norma a equiparação ao cônjuge não separado - cfr. a alínea a) do n.º 1 do artigo 251.º -, vem a Lei a criar

deste modo uma ficção jurídica de afinidade na esfera do trabalhador.

Caso o trabalhador viva em comunhão de mesa e habitação com um familiar e este venha a falecer, pode optar por faltar, em medida determinada pelo grau de parentesco ou pela aplicação do regime jurídico de economia comum. Caso ocorra a morte de familiar da pessoa estranha (não familiar), entendemos que já não se constitui na sua esfera jurídica a faculdade de faltar.

Por fim, na forma de contabilização do período de faltas dos trabalhadores a tempo parcial vertical, dever-se-á proceder ao ajustamento do número de dias de faltas, considerando o regime do período de faltas praticado a tempo completo, em situação comparável.

Almada, 24 de junho de 2023

*Post scriptum:*

Uma palavra de grande agradecimento público ao ilustre Jurista e Jurisconsulto, Senhor Professor Doutor PEDRO ROMANO MARTINEZ<sup>†</sup> (1959-2023), pelos conhecimentos deixados nas inúmeras obras de referência, em especial, os seus valiosos e generosos contributos para o nosso Direito do Trabalho. REQUIESCAT IN PACE.

Almada, 30 de outubro de 2023

## Bibliografia

Alves, Patrícia Pinto, *Direito do Trabalho - Doutrina e Jurisprudência*, Quid Juris, Lisboa, 2020;

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023 (reimpr.);

Amado, João Leal / Reis, João, "Nótulas sobre as faltas justificadas por motivo de falecimento de parentes ou afins (artigo 227.º do Código do Trabalho)", in *Revista Questões Laborais*, ano XIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2006;

Amado, João Leal / Rouxinol, Milena Silva,

- "Luto Parental, Faltas e Férias" in *Prontuário de Direito do Trabalho - 2021*, ano II, CEJ, Lisboa, 2021;

- "O problema do cômputo dos dias de falta justificada por morte de familiar - a propósito do Acórdão da Relação do Porto, de 13 de julho de 2022" in *Prontuário de Direito do Trabalho - 2022*, ano II, CEJ, Lisboa, 2023;

Borges, Isabel Vieira (assinado com nome profissional anterior, Isabel Ribeiro Parreira), "Breves considerações sobre alguns aspetos do regime do Direito a Férias (arts. 219.º, 212.º, n.º 4 e 215.º; 213.º, n.º 3 do Código do Trabalho)", *Memórias do XIX Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2005, pp 81-114.

Coelho, Francisco Pereira / Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5.<sup>a</sup> Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, acessível online em [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook\\_-\\_Curso\\_de\\_Direito.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/eBook_-_Curso_de_Direito.pdf);

Cordeiro, António Menezes,

- *Direito do Trabalho*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2018;

- *Direito do Trabalho*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2019;

- "Do tratamento mais favorável no Direito do Trabalho", *Revista Internacional de Direito do Trabalho - RIDT*, n.º 4, 2023, disponível online em <https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-4/do-tratamento-mais-favoravel-no-direito-do-trabalho/>;

Falcão, David / Tomás, Sérgio Tenreiro, *Lições de Direito do Trabalho*, 11.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Fernandes, Francisco Liberal, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Biblioteca RED, Porto, 2018, acessível online em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/111840/2/264530.pdf>;

Fernandes, Luís Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2022;

Fidalgo, Vítor Palmela "Trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, trabalho por turno e trabalho noturno" in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - IDT, vol. VIII, Almedina, Coimbra, 2020;

Gabriel, Sofia / Paulino, Mauro / Baptista, Telmo Mourinho, *Luto - Manual de intervenção psicológica*, Pactor, Lisboa, 2021;

Leitão, Menezes, *Direito do Trabalho*, 8.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Lima, Pires de / Varela, Antunes, *Código Civil - Anotado - Volume I*, 4.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2011 (reimpr.);

Marecos, Diogo Vaz, *Código do Trabalho - Comentado*, 5.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Martins, Pedro Furtado, "Faltas por falecimento de cônjuge, parentes ou afins: uma leitura alternativa do regime legal", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Janeiro-Dezembro 2022, ano LXII (XXXVI da 2.<sup>a</sup> Série) N 1-4, Almedina, Coimbra, 2022;

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 11.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Martinez, Pedro Romano / Silva, Luís Gonçalves da, "Constituição e Agenda do Trabalho Digno", *Revista Internacional de Direito do Trabalho - RIDT*, n.º 4, 2023, acessível online em <https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-4/constituicao-e-agenda-do-trabalho-digno/>;

Martins, Alcides, *Direito do Processo Laboral*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Martins, José Joaquim Fernandes Oliveira, *Código de Processo do Trabalho Anotado e Comentado - Os Processos Laborais na Prática Judiciária*, Almedina, Coimbra, 2022 (reimpr.);

Moura, Paulo Veiga / Arrimar, Cátia, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1.º vol., Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

Neto, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 5.ª Ed., Ediforum, Lisboa, 2019;

Quintas, Hélder / Quintas, Paula, *Código do Trabalho - Anotado e Comentado*, 6.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2021;

Quintas, Hélder, *Comentários ao Código de Processo do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2023;

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho - parte II - situações laborais individuais*, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2023;

Rouxinol, Milena Silva, "As faltas ao trabalho", et alii, in *Direito do Trabalho - Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019;

Silva, Luís Gonçalves da, *Da Acção de Anulação e Interpretação de Cláusulas de Convenções Colectivas de Trabalho*, Cadernos Laborais do IDT n.º 7, Almedina, Coimbra, 2021;

Vicente, Joana Nunes, "Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente" in *Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, Estudos APODIT 4, AAFDL*, Lisboa, 2018 (reimpr.);

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª Ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2020.

#### Jurisprudência

(todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP), de 06.10.2014, Processo 433/13.2TTGDM.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP), de 13.07.2022, Processo 11379/21.0T8PRT.P1;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 19.04.2023, Processo 11379/21.0T8PRT.P1.S1.





# A UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS DE GEOLOCALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO LABORAL\*

THE USE OF GEOLOCATION TECHNOLOGIES IN LABOUR RELATIONS

Patrícia Franco<sup>1</sup>

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O direito à proteção de dados pessoais - evolução histórica; 2.1. Contexto internacional; 2.2. Contexto europeu; 2.3 Contexto nacional; 3. A proteção dos direitos de personalidade do trabalhador - em especial o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; 3.1. Os direitos fundamentais do trabalhador vs. poder de direção do empregador: a vida privada em especial; 3.2. A reserva da vida privada do trabalhador e os meios de vigilância à distância no âmbito do Código do Trabalho; 4. O cruzamento do direito do trabalho com o direito da proteção de dados - a geolocalização; 4.1. Definição; 4.2. A geolocalização como dado pessoal na aceção do RGPD; 4.3. A geolocalização como dado pessoal na aceção do CT; 4.4. A geolocalização de trabalhador: análise detalhada; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

Resumo:

O presente estudo visa analisar os potenciais impactos para os direitos fundamentais do trabalhador que poderão decorrer da utilização de tecnologias de geolocalização.

Do ponto de vista sistemático, começaremos por abordar a evolução histórica do direito à proteção de dados pessoais de uma perspetiva nacional e internacional; seguidamente clarificaremos como é que esse direito, especificamente no que concerne à proteção da reserva da intimidade da vida privada, se concretiza no âmbito da relação laboral, atentas as suas especificidades. Por fim, trataremos de identificar quais as principais questões, ao nível da proteção de dados pessoais,

---

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

<sup>1</sup> Jurista. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho pelo ISCTE-IUL.

Quaisquer opiniões expressas no presente artigo são da exclusiva responsabilidade da autora.

decorrentes da utilização das tecnologias de geolocalização no âmbito laboral.

Deste modo, pretende-se detalhar, do ponto de vista prático, as regras face às quais esse tratamento de dados deverá obedecer, indicando medidas concretas que poderão ser tomadas pelo empregador, tendo em vista garantir uma atuação o mais consentânea possível com os ditames da proteção de dados pessoais.

**Abstract:**

*The present study aims to analyze the potential impacts to the worker's fundamental rights that may result from the use of geolocation technologies.*

*From a systematic point of view, we will start by addressing the historical evolution of the right to data protection from a national and international perspective; after that, we will clarify how this right is implemented within the scope of the employment relationship, taking into account its specificities. Finally, we will identify the main issues arising from the use of geolocation technologies in the workplace.*

*In this way, the aim is to detail, from a practical point of view, the rules that data processing must comply, indicating concrete measures that can be taken, with a view to guaranteeing by the employer, an action as consistent as possible with the dictates of personal data protection.*

## **1. Considerações iniciais**

As matérias do domínio da proteção de dados pessoais têm vindo a surgir, desde o final do século XIX, como uma preocupação a acautelar, atentos os potenciais impactos na proteção dos direitos, liberdades e garantias individuais do titular dos dados. Nesse sentido, o respetivo âmbito de proteção foi também evoluindo ao longo do tempo: se numa primeira fase o objetivo passava pela proteção do cidadão contra abusos estatais, hoje em dia, com o advento da tecnologia e das suas potencialidades, urge mitigar os efeitos nefastos que daí decorrem.

Neste prisma, existem cidadãos - titulares de dados - que aparecem em cena especialmente carecidos de proteção jurídica, sendo paradigmático o flagrante exemplo da relação de trabalho, na

qual, pela sua lógica assimétrica, o trabalhador surge tipicamente numa posição de subordinação, o que justifica a adoção de medidas legislativas tendentes à sua proteção.

Assim, também no âmbito da relação laboral, vieram as novas tecnologias ganhar força, justificando-se, por vezes, o recurso a meios tecnológicos de vigilância à distância do trabalhador, o qual carece sempre de um juízo de proporcionalidade entre duas vertentes: por um lado tem o empregador o poder de conformar a forma como a prestação de trabalho é executada, mas, por outro, não poderá fazê-lo irrestritamente, sendo imperativa a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias do trabalhador, especialmente no que concerne à reserva da intimidade da vida privada.

Se, numa fase inicial, o recurso a estes meios de vigilância circunscrevia-se à utilização da videovigilância, com a vulgarização da utilização de tecnologias de geolocalização, estas passaram também a ser utilizadas pelo empregador no âmbito da persecução da sua atividade.

Naturalmente, decorrem da Constituição da República Portuguesa (CRP), do Código do Trabalho (CT), e, mais recentemente, do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), assim como da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (Lei de Execução), limites e regras que norteiam a sua utilização, sendo proibido desde logo o controlo do desempenho laboral do trabalhador por essa via.

## 2. O direito à proteção de dados pessoais - evolução histórica

### 2.1 Contexto internacional

O tratamento de dados pessoais sempre foi necessário, ao longo dos séculos, para as mais diversas finalidades.

Contudo, no final do século XIX, com a evolução tecnológica e consequente desenvolvimento das comunicações, a possibilidade de difusão da informação de forma massificada potenciou o risco associado à proteção dos dados pessoais dos indivíduos, especificamente no que concerne à sua privacidade.

Atento este contexto, Samuel Warren e Louis Brandeis, num artigo publicado na Harvard Law Review, em 1890, vieram defender pela primeira vez o "*right to be let alone*", como corolário do direito à privacidade e à vida privada<sup>2</sup>.

Nessa senda, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, considerando a necessidade de serem tomadas medidas concretas que protegessem os cidadãos dos seus próprios Estados, consagrou-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) o direito à proteção da vida privada contra intromissões na "*família*", "*domicílio*" e "*correspondência*", assim como a "*ataques à honra e reputação*"<sup>3</sup>. Paralelamente, são ainda impostas aos Estados

---

<sup>2</sup> Esse direito veio a ser invocado e reconhecido jurisprudencialmente em 1893, com o caso Marks vs. Joffra, cuja contenda tem por base uma ação judicial interposta contra um jornal que publicou uma foto sem o devido consentimento do titular dos dados. Com os casos Roberson v. Rochester Folding Box, em 1902, e Pavesich v. New England Life Insurance, em 1905, esse direito veio a ser confirmado.

<sup>3</sup> Artigo 12.º da DUDH.

obrigações legislativas, tendo em vista assegurar esse mesmo direito.

Tal configuração da proteção de dados pessoais, numa vertente de proteção da vida privada, veio a inspirar as redações dos preceitos sobre o tema entretanto surgidas, em 1950, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>4</sup> e, em 1966, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>5</sup>.

Ainda nesse seguimento, veio então a surgir, em 1981, a Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, comumente designada de Convenção 108, a qual constitui o primeiro instrumento internacional com caráter vinculativo, procedendo a um alargamento do âmbito de proteção nesta matéria, de forma a abranger o "*tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal*"<sup>6</sup>.

A par dessa extensão, veio essa convenção prever, de forma mais detalhada, normas de proteção do titular dos dados, no que respeita aos deveres das partes<sup>7</sup>, qualidade dos dados<sup>8</sup>, categoriais especiais

---

<sup>4</sup> Artigo 8.º da CEDH.

<sup>5</sup> Artigo 17.º do PIDCP.

<sup>6</sup> O tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal é definido no artigo 2.º, alínea a) como aquele que "compreende as seguintes operações efetuadas, no todo ou na parte, com a ajuda de processos automatizados: registo de dados, aplicação a esses dados de operações lógicas e ou aritméticas, bem como a sua modificação, supressão, extração ou difusão".

<sup>7</sup> Artigo 4.º da Convenção 108.

<sup>8</sup> Artigo 5.º da Convenção 108.

de dados<sup>9</sup>, segurança dos dados<sup>10</sup> e garantias do titular dos dados<sup>11</sup>, assim como sanções para o seu incumprimento<sup>12</sup>.

## 2.2 Contexto europeu

Em linha com a evolução internacional do tema, no seio da União Europeia, verificou-se a necessidade de assegurar *“a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais”* o que implica que *“não só que os dados pessoais possam circular livremente de um Estado-Membro para outro, mas igualmente, que sejam protegidos os direitos fundamentais das pessoas<sup>13”</sup>*.

De forma a harmonizar<sup>14</sup> o quadro normativo existente nos diversos Estados-Membros, de forma mais pormenorizada<sup>15</sup>, foi aprovada a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação

---

<sup>9</sup> Artigo 6.º da Convenção 108.

<sup>10</sup> Artigo 7.º da Convenção 108.

<sup>11</sup> Artigo 8.º da Convenção 108.

<sup>12</sup> Artigo 10.º da Convenção 108.

<sup>13</sup> Considerando 3 da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995.

<sup>14</sup> Considerando 8 da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995.

<sup>15</sup> O facto da aprovação da referida Diretiva almejar uma regulamentação mais completa foi claramente assumido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que, no Acórdão de 24 de novembro de 2011, processos apensos C-468/10 e C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito e Federación de comercio Electrónico y Marketing Directo vs. Administración del Estado*, refere que a *“harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio, completa. É nesta óptica que a Directiva 95/46 pretende assegurar a livre circulação dos dados pessoais, garantindo simultaneamente um alto nível de protecção dos direitos e dos interesses das pessoas visadas por esses dados”*.

desses dados (Diretiva), a qual careceu de transposição para as respetivas ordens jurídicas internas. No ordenamento nacional, tal diretiva deu origem à Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, entretanto revogada.

Já do ponto de vista dos tratados, o direito à proteção de dados pessoais foi previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta)<sup>16</sup>, documento aprovado no Conselho Europeu de Nice de 2000, ainda que sem valor jurídico até 2009. A partir dessa data, na senda da celebração do Tratado de Lisboa, passou o artigo 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia a prever que os princípios previstos na Carta teriam o mesmo valor jurídico que os tratados.

A consagração expressa do direito a proteção de dados nos tratados levou à reafirmação com mais acuidade da necessidade de existir uma harmonização cada vez mais concertada das várias legislações nacionais, a qual poderia ser almejada mediante a adoção de um Regulamento que produzisse diretamente efeitos em todos os Estados-Membros.

Nessa senda, veio a Comissão Europeia apresentar uma proposta de Regulamento, em 25 de janeiro de 2012, a qual, após discussão, foi aprovada em 2016. Assim, em 2018, entraria então em vigor o RGPD.

Do ponto de vista material, o RGPD assenta uma lógica de responsabilização do responsável pelo tratamento de dados pelas decisões tomadas nesse âmbito, limitando o papel das autoridades

---

<sup>16</sup> A qual procurou conferir visibilidade aos valores comuns da União, prevendo no artigo 8.º a proteção de dados pessoais como uma das liberdades asseguradas aos cidadãos comunitários.

nacionais de controlo<sup>17</sup>, em traços gerais, nos termos do artigo 46.º do RGPD, às atividades de fiscalização, aconselhamento e informação.

Igualmente, destacam-se como novidades o reforço dos direitos dos titulares dos dados já previstos pela Diretiva<sup>18</sup>, a obrigação de designação de um encarregado de proteção de dados em determinados casos<sup>19</sup> e o reforço das coimas em caso de incumprimento<sup>21</sup>.

Embora o RGPD seja diretamente aplicável nas ordens jurídicas nacionais, várias são as cláusulas de abertura ao longo do texto, remetendo para a possibilidade de concretização de determinadas questões no âmbito do direito interno. Deste modo, veio então a ser aprovada a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, a qual visa assegurar a execução do RGPD na ordem jurídica nacional<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Em Portugal, tal competência está acometida à Comissão Nacional de Proteção de Dados, cuja organização e funcionamento estão regulados na Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto.

<sup>18</sup> Aos direitos de acesso, retificação, apagamento e oposição previstos na diretiva, soma-se o direito à portabilidade (artigo 20.º do RGPD) e à limitação do tratamento (artigo 23.º do RGPD).

<sup>19</sup> Artigo 32.º e seguintes do RGPD.

<sup>20</sup> Cabem ao encarregado da proteção de dados funções consultivas, de fiscalização e de cooperação nesta matéria.

<sup>21</sup> Artigos 83.º e 84.º do RGPD.

<sup>22</sup> Questão complexa neste âmbito prende-se com a interpretação desses normativos, defendendo o Professor António Barreto Menezes Cordeiro que “a interpretação do RGPD e da própria LE não se rege pelos cânones positivados no artigo 9.º do CC e assimilados desde o primeiro ano do Curso de Direito, mas pela metodologia desenvolvida pelo TJUE” (Cordeiro, A. Barreto Menezes, “A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: O Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019”, *Revista de Direito e Tecnologia*, vol. I (2), 175-200, 2019, p.196).

## 2.3 Contexto nacional

Por fim, também no ordenamento nacional, a proteção dos dados pessoais mereceu acolhimento ao nível da consagração no texto fundamental, encontrando-se essa proteção fragmentada por vários artigos.

Desde logo o artigo 35.º da CRP<sup>23</sup>, cuja epígrafe versa sobre "*utilização da informática*" prevê vários corolários a esse respeito, a saber: (i) o direito de acesso, retificação e atualização, assim como de conhecer a finalidade do tratamento; (ii) direito à definição de medidas por parte do Estado, sobre as condições do tratamento; (iii) proibição de tratamento de dados sensíveis, salvo exceções; (iv) proibição do acesso de terceiros, salvo exceções; (v) proibição da atribuição de um número nacional único; (vi) garantia do livre acesso a redes informáticas; (vii) obrigação do Estado definir o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiriços e (viii) equiparação da proteção conferida ao tratamento manual de ficheiros<sup>24</sup>.

Neste âmbito, torna-se evidente que vários dos corolários indicados não estão em consonância completa com o RGPD: por um lado, o elenco de direitos indicados é manifestamente mais curto do que atualmente decorre do RGPD<sup>25</sup>, por outro, as categorias de

---

<sup>23</sup> Repare-se que este artigo, cuja formulação inicial continha apenas três números, foi sendo sucessivamente enriquecido no âmbito das revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997, fruto da evolução tecnológica.

