RIDT

ANO I / 2021 / Nº 1

REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO



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

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO



IDT

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

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

FICHA TÉCNICA / *TECHNICAL FILE*

Diretores
Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora
Cláudia Madaleno

Secretária-Geral
Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta
Maria Leonor Ruivo

Propriedade
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

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

Periodicidade
Semestral

Nº Registo ERC
127529

Conceção Gráfica e Paginação
Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors
Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director
Cláudia Madaleno

Secretary-General
Sara Leitão

Deputy Secretary-General
Maria Leonor Ruivo

Ownership
Instituto de Direito do Trabalho da FDUL

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

Periodicity
Semiannual

ERC Registration No.
127529

Graphic Design and Pagination
Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

I. Orientação

A Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT) é uma publicação periódica eletrónica de livre acesso, com um sistema de *double-blind peer review*[1], 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.

[1] Na presente edição, que marca o lançamento da RIDT, os artigos que se publicam foram escritos a convite da Direção da Revista, não tendo sido submetidos ao processo de *peer review*.

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 Cientifico.

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[1], 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.

[1] In this edition, that marks the launch of RIDT, the articles that were published were written at the invitation of the Board of the Review and were not submitted to the peer review process.

IV. *Peer review*

1. RIDT promotes research and dissemination of scientific articles of excellence, ensuring the technical accuracy of research through the implementation of a double-blind peer review system.

2. RIDT ensures that the review of papers is carried out anonymously and with guarantees of impartiality, in accordance with the terms established in the regulations.

V. Ethical principles

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

VI. Publication

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

VII. Organisational structure

1. RIDT is composed of the following bodies: the Board and the Scientific Council.

2. The Board is composed of five members: two Directors, an Assistant Director, a Secretary-General, and a Deputy Secretary-General, with the responsibilities set forth in the regulations.

3. The Scientific Council is composed of personalities of recognized merit, namely, academics, magistrates, lawyers or professionals from other areas, with relevant academic, scientific or professional curriculum in the area of Law, in particular, Labour Law and related matters, with the responsibilities set forth in the regulations.

CONSELHO CIENTÍFICO
SCIENTIFIC COUNCIL

Alberto Arufe Varela
Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (Espanha)

André Pestana Nascimento
Uría Menéndez Abogados, S.L.P. (Portugal)

Ângela Carrascalão
Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

António Menezes Cordeiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

António Monteiro Fernandes
Universidade Nova de Lisboa, Universidade Lusófona de Lisboa (Portugal)

António Moreira
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

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

Apelles J. B. Conceição
Advogado (Portugal)

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

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

Carmo Sousa Machado
Abreu Advogados (Portugal)

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

Catarina Levy Osório
ALC Advogados (Angola)

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

Dário Moura Vicente
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

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

Duarte Casimiro
Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

Estêvão Mallet
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

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

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

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

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

Giuseppe Ludovico
Università degli Studi di Milano (Itália)

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

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

Jesús Cruz Villalón
Universidad de Sevilla (Espanha)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Manuela Manuel Lopes Mendes
Procuradoria Geral da República e Faculdade de Direito de Bissau (Guiné-Bissau)

Margarida Seixas
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Maria Emilia Casas Baamonde
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Espanha)

Nuno Guedes Vaz
PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

Otávio Pinto e Silva
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

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

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

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

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

Pedro Madeira de Brito
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues
Universidade Mandume Ya Ndemufayo (Angola)

Teresa Coelho Moreira
Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)

Thereza Nahas
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Vítor Palmela Fidalgo
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Wolfgang Däubler
Universität Bremen Fachbereich Rechtswissenschaft (Alemanha)