<sup>24</sup> Tema melhor detalhado por Jorge Bacelar Gouveia em Gouveia, Jorge Bacelar, "Os Direitos Fundamentais à Proteção dos Dados Pessoais Informatizados", 1991, p. 730.

<sup>25</sup> Não estando expressamente previstos os direitos de apagamento, limitação do tratamento, portabilidade, oposição e de não sujeição a decisões individuais automatizadas.

dados especiais previstas no artigo 9.º do RGPD não correspondem àquelas se encontram previstas na CRP.

Deste modo, cremos que deverá ser realizada uma interpretação atualista do preceito constitucional, de forma a que possam ser refletidas as novas disposições entretanto vigentes<sup>26</sup>.

Ainda no âmbito da CRP, importa fazer referência ao artigo 26.º, n.º 1, que reconhece o direito à reserva da vida privada e familiar, assim como ao artigo 34.º, que consagra a inviabilidade do domicílio e os quais vão em linha com a evolução já trilhada no âmbito do direito internacional. Sobre o primeiro teceremos considerações mais detalhadas abaixo.

Por fim, no que respeita à evolução infraconstitucional, já acima se fez referência à Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, revogada pela Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, as quais decorrem das várias alterações verificadas ao nível do direito comunitário.

---

<sup>26</sup> Joaquim Lopes Seabra defende inclusivamente que “o art. 35.º poderia e deveria ser uma bela bandeira para consagrar constitucionalmente o direito à proteção dos dados pessoais dos cidadãos desde que lhe fosse conferida uma formulação intemporal, resiliente às sucessivas alterações ditadas pelo progresso tecnológico, que são desejáveis e imparáveis. Uma fórmula simples do estilo de que a todos os cidadãos é garantido o direito à proteção dos seus dados pessoais, cabendo ao Estado assegurar as medidas necessárias para a defesa desse direito” (Seabra, Joaquim Lopes, “O Artigo 35.º da Constituição: da Génese à Atualidade e ao Futuro Previsível”, *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 2, 2016, p. 49).

### 3. A proteção dos direitos de personalidade do trabalhador - em especial o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

#### 3.1 Os direitos fundamentais do trabalhador vs. poder de direção do empregador: a vida privada em especial

a) O direito constitucional à reserva da vida privada e familiar do trabalhador

O Direito do Trabalho, enquanto ramo do direito, surgiu como produto tardio da Revolução Industrial, época na qual, sob a égide do liberalismo económico, o Estado era concebido enquanto Estado abstencionista, sendo as relações de trabalho reguladas pelas regras contratuais existentes, enformadas pelos princípios da autonomia da vontade e da igualdade das partes.

Como bem observa Pedro Romano Martinez “os trabalhadores ofereciam a sua força de trabalho às empresas de uma indústria incipiente, mas não tinham qualquer poder de negociação dos contratos de trabalho, até porque muitas das vezes grassavam situações de desemprego”<sup>27</sup>, assistindo-se assim a um agudizar da questão social, o que levou à necessidade de criação de regras sobre o tema<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 61.

<sup>28</sup> A partir de 1890 assistiu-se à criação de regulamentação sobre temas como o tempo de trabalho, condições de trabalho, higiene e segurança no trabalho e acidentes de trabalho, sendo reconhecido os direitos sindicais e respetivos corolários, como os direitos à greve e contratação coletiva.

Nesta senda, surgiu o Direito de Trabalho, ramo do direito assente na lógica de que o contrato de trabalho radica numa relação jurídica com carácter desigual, sendo nesse contexto justificável a limitação da liberdade contratual das partes, tendo em vista a proteção do trabalhador.

Ora, nas palavras de José João Abrantes “o trabalhador, pelo simples facto de o ser, não deixa de ser uma pessoa e um cidadão como outro qualquer”<sup>29</sup>, o que implica que os direitos fundamentais vigentes na ordem jurídica e positivados na CRP<sup>30</sup> lhe são diretamente aplicáveis, apenas cedendo perante a autonomia privada e a liberdade contratual, mediante ponderação dos critérios de adequação, proporcionalidade e necessidade previstos no artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP<sup>31</sup>.

Nesse âmbito, uma das dimensões que se pretende salvaguardar é justamente o direito à reserva da vida privada e familiar do trabalhador, previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP e consequentemente refletido na lei ordinária no artigo 80.º do Código Civil (CC) e artigos 14.º e seguintes do CT, contra eventuais intromissões da entidade empregadora.

Delimitando o conceito de reserva da vida privada constitucionalmente consagrado, importa desde já referir a teoria das três esferas, formulada pelo Tribunal Constitucional Alemão, a qual estabelece a existência, num primeiro nível, de uma esfera íntima ou secreta (*intimsphäre*), referente aos aspetos do domínio

---

<sup>29</sup> Abrantes, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 209.

<sup>30</sup> Artigos 12.º e seguintes da CRP.

<sup>31</sup> Neste sentido consultar Abrantes, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 257.

das emoções, sentimentos, sexualidade de cada indivíduo, a qual está absolutamente protegida.

Num segundo nível surge a esfera privada (*privatsphäre*) que respeita a temas que o indivíduo apenas quer conservar para si, especificamente no que toca à sua vida profissional, domicílio e hábitos de vida, podendo ceder em caso de conflito de direitos.

Por fim, rodeando essas esferas, existe uma esfera pública, compreendendo todos os factos e informações desse domínio e que poderão ser livremente conhecidos e divulgados.

Neste sentido, apontam Jorge Miranda e Rui Medeiros críticas a esta teoria, indicando que a sua rigidez conceptual não permite dar resposta à pluralidade de situações que poderão surgir no âmbito da tutela da privacidade, consistindo, em termos práticos, numa aplicação do regime de restrição dos direitos, liberdade e garantias previsto no artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP<sup>32</sup>.

Deste modo, conclui-se que os direitos, liberdades e garantias previstos na CRP, concretamente o direito à reserva da intimidade da vida privada continuam a ser plenamente aplicáveis no âmbito da relação de trabalho, podendo, contudo, ceder mediante um juízo de proporcionalidade e necessidade.

#### b) O poder de direção do empregador

Ora, por contraponto, é necessário não perder de vista, conforme bem indica João Leal Amado, “que a relação de trabalho se analisa numa relação de poder, na qual o trabalhador surge como

---

<sup>32</sup> Neste sentido consultar Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição da Portuguesa Anotada - Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 291.

sujeito juridicamente subordinado e adstrito, entre outros ao dever de obediência relativamente às ordens e instruções do empregador<sup>33</sup>.

A esse empregador, nos termos do artigo 97.º do CT compete “estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que regem” que se traduz no chamado poder de direção<sup>34</sup>.

Em traços gerais, esse poder caracteriza-se na possibilidade de, por um lado, determinar e conformar a prestação laboral e, por outro, de controlar a forma como esta é desempenhada pelo trabalhador<sup>35</sup>, sendo uma expressão prática do direito à iniciativa privada da entidade empregadora, previsto no artigo 61.º da CRP.

Esse poder atribuído ao empregador não poderá naturalmente ser irrestrito, sob pena de conflitar diretamente com os direitos fundamentais que assistem ao trabalhador enquanto pessoa, designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada.

Nesse caso, conforme já resultou referido, o conflito deverá ser dirimido com recurso aos critérios previstos no artigo 18.º da CRP.

---

<sup>33</sup> Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 213.

<sup>34</sup> Corresponde a uma das prerrogativas atribuídas à entidade empregadora, às quais se soma o poder regulamentar e o poder disciplinar, de acordo com a generalidade da doutrina. A esse respeito, poderá ser consultado Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 443-444.

<sup>35</sup> Atenta a presente definição, António Monteiro Fernandes, na sua obra de 2022, p. 444., desdobra esse poder no “*poder determinativo da função*” e no “*poder conformativo da função*”.

c) Os direitos de personalidade do trabalhador no Código do Trabalho

Atenta a presente evolução, com a entrada em vigor do Código de Trabalho de 2003<sup>36</sup>, foi opção legislativa a introdução de uma subsecção referente aos “direitos de personalidade”<sup>37</sup>, a qual procura dar resposta concreta à evidente dificuldade de compatibilização entre o direito à reserva da vida privada e familiar do trabalhador e o poder de direção do empregador, enquanto expressão do direito à iniciativa privada.

Conforme defende António Monteiro Fernandes, apesar dessa consagração não ser absolutamente necessária, já que os direitos fundamentais previstos na CRP são diretamente aplicáveis ao trabalhador, esta acaba por ter o mérito de criar novas referências para a definição dos comportamentos devidos pelas partes, permitindo daí extrair consequências ao nível contratual no caso de eventual incumprimento<sup>38</sup>.

Tal subsecção dedica os dois primeiros artigos - artigos 14.º e 15.º do CT - aos temas da liberdade de expressão e de opinião e à integridade física e moral, respetivamente, sendo os restantes sete que a compõem - artigos 16.º a 22.º do CT - relativos à reserva da

---

<sup>36</sup> Mantendo-se vigente na sua essência no Código do Trabalho de 2009.

<sup>37</sup> Refere João José Abrantes «que a própria opção legislativa do legislador por esta expressão, normalmente mais utilizada pelos civilistas, em vez da expressão “direitos fundamentais da pessoa humana”, terminologia mais utilizada pelos constitucionalistas, nos parece (mais) um dos sinais da mencionada aproximação aos quadros dogmáticos do direito civil» (Abrantes, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 256).

<sup>38</sup> A esse respeito, consultar Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 288.

intimidade da vida privada, o que é desde logo ilustrativo da importância atribuída ao tema.

A esse respeito, enuncia o artigo 16.º do CT, cuja epígrafe é justamente “reserva da intimidade da vida privada” que “o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”, nos termos do n.º 1.

Por sua vez, no n.º 2 é referido que “o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação dos aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afeta e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

De uma leitura do preceito, é perceptível que, apesar da sua epígrafe, a norma estatui um dever género de respeito mútuo entre trabalhador e empregador dos respetivos direitos de personalidade, a qual mereceu críticas de José João Abrantes que refere ser desconsiderado “o essencial do problema da eficácia dos referidos direitos no âmbito do contrato de trabalho enquanto uma questão de proteção da personalidade do trabalhador, a parte cuja liberdade aparece suscetível de ser feita perigar pelo maior poder económico e social da outra”<sup>39</sup>.

As críticas apontadas pelo autor são acompanhadas por David Oliveira Festas que questiona o facto de a norma estar formulada como uma obrigação de abstenção entre as partes de

---

<sup>39</sup> Abrantes, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 256.

comportamentos lesivos da reserva da vida privada, não sendo consagrada ao trabalhador a garantia de ver assegurada a proteção desse direito<sup>40</sup>.

No número seguinte, delimita-se o âmbito de proteção “à divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes”, o que parece remeter para a teoria das três esferas, ainda que a referência à “esfera pessoal” não corresponda terminologicamente à expressão usada pelo Tribunal Constitucional alemão, que fazia referência à “esfera privada”.

Por fim, repare-se ainda que, além da consagração genérica do direito à reserva da vida privada, são previstas várias disposições específicas como decorrência direta desse direito, respeitantes à proteção de dados pessoais<sup>41</sup>, dados biométricos<sup>42</sup>, testes e exames médicos<sup>43</sup>, meios de vigilância à distância e a sua utilização<sup>44</sup> e confidencialidade de mensagem e de acesso a informação<sup>45</sup>.

Considerando o âmbito do presente estudo, passaremos em seguida a ocupar-nos do regime previsto nos artigos 20.º e 21.º do CT que regula os meios de vigilância à distância e sua utilização.

---

<sup>40</sup> Refere concretamente o autor que “não se justifica um tratamento paritário de empregador e trabalhador em matéria de direitos de personalidade. Se ao trabalhador cabe sobretudo respeitar os direitos de personalidade do empregador, ao empregador cabe não apenas respeitar os direitos de personalidade do trabalhador, como também protegê-los contra ofensas de terceiros” (Festas, David de Oliveira, “O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho”, Revista da Ordem dos Advogados, vol I/II (64), 2004).

<sup>41</sup> Artigo 17.º do CT.

<sup>42</sup> Artigo 18.º do CT.

<sup>43</sup> Artigo 19.º do CT.

<sup>44</sup> Artigos 20.º e 21.º do CT.

<sup>45</sup> Artigo 22.º do CT.

### 3.2. A reserva da vida privada do trabalhador e os meios de vigilância à distância no âmbito do Código do Trabalho

No que respeita à utilização de meios de vigilância à distância, estes foram desde logo considerados pelo legislador como uma potencial forma de devassar a intimidade da vida privada do trabalhador, motivo pelo qual foram previstas regras sobre o tema nos artigos 20.º e 21.º do CT. Sem prejuízo de tecermos considerações mais detalhadas sobre os referidos artigos no que respeita especificamente ao tema da geolocalização,<sup>46</sup> cumpre desde já analisar o respetivo regime jurídico.

Assim, começa o artigo 20.º, n.º 1 do CT por formular uma proibição genérica, vedando a utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, tendo em vista o controlo do desempenho profissional do trabalhador.

Contudo, nos termos do n.º 2, é excecionalmente permitido o recurso a esses meios para duas finalidades específicas: a proteção de pessoas e bens ou quando particulares exigências da empresa o justifiquem<sup>47</sup>, devendo, de acordo com o n.º 3, em ambos os casos, o empregador informar o trabalhador sobre a existência e finalidade do meio de vigilância, afixando nos locais vigiados a indicação disso mesmo, o que é demonstrativo de uma determinada tendência legislativa em associar estas situações ao recurso à videovigilância.

---

<sup>46</sup> Mais detalhes no ponto 4.

<sup>47</sup> Conceito esse de elevada indeterminação e por isso insuscetível de permitir a delimitação concreta destas exceções.

Por sua vez, no artigo 21.º, n.º 1 do CT, é disposto que a utilização de tais meios está necessariamente sujeita a autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), a qual apenas poderá ser concedida, nos termos do n.º 2, caso se conclua que esta se afigura necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir.

De acordo com o n.º 4, o pedido de autorização à CNPD deverá ser acompanhado de parecer da Comissão de Trabalhadores ou comprovativo da sua solicitação<sup>48</sup>.

Por fim, no artigo 21.º, n.º 3 do CT, são ainda consagradas regras sobre a conservação dos dados, devendo esta ocorrer durante o período necessário para a prossecução das finalidades a que destinam, sem prejuízo da sua destruição no momento da transferência do trabalhador ou da cessação do contrato de trabalho.

Como é bom de ver, a concomitante vigência desta norma com as novas disposições em matéria de proteção de dados não é isenta de dúvidas, as quais passaremos a analisar em detalhe.

#### a) Pedido de autorização à CNPD

Considerando o facto do RGPD ter introduzido um paradigma de autorregulação, onerando o responsável pelo tratamento pela tomada de medidas concretas que assegurem o cumprimento dessas diretrizes, coloca-se a questão de perceber se a utilização de meios

---

<sup>48</sup> Disposição semelhante àquela atualmente plasmada no artigo 18.º do CT, a respeito do tema dos dados biométricos.

de vigilância à distância pelo empregador continuará ainda assim a carecer de autorização prévia da CNPD.

Nesse âmbito, repare-se que desde a entrada em vigor do RGPD<sup>49</sup>, o CT já foi alterado por várias vezes<sup>50</sup>, nunca tendo o legislador introduzido expressamente qualquer alteração a estes preceitos, o que de certa forma é ilustrativo de alguma inércia face a uma alteração do quadro legislativo.

Considerando essa aparente indefinição, observou Teresa Coelho Moreira<sup>51</sup> que dispõe o artigo 88.º do RGPD sobre a possibilidade de os Estados-Membros adotarem no contexto laboral *“normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores”*.

Por sua vez, a Lei de Execução, no artigo 28.º, dá resposta a esse comando, indicando o n.º 1, que *“o empregador pode tratar dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e os limites definidos no Código do Trabalho<sup>52</sup> e respetiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais, com as especificidades estabelecidas no presente artigo”*.

Assim, continuando o CT, no artigo 21.º, n.º 1, a fazer referência expressa à necessidade de solicitação de autorização à CNPD, concluiu a autora que a mesma será devida.

---

<sup>49</sup> É efetivamente aplicável aos Estados-Membros desde 25 de maio de 2018.

<sup>50</sup> As alterações foram concretamente introduzidas pelos seguintes normativos: Lei n.º 90/2019, de 4 de setembro, Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, Lei n.º 18/2021, de 8 de abril, Lei n.º 83/2001, de 6 de dezembro, Lei n.º 1/2022, de 3 de janeiro e mais recentemente Lei n.º 13/2023, de 3 de abril.

<sup>51</sup> A este respeito, poderão ser consultados mais detalhes em Moreira, Teresa Coelho, *“Dados Pessoais: Breve Análise do art. 28.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto”*, *Revista Questões Laborais*, n.º 55, p. 45.

<sup>52</sup> Sublinhado nosso.

Adicionalmente, nota a autora que o artigo 36.º, n.º 1 do RGPD prevê expressamente a possibilidade de intervenção da autoridade nacional de controlo, quando *“a avaliação de impacto sobre a proteção de dados nos termos do artigo 35.º indicar que o tratamento resultaria num elevado risco na ausência das medidas tomadas pelo responsável pelo tratamento para atenuar o risco”*, o que reforça a possibilidade intervenção da CNPD em situações potencialmente mais sensíveis.

Atenta a dúvida, e ainda que reportando-se especificamente à videovigilância, veio a CNPD esclarecer que *“no contexto laboral, mantêm-se vigentes as condições impostas pelo Código do Trabalho para a vigilância à distância, à exceção da necessidade de solicitar autorização da CNPD, que é incompatível com o RGPD”*<sup>53</sup>, ficando contudo salvaguardada a necessidade da sua intervenção quando esteja em causa a captação de som em período de funcionamento das instalações, nos termos do artigo 19.º, n.º 4 da Lei de Execução.

Deste modo, parece-nos que pretendeu a CNPD dar acolhimento ao disposto no artigo 62.º, n.º 2, da Lei de Execução, que indica que *“todas as normas que prevejam autorizações ou notificações de tratamento de dados pessoais à CNPD, fora dos casos previstos no RGPD e na presente lei, deixam de vigorar à data de entrada em vigor do RGPD”*.

Posicionando-nos sobre o tema, consideramos que, ainda que seja compreensível a posição defendida pela CNPD, a qual se justifica no âmbito do quadro de autorregulação instituído pelo

---

<sup>53</sup> Através de esclarecimento publicado no seu sítio eletrónico: <https://www.cnpd.pt/organizacoes/areas-tematicas/videovigilancia/>.

RGPD, parece-nos que, conforme indica Teresa Coelho Moreira, o legislador nacional desconsiderou em alguma medida as especificidades inerentes à relação laboral e a necessidade de proteção adicional do trabalhador, pelo que tendemos a defender que este desnivelamento poderá justificar a aplicabilidade plena do previsto no artigo 21.º, n.º 1 do CT, a qual está legalmente legitimada pelo artigo 88.º do RGPD.

b) A finalidade do tratamento

Nos termos previstos na legislação laboral, a utilização de meios de vigilância à distância é apenas lícita no caso de ter por finalidade a proteção de pessoas e bens ou quando justificada por exigência inerente à atividade.

Nesta senda, é ainda previsto, no artigo 28.º, n.ºs 4 e 5, da Lei de Execução que “as imagens gravadas e outros dados pessoais registados através da utilização de sistemas de vídeo ou outros meios tecnológicos de vigilância à distância<sup>54</sup>, nos termos do artigo 20.º do Código do Trabalho(...)”, só poderão ser utilizadas em sede disciplinar, na medida em que o sejam no âmbito do processo penal, dando resposta direta às dúvidas sobre o tema existentes até então.

Assim, conforme vinha sendo defendido pela jurisprudência<sup>55</sup>, parece-nos adequado que, se da análise dos dados resultar evidência

---

<sup>54</sup> Sublinhado nosso.

<sup>55</sup> Nomeadamente no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de setembro de 2010, processo n.º 292/09.OTTSTB.E1; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de dezembro de 2012, processo n.º 292/09.OTTSTB.E2; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de fevereiro de 2013, processo n.º 229/11.6TTLMG.P1; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 359/13.OTTFIG-A.C1; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de junho de 2017, processo n.º

da prática de ato ilícito penal, por maioria de razão, também deverão ser extraídas consequências disciplinares.

Por outro lado, atento o carácter fortemente garantístico do processo penal<sup>56</sup>, será de sobremaneira razoável que o mesmo possa ser desencadeado em momento prévio ao processo disciplinar, de forma a garantir todos os meios de defesa ao trabalhador, que, conforme temos vindo a salientar, constitui a parte mais desprotegida da relação de trabalho.

Assim, veio então a Lei de Execução consagrar a possibilidade de os dados serem tratados para efeitos penais e disciplinares, quando justificado, o que constitui um acréscimo face ao previsto no CT.

#### c) Pedido de parecer à Comissão de Trabalhadores

Considerando o facto da necessidade de autorização da CNPD, prevista no artigo 21.º, n.º 1 do CT, já não se verificar face à generalidade dos tratamentos de dados resultantes da utilização de meios de vigilância à distância, coloca-se a questão de saber se continuará a ser necessário o parecer da Comissão de Trabalhadores sobre o tema.

A criação de comissões pelos trabalhadores<sup>57</sup> prende-se, nos termos do artigo 415.º, n.º 1 do CT, com a necessidade de promover

---

6909/16.2T8PRT.P1 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de dezembro de 2018, processo n.º 158/18.OT8PNF-A.P1.

<sup>56</sup> Artigo 62.º do Código do Processo Penal (CPP).

<sup>57</sup> Tais comissões são organizações com personalidade jurídica, eleitas e constituídas por trabalhadores da empresa.

Têm estatutos próprios, aprovados pelo universo trabalhadores e registados junto do Ministério do Trabalho, o que lhe confere uma natureza autónoma, não se inserindo por isso funcionalmente na empresa.

uma eficaz "defesa dos seus interesses e exercício dos seus direitos previstos na Constituição e na lei", a qual é cabalmente exercida mediante exercício dos direitos de informação e consulta legalmente previstos nos artigos 423.º e seguintes do CT.

Ora, estando então prevista a obrigação de consulta desta estrutura no que respeita à utilização de meios de vigilância à distância, parece-nos que a respetiva *ratio* será a obtenção do seu parecer, que, ainda que sem carácter vinculativo, poderá incorporar vários contributos úteis na salvaguarda da defesa dos interesses dos trabalhadores, não configurando um mero proforma para o envio do pedido de autorização à CNPD.

Deste modo, consideramos que continuará a ser devido este pedido, em fase prévia à decisão final de utilização de um meio de vigilância à distância, podendo os contributos resultantes da concreta pronúncia emitida serem relevantes na ponderação levada a cabo pela entidade empregadora.

Contudo, importa sinalizar que o incumprimento desta obrigação, que permanece plenamente vigente no artigo 21.º, n.º 4 do CT, não tem qualquer contraordenação associada.

#### **4. O cruzamento do direito do trabalho com o direito da proteção de dados - a geolocalização**

##### **4.1. Definição**

A geolocalização tem a sua génese no chamado *Global Position System*, comumente conhecido a nível mundial como GPS, criado

e implementado em 1995, pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, ainda no rescaldo da guerra fria.

Do ponto de vista técnico, o sistema GPS funciona tendo por base 24 satélites com relógios que giram em torno da Terra duas vezes por dia. Por sua vez, o recetor de GPS recebe sinal de três ou quatro satélites que, após processo de triangulação, permite apurar a latitude, longitude e altitude, com uma precisão que varia entre 4 a 15 metros.

Em termos simplificados, esta tecnologia torna possível conhecer, de forma imediata e com um grau de precisão muitíssimo elevado, onde se encontra determinado indivíduo em cada momento, permitindo o seu rastreamento permanente.

A tecnologia associada à geolocalização foi evoluindo gradualmente, assumindo outras configurações - de que são exemplo as estações de base e a tecnologia Wi-Fi - de forma a que, hoje em dia, a sua finalidade de utilização extravasa o propósito de segurança nacional subjacente à sua criação, passando a estar livremente acessível a qualquer cidadão.

Naturalmente, a sua difusão também se verificou no âmbito laboral, sendo possível encontrar, não raras vezes e pelos mais variadíssimos motivos, a sua instalação em frotas automóveis ou em telemóveis e computadores de serviço.

Esta evidência levou a extenso debate sobre o tema, tendo a CNPD<sup>58</sup> e o grupo de trabalho do artigo 29.º (GT 29)<sup>59</sup> emitido

---

<sup>58</sup> Deliberação n.º 7680/2014, de 28 de outubro, aplicável aos tratamentos de dados decorrentes da utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral.

<sup>59</sup> Opinião n.º 13/2011, de 16 de maio, sobre serviços de geolocalização em serviços móveis e Opinião n.º 2/2017, de 8 de junho, sobre processamento de dados

orientações, as quais constituem verdadeiros referenciais na análise do tema.

#### 4.2. A geolocalização como dado pessoal na aceção do RGPD

Nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do RGPD, um dado pessoal é definido como “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)”, sendo considerada identificável “uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente por referência a identificador, como por exemplo (...) dados de localização<sup>60</sup> (...)”.

Da análise desta definição verifica-se, conforme destaca A. Barreto Menezes Cordeiro<sup>61</sup>, que ao abranger “qualquer informação”, o RGPD pretendeu estender a sua proteção muito para além dos direitos de personalidade, abarcando aspetos que subjetivamente poderão ser tidos como irrelevantes, designadamente referentes a considerações íntimas, profissionais e académicas, patrimoniais, assim como dados objetivos e subjetivos.

Na explicação da norma, prossegue o autor indicando que a relatividade dos dados - patente na expressão “relativa a” - poderá ser entendida, na opinião do GT 29<sup>62</sup>, em três aceções distintas, respeitantes ao conteúdo, finalidade ou resultado.

---

no local de trabalho.

<sup>60</sup> Sublinhado nosso.

<sup>61</sup> Em Cordeiro, A. Barreto Menezes (2021), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, p. 77.

<sup>62</sup> Opinião n.º 4/2007, de 20 de julho, sobre o conceito de dados pessoais.

No que respeita ao conteúdo, compreendem-se todos os dados pessoais em que é o próprio titular o objeto de análise<sup>63</sup>; no que concerne à finalidade, os dados em causa são suscetíveis de avaliar ou influenciar o comportamento de determinada pessoa<sup>64</sup>; por fim, o resultado abrange “toda a informação que não incida sobre uma pessoa (conteúdo) e que não vise avalia-la ou influenciá-la (finalidade), mas que, em abstrato o permita fazer”<sup>65</sup>. No que respeita a esta última aceção, o exemplo que o GT 29<sup>66</sup> utiliza é paradigmático do que se procura ilustrar, consistindo no caso de uma empresa de táxis que instalou um sistema de GPS na sua frota, com o objetivo de potenciar a sua gestão, o que poderá permitir, em abstrato, controlar o desempenho dos motoristas.

Por fim, releva clarificar que a informação em causa terá de ser relativa a pessoas singulares, sendo suscetível de a identificar diretamente ou de tornar identificável, mediante a conjugação de informação por parte do responsável de tratamento ou terceiro.

Ora, sendo inegáveis as potencialidades da tecnologia de geolocalização acima descritas, há que reparar que, conforme é referido pelo GT 29<sup>67</sup>, o facto dos indivíduos guardem usualmente os equipamentos móveis junto a si é suscetível de permitir o seu rastreamento, cujos efeitos nefastos se exponenciam se atentarmos

---

<sup>63</sup> Como no caso de análises clínicas, avaliação profissional ou registo criminal.

<sup>64</sup> Veja-se o caso das retribuições pagas, as entradas e saídas de determinado país, os dados relativos ao tempo de trabalho ou dados recolhidos por empresas do setor automóvel.

<sup>65</sup> Cordeiro, A. Barreto Menezes (2021), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, p. 82.

<sup>66</sup> Parecer n.º 4/2007, de 20 de julho, sobre o conceito de dados pessoais.

<sup>67</sup> Opinião n.º 13/2011, de 16 de maio, sobre serviços de geolocalização em serviços móveis.

que, de uma análise desses dados, existe a possibilidade de obter perfis comportamentais, assim como uma visão íntima sobre os hábitos e padrões<sup>68</sup>, inclusivamente no que respeita a dados pessoais sensíveis<sup>69</sup>.

Atentando nestes efeitos perversos que surgem como reverso das potencialidades dos sistemas de geolocalização, torna-se evidente que a sua utilização no âmbito da relação de trabalho - mediante a instalação em veículos de serviço ou dispositivos móveis - tem o potencial de permitir o rastreamento do trabalhador durante toda a jornada laboral e, no limite, para além desse período, caso seja permitida a utilização dos equipamentos em causa para fins pessoais.

Isto permitirá ao empregador ter um conhecimento pleno e real do paradeiro dos trabalhadores ao seu serviço, configurando, em abstrato, uma séria ameaça ao direito à reserva da vida privada, ainda que do ponto de vista concreto a mesma possa ser justificável tendo por base determinadas finalidades.

Deste modo, resulta claro que os dados pessoais obtidos com recurso à geolocalização são suscetíveis de identificar ou tornar identificável o titular dos dados, tendo potencial para revelar, mediante a análise de padrões de comportamento, diversos aspetos relativos à sua vida pessoal, afigurando-se por isso inequívoca a sua

---

<sup>68</sup> Por um lado, um padrão de inatividade noturna pode permitir perceber onde mora o titular dos dados, e, por outro, um padrão regular de viagem pela manhã poderá tornar claro é o seu local de trabalho.

<sup>69</sup> A título de exemplo são referidas as idas a hospitais, as quais poderão indiciar certa patologia clínica, a locais religiosos, o que permitirá perceber qual a religião professada, ou a presença em manifestações políticas.

categorização no âmbito da definição apresentada no artigo 4.º do RGPD.

Uma vez categorizados os dados recolhidos mediante utilização de geolocalização como “*dados pessoais*”, o seu tratamento deverá ser levado a cabo tendo por base os princípios enunciados no artigo 5.º do RGPD.

#### 4.3. A geolocalização como meio de vigilância à distância na aceção do CT

Conforme resulta exposto, torna-se evidente, nos termos do artigo 4.º do RGPD, que os dados de geolocalização são categorizados como dados pessoais, restando perceber se serão abrangidos pelo regime aplicável aos meios de vigilância à distância, previsto nos artigos 20.º e 21.º do CT.

De acordo com a explicação já efetuada, se resulta inequívoco do elemento literal da própria lei - mais concretamente do artigo 20.º, n.º 3 do CT - que a utilização destes meios abrange o recurso à videovigilância, a mesma clareza já não é extensível à utilização da geolocalização, tema esse nem sempre consensual na doutrina e jurisprudência nacional.

Ao nível jurisprudencial, começou o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 22 de maio de 2007<sup>70</sup>, por excluir a geolocalização do âmbito dos meios de vigilância à distância, defendendo que o disposto no artigo 20.º, n.º 1 do CT “*remete para*

---

<sup>70</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de maio de 2007, processo n.º 07S054.

*formas de captação à distância de imagem, som ou imagem e som que permitam identificar pessoas e detectar o que fazem, quando e durante quanto tempo, de forma tendencialmente ininterrupta, que podem afectar direitos fundamentais pessoais, tais como o direito à reserva da vida privada e o direito à imagem”, não sendo por isso possível “qualificar o dispositivo de GPS instalado no veículo automóvel atribuído a um técnico de vendas como meio de vigilância a distância no local de trabalho, já que esse sistema não permite captar as circunstâncias, a duração e os resultados das visitas efectuadas aos seus clientes, nem identificar os respectivos intervenientes”.* Essa posição veio a ser reafirmada por este Tribunal, em 2013, tendo por base a mesma linha argumentativa<sup>71</sup>.

De outra banda, os Tribunais da Relação vinham tendencialmente entendendo que o recurso a dispositivos de geolocalização pela entidade empregadora era suscetível de ser enquadrado no âmbito da utilização de meios de vigilância à distância, merecendo toda a proteção legal conferida nesse âmbito.

Nesse sentido, a título de exemplo, considerou o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 2013<sup>72</sup>, que a colocação de um dispositivo de GPS numa viatura de serviço cabia no âmbito de aplicação do artigo 20.º do CT, já que essa utilização “e o respectivo tratamento, implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.º n.º 1 da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento,

---

<sup>71</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1.

<sup>72</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de abril de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.

*integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores”, devendo nessa sequência a entidade empregadora cumprir as obrigações decorrentes do artigo 21.º do CT, respeitantes ao pedido de autorização à CNPD<sup>73</sup> e de consulta à Comissão de Trabalhadores, respetivamente<sup>74</sup>.*

Atenta a divergência entre as várias instâncias judiciais, a CNPD, na Deliberação n.º 7680/2014, de 28 de outubro de 2014, posicionou-se diretamente sobre o tema. Em traços simplificados, referiu essa autoridade ter existido, desde o primeiro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, uma evolução muito relevante quanto à precisão da tecnologia de geolocalização e respetivas valências, sendo esta suscetível de controlar remotamente os trabalhadores de forma permanente, assumindo-se assim como um meio de vigilância à distância, na aceção do CT.

O posicionamento expresso da CNPD permitiu aparentemente sanar a divergência jurisprudencial, tendo os vários acórdãos de que há registo desde então enquadrado o uso desta tecnologia no âmbito do conceito de meio de vigilância à distância<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Conforme já referido, ainda que a necessidade de pedido de autorização tenha caído após a entrada em vigor do RGPD, o acórdão em análise é prévio a esse momento.

<sup>74</sup> Ainda que sem se posicionar diretamente sobre o tema, veio o Tribunal da Relação de Évora, em acórdão de 8 de maio de 2014, processo n.º 273/11.3TTSTR.E1, defender que *“a decisão unilateral assumida pela empregadora/recorrente de colocar um sistema de GPS no veículo atribuído ao autor para uso total, viola o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador”*.

<sup>75</sup> Neste sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 3 de março de 2016, processo n.º 20/14.7T8VRL.G1; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de dezembro de 2016, processo n.º 20/14.8T8AVR.P1 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de janeiro de 2018, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1.

Por sua vez, a doutrina jurislaboralista tem-se igualmente pronunciado no sentido de considerar o recurso à geolocalização abrangido pela proteção dos artigos 20.º e 21.º do CT, sendo de salientar, a título indicativo, as posições defendidas por António Monteiro Fernandes<sup>76</sup> e Teresa Coelho Moreira<sup>77</sup>.

Da nossa parte, cremos que atentas as potencialidades da tecnologia de geolocalização, cuja evolução tem sido assinalável ao longo dos anos, a sua utilização na relação de trabalho é suscetível de permitir localizar à distância e de forma permanente o trabalhador dentro e fora do tempo de trabalho, configurando um assinalável risco à sua reserva da vida privada.

Assim, deverá a sua utilização ser balizada pelo disposto no CT, o qual limita o seu recurso às finalidades de proteção e segurança de pessoas e bens ou quando justificado por exigência da atividade, após parecer da Comissão de Trabalhadores, na qualidade de

---

<sup>76</sup> Em Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, p. 304 refere que “o texto legal sobre esta matéria leva a supor que os meios de vigilância considerados pelo legislador são apenas os circuitos fechado de televisão, com ou sem gravação de imagem e som (art. 20.º/3)”, destacando, contudo, que “há outras possibilidades, nomeadamente a da utilização do GPS no controlo da localização de viaturas em cada momento”. Nesse sentido, indica o autor que a orientação decisória dos Tribunais da Relação tem ido no sentido de defender os sistemas de geolocalização como meios de vigilância à distância.

<sup>77</sup> Em Moreira, Teresa Coelho, “Algumas Questões sobre o Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho”, *Revista APODIT*, n.º 6, p. 22, defende a autora que ao ser feita referência aos “dados de localização”, no artigo 4.º do RGPD, torna-se inequívoco que a utilização desses dados “numa relação de trabalho terá de ser considerada como um meio de vigilância à distância, e que [estes] não podem cingir-se à videovigilância ou à áudio-vigilância, já que permitem um controlo permanente e remoto, a uma distância temporal e espacial, dos trabalhadores, sendo-lhes aplicável o previsto no arts. 20.º e 21.º do CT e, mais concretamente os n.ºs 1 e 2 do art. 20.º relativo às condições de licitude da instalação deste tipo de sistemas e ao princípio da finalidade legítima”.

estrutura interna responsável pela defesa dos direitos dos trabalhadores.

#### 4.4. A geolocalização de trabalhador: análise detalhada

Na análise já percorrida foi possível concluir que os dados recolhidos por dispositivos de geolocalização integram o conceito de “*dado pessoal*” previsto no RGPD, já que permitem identificar ou tornar identificável o titular dos dados, podendo revelar a sua localização em permanência e, com isto, extrair padrões de comportamento. Esse mesmo facto, justifica que, na perspetiva laboral, a utilização desse tipo de tecnologias, que permitem monitorizar o trabalhador à distância, deva reger-se pelo disposto nos artigos 20.º e 21.º do CT.

Nesta senda, passaremos agora a analisar com detalhe o tratamento de dados de localização de trabalhadores, nas suas várias vertentes.

##### a) Finalidades e licitude

O recurso a um dispositivo de geolocalização pela entidade empregadora poderá servir em abstrato diversos fins.

Nesse âmbito e de acordo com o artigo 28.º, n.º 1 da Lei de Execução<sup>78</sup>, há que ter em conta as finalidades e limites definidos no CT, daí resultando desde logo a proibição de tratamento desses dados, tendo em vista o controlo do desempenho profissional do

---

<sup>78</sup> O qual dispõe que “o empregador pode tratar os dados pessoais dos seus trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no Código do Trabalho”.

trabalhador (artigo 20.º, n.º 1 do CT). Deste modo, conforme já se indicou, o recurso aos meios de vigilância à distância apenas será lícito quando vise a proteção de pessoas e bens ou quando exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem (artigo 20.º, n.º 2 do CT).

Considerando a relativa indefinição da norma, veio a CNPD, na deliberação já referida, traçar referenciais concretos para a sua aplicação, já que atenta a potencial compressão do direito à reserva da vida privada do trabalhador, o tratamento só deverá ser levado a cabo quando necessário, não bastando ao empregador a mera invocação de uma das finalidades previstas no artigo 20.º, n.º 2 do CT.

Assim, considerou essa autoridade que, no que respeita à geolocalização de veículos automóveis, a mesma será de admitir quando esteja em causa a proteção de bens atinentes a materiais perigosos ou de valor elevado (com valor mínimo de 10.000€)<sup>79</sup>, assim como no âmbito da gestão da frota de serviço externo, mas, neste último caso, apenas nas áreas da assistência técnica externa ao domicílio, distribuição de bens, transporte de passageiros, transporte de mercadorias e segurança privada.

É também admitida a sua utilização em caso de participação criminal, só podendo o empregador aceder aos dados em caso de furto da viatura.

---

<sup>79</sup> Neste sentido, Moreira, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho na Era Digital*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, p. 256, defende que “têm de ocorrer situações de risco razoável para a segurança ou um perigo concreto e não uma finalidade genérica preventiva ou de segurança”, em linha com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de fevereiro de 2006, processo n.º 05S3139.

Deste modo foi considerada excessiva a sua utilização para fins de prova de cumprimento do contrato<sup>80</sup> e segurança rodoviária<sup>81</sup>, já que existem meios mais adequados para o efeito.

Já no que respeita à geolocalização de telemóveis e computadores portáteis, considerou a CNPD que o seu nível de intrusão se revela com mais acuidade do que no caso dos automóveis, uma vez que tais dispositivos acompanham tipicamente o trabalhador em permanência, inclusivamente na sua vida privada.

Assim, na ponderação efetuada, considerou-se não existir qualquer fundamento para a monitorização desses equipamentos móveis pelo empregador, excluindo a sua potencial utilização para quaisquer fins de proteção de bens<sup>82</sup>, gestão da frota<sup>83</sup> ou segurança da informação<sup>84</sup>.

Ademais, no seguimento do que já resultou exposto, quando do tratamento dos dados de localização no âmbito das finalidades indicadas *supra* seja possível apurar a existência ilícito penal, poderá nessa sequência, ser acionada a responsabilidade disciplinar, o que constitui um desvio legal à proibição de utilização de meios de vigilância à distância para controlo do desempenho profissional, prevista no artigo 20.º, n.º 1 do CT.

---

<sup>80</sup> Será mais adequada a assinatura do recetor/beneficiário da mercadoria ou prestação de serviços, com indicação da hora, dia e local. No caso de ausência, a geolocalização não é sequer meio idóneo de provar esse facto.

<sup>81</sup> A legislação já tratou de definir regras para o efeito, especialmente no que se refere a períodos de descansos dos motoristas e quilometragem média realizada.

<sup>82</sup> Considerando que tipicamente se tratam de bens de reduzido valor.

<sup>83</sup> O meio adequado para o efeito será a monitorização da viatura utilizada para o serviço externo, já que o telemóvel tipicamente acompanha o trabalhador num contexto extralaboral.

<sup>84</sup> Isto porque a geolocalização não é um meio idóneo de proteção contra ataques desse nível.

Assim, tendo o parecer da CNPD o mérito de traçar referenciais concretos na interpretação da norma do CT, a verdade é que deixa em aberto algumas questões cuja resposta não resulta clara da letra da lei.

Exemplo disso mesmo é, a nosso ver, a possibilidade de tratamento de dados de geolocalização no caso de acidentes de trabalho, já que aí não está concretamente em causa a avaliação do desempenho profissional, tratando-se sim da averiguação do circunstancialismo do sinistro. Por sua vez, no âmbito da gestão da frota, poderia eventualmente ser pertinente alargar o leque de atividades indicadas, de forma a incluir a gestão de viaturas de assistência médica.

Em todo o caso, consideramos que, ainda que existindo margem na letra da lei que permita em abstrato viabilizar ambas as possibilidades - uma vez que a referência às "*particulares exigências inerentes à natureza da atividade*" é ampla o suficiente - a decisão deverá sempre resultar da ponderação do interesse subjacente à utilização desses dados com o princípio da reserva da intimidade da vida privada, tendo por base a lógica de proporcionalidade e de minimização dos dados.

Definidas as finalidades possíveis para o tratamento desses dados, consagra o artigo 5.º, n.º 1, alínea a) do RGPD que os dados pessoais terão de ser tratados de forma lícita, o que implica que "*todo e qualquer tratamento de dados pessoais encontre o seu fundamento numa norma permissiva*", pressupondo "*o cumprimento*

da Lei, não apenas do RGPD, mas de todos os diplomas em concreto aplicáveis, de origem europeia ou nacional”<sup>85</sup>.

Nesse sentido, o tratamento deverá ser legitimado tendo por base um dos fundamentos de licitude consagrados no artigo 6.º do RGPD, considerando igualmente o disposto nos artigos 9.º e 10.º do RGPD, respeitantes a categorias especiais de dados e tratamento de dados relacionados com condenações penais e infrações, respetivamente.

Nesse âmbito, repare-se desde já que não está sequer em equação a possibilidade de recurso ao consentimento, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a) do RGPD, já que este não vem sendo admitido em contexto laboral.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 4 do RGPD o consentimento deverá ser livre, colidindo isso com a estrutura da relação laboral, na qual o trabalhador se encontra numa posição de franca desigualdade, tendo neste sentido o GT 29 defendido, nas Orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (EU) 2016/679, que *“atendendo à dependência que resulta da relação empregador/trabalhador, é improvável que o titular dos dados possa recusar ao seu empregador o consentimento para o tratamento de dados sem que haja medo ou risco real de consequências negativas decorrentes da recusa”*.

Assim, analisando o elenco plasmado no artigo 6.º, n.º 1 do RGPD e tendo presente o facto do tratamento de dados de geolocalização ter em vista a proteção de bens, assim como para outras finalidades

---

<sup>85</sup> Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, 1.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, p. 102.

inerentes à natureza da atividade, como a gestão da frota em serviço externo, parece-nos que o tratamento não resulta da própria natureza do contrato de trabalho (artigo 6.º, n.º 1, alínea b) do RGPD), nem de uma obrigação jurídica aplicável ao responsável do tratamento (artigo 6.º, n.º 1, alínea c) do RGPD). De igual forma, também não nos parece verossímil que o mesmo possa resultar do exercício de funções de interesse público (artigo 6.º, n.º 1, alínea e) do RGPD).

Tão pouco se coloca em causa estarem em jogo interesses vitais do titular dos dados (artigo 6.º, n.º 1, alínea d) do RGPD), atentos os riscos que a utilização desta tecnologia implica, os quais foram já abundantemente sinalizados ao longo deste estudo.

Deste modo, verifica-se que ambas as finalidades indicadas visam proteger interesses legítimos do próprio empregador, referentes à segurança dos seus bens e à boa gestão da atividade que prossegue, pelo que se conclui ter à partida aplicabilidade a alínea f) do n.º 1, do artigo 6.º do RGPD<sup>86</sup>. Da aplicação dessa alínea resulta que o interesse legítimo do empregador terá sempre de ser *balizado pelos "interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais"*.

Por fim, no que respeita aos dados concretamente tratados, veio a CNPD defender, na deliberação em análise, que, numa lógica de adequação e necessidade deverão cingir-se aos dados de localização

---

<sup>86</sup> De alguma forma parece apontar-se nesse sentido na Opinião n.º 13/2011, de 16 de maio, sobre serviços de geolocalização, emitida pelo GT 29 em que se refere que *"consent is problematic with regard to employees and children. With regard to employees, employers may only adopt this technology when it is demonstrably necessary for a legitimate purpose, and the same goals cannot be achieved with less intrusive means"*.

do veículo, dados de identificação do trabalhador, categoria/função e dados relativos à identificação do veículo, os quais naturalmente são suscetíveis de alteração em face do caso concreto.

b) Direitos do trabalhador enquanto titular dos dados

O princípio da transparência, consagrado no artigo 5.º, n.º 1, alínea a) do RGPD implica que seja dada informação ao titular dos dados sobre a forma como estes são tratados.

Como concretização prática desse princípio, o RGPD prevê, nos artigos 13.º e 14.º, a obrigação do responsável pelo tratamento dar cumprimento ao dever de informação junto do titular dos dados, de forma a que este tome conhecimento sobre o modo como é realizado o tratamento, designadamente no que respeita às categorias de dados e finalidades, o fundamento jurídico aplicável, eventuais destinatários e forma de exercício dos direitos<sup>87</sup>.

Considerando que, na situação em análise, os dados são recolhidos pelo empregador, enquanto responsável do tratamento - ainda que com possibilidade de recurso a subcontratante - diretamente junto do trabalhador, de forma dinâmica, o artigo 13.º dispõe que a prestação de informação deverá acontecer aquando dessa recolha.

Deste modo, consideramos adequado que esta seja prestada por escrito aquando da celebração do contrato de trabalho, mediante subscrição de declaração ou tomada de conhecimento de formulário

---

<sup>87</sup> Do ponto de vista jurisprudencial, esse direito foi especificamente previsto nos acórdãos do TEDH, caso *Barbulescu* contra Roménia, de 5 de setembro de 2017, processo n.º 61496/08 e *Lopez Ribalda* e outros contra Espanha, de 9 de janeiro de 2018, processo n.º 1874/13 em que esse Tribunal defendeu que o trabalhador deveria ser notificado sobre um eventual controlo eletrónico do empregador.

eletrónico, que deverão estar permanentemente disponíveis para o empregador e trabalhador em simultâneo: no primeiro caso para conhecimento permanente do trabalhador sobre a forma como a informação é tratada, no segundo para eventual prova perante a autoridade de controlo.

Do ponto de vista prático essa informação deverá ser prestada de uma forma clara e direta, numa linguagem que possa ser cabalmente apreensível ao normal declaratório, devendo ser evitado o uso de expressões técnicas<sup>88</sup>.

Há que reparar que antes da previsão destas obrigações pelo RGPD, já o artigo 20.º, n.º 3 do CT impunha tais deveres de informação ao empregador, ainda que exclusivamente no tocante ao tema da videovigilância, vindo as novas diretrizes de proteção de dados conferir uma proteção mais abrangente à generalidade das situações.

Além do direito de informação, prevê o RGPD outros direitos que poderão ser exercidos pelo titular no que respeita aos dados tratados, entre os quais o acesso<sup>89</sup>, retificação, apagamento, limitação do tratamento, oposição, portabilidade e a não estar sujeito a decisões individuais automatizadas, plasmados nos artigos 15º a 22.º do RGPD.

---

<sup>88</sup> Neste sentido, veja-se a Opinião n.º 13/2011, de 16 de maio, sobre serviços de geolocalização em serviços móveis do GT 29 onde se refere que “*information must be clear, comprehensive, understandable for a broad, non-technical audience and permanently and easily accessible. The validity of consent is inextricably linked to the quality of the information about the service*”.

<sup>89</sup> Neste âmbito, convém salientar que as informações deverão ser fornecidas num formato que seja inteligível para o titular dos dados, não sendo suficiente o envio de números abstratos de estações base, por exemplo.

c) A conservação da informação

O RGPD está edificado sob o princípio da limitação da conservação dos dados pessoais (artigo 5.º, n.º 1, alínea e) do RGPD), a qual deverá acontecer apenas pelo período necessário, tendo em conta as finalidades do tratamento dos dados<sup>90</sup>. Em termos práticos, esse princípio tem correspondente no direito ao apagamento - ou direito ao esquecimento - conferido ao titular dos dados.

Considerando a sua relevância, veio a Lei de Execução, no artigo 21.º, n.º 1, regular o assunto, indicando que o prazo de conservação deverá corresponder àquele que se encontre legalmente fixado ou, no caso dessa fixação não existir, àquele que se revele necessário para prossecução da finalidade em causa. Especificamente, quando se trate de prazo de conservação imposto por lei, dispõe o n.º 5 que o direito ao apagamento apenas poderá ser exercido após o seu termo.

Assim, na deliberação a respeito do tema da geolocalização, considerou a CNPD que, para as finalidades admitidas - proteção de bens, gestão de frota e participação criminal -, o prazo de conservação deverá ser de 1 (uma) semana.

Na ótica dessa entidade, estando em causa a gestão da frota, a finalidade de tratamento dos dados esgota-se em tempo real, sendo admissível a sua conservação durante o período proposto para que possam eventualmente ser anonimizados, de forma a suportarem análises de apoio à gestão.

---

<sup>90</sup> Podendo, contudo, ser conservados por períodos mais longos, para fins de arquivo de interesse público ou fins de investigação científica ou histórica ou ainda para fins estatísticos, desde que cumpridas as respetivas medidas técnicas e organizativas.

Nos casos das finalidades de proteção de bens e de participação criminal, o prazo acautela o tempo necessário para conferir a carga ou a eventual deteção de furto.

Em nosso ver, atenta a potencial sensibilidade dos dados, parece-nos ajustado o prazo indicado, mas, de forma a garantir a sua efetividade, caberá ao responsável do tratamento a adoção de medidas concretas, nomeadamente tendentes à adaptação dos seus sistemas informáticos.

d) Responsável pelo tratamento e subcontratante

No que respeita à figura do responsável pelo tratamento, define o RGPD que este consiste na “pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro”, retirando-se, da definição em análise, que no presente caso será a entidade empregadora.

No quadro de autorregulação introduzido pelo RGDP, caberá ao responsável pelo tratamento o ónus pela sua conformidade com as regras da proteção de dados pessoais. Assim, no que respeita ao tratamento de dados de geolocalização, deverá este, após concluir pela sua licitude e determinar as suas finalidades, reportá-lo ao encarregado da proteção de dados - figura inovadora introduzida nos

artigos 32.º e seguintes do RGPD - caso exista, o qual poderá ter um papel determinante no controlo da conformidade do tratamento.

Paralelamente, deverá o responsável pelo tratamento promover a respetiva identificação detalhada no registo das atividades de tratamento, previsto no artigo 30.º do RGPD.

Consequentemente, aquando da execução do tratamento, deverá esse responsável pelo tratamento assegurar os direitos dos titulares dos dados, definir as medidas de seguranças aplicáveis e reportar eventuais violações de dados à entidade de controlo.

Repare-se que, parte das vezes, não dispõe o empregador de meios técnicos adequados para levar a cabo o tratamento dos dados de geolocalização de forma autónoma, recorrendo por isso a empresas especializadas para o efeito, as quais tratam os dados por conta daquela entidade, sendo assim subcontratantes, na aceção do artigo 4.º do RGPD.

A escolha dessas empresas não deverá de todo ser acrítica, devendo o empregador assegurar que estas apresentam “*garantias suficientes de execução de técnicas e organizativas adequadas*” (artigo 28.º, n.º 1 do RGPD), as quais deverão idealmente ser apresentadas em fase prévia à celebração do contrato de prestação de serviços.

Nessa fase deverá ser particularmente ponderada a possibilidade de o subcontratante recorrer a transferências internacionais de dados<sup>91</sup>, as quais apenas são possíveis, nos termos do artigo 46.º, n.º 1 do RGPD, mediante um ato de execução da Comissão Europeia ou

---

<sup>91</sup> O que não raras vezes ocorre aquando da transferência de dados para *clouds* situadas em estados não sujeitos ao RGPD.

apresentação de garantias adequadas por parte do subcontratante, designadamente por força das cláusulas contratuais-tipo da Comissão Europeia<sup>92</sup>.

Após essa criteriosa avaliação, deverá ser assinado um acordo de proteção de dados, idealmente constando como anexo ao contrato de prestação de serviços, no qual, em traços gerais, deverão ser definidos os contornos do tratamento levado a cabo, as respetivas garantias técnicas e organizativas requeridas e a obrigação de devolução ou apagamento dos dados após o final do contrato (artigo 28.º, n.º 3 do RGPD).

Nesse acordo ficará também inscrita a possibilidade de o responsável pelo tratamento realizar auditorias e inspeções ao subcontratante de forma a assegurar o cumprimento das obrigações aí previstas, o que, do ponto de vista prático, lhe dá oportunidade de ir acompanhando a execução do contrato no que a este tema diz respeito.

#### e) Avaliação de riscos e medidas de segurança

O artigo 35.º, n.º 1 do RGPD prevê a necessidade de o responsável pelo tratamento desencadear um processo de avaliação de impacto sobre a proteção de dados “*quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias*”<sup>93</sup> e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for

---

<sup>92</sup> A importância na sua adoção tem particular relevância quando estejam em causa transferências de dados para os Estados Unidos da América já que o recente acórdão Schrems II, do TJUE, veio a considerar inválida a Decisão Escudo de Proteção da Privacidade EU-EUA (Privacy Shield) que até então vinha legitimando esta situação.

<sup>93</sup> Sublinhado nosso.

*suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares".*

Ora tratando-se a geolocalização de uma tecnologia com potencial para lesar o direito à reserva da vida privada do trabalhador, parece evidente a necessidade de desencadear este processo, de forma a analisar os riscos que daí resultam.

Neste âmbito, tendo a CNPD, na qualidade de entidade de controlo, poder para definir quais as operações de tratamento sujeitas a este processo, veio tal entidade a operar essa definição no Regulamento n.º 1/2018 relativo à lista de tratamentos de dados pessoais sujeitos a Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados<sup>94</sup>.

Da análise desse regulamento é possível apurar a obrigatoriedade de desencadear esse processo quando estejam em causa tratamentos que permitam *"rastrear a localização ou os comportamentos dos respetivos titulares (por exemplo, trabalhadores, clientes ou apenas transeuntes), que tenha como efeito a avaliação ou a classificação destes, exceto quando o tratamento seja indispensável para a prestação de serviços requeridos especificamente pelos mesmos"*, não deixando margem para dúvidas sobre a necessidade de promoção do processo pelo responsável pelo tratamento.

---

<sup>94</sup> O Regulamento resultou da previsão do artigo 35.º, n.º 4 do RGPD, a qual confere a possibilidade à autoridade de controlo de elaboração de uma lista de operações de tratamento que deverão ser sujeitas a avaliação de impacto.

As operações aí identificadas têm por base as Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) emitidas pelo GT 29 e que determinam se o tratamento é *"suscetível de resultar num elevado risco"* para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679.

Uma vez decorrido este processo e identificados os riscos, deverão ser operacionalizadas “as garantias, medidas de segurança e procedimentos destinados a assegurar a proteção dos dados pessoais e a demonstrar a conformidade com o (...) regulamento, tendo em conta os direitos e os legítimos interesses dos titulares dos dados e de outras pessoas em causa”, indicando o artigo 32.<sup>o</sup><sup>95</sup> algumas dessas medidas que poderão ser tomadas, tendo em conta o nível de risco.

Nesse sentido, de forma a garantir que os dados de geolocalização serão apenas utilizados para finalidades legítimas, não relevando na avaliação laboral, passaremos a indicar algumas medidas organizacionais, técnicas e regulamentares que nos parecem adequadas a esse fim.

#### Medidas organizativas

A nível organizativo, o acesso a esses dados - do ponto de vista físico e técnico - deverá apenas ser garantido numa lógica de *need to know*, o que implica que apenas possam aceder os trabalhadores que deles necessitam no âmbito das suas funções.

---

<sup>95</sup> Nos termos do artigo 32.<sup>o</sup> do RGPD, o responsável pelo tratamento e o subcontratante deverão adotar as medidas técnicas adequadas aos riscos identificados, as quais incluem, designadamente:

- a) A pseudonimização e a cifragem dos dados pessoais;
- b) A capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento;
- c) A capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico;
- d) Um processo para testar, apreciar e avaliar regularmente a eficácia das medidas técnicas e organizativas para garantir a segurança do tratamento”.

De igual forma, o tratamento desses dados deverá ser levado a cabo por outros trabalhadores que não aqueles que intervêm no processo de avaliação de desempenho<sup>96</sup>. Pragmaticamente quer isto dizer que o tratamento deverá ser realizado por outra área distinta daquela encarregue pelos recursos humanos da empresa<sup>97</sup>, idealmente em sala protegida com controlo de acessos<sup>98</sup>.

Naturalmente, a implementação destas medidas será mais complexa no caso de empresas de menor dimensão, relevando a existência de uma análise mais criteriosa à luz da referida lógica de *need to know*.

#### Medidas técnicas

Por sua vez, na conceção dos sistemas de tratamentos dessa informação, deverá o empregador cumprir os princípios de *privacy by design and privacy by default*, previstos no artigo 25.º do RGPD, de forma a garantir a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas, assim como o tratamento dos dados estritamente necessários, em respeito pelo princípio da minimização dos dados.

Assim, sendo apenas considerada lícita a geolocalização de veículos, julgamos que deverá desde logo o equipamento em causa dispor de um sistema de *switch-off*, permitindo que o trabalhador o desative nas pausas e no final da jornada de trabalho, já que a monitorização do trabalhador em tempo de não trabalho constitui, a nosso ver, numa ingerência injustificável na sua vida privada.

---

<sup>96</sup> Tipicamente os superiores hierárquicos e equipa responsável no departamento de recursos humanos da empresa.

<sup>97</sup> Na deliberação da CNPD é indicado que o processamento deverá ser competência da área responsável pela logística/segurança.

<sup>98</sup> Mediante cartão ou código de acesso por exemplo.

Por sua vez, o sistema técnico/operativo onde esses dados são tratados e conservados deverá estar protegido com uma senha de autenticação forte, sendo relevante a definição de uma política de *logs* auditável os quais, de acordo com o entendimento da CNPD, deverão ser conservados pelo prazo de 90 dias.

Igualmente, deverá ser tecnicamente possível garantir ao titular dos dados o exercício dos seus direitos, assim como assegurar o apagamento dos dados uma vez decorrido o respetivo período de conservação.

#### Medidas regulamentares

Por fim, este tipo de medidas deverá ser claramente definida e consolidada nos normativos internos da empresa, os quais idealmente - por uma questão de transparência - deverão estar acessíveis aos trabalhadores<sup>99</sup>.

Poderá eventualmente ser recomendável envolver as estruturas representativas de trabalhadores na preparação desses normativos, de forma a garantir um reforço adicional dos direitos dos trabalhadores em matéria de dados pessoais<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Por exemplo, na *intranet* ou em espaço comum da empresa, acessível a todos os trabalhadores.

<sup>100</sup> Neste sentido, veja-se a Opinião n.º 2/2017, de 8 de junho, sobre processamento de dados no local de trabalho, do GT 29, onde se refere que " *the Working Party recommends involving a representative sample of employees in the creation and evaluation of such rules and policies as most monitoring has the potential to infringe on the private lives of employees*".

## 5. Conclusão

Em traços gerais, a progressiva evolução do âmbito de proteção dos dados pessoais, ao longo do tempo, ocorreu em paralelo com o desenvolvimento tecnológico e surgimento de novas valências a esse nível. Tais valências, se por um lado têm o mérito de agilizar e facilitar processos quotidianos, por outro, têm o efeito perverso de permitir a monitorização permanente dos seus utilizadores.

No âmbito da relação laboral, cedo o empregador deu conta dos benefícios da utilização destas tecnologias na otimização dos processos por si desenvolvidos, contudo, atentos os potenciais impactos para os trabalhadores que a utilizam, veio o legislador regular concretamente os chamados "*meios de vigilância à distância*".

Na presente análise ficou evidente que o recurso a tecnologias de geolocalização é hoje em dia merecedor da proteção prevista pelo CT, sendo a sua utilização permitida apenas nas finalidades admitidas pela lei, mediante um juízo de proporcionalidade contemplando os direitos fundamentais do trabalhador, nunca podendo servir para controlar o seu desempenho laboral.

Ainda que se coloquem dúvidas quanto à aplicabilidade do regime previsto no CT no seguimento da entrada em vigor do RGPD, procedimentalmente continua a manter-se a obrigação de consulta à Comissão de Trabalhadores previamente à adoção dessa tecnologia, parecendo-nos existir margem legal para ponderar a

aplicação da norma que prevê a necessidade de autorização da CNPD, a qual, como já vimos, se mantém em casos pontuais<sup>101</sup>.

Ainda que possa ser argumentado em sentido contrário o facto de já ser obrigatória a realização de uma avaliação de impacto sobre proteção de dados pelo responsável do tratamento quando esteja em causa a utilização destas tecnologias, a posição vulnerável do trabalhador no âmbito da relação laboral, assim como o crescente potencial intrusivo desta tecnologia na sua vida privada seriam fatores suficientes, em nosso ver, para justificar a adoção de uma posição mais protetora por parte da autoridade nacional de controlo.

Por sua vez, sendo obrigatória a realização de uma avaliação de impacto sobre proteção de dados, importa dotar o responsável pelo tratamento, assim como o subcontratante, das medidas técnicas e organizativas adequadas ao risco que vier ser a ser sinalizado.

Neste âmbito parece-nos, contudo, sem prejuízo da bondade das medidas que vierem a ser determinadas, que a proteção do trabalhador apenas se tornará efetiva caso as mesmas sejam concretamente fiscalizadas, devendo a CNPD promover um acompanhamento próximo destas situações, atenta a sua particular sensibilidade no contexto laboral.

---

<sup>101</sup> Por exemplo, nos casos de videovigilância com captação de som, dentro do horário de funcionamento, nos termos do artigo 19.º, n.º 4 da Lei de Execução.

## 6. Bibliografia

Abrantes, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

Alves, Lurdes Dias, *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral*, 1.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2020;

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, 4.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022;

Cordeiro, A. Barreto Menezes, "A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes Leis de Execução: O Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019", *Revista de Direito e Tecnologia*, vol. I (2), 175-200, 2019, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/fe04d9de6b48/>;

Cordeiro, A. Barreto Menezes (2021), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, 1.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2021;

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 21.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022;

Festas, David de Oliveira, “O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol I/II (64), 2004, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/>

Gomes, Joana Barbosa, *A Admissibilidade Probatória dos Dados de Geolocalização em Sede de Procedimento Disciplinar*, 1.<sup>a</sup> edição, Nova Causa – Edições Jurídicas, Braga, 2020;

Gouveia, Jorge Bacelar, “Os Direitos Fundamentais à Proteção dos Dados Pessoais Informatizados”, 1991 disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B8dae932c-ee41-4b59-8c02-e9bbbe8fa4ed%7D.pdf>.

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022;

Martinez, Pedro Romano *et. al.*, *Código do Trabalho - Anotado*, 13.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2020;

Miranda, Jorge e Rui Medeiros, *Constituição da Portuguesa Anotada - Tomo I*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2017;

Moreira, Teresa Coelho, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o Controlo do Empregador*, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

Moreira, Teresa Coelho, “Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0”, *Revista Questões Laborais*, n.º 51, 9-34, 2017;

Moreira, Teresa Coelho, “Dados Pessoais: Breve Análise do art. 28.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto”, *Revista Questões Laborais*, n.º 55, 41-62, 2019;

Moreira, Teresa Coelho, “Algumas Questões sobre o Regulamento Geral de Proteção de Dados e as Relações de Trabalho”, *Revista APODIT*, n.º 6, 15-38, 2020;

Moreira, Teresa Coelho, *Direito do Trabalho na Era Digital*, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2021;

Pinheiro, Alexandre Sousa e Carolina Moura, “Utilização de Tecnologia de Geolocalização e o Tratamento de Dados Pessoais no Regime Jurídico Português: a Propósito da Deliberação n.º 7680/2014 da Comissão Nacional de Proteção de Dados e Jurisprudência Posterior”, *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 3, 14-31, 2016, disponível em [https://www.cnpd.pt/media/xkcbscgf/forum3\\_af\\_web\\_low\\_novo.pdf](https://www.cnpd.pt/media/xkcbscgf/forum3_af_web_low_novo.pdf)

Sant'ana, Simão de e Vitorino Gouveia, *O RGPD e os Recursos Humanos - Guia Prático para a Conformidade*, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022;

Seabra, Joaquim Lopes, "O Artigo 35.º da Constituição: da Génesse à Atualidade e ao Futuro Previsível", *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 2, 2016, disponível em [https://www.cnpd.pt/media/kjspegob/forum\\_2\\_af\\_web\\_low.pdf](https://www.cnpd.pt/media/kjspegob/forum_2_af_web_low.pdf).

Silva, Fernando, "Sistemas de Geolocalização e Monitorização de Veículos: do Início do GPS às Novas Tendências", *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 3, 14-31, 2016, disponível em [https://www.cnpd.pt/media/xkcbscgf/forum3\\_af\\_web\\_low\\_novo.pdf](https://www.cnpd.pt/media/xkcbscgf/forum3_af_web_low_novo.pdf)

#### Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de fevereiro de 2006, processo n.º 05S3139;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de maio de 2007, processo n.º 07S054.;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1.S1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de setembro de 2010, processo n.º 292/09.0TTSTB.E1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de dezembro de 2012, processo n.º 292/09.0TTSTB.E2;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, em acórdão de 8 de maio de 2014, processo n.º 273/11.3TTSTR.E1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6 de fevereiro de 2015, processo n.º 359/13.0TTFIG-A.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de fevereiro de 2013, processo n.º 229/11.6TTLMG.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de abril de 2013, processo n.º 73/12.3TTVNF.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de dezembro de 2016, processo n.º 20/14.8T8AVR.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de junho de 2017, processo n.º 6909/16.2T8PRT.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de janeiro de 2018, processo n.º 2066/15.0T8PNF.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de dezembro de 2018, processo n.º 158/18.0T8PNF-A.P1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 3 de março de 2016, processo n.º 20/14.7T8VRL.G1.

Todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso Barbulescu conta Roménia, de 5 de setembro de 2017, processo n.º 61496/08;

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso Lopez Ribalda e outros contra Espanha, de 9 de janeiro de 2018, processo n.º 1874/13.

Ambos disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int/>.



# CONSTITUIÇÃO, AGENDA DO TRABALHO DIGNO E EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO

*CONSTITUTION, AGENDA FOR DECENT WORK AND TEMPORARY  
WORK AGENCY*

**Pedro Romano Martínez<sup>1</sup>**

**Luís Gonçalves da Silva<sup>2</sup>**

Sumário: § 1.º Delimitação do objeto; § 2.º Considerações prévias; 2.1. Lei Fundamental; 2.2. Enquadramento do trabalho temporário; 2.3. Relevância do trabalho temporário; § 3.º Estrutura organizativa adequada; 3.1. Liberdade de iniciativa económica e propriedade privada; 3.2. Princípio da igualdade; 3.3. Princípio da hierarquia dos atos normativos; 3.4. Livre prestação de serviços no quadro da União Europeia; § 4.º Conclusões; § 5.º Bibliografia.

Resumo:

O presente texto versa sobre a alteração introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, à Lei n.º 260/2009, de 25 de setembro (que regula as empresas de trabalho temporário e agências privadas de colocação), e a sua conformidade constitucional com vários direitos fundamentais, especialmente, com a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de iniciativa económica e o direito de propriedade.

Da perspetiva da constitucionalidade de tal alteração, analisar-se-á

---

<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.

ainda se a imposição de um número mínimo de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado a todas as empresas de trabalho temporário, abstraindo da sua dimensão e capacidade económica, representa uma violação do princípio da igualdade, e se, na medida em que remete para decreto regulamentar a fixação dos termos e critérios para efeitos de apuramento da percentagem mínima de trabalhadores com contrato individual de trabalho por tempo indeterminado, corresponde a uma violação do princípio da hierarquia constitucional dos atos normativos.

Finalmente, importará ponderar o impacto da alteração introduzida pela Lei n.º 13/2023 para a liberdade de prestação de serviços, protegida pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia.

**Abstract:**

*The present text discusses the amendment introduced by Law no. 13/2023, of 3 April, to Law no. 260/2009, of 25 September (which regulates temporary work agencies and private placement agencies) and its compliance with various constitutional rights, especially the freedom to choose a profession, freedom of economic initiative and the right to property.*

*From the perspective of the constitutional compliance of such an amendment, it will also be analysed whether the imposition of a minimum number of workers with an indefinite employment contract on all temporary work agencies, regardless of their size and economic capacity, represents a violation of the principle of equality, and whether, insofar as it delegates to a regulatory decree the setting of the terms and criteria for the purpose of determining the minimum percentage of workers with an individual indefinite employment contract, it corresponds to a violation of the principle of the constitutional hierarchy of normative acts.*

*Finally, it is important to consider the impact of the amendment introduced by Law 13/2023 on the freedom to provide services, protected by the Treaty on the Functioning of the European Union.*

## **§ 1.º Delimitação do objeto**

I. Foi solicitada pela Associação Portuguesa das Empresas do Setor Privado de Emprego e de Recursos Humanos (APESPE - RH) a emissão de parecer sobre:

“a compatibilidade constitucional da exigência, introduzida pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, de uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado”<sup>3</sup>.

II. A Lei n.º 260/2009, de 25 de Setembro (que regula as *empresas de trabalho temporário e agências privadas de colocação*) estabelecia diversas condições para a atribuição de licença às empresas de trabalho temporário, entre as quais a necessidade de possuírem uma estrutura organizativa adequada (artigo 5.º, n.º 1, alínea b)).

A Lei n.º 13/2023, de 3 de abril (artigo 9.º), alterou a Lei n.º 260/2009, de 25 de Setembro, passando a determinar, na parte que agora releva:

“Considera-se verificado o requisito de estrutura organizativa adequada quando a empresa reúna os seguintes requisitos:

a) Existência de trabalhadores contratados pela empresa em número suficiente e com as competências adequadas para o desenvolvimento da sua atividade, que prestem as suas funções diariamente na empresa, com os seguintes requisitos mínimos:

i) Para exercício de atividade, uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato individual de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, determinado em função do número de trabalhadores

---

<sup>3</sup> Todos os artigos sem indicações da fonte referem-se ao Código do Trabalho (versão atual). No texto utiliza-se as seguintes siglas: ETT - Empresa de Trabalho Temporário; LTT - Lei do Trabalho Temporário; OIT - Organização Internacional do Trabalho; TC - Tribunal Constitucional; TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia.

temporários nos últimos 12 meses, que se deve manter durante o exercício da atividade da empresa, e que inclui os trabalhadores referidos nas subalíneas seguintes [i.e., um diretor técnico e um trabalhador para atendimento ao público, ambos a tempo completo, bem como um trabalhador para assegurar a área financeira e administrativa, salvo se a empresa optar pelo recurso à prestação de serviços], nos termos e critérios a fixar em decreto regulamentar”.

III. Esta alteração legislativa suscita a necessidade de uma apreciação face ao quadro constitucional. Inicia-se, por isso, a análise da compatibilidade constitucional por um conjunto de considerações prévias (§ 2.º), nas quais se incluem o quadro contitucional (2.1.), os traços gerais do trabalho temporário (2.2.), apurando de seguida a relevância do trabalho temporário em matéria de mercado de trabalho (2.3.).

IV. Seguidamente, abordaremos a questão colocada pela Consu-lente (§ 3.º), atendendo aos direitos de iniciativa económica e de propriedade privada (3.1.), aos princípios da igualdade (3.2.), da hierarquia dos actos normativos (3.3.) e da livre prestação de serviços no quadro da União Europeia (3.4.).

V. Finalmente, terminaremos com as principais *conclusões* da análise efetuada.

## § 2.º Considerações prévias

### 2.1. Lei Fundamental

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.

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 legiti-

---

<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.

mação 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 infraconstitucionais<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 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

---

<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.

<sup>9</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional - Constituição e Inconstitucionalidade ...*, tomo II, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 1991, p. 263.

plasmados 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>.

III. É também preciso ter presente que não há valores constitucionais absolutos. Numa constituição é normal a existência de tensões entre normas que consagram diferentes valores.

O que não pode acontecer, sob pena de inconstitucionalidade, é afetação de valores com dignidade constitucional em nome de

---

<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, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 294-295.

outros bens com a mesma dignidade, nem a “agressão” ao conteúdo essencial dos vetores constitucionais (artigo 18.º, n.º 3, *in fine*, da Constituição).

## 2.2. Enquadramento do trabalho temporário

I. Importa, por outro lado, enquadrar o trabalho temporário, em especial, a empresa de trabalho temporário.

O trabalho temporário é uma forma negocial que teve grande incremento nas últimas décadas, essencialmente para fazer face a necessidades temporárias de mão-de-obra especializada<sup>13</sup>. Depois de surgir nos Estados Unidos, em Portugal, pelo menos desde a década de sessenta do século passado, também se recorria ao trabalho temporário, sendo uma figura atípica; o trabalho temporário foi tipificado, primeiro, pelo Decreto-Lei n.º 358/89, de 17 de outubro, alterado pela Lei n.º 39/96, de 31 de agosto, pela Lei n.º 146/99, de 1 de setembro, pela Lei n.º 19/2007, de 22 de maio, e, atualmente, nos artigos 172.º a 192.º, completado pela regulamentação constante Decreto-Lei n.º 260/2009, de 25 de setembro (LTT), alterado, pela última vez, através do Lei n.º 13/2023, de 3 de abril<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Seguimos, com alterações, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 683 e ss.

<sup>14</sup> Quanto aos condicionamentos sociais e económicos que justificam esta relação jurídica, *vd.* PAULA CAMANHO/MIGUEL DA CUNHA/SOFIA PAIS/PAULO VILARINHO, “Trabalho Temporário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1992, n.ºs 1-3, pp. 171 ss. e MARIA REGINA REDINHA, *A Relação Laboral Fragmentada. Estudo sobre o Trabalho Temporário*, Coimbra, 1995, 86 ss. e 94 ss. Sobre as alterações de 1999, *vd.* MARIA REGINA REDINHA, “Trabalho Temporário: Apontamento sobre a Reforma do seu Regime Jurídico”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, 445 ss.

Em relação ao direito comparado, veja-se PAULA CAMANHO/MIGUEL DA CUNHA/SOFIA PAIS/PAULO VILARINHO, “Trabalho Temporário”, *cit.*, 198 ss., assim como a obra cole-

Igualmente relevante é a Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro (*relativa ao trabalho temporário*)<sup>15</sup>, bem como a Convenção n.º 181, de 1997, da Organização Internacional do Trabalho<sup>16</sup>.

II. Esta figura pressupõe a existência de dois negócios jurídicos, em princípio, sem qualquer prioridade temporal entre eles: um primeiro negócio jurídico celebrado entre a empresa de trabalho temporário e o trabalhador por ela contratado para executar atividades junto de terceiros; um segundo negócio jurídico ajustado entre a empresa de trabalho temporário e a empresa utilizadora de mão-de-obra, designado “contrato de utilização de trabalho temporário” (artigo 172.º, alínea c)). O primeiro negócio jurídico subdivide-se em dois contratos: o “contrato de trabalho temporário” (artigo 172.º, alínea a)), sujeito a um regime especial, determinado, em grande parte, por uma remissão para o contrato a termo; e o “contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária”, (artigo 172.º, alínea b)), a que se aplica igualmente um regime especial. O “contrato de utilização de trabalho temporário” é um contrato de prestação de serviço (artigo 172.º, alínea c)), a que, afora as particularidades estabelecidas nos artigos 175.º ss., se

---

tiva organizada por GALANTINO, *Il Lavoro Temporaneo e i Nuovi Strumenti di Promozione dell'Occupazione*, Milão, 1997; AMATO/BRONZINI/ MANNA/MATTONE/MIANI CANEVARI, *Il Diritto del Lavoro della "Flessibilità" e dell' Occupazione*, Milão, 2000, 1 ss.; NICOLINI, *Lavoro Temporaneo*, Pádua, 1998.

<sup>15</sup> Sobre a Diretiva, por exemplo, JÚLIO GOMES, “O Trabalho Temporário: Um Triângulo Perigoso no Direito do Trabalho (Ou a Vulnerabilidade Acrescida dos Trabalhadores Temporários)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2021, n.º 1, tomo I, pp. 565 e ss.

<sup>16</sup> Aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 13/2001, de 13 de fevereiro.

encontra submetido ao regime obrigacional comum, designadamente no que respeita à liberdade de cessação e de estipulação da retribuição.

No que respeita à inexistência de prioridade na celebração dos contratos de trabalho e de prestação de serviço importa fazer uma precisão. O legislador propende para conferir prioridade na celebração do contrato de prestação de serviço em relação ao contrato de trabalho temporário (cf., em especial, as menções obrigatórias constantes do artigo 181.º, n.º 1); assenta-se no pressuposto de o contrato de trabalho temporário ser celebrado em função do anteriormente ajustado contrato de utilização. Contudo, esta lógica não é seguida em relação ao contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, que frequentemente antecede o contrato de utilização de trabalho temporário. E mesmo com respeito ao contrato de trabalho temporário, do disposto no artigo 177.º, n.º 1, decorre que este pode preceder o contrato de utilização.

III. O trabalho temporário, tal como vem previsto nos artigos 2.º e 3.º da LTT, pressupõe a existência de uma empresa que tem por objeto a atividade de contratar trabalhadores para os ceder a um utilizador de mão-de-obra.

Mas não só: a empresa de trabalho temporário pode também “desenvolver atividades de seleção, orientação e formação profissional, consultadoria e gestão de recursos humanos” (artigo 3.º, *in fine*, da LTT). A sua atividade é, portanto, potencialmente ampla<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Importa distinguir o objeto social, ex. de uma sociedade por quotas, do

A empresa de trabalho temporário (ETT), apesar de ter em vista uma intermediação no acesso ao emprego, assume a posição de empregador; de facto, como se afirma no artigo 2.º, alínea d), da LTT, a empresa de trabalho temporário admite e retribui trabalhadores para os ceder a utilizadores. Por essa razão, a ETT distingue-se da agência privada de colocação (artigos 14.º ss. da LTT), que funciona como intermediária entre a oferta e a procura de emprego, não celebrando qualquer contrato de trabalho com os candidatos a emprego<sup>18</sup>.

IV. O exercício da atividade por parte das empresas de trabalho temporário está sujeito a licença, que depende de se verificarem preenchidos os requisitos (cumulativos) estabelecidos no artigo 5.º da LTT, mas concretamente, na parte em análise:

- a) Idoneidade dos responsáveis;
- b) *Estrutura organizativa adequada*;
- c) Situação contributiva regularizada perante a administração tributária e a segurança social;
- d) Denominação social de pessoa singular ou coletiva com a designação «trabalho temporário»;

---

objeto da ETT. No objeto de uma sociedade comercial podem incluir-se várias atividades, entre as quais a atividade de empresa de trabalho temporário; além disso, a ETT pode ser uma pessoa singular com uma multiplicidade de atividades. Mas o objeto da ETT está circunscrito ao disposto no art. 3.º da LTT. Sobre esta questão, *vd.* PAULA CAMANHO/MIGUEL DA CUNHA/SOFIA PAIS/PAULO VILARINHO, “Trabalho Temporário”, *cit.*, 229 s. Numa perspetiva restrita, *vd.* MARIA REGINA REDINHA, *Relação Laboral Fragmentada*, *cit.*, 212 s.

<sup>18</sup> Sobre as agências privadas de colocação e a aplicação da Convenção n.º 96 da OIT às empresas de trabalho temporário, *vd.* PAULA CAMANHO/MIGUEL DA CUNHA/SOFIA PAIS/PAULO VILARINHO, “Trabalho Temporário”, *cit.*, 194 ss. Veja-se ainda MARIA REGINA REDINHA, *Relação Laboral Fragmentada*, *cit.*, 147 ss.

- e) Cumprimento da obrigação de declaração do beneficiário efetivo;
- f) Constituição de caução, nos termos do disposto no artigo 7.<sup>o</sup><sup>19/20</sup> (n.<sup>o</sup> 1);

4 - Considera-se verificado o requisito de estrutura organizativa adequada quando a empresa reúna os seguintes requisitos:

- a) *Existência de trabalhadores contratados pela empresa em número suficiente e com as competências adequadas para o desenvolvimento da sua atividade, que prestem as suas funções diariamente na empresa, com os seguintes requisitos mínimos:*
  - i. *Para exercício de atividade, uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato individual de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, determinado em função do número de trabalhadores temporários nos últimos 12 meses, que se deve manter durante o exercício da atividade da empresa, e que inclui os trabalhadores referidos nas subalíneas seguintes, nos termos e critérios a fixar em decreto regulamentar;*
  - ii. **Um diretor técnico, a tempo completo, com habilitação de nível superior e experiência profissional adequada na área dos recursos humanos;**

---

<sup>19</sup> A caução pode, todavia, constituir uma garantia insuficiente se a ETT tiver contratado um elevado número de trabalhadores, mesmo depois das alterações introduzidas em 1999 (cf. ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, *Trabalho Temporário. Regime Jurídico Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001, anot. art. 6.<sup>o</sup>, 30). Refira-se ainda que a garantia está condicionada pelo regime de execução constante do art. 191.<sup>o</sup> do CT.

<sup>20</sup> A caução prevista no artigo 7.<sup>o</sup> da LTT pode ser prestada por garantia bancária ou contrato de seguro (artigo 7.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 7, da LTT), excluindo eventualmente outros meios de prestar caução (p. ex., penhor, hipoteca).

- iii. Atendimento diário presencial ao público com, pelo menos, um trabalhador a tempo completo;
  - iv. Um trabalhador qualificado para assegurar a área financeira e administrativa, incluindo contabilidade organizada segundo a legislação aplicável, salvo se a empresa recorrer a prestação de serviço;
- b) Existência de instalações específicas, adequadas ao exercício da atividade e devidamente equipadas para o exercício da atividade, com as seguintes características mínimas:
- i. Espaços de trabalho e de atendimento presencial ao público, aferidos por visita prévia às instalações;
  - ii. Identificação da empresa de trabalho temporário, horário de funcionamento e de atendimento presencial ao público, visíveis do exterior” (itálico nosso).

No processo para a constituição e exercício de atividade por parte da ETT estabeleceram-se alguns limites burocráticos, constantes dos artigos 6.º ss. da LTT; só poderá exercer a atividade própria de uma ETT a empresa a quem for conferida licença (artigo 8.º, n.º 1, da LTT), sendo a publicidade da autorização e da inibição do exercício da atividade assegurada pelo Instituto de Emprego e Formação Profissional, que disponibiliza um registo de acesso público (artigo 8.º, n.º 2, da LTT).

V. Como se indicou, o regime de trabalho temporário assenta na existência de dois contratos coligados, que se conjugam: o contrato de trabalho temporário e o contrato de utilização. Resulta do artigo 172.º, que a ETT ajusta dois contratos: um contrato de utili-

zação de trabalho temporário com um utilizador e um contrato de trabalho temporário (a termo ou por tempo indeterminado) com um trabalhador. Este contrato de trabalho pode ser: um contrato de trabalho temporário (a termo) ou um contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária.

VI. O contrato de utilização de trabalho temporário é um contrato de prestação de serviço que tem de ser celebrado a termo resolutivo, certo ou incerto.

O utilizador de mão-de-obra pode unicamente celebrar contratos de utilização de trabalho temporário nos casos previstos no artigo 175.º, designadamente para substituição de trabalhador, por acréscimo excecional de atividade, por necessidades intermitentes de mão-de-obra ou para trabalhos sazonais. Excluindo a luta contra o desemprego, bem como o lançamento de nova atividade e o início de laboração da empresa, as causas de recurso ao trabalho temporário apresentam alguma identidade em relação às que se estabeleceram a propósito do contrato a termo (artigo 140.º), para cujos pressupostos remete (artigo 175.º, n.º 1, corpo); no fundo, tal como no contrato a termo, as condições de licitude do contrato de utilização prendem-se com o carácter temporário da atividade<sup>21</sup>.

VII. Por sua vez, a relação laboral que vincula a ETT ao trabalhador cedido pode ser de dois tipos (artigo 172.º, alíneas *a*) e *b*),

---

<sup>21</sup> Quanto à referida similitude, cf. MARIA REGINA REDINHA, *Relação Laboral Fragmentada*, cit., 400 s., nota 333. Veja-se, todavia, a diferença assinalada por FURTADO MARTINS, "Questões sobre Trabalho Temporário", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1999, n.º 1, pp. 65 ss., em relação à contratação de trabalhadores para a execução de trabalhos de construção civil, cuja previsão específica consta do artigo 140.º, n.º 2, alínea *h*), não abrangida na remissão do artigo 175.º, n.º 1.

e artigo 4.º, n.º 1, alínea *a)* e *b)*, da LTT): o trabalhador foi contratado temporariamente, com um contrato de trabalho a termo, designado “contrato de trabalho temporário” (art. 172.º, alínea *a)*); o trabalhador foi contratado definitivamente, por contrato de trabalho sujeito ao regime geral, designado “contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária” (artigo 172.º, alínea *b)*). Sendo o contrato de trabalho celebrado por tempo indeterminado, nos termos dos artigos 170.º ss., está sujeito a determinadas formalidades (artigo 181.º) e subsiste quando o trabalhador não se encontra em situação de cedência temporária, podendo, então, ser reduzida a retribuição, porque há uma suspensão, ainda que parcial, do contrato de trabalho (artigo 184.º, n.º 2).

O contrato de trabalho temporário pode ser celebrado a termo certo ou incerto. A aposição de um termo certo ou incerto encontra-se na dependência do motivo invocado para a celebração do contrato de utilização, apontando para a prioridade deste em relação àquele. O termo certo e incerto rege-se pelo correspondente regime do contrato a termo, mas há uma diferença assinalável: enquanto a admissibilidade do contrato a termo assenta numa cláusula geral (artigo 140.º, n.º 1), com uma enumeração de situações exemplificativas (n.º 2 do citado preceito), para o contrato de trabalho temporário há uma indicação de situações por remissão para algumas alíneas do n.º 2 do artigo 140.º a que acrescem as previsões das alíneas *a)* a *d)* do n.º 1 do artigo 175.º (*ex vi* artigo 180.º, n.º 1).

VIII. No trabalho temporário, a relação laboral - com ou sem termo - estabelece-se entre a ETT e o trabalhador, mas o poder de direção é, por natureza, atribuído ao utilizador (artigo 185.º, n.º 2), cabendo o poder disciplinar à ETT (artigo 185.º, n.º 4)<sup>22</sup>; a ETT é, assim, o empregador formal, sendo atribuídos ao utilizador poderes específicos do empregador, tais como a determinação do lugar e tempo de trabalho. Os trabalhadores temporários, como mantêm o laço contratual com a ETT, não se inserem no efetivo do pessoal do utilizador (artigo 189.º, n.º 1), sendo incluídos no mapa do quadro de pessoal da ETT (artigo 189.º, n.º 2)<sup>23</sup>. Impende sobre a ETT o dever de celebrar o seguro obrigatório de acidentes de trabalho relativamente a cada trabalhador temporário (artigos 106.º, n.º 3, alínea *j*), e 177.º, n.º 3).

### 2.3. Relevância do trabalho temporário

I. O trabalho temporário tem sido objeto de um anátema, que se traduz na ideia de se tratar de uma atividade que visa a exploração da mão-de-obra.

Essa pré-compreensão - a que o legislador não resistiu, como era seu dever - é errada e não corresponde à realidade.

Na verdade, como tem sido sublinhado,

“A doutrina tem apontado, com efeito, múltiplas vantagens

---

<sup>22</sup> Esta repartição rígida dos poderes do empregador é criticável, principalmente porque a ETT não terá interesse, nem necessidade, em aplicar ao trabalhador sanções diferentes do despedimento, ficando o poder de direção privado de um meio dissuasor da sua violação.

<sup>23</sup> Sobre os direitos e obrigações decorrentes desta relação tripartida, veja-se também GALA DURÁN, *Derechos y Obligaciones entre los Trabajadores Cedidos por las Empresas de Trabajo Temporal y las Empresas Usuarias*, Madrid, 1998.

ao trabalho temporário da óptica dos utilizadores: a possibilidade de disporem rapidamente de uma mão-de-obra já formada e especializada; a descentralização de algumas funções de gestão de pessoal; o recurso tempestivo ao pessoal pelo tempo necessário, mas só o estritamente necessário, a satisfazer exigências temporárias; a utilização do pessoal sem ter que recorrer à celebração de contratos de trabalho subordinado e a utilização eventual do trabalho temporário para uma inserção gradual do trabalhador nos quadros da empresa. Teoricamente, pelo menos, o trabalho temporário deveria contribuir para um incremento de formação dos trabalhadores: a empresa de trabalho temporário deveria fornecer mão-de-obra com as qualidades profissionais necessárias, consentindo uma integração quase imediata dos trabalhadores cedidos na organização produtiva do utilizador. Por outro lado, esta melhoria no nível da formação dos trabalhadores ocorreria também pela maior correspondência da formação às exigências do mercado”<sup>24</sup>.

Poderemos, ainda, acrescentar, o que não é de somenos importância, a experiência laboral que o trabalhador temporário adquire, assim como a formação profissional a que tem direito, aumentando, deste modo, a sua empregabilidade<sup>25</sup>.

II. A importância do trabalho temporário é, alias, reconhecida pela Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

---

<sup>24</sup> JÚLIO GOMES, “A Fronteira entre o Contrato de Trabalho Temporário e os (Outros) Contratos de Prestação de Serviços”, AAVV, *Trabalho Temporário*, Centro de Estudos Judiciários, ebook, 2014, p. 82.

<sup>25</sup> JÚLIO GOMES, “A Fronteira entre o Contrato de Trabalho Temporário e os (Outros) Contratos de Prestação de Serviços”, cit., pp. 81-82.

de 19 de novembro de 2008 (*relativa ao trabalho temporário*). Com efeito, aqui se afirma

“O trabalho temporário responde não só às necessidades de flexibilidade das empresas, mas também à necessidade de os trabalhadores conciliarem a vida privada e profissional. Contribui deste modo para a criação de empregos, bem como para a participação e inserção no mercado de trabalho” (considerando 11)<sup>26</sup>.

E, nestes termos,

“Quaisquer proibições ou restrições ao recurso a trabalho temporário são justificáveis apenas por razões de interesse geral respeitantes, nomeadamente, à protecção dos trabalhadores temporários, as exigências em matéria de saúde e segurança no trabalho ou à necessidade de assegurar o bom funcionamento do mercado de trabalho e de prevenir abusos” (artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva).

Nesse mesmo sentido, depõe a Organização Internacional do Trabalho, ao salientar nos considerandos da Convenção n.º 181:

“Reconhecendo o papel que as agências de emprego privadas podem desempenhar no bom funcionamento do mercado de trabalho”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Retenha-se também o considerando 9: “De acordo com a Comunicação da Comissão sobre a Agenda Social para o período até 2010, saudada pelo Conselho Europeu de Março de 2005 como contributo para a concretização dos objectivos da Estratégia de Lisboa através do reforço do modelo social europeu, o Conselho Europeu considerou que novas formas de organização do trabalho e uma maior diversidade das modalidades contratuais, para os trabalhadores e as empresas com uma melhor conjugação da flexibilidade e da segurança, contribuem para a adaptabilidade. Além disso, o Conselho Europeu de Dezembro de 2007 subscreveu os princípios comuns acordados da flexissegurança, que estabelecem um equilíbrio entre flexibilidade e segurança no mercado de trabalho, ajudando tanto os trabalhadores como os empregadores a tirarem partido das oportunidades oferecidas pela globalização”.

<sup>27</sup> § 6.º dos Considerandos da Convenção n.º 181, de 1977.

Compreende-se, por isso, que entre janeiro e março deste ano, as empresas do setor privado de emprego tenham colocado cerca de 100 000 trabalhadores (mais precisamente 98 696) em funções temporárias<sup>28</sup>.

Trata-se, em suma - e sem prejuízo das debilidades que um vínculo transitório e a inserção numa empresa que não corresponde ao seu empregador sempre acarretam<sup>29</sup> - de um importante instrumento de criação de emprego e no cumprimento do comando constitucional estatuído no artigo 58.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), da Constituição).

### § 3.º Estrutura organizativa adequada

#### 3.1. Liberdade de iniciativa económica e propriedade privada

I. O requisito aditado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, em matéria de *estrutura organizativa adequada*, ao impor “uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária, determinado em função do número de trabalhadores temporários nos últimos 12 meses, que se deve manter durante o exercício da atividade da empresa” suscita, de forma imediata, uma perplexidade: a manifesta colisão com normas constitucionais.

---

<sup>28</sup> Barómetro do TT, elaborado pela APESPE e pelo ISCTE – IUL <https://www.apesperh.pt>.

<sup>29</sup> JÚLIO GOMES, “A Fronteira entre o Contrato de Trabalho Temporário e os (Outros) Contratos de Prestação de Serviços”, cit., pp. 82-83; bem como, do mesmo Autor, “O Trabalho Temporário: Um Triângulo Perigoso no Direito do Trabalho (Ou a Vulnerabilidade Acrescida dos Trabalhadores Temporários), cit., pp. 570 e ss.

II. Com efeito, consideramos patente o conflito entre a imposição legal de um número mínimo de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária - independentemente da dimensão - 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>30</sup>), o direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição<sup>31</sup>), preceitos que radicam, em última instância, na dignidade da pessoa humana<sup>32/33</sup>.

---

<sup>30</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>31</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, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., 2007, 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>32</sup> Seguimos 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.

III. Detenhamo-nos especialmente, pela sua relevância para a nossa análise, na *liberdade de iniciativa económica*. Começamos 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 negocial (direito de empresa)<sup>34</sup>. Esta liberdade consagra a possibilidade de o empresário<sup>35</sup> escolher os seus fornecedores, a mão-de-obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho<sup>36</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

---

<sup>33</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).

<sup>34</sup> AFONSO VAZ, *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1998, p. 165.

<sup>35</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>36</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).

exemplo, com o seu fundamento<sup>37</sup>, bem como, reiteramos, com a liberdade de gestão das empresas privadas (artigos 80.º, alínea c),

---

<sup>37</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, «Studia Iuridica», 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 acção 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

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>38</sup>, i.e., gerir a empresa de acordo, por exemplo, com as mutações do mercado e as prioridades de investimento.

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

---

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 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. Jorge Miranda, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986, *maxime*, pp. 69 e ss.

<sup>38</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.

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>39</sup>.

IV. 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>40</sup>.

Ressalta, então, do preceito citado que a liberdade de iniciativa económica se realiza livremente ainda que num espaço heteroregulado<sup>41</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>42</sup>.

---

<sup>39</sup> No Ac. do TC. n.º 76/85, de 6 de maio, cit., p. 245.

<sup>40</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>41</sup> FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume I (artigos 1.º a 79.º)*, cit., p. 865.

<sup>42</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, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 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,

E entre os limites da liberdade de iniciativa económica<sup>43</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>44</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

---

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.

<sup>43</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>44</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.

(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>45</sup> e não,

---

<sup>45</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 activida-

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 imposição legal, é uma pré-compreensão, sem conexão com a realidade, de que as empresas de trabalho temporário têm uma especial “inclinação” para o incumprimento das suas obrigações; e, assim, o novo quadro legal acentua a desconfiança relativamente às empresas de trabalho temporário, determinando condições que não têm paralelo com outros setores de atividade, “acometendo” o âmago da liberdade de iniciativa económica destas empresas.

V. 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,

---

de 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).

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 as 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>46</sup>, pressupõe a intermediação de uma específica organização produtiva que é a empresa<sup>47</sup>, despersionalizando assim a atividade em causa<sup>48</sup>.

---

<sup>46</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 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>47</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, «Jurídica», 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); 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>48</sup> FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa*

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 laborais, sejam relativos a quaisquer outras matérias decorrentes da necessidade do exercício profissional<sup>49</sup>.

É, portanto, manifesto que, ao impor uma medida que fixa o concreto número de trabalhadores que a pessoa singular ou coletiva deve ter, não permitindo sequer a opção da modalidade do vínculo invade o espaço de autonomia privada decorrente do quadro constitucional (*in casu*, artigo 47.º, n.º 1, da Constituição).

VI. Uma nota adicional para uma breve referência ao direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição)<sup>50</sup>, verdadeiro “pressuposto da autonomia das pessoas”<sup>51</sup>.

---

*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.**

<sup>49</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.

<sup>50</sup> E para um confronto entre a *liberdade de empresa* e a *propriedade privada*, FERREIRA MENDES, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*,

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>52</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>53</sup>.

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>54</sup>.

---

*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>51</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>52</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>53</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.

<sup>54</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

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>55</sup>, que, no caso em apreço, sem o bem jurídico que o sustente, são restringidos no seu núcleo essencial.

---

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, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, cit., 2007, 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*, «Colecção Teses», Almedina, Coimbra, 2007, em particular, pp. 903 e ss.

<sup>55</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, 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

VII. A restrição de qualquer direito fundamental tem 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 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>56</sup>, ambas sempre sujeitas ao princípio do carácter restritivo das restrições<sup>57</sup>. O que o legislador não pode é, em nome de quaisquer outros direitos fundamentais, aniquilar os direitos fundamentais objeto de restrição. Impõe-se, por isso, o recurso ao princípio da concordância prática cujo critério decisório se encontra no artigo 18.º da Constituição<sup>58</sup>.

---

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>56</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, 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>57</sup> Sobre o princípio, JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 475 e ss.

<sup>58</sup> Alguma doutrina tem recorrido também às diretrizes constantes do artigo

Assume, nestes termos, 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, necessidade, proporcionalidade, *stricto sensu*”<sup>59</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>60</sup>. De qualquer modo, a regra em matéria de direitos funda-

---

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., pp. 384 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”.

<sup>59</sup> Ac. do TC. n.º 455/87, de 10 de dezembro, § 4.

<sup>60</sup> ROMANO MARTINEZ, “A Constituição e o Direito do Trabalho”, cit., p. 184.

mentais é a liberdade, que só é excepcionada face a situações que imponham interpretações limitadoras ou restritivas<sup>61</sup>.

VIII. Apesar de não se identificar com segurança qual o bem constitucional que o legislador visa proteger com a alteração de 2023, admitamos que se trata da segurança no emprego (artigo 53.º).

Entre os vários vetores que têm sido extraídos desta norma, está a regra da outorga do contrato de trabalho por tempo indeterminado, sendo excecional, e apenas nos casos legalmente admitidos, a celebração do contrato de trabalho a termo (resolutivo). Ou seja, como afirmou o Tribunal Constitucional,

“Da justa causa retira-se, no essencial, que o trabalhador não pode ser privado do trabalho por mero arbítrio do empregador”<sup>62</sup>.

E, ainda:

“A garantia constitucional da segurança no emprego significa, pois, que a relação de trabalho temporalmente indeterminada é a regra e o contrato a termo a excepção. Esta forma contratual há-de ter uma razão de ser objectiva”<sup>63</sup>.

Acontece, no entanto, que o que está em causa é substancialmente diferente: reitera-se a imposição de um número mínimo de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado, derrogando-se, além da tutela constitucional e legal do contrato de

---

<sup>61</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.

<sup>62</sup> Ac. do TC. n.º 306/03, de 25 de junho, § C, 15.

<sup>63</sup> Ac. do TC. n.º 338/10, de 22 de setembro, § II. 6.

trabalho a termo, os mais elementares direitos gestionários da empresa de trabalho temporário.

No caso em apreço, consideramos, por isso, que a opção legislativa viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que com vista a (alegadamente) proteger a estabilidade do vínculo impõe, ignorando as reais necessidades da empresa de trabalho temporário, a existência de um número mínimo de contratos de trabalho por tempo indeterminado.

Ora, esta imposição:

- 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 - i.e., afetação da liberdade de iniciativa económica e propriedade privada - e a imposição quantitativa da modalidade do vínculo laboral.

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>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Ac. do TC. n.º 392/89, de 17 de maio de 1989, cit., p. 9180.

Ora, não sendo o caso, a conclusão surge naturalmente: a imposição de um número mínimo de trabalhadores da ETT com contrato de trabalho por tempo indeterminado é inconstitucional.

### 3.2. Princípio da igualdade

I. O princípio da igualdade<sup>65</sup> tem sido considerado como um vetor estruturante ou conformador das ordens jurídicas atuais desde o constitucionalismo moderno<sup>66</sup>, encontrando-se presente em diversos documentos internacionais<sup>67</sup>. Também a Constituição Portuguesa acolheu o princípio geral da igualdade (artigo 13.º)<sup>68</sup>, considerando-o "... um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gonzo, o Estado de direito democrático (cf. artigos 1.º e 2.º da Constituição)"<sup>69</sup>.

---

<sup>65</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 seguimos.

<sup>66</sup> JORGE MIRANDA, "Igualdade e Participação Política da Mulher", *O Direito*, ano 130.º, 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>67</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>68</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>69</sup> Ac. do TC. n.º 148/2004, de 10 de março de 2004, § 5.3.

Recordemos que o sentido primário do princípio da igualdade tem uma dimensão negativa, traduzindo-se na proibição de privilégios e discriminações (artigo 13.º da Constituição)<sup>70</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>71</sup>. Na verdade, como amplamente tem afirmado o Tribunal Constitucional<sup>72</sup>, o princípio da igualdade

“... não proíbe a distinção de tratamentos diferenciados,

---

<sup>70</sup> JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, cit., pp. 314 e 315. Segundo o Autor, *ibidem*, privilégios “... são situações de vantagem não fundadas e discriminações situações de vantagem”, ao passo que discriminações positivas são “situações de vantagem fundadas ...”.

<sup>71</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>72</sup> Como se pode ler no Ac. do TC. n.º 412/2002, de 10 de outubro de 2002, § 3: “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”.

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 suporte material bastante”<sup>73</sup>.

Ou, noutros termos, na síntese realizada pelo Tribunal Constitucional:

“Como decorre, entre muitos outros, dos Acórdãos n.ºs 191/88; 412/2002 e 232/2003 (que faz, neste domínio, uma expressiva síntese de todo o lastro jurisprudencial anterior), a densidade de escrutínio do Tribunal, face às diferenças de

---

<sup>73</sup> Ac. do TC. n.º 486/2008, de 7 de outubro.

No Ac. do TC. n.º 232/2003, de 13 de maio, § 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, § 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.

Ao impor 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.

tratamento entre pessoas que sejam introduzidas pelo legislador e que devam ser confrontadas com o princípio *da igualdade de todos através da lei*, não é em qualquer caso constante nem detém em todas as circunstâncias o mesmo grau. Tal densidade será tanto maior quanto mais evidente, ou manifesta, for a inexistência de respaldo constitucional para a *razão de ser* da diferença, ou para o fundamento - invocado pelo legislador ou (e) decorrente do regime jurídico por ele instituído - que justifica o trato diferenciado. A Constituição exclui que o legislador possa introduzir diferenças de tratamento entre pessoas que se fundamentem exclusivamente nas categorias suspeitas enunciadas no elenco aberto do n.º 2 do artigo 13.º da CRP. À partida, existem portanto fundamentos justificadores de diferenças que a Constituição entende serem insuscetíveis de merecer o seu acordo; e não dispendo assim o legislador da liberdade de estabelecer diferenças (*in pejus*) entre pessoas com fundamento nessas razões, qualquer regime legislativo que, contrariando manifestamente a proibição constitucional, mesmo assim as invocar - como única razão justificativa do trato diferenciado - merecerá o escrutínio exigente da jurisdição constitucional. Nessas circunstâncias, sobre o autor da norma impende o ónus acrescido de *justificar*, por algum outro fundamento que mereça, em ponderação, o assentimento do Direito, a sua insistência em estabelecer diferenças entre as pessoas com fundamento em razões que, *prima facie*, a Constituição não acolhe como sendo justificações idóneas para o trato diferenciado”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Ac. do TC. n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, § 14, itálico no original. Veja-se também Ac. do TC. n.º 429/20, de 11 de agosto, § 16.

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>75</sup>. Ou seja: nada impede diferenças assentes em critérios objetivos, razoáveis e justificados, 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>76</sup>.

---

<sup>75</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. 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>76</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

II. A dimensão da empresa<sup>77</sup> é um vetor relevante na fixação do quadro laboral<sup>78</sup>. Recorde-se, a título de exemplo, a classificação constante do Código do Trabalho (artigo 100.º), cujas consequências operam em vários institutos, nomeadamente na temática da cessação do contrato de trabalho (artigo 358.º e 392.º).

Foi, aliás, nesta matéria que o Tribunal Constitucional admitiu a compatibilidade constitucional da não reintegração, relevando o facto de se tratar de microempresas (artigo 438.º do CT2003 e artigo 392.º), cujo

“regime especial de não reintegração abrange 29,24% dos trabalhadores, abstraindo dos trabalhadores que ocupem cargos de administração ou de direcção”<sup>79</sup>.

Por outro lado, não pode ser ignorado que 96,3% do tecido empresarial português é constituído por microempresas e pequenas empresas (menos de 50 trabalhadores)<sup>80</sup>, o que significa que a nova obrigação legal constitui uma medida desproporcional atendendo à realidade do mercado de trabalho.

---

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.

<sup>77</sup> CATARINA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho - Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, 2011, em especial, pp. 187 e ss.

<sup>78</sup> Também o volume de negócios releva, por exemplo, em matéria de fixação dos valores das coimas (artigo 554.º).

<sup>79</sup> Ac. do TC. n.º 306/03, de 25 de junho, § C, 14.

<sup>80</sup> Dados de 2021, <https://www.pordata.pt>, retendo-se que *microempresa* corresponde a empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual e / ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros; enquanto *pequena empresa* emprega entre 10 a 49 pessoas e cujo volume de negócios anual e/ou balanço total anual varia entre 2 e 10 milhões de euros.

Em face do exposto, resulta claro que a imposição de um número mínimo de trabalhadores a todas as empresas de trabalho temporário, abstraindo da sua dimensão e capacidade económica – mesmo tendo presente o reenvio para decreto regulamentar –, não pode deixar de afetar indelevelmente o princípio da igualdade. Ou seja: apenas as empresas com especial capacidade económica poderão satisfazer a determinação legal, violando-se, deste modo, o artigo 13.º da Constituição, mas concretamente na categoria protegida pelo segmento normativo “situação económica”; acresce, que, ao privilegiar as pessoas coletivas e individuais com maior capacidade económica, gera-se uma adulteração das mais elementares regras de concorrência; e deve ainda recordar-se 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>81</sup>.

### 3.3. Princípio da hierarquia dos atos normativos

I. A alteração introduzida e que constitui objeto do presente parecer remete para decreto regulamentar os “termos e critérios a fixar” para efeitos da percentagem mínima dos trabalhadores da empresa de trabalho temporário com contrato de trabalho por tempo indeterminado (artigo 5.º, n.º 4, alíneas a) e i)).

---

<sup>81</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.

II. Estamos, portanto, perante a função administrativa, que, no caso concreto, se concretiza através do poder regulamentar, mais precisamente de decreto regulamentar<sup>82</sup>.

O regulamento está legalmente definido como “... as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos” (artigo 135.º do CPA). E, entre as modalidades de regulamento, o decreto regulamentar é “a forma mais agravada dos actos normativos estatais depois de forma de lei”<sup>83</sup>, considerando que tem de a) ser assinada pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros competentes em razão da matéria (artigo 201.º, n.º 3, da Constituição); b) haver a intervenção do Presidente da República através da promulgação (artigos 134.º, alínea b), e 137.º, da Constituição); c) existir a referenda do Governo (artigos 140.º, n.º 1, 197.º, n.º 1, alínea a), 140.º, n.º 2, da Constituição); d) e, ainda, há a possibilidade de exercício de veto presidencial (artigo 136.º, n.º 4, da Constituição); e) finalmente, cumprir a obrigatoriedade de recurso pelo Ministério Público para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais que recusem a aplicação de normas constantes deste tipo de regulamentos (artigo

---

<sup>82</sup> Sobre o regulamento, entre outros, AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021, pp. 211 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, “Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei - Algumas Reflexões Acerca da Admissibilidade de Regulamentos das Autarquias Locais em Matéria de Direitos, Liberdade e Garantias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, I, Coimbra, 1984, pp. 1 e ss.; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, 4.ª edição, 2018, Almedina, Coimbra, pp. 147 e ss.; ANA RAQUEL MONIZ, “A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (Algumas Questões)”, Boletim da Faculdade de direito da universidade de Coimbra, ano LXXX, 2004, pp. 483 e ss.; AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1980, n.ºs 1-2-3-4, pp. 1 e ss., e 1986, n.º 1, pp. 5 e ss.

<sup>83</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, volume II (artigos 80.º a 201.º)*, Coimbra Editora, 2006, p. 276-277.

280.º, n.º 3, da Constituição)<sup>84</sup>. Apesar desta intervenção reforçada, não deixamos de estar no âmbito do poder regulamentar e, portanto, de o decreto regulamentar estar subordinado à lei.

A Constituição consagra, por um lado, o princípio da hierarquia constitucional dos atos normativos e, por outro, o princípio da tipicidade dos atos legislativos (artigo 112.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição); da hierarquia constitucional dos atos normativos resulta, desde logo, e naquilo que agora nos interessa, que a lei (lei e decreto-lei) é hierarquicamente superior ao decreto regulamentar, tendo como consequência a impossibilidade de este instrumento modificar o conteúdo daquela; por sua vez, o princípio da tipicidade consiste na proibição de serem criados outros atos com a mesma força e valor de lei<sup>85</sup>.

Recorde-se ainda que, com a alteração constitucional de 1982, que aditou o artigo 112.º, n.º 5, ficou claro estar proibida a criação de outros atos com força idêntica à da lei. Na verdade, impõe-se trazer à discussão a razão de ser da norma constitucional citada, pois, como explicou, o então Deputado VITAL MOREIRA, havia

“... uma perfeita utilização selvagem do poder regulamentar, de forma totalmente intransparente, opaca e de tal modo atentatória de qualquer princípio de arquitectura mínima do poder normativo do nosso país ...”<sup>86</sup>, surgindo assim o artigo 115.º, actual 112.º, na revisão constitucional de 1982.

---

<sup>84</sup> Cf., sobre o regime constante do Código do Procedimento Administrativo, os artigos 135.º e ss.

<sup>85</sup> Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º)*, volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 67-68.

<sup>86</sup> VITAL MOREIRA, *Diário da Assembleia da República*, de 27 de janeiro de 1982, II legislatura, 2.ª sessão legislativa (1981-1982), II série, suplemento ao número 44, p. 904 (25).

Segundo o Tribunal Constitucional, com o novo preceito da Lei Fundamental "... proibiu-se a criação, por via legal, de outras categorias de actos legislativos (art. 115.º, n.º 5, 1ª parte [actual 112.º, n.º 5]), assim como se tornou defeso que a lei possa conferir a actos de outra natureza, isto é, actos não legislativos, o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos"<sup>87</sup>. "O que se pretende proibir é a interpretação (ou integração) autêntica da lei através de actos normativos não legislativos, seja de natureza administrativa (regulamentos), seja de natureza jurisdicional (sentenças)"<sup>88/89</sup>.

Parece ficar então claro que a razão de ser do aditamento da norma é impedir derrogações da lei - *rectius*, afetação da lei - por fontes inferiores (em especial, pelos regulamentos), situação que, aliás, já era defendida pelos administrativistas<sup>90</sup>, embora fosse comum, até 1982, altura do aditamento do artigo, preceitos legais

---

<sup>87</sup> Ac. do TC. n.º 810/93, de 7 de dezembro, § 3.

<sup>88</sup> Ac. do TC. n.º 810/93, de 7 de dezembro, cit., § 3, sublinhado no original. Veja-se GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º)*, volume II, p. 68 (XXIII). Para mais desenvolvimentos sobre o artigo 112.º, n.º 5, SOUSA PINHEIRO em SOUSA PINHEIRO e PEDRO LOMBA, *Comentário à Constituição Portuguesa, Princípios Gerais da Organização do Poder Político (artigos 108.º a 119.º)*, III volume, 1.º tomo, coordenação de Paulo Otero, Centro de Investigação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008. pp. 208 e ss.

<sup>89</sup> Ac. do TC. n.º 1/92, de 8 de janeiro de 1992, § II. 5.

<sup>90</sup> Cf., por exemplo, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 10.º edição, 4.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 116 e ss.; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1976, pp. 551-552; e, ainda, Ac. do TC. n.º 1/92, de 8 de janeiro, § II. 6 (impossibilidade de a Administração interpretar autenticamente disposições legais). Veja-se, no entanto, Ac. do TC n.º 98/95, de 22 de Fevereiro, § 5.4, onde se pode ler: "só após a revisão constitucional de 1982, com a introdução do artigo 115.º, n.º 5, da Constituição, é que ... a lei deixou de poder delegar no poder regulamentar a edição de *regulamentos modificativos, suspensivos, revogatórios ou derogatórios de si mesma*", itálico no original.

remeterem para o poder regulamentar dúvidas interpretativas ou deixarem o regime totalmente aberto para que os decretos regulassem livremente a matéria.

Não ignoramos a existência de áreas de aparente colisão do artigo 112.º, n.º 5, com outros preceitos, o que leva a doutrina e o Tribunal Constitucional a defenderem a necessidade de uma interpretação restritiva. Com efeito, como se pode ler em aresto do Tribunal Constitucional,

“impõe-se, conseqüentemente, a realização de uma interpretação harmónica dos artigos 115.º, n.º 5 [actual art. 112.º, n.º 5] e 202.º, alínea c) [actual artigo 199.º, alínea c)] da Constituição”, pois, afirma o Tribunal, citando AFONSO QUEIRÓ, “...aquele preceito constitucional «diz ... mais do que parece ter querido dizer, porque a letra eliminaria a legitimidade dos regulamentos de execução, que, com eficácia externa interpretam os actos legislativos»”<sup>91</sup>.

III. No caso em apreço o que está em causa é a concretização de uma restrição através do poder regulamentar, i.e., o legislador deixou a cargo do poder administrativo a densificação restritiva. Com efeito, a norma legal conferiu um amplo espaço de intervenção ao decreto regulamentar, que determinará os “... termos e critérios a fixar ...”.

Atendendo ao critério da relação do regulamento com a lei, a doutrina costuma identificar:

---

<sup>91</sup> Ac. do TC. n.º 1/92, de 8 de janeiro, § II. 7.

- 1) *Regulamento de execução (ou complementar)*: “estabelecem condições para a aplicação prática de uma lei, regulando aspectos de pormenor, e dão respostas a questões técnicas que a lei deixou em aberto. Limitam-se, portanto, a extrair consequências de uma lei que os precede e por isso apresentam mais estreita com a lei”<sup>92</sup>;
- 2) *Regulamento independente (ou autónomo)*: neste caso, “são regulamentos que a Administração edita sem referência imediata ao conteúdo de uma lei anterior que se pretenda executar, em ordem a introduzir disciplina inovadora sobre determinada matéria, inscrita no âmbito das atribuições das entidades que os emanam”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, cit., pp. 231-232. Veja-se também FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, cit., p. 153. Para AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, cit., 1980, p. 8, os regulamentos de execução, subdividem-se em regulamentos de execução propriamente ditos e regulamentos complementares. “Os primeiros obviam a uma involuntária deficiência de expressão do legislador. Supõe-se que este quis ser claro e preciso e se esforçou por sê-lo: simplesmente não conseguiu completamente” (p. 8). Deste modo, os regulamentos de execução propriamente ditos “limitam-se a «repetir» os preceitos ou regras de fundo que o legislador editou - só que de uma maneira clara ou, de toda a maneira mais clara” (p. 9). Ou seja: “os regulamentos complementares são os que seriam “... indispensáveis à execução das leis, enquanto os regulamentos executivos são necessários à boa execução delas” (p. 9, itálico no original).

<sup>93</sup> AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, cit., p. 233. Veja-se também FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, cit., pp. 154-155. AFONSO QUEIRÓ, “Teoria dos Regulamentos”, cit., 1980, p. 12, refere-se ainda, aos regulamentos independentes, como podendo ser entendidos em dois sentidos diferentes: a) o primeiro dos quais, historicamente associado “... a uma concepção dualista, em que o Estado (o Poder Executivo) se contrapunha à sociedade civil (representada no parlamento) ...”, traduzir-se-ia na possibilidade do Executivo “... editar normas jurídicas vinculantes *ad intra e ad extra*, independentemente de qualquer expressa autorização constitucional, fora das matérias reservadas à lei ou das que não estejam versadas na forma legislativa”. Estávamos, então, face a ... um poder normativo próprio, uma certa liberdade de produção de normas, sobrevivência da sua clássica *plenitudo potestatis*, anterior ao Estado de Direito constitucional”, itálico no original; b) o segundo sentido, que está ligado à necessidade de um renovado poder normativo face às necessidades do Estado Social, constitui “... a disciplina inicial das relações jurídicas através de normas sem a força de lei, editadas pelo executivo à margem de qualquer norma de habilitação

A amplitude do reenvio da lei para o decreto regulamentar não se coaduna com a natureza de um regulamento de execução, uma vez que a habilitação legal é a para a definição substancial do regime, ou seja, recorde-se, os “... termos e critérios a fixar ...” para a imposição de uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado para cedência temporária. Não estamos, de facto, perante uma “tarefa de pormenorização, de detalhe e de complemento do comando legislativo ...”, sendo o que caracteriza o regulamento de execução<sup>94</sup>.

Note-se, aliás, que tem sido sublinhado pela doutrina uma interpretação restritiva do artigo 112.º, n.º 5, da Constituição, fora das matérias de reserva absoluta ou relativa da competência legislativa da Assembleia da República, o mesmo não ocorre como quando os temas a regular se inserem naquelas reservas. De facto, como afirma AROSO DE ALMEIDA,

“já dentro das referidas áreas de reserva, a Administração não pode desenvolver a produção normativa inicial que a lei tenha estabelecido sobre a matéria, pelo que o regulamento de execução não pode ir para além da estrita pormenorização ou procedimentalização das normas contidas na lei regulamentada. Aplicam-se, pois, integralmente as restrições impostas pelo artigo 112.º, n.º 5, da CRP”<sup>95</sup>.

---

saída das mãos do legislador ordinário” (p. 13), pois o art. 202.º, g) [actual art. 199.º, alínea g)] confere-lhe competência para tal. Por fim, temos, para AFONSO QUEIRÓ, *op. cit.* p. 14, os regulamentos autónomos, que são emitidos pelas “pessoas colectivas públicas territoriais, corporativas ou institucionais [que] possuem ou podem possuir, com amplitude variável, certo poder de produção normativa inicial ou primária”.

<sup>94</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, cit., p. 154.

<sup>95</sup> AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, cit., p. 232.

IV. Poder-se-á ainda questionar se não estamos face a um regulamento independente, mas atendendo à noção acima gizada, a resposta é manifestamente negativa, recordando que estes não visam "... complementar qualquer lei anterior, eventualmente carecida de regulamentação por via administrativa, a sua missão é, antes, estabelecer autonomamente a disciplina jurídica que há de pautar a realização das atribuições específicas cometidas pelo legislador às entidades consideradas"<sup>96</sup>.

Sublinhe-se, ainda, que "os únicos regulamentos que nas matérias reservadas à lei se admitem são os regulamentos de execução - ou, porventura, nem isso, como sucede em matéria de restrições aos direitos fundamentais ..."<sup>97</sup>. E, por isso, "não persistirão dúvidas de que, neste domínio [artigos 164.º e 165.º da CRP], se exige ao legislador uma densidade normativa acrescida, impondo-se o princípio de que a disciplina constante da lei venha exaurir a produção normativa inicial das matérias dentro do âmbito da reserva"<sup>98</sup>. Ou seja:

"quer isto dizer que, nas matérias dos artigos 167.º e 168.º [artigos 164.º e 165.º da Constituição], bem como nas que, enunciadas no *artigo 164.º* [artigo 161.º], são objecto de formulação legislativa e, ainda, nas que, referidas no *artigo 203.º* [artigo 200.º], careçam de decisão através de diploma

---

<sup>96</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, cit., p. 155.

<sup>97</sup> FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, cit., p. 172; no mesmo sentido, AFONSO QUEIRÓ, "Teoria dos Regulamentos", cit., 1986, p. 17.

<sup>98</sup> ANA RAQUEL MONIZ, "A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (Algumas Questões)", cit., p. 483, embora admita graduações, consoante estejamos face a uma "reserva de densificação total", "reserva de bases" ou "reserva de regime geral". Veja-se também, no sentido do texto, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, «Teses», Almedina, Coimbra, 1987, em especial, pp. 240 e ss.

legal, não pode o legislador limitar-se a emitir directivas genéricas, tendo que estabelecer com a necessária precisão a respectiva disciplina antes que se torne possível a intervenção do Governo no exercício do poder regulamentar”<sup>99</sup>.

Em face do exposto: a *remissão integrativa* para o decreto regulamentar dos exatos termos da medida da restrição dos direitos fundamentais (*v.g.*, liberdade de iniciativa económica e propriedade privada) constitui uma violação da reserva de competência da Assembleia da República, a quem compete legislar sobre direitos, liberdades e garantias, salvo autorização ao Governo (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição).

### 3.4. Livre prestação de serviços no quadro da União Europeia

I. Entre as liberdades fundamentais da União Europeia encontra-se a livre prestação de serviços<sup>100</sup>, determinando o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

“No âmbito das disposições seguintes, as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação” (artigo 56.º).

---

<sup>99</sup> SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 243, itálico no original.

<sup>100</sup> Sobre a matéria, por exemplo, SÓNIA GEMAS DONÁRIO, anotação ao capítulo 3 (*os serviços*) AAVV, *Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado*, coord. de Manuel Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 332 e ss; STEFANO GIUBBONI, “Libertà Economiche Fondamentali, Circolazione dei Servizi e Diritto del Lavoro”, AAVV, *Le «Libertà Fondamentali» dell’Unione Europea e il Diritto Privato*, coord. Francesco Mezzanotte, Tre-Press, Roma, 2016, pp. 181 e ss; GRABITZ/HILF/NETTESHEIM/RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, comentário aos artigos 56.º e ss, AAVV, *Das Recht der Europäischen Union*, band I, coord. de Martin Nettesheim, C.H.Beck, München, 2023, §§ 1 e ss.

Para um melhor enquadramento, é importante destringir a liberdade de estabelecimento da liberdade de serviços, salientando-se o entendimento da União Europeia, segundo o qual

“Quando um operador se desloca a outro Estado-Membro para exercer uma actividade de serviços, é conveniente distinguir as situações que se referem à liberdade de estabelecimento das relativas à livre circulação de serviços em função do carácter temporário da actividade em causa. Para estabelecer uma distinção entre a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de serviços, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o elemento-chave é saber se o operador está ou não estabelecido no Estado-Membro em que presta o serviço em causa. Se o operador estiver estabelecido no Estado-Membro em que presta os seus serviços, deverá ser abrangido pelo âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento. Se, pelo contrário, o operador não estiver estabelecido no Estado-Membro onde o serviço é prestado, as suas actividades deverão ser abrangidas pela livre circulação de serviços”<sup>101</sup>.

II. Foi exatamente em nome da liberdade de serviços que a Comissão Europeia pediu a condenação do Reino da Bélgica no Tribunal de Justiça, pedido que foi procedente.

A decisão remonta a 2011 (processo C-397/10)<sup>102</sup> e estava em causa saber se o regime fixado pelo ordenamento belga, em maté-

---

<sup>101</sup> Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de novembro (*relativa aos serviços no mercado interno*), que não se aplica aos serviços das agências de trabalho temporário (artigo 2.º, n.º 2, alínea e)).

<sup>102</sup> Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 30 de junho de 2011, 5.ª secção, processo C-397/10, <https://curia.europa.eu>. Veja-se também *Jornal Oficial da União Europeia*, de 6 de novembro de 2010, C 301/8.

ria de empresas de trabalho temporário, colidia ou não com aquela liberdade.

O pedido consistiu no seguinte:

“declarar que ao impor as seguintes obrigações relativamente às actividades das agências de trabalho temporário: a exclusividade da actividade de fornecimento de trabalho no objecto social da empresa (no território da região de Bruxelles-Capitale); uma forma jurídica especial (no território da região de Bruxelles-Capitale) e a detenção de um capital social mínimo de 30 987 euros (na Região flamenga), o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º do TFUE”.

Para o efeito, a Comissão apresentou, no essencial, três argumentos:

- 1) “A exigência de exclusividade da actividade de fornecimento de trabalho no objecto social da empresa constitui um entrave significativo para as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros que aí são autorizadas a exercer actividades de outra natureza. Com efeito, essa medida obriga as referidas empresas a alterar o seu estatuto para fornecer uma prestação de serviços, mesmo a título temporário, na região de Bruxelles-Capitale”;
- 2) “A obrigação para uma empresa estabelecida noutro Estado-Membro de possuir uma forma ou um estatuto jurídico especial constitui uma restrição significativa à livre prestação de serviços. O objectivo de protecção dos trabalhadores, invocado pela

recorrida como justificação, pode com efeito ser atingido por medidas menos restritivas, como a obrigação de uma empresa demonstrar que dispõe de um seguro adequado”;

- 3) “A obrigação, prevista pela Região flamenga, de deter um capital social mínimo de 30 987 euros, na medida em que essa exigência implica que algumas empresas estabelecidas noutros Estados-Membros possam ser levadas a alterar o seu capital social para fornecer uma prestação de serviços na Bélgica mesmo a título temporário. Ora, existem meios menos restritivos, como a constituição de uma caução ou a subscrição de um contrato de seguro, que permitem atingir o objectivo de protecção dos trabalhadores prosseguido pela recorrida”.

III. O Tribunal considerou, como notámos, procedente os argumentos apresentados pela Comissão, referindo que o Reino da Bélgica não tinha apresentado nenhum “fundamento de interesse geral”.

É certo que ainda não foi publicado o decreto regulamentar, mas cremos, ainda assim, estarem reunidas as condições para haver uma colisão com a liberdade de prestação de serviços protegida pelo TFUE.

#### § 4.º 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) As empresas de trabalho temporário têm sido um importante instrumento na criação de emprego, facto que é, aliás, reconhecido, por exemplo, pela Diretiva 2008/104/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro (*relativa ao trabalho temporário*);
- 3) É inconstitucional o requisito aditado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, em matéria de *estrutura organizativa adequada*, ao impor “uma percentagem mínima de trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado para cédência temporária, determinado em função do número de trabalhadores temporários nos últimos 12 meses, que se deve manter durante o exercício da atividade da empresa”, uma vez que colide com:
  - a) a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição);

- b) o direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, da Constituição);
  - c) o princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição);
  - d) o princípio da hierarquia dos atos normativos (artigo 112.º, n.º 5, da Constituição);
- 4) O aditamento acima identificado, e sem prejuízo da ainda inexistência do decreto regulamentar, dificilmente se compatibiliza com a liberdade de prestação de serviços segundo o Direito da União Europeia, constante do TFUE.

Lisboa, 24 de agosto de 2023

### § 5.º Bibliografia

AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, policopiado, Coimbra, 1976.

\_\_\_\_\_ “Teoria dos Regulamentos”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1980, n.ºs 1-2-3-4, pp. 1-19, e 1986, n.º 1, pp. 5-32.

AFONSO VAZ, *Lei e Reserva de Lei*, «Teses», Universidade Católica, Porto, 1996.

\_\_\_\_\_ *Direito Económico - A Ordem Económica Portuguesa*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 1998.

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, pp. pp. 5-41.

AMATO/BRONZINI/ MANNA/MATTONE/MIANI CANEVARI, *Il Diritto del Lavoro della "Flessibilità" e dell' Occupazione*", Milão, 2000.

ANA RAQUEL MONIZ, "A Titularidade do Poder Regulamentar no Direito Administrativo Português (Algumas Questões)", *Boletim da Faculdade de direito da universidade de Coimbra*, ano LXXX, 2004, pp. 483-562.

ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, *Trabalho Temporário. Regime Jurídico Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001.

AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 7.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2021.

BENEDITA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

CATARINA CARVALHO, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho - Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra 2011.

CLEMENS HÖPFNER/JAKOB SCHNECK “Die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen am Beispiel des Tagesstreiks - Teil II”, *Recht der Arbeit (RdA)*, 2022, n.º 3, pp. 206-219.

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. 257-314.

\_\_\_\_\_ “Limites Constitucionais à Iniciativa Económica Privada”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Professor Ferrer-Correia, Tomo III, 1991, pp. 411-425.

FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, 4.ª edição, 2018, Almedina, Coimbra.

FURTADO MARTINS, “Questões sobre Trabalho Temporário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1999, n.º 1, pp. 51-85.

GALA DURÁN, *Derechos y Obligaciones entre los Trabajadores Ceedidos por las Empresas de Trabajo Temporal y las Empresas Usuarias*, Madrid, 1998.

GALANTINO, *Il Lavoro Temporaneo e i Nuovi Strumenti di Promozione dell'Occupazione*, Milão, 1997.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_ CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º), volume II, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2010.

GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_ "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, pp. 63-83.

GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, «Teses de Doutoramento», Imprensa FDUL, 2022.

\_\_\_\_\_ *Direito do Trabalho. Greve e Lock-Out*, «Manuais da Clássica», AAFDL/Imprensa da FDUL, 2023.

GRABITZ/HILF/NETTESHEIM/RANDELZHOFFER/FORSTHOFF, AAVV, *Das Recht der Europäischen Union*, band I, coord. de Martin Nettesheim, C.H.Beck, München, 2023.

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.

GÜNTER DÜRIG/ROMAN HERZOG/RUPERT SCHOLZ, *Grundgesetz-Kommentar*, II, 98.ª edição, C. H. Beck, München, 2022.

JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.

JORGE MIRANDA, "Iniciativa Económica", AAVV, *Nos Dez Anos da Constituição*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1986, pp. 68-80.

\_\_\_\_\_ "Liberdade de Trabalho e Profissão", *Revista de direito e de estudos sociais*, Vol. 30, No. 1 (1988), pp. 145-162.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Constitucional - Constituição e Inconstitucionalidade*, tomo II, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1991.

\_\_\_\_\_ "Igualdade e Participação Política da Mulher", *O Direito*, ano 130.º, 1998, I-II, pp. 31-43.

\_\_\_\_\_ “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. 17-19.

\_\_\_\_\_ *Direitos Fundamentais*, 3.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2020.

JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume I (artigos 1.º a 79.º), 2.<sup>a</sup> edição, Universidade Católica Editora, 2017.

JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, volume II (artigos 80.º a 201.º), Coimbra Editora, 2006.

JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_ “A Fronteira entre o Contrato de Trabalho Temporário e os (Outros) Contratos de Prestação de Serviços”, AAVV, *Trabalho Temporário*, Centro de Estudos Judiciários, ebook, 2014, pp. 73-103.

\_\_\_\_\_ “O Trabalho Temporário: Um Triângulo Perigoso no Direito do Trabalho (Ou a Vulnerabilidade Acrescida dos Trabalhadores Temporários)”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2021, n.º 1, tomo I, pp. 565-602.

LIBERAL FERNANDES, *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2004.

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, pp. 19-64.

M. NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, «Colecção Teses», Almedina, Coimbra, 2007.

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, 10.º edição, 4.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 1990.

MARIA REGINA REDINHA, *A Relação Laboral Fragmentada. Estudo sobre o Trabalho Temporário*, Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_ "Trabalho Temporário: Apontamento sobre a Reforma do seu Regime Jurídico", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, 2001, pp. 443-470.

MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade: Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993.

MENEZES CORDEIRO, "A Constituição Patrimonial Privada", AAVV, *Estudos Sobre a Constituição*, coord. de Jorge Miranda, 3.º volume, 1979, pp. 365-437.

\_\_\_\_\_ 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.

\_\_\_\_\_ "Da Colisão de Direitos", *O Direito*, n.º 137, 2005, I, pp. 37-55.

\_\_\_\_\_ *Tratado de Direito Civil*, volume VIII, Almedina, Coimbra, 2014, reimpressão da edição de 2010, 2014.

\_\_\_\_\_ *Tratado de Direito Civil*, volume III, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020.

MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I, 16.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2005, por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto.

NICOLINI, *Lavoro Temporaneo*, Pádua, 1998.

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. 849-929.

PALMA RAMALHO, Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais, Almedina, Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_ Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral, Almedina, Coimbra, 2020.

PAULA CAMANHO/MIGUEL DA CUNHA/SOFIA PAIS/PAULO VILARINHO, “Trabalho Temporário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1992, n.ºs 1-3, pp. 171-257.

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 Iuridica»*, Coimbra Editora, 1999, pp. 149-246.

PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, Almedina, Coimbra, 2007.

PIERRE BOM, “La Proteccion Constitucionnelle des Droits Fondamentaux: Aspects de Droit Comparé Européen”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1990.

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, pp. 1085-1110.

REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003.

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. 83-94.

\_\_\_\_\_ "A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho", *AAVV, Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, pp. 151-187.

\_\_\_\_\_ "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.

\_\_\_\_\_ *Introdução ao Estudo do Direito*, Imprensa FDUL, Lisboa, 2021.

\_\_\_\_\_ *Direito do Trabalho*, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2022

RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade - os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

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. 363-393.

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, «Teses», Almedina, Coimbra, 1987.

SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

SÓNIA GEMAS DONÁRIO, anotação ao capítulo 3 (*os serviços*), *AAVV, Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado*, coord. de Manuel Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012.

SOUSA FRANCO, *Nota sobre o Princípio da Liberdade Económica*, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 355, Lisboa, 1986.

SOUSA PINHEIRO e PEDRO LOMBA, *Comentário à Constituição Portuguesa, Princípios Gerais da Organização do Poder Político (artigos 108.º a 119.º)*, III volume, 1.º tomo, coordenação de Paulo Otero,

Centro de Investigação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008.

STEFANO GIUBBONI, "Libertà Economiche Fondamentali, Circolazione dei Servizi e Diritto del Lavoro", AAVV, *Le «Libertà Fondamentali» dell'Unione Europea e il Diritto Privatto*, coord. Francesco Mezzanotte, Tre-Press, Roma, 2016, pp. 181-198.

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, pp. 833-871.

VIEIRA DE ANDRADE, "Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei - Algumas Reflexões Acerca da Admissibilidade de Regulamentos das Autarquias Locais em Matéria de Direitos, Liberdade e Garantias", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, número especial, I, Coimbra, 1984, pp. 1-36.

VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

WWW.IDT.FDULISBOA.PT



# RIDT

REVISTA INTERNACIONAL DE  
DIREITO DO TRABALHO

idt

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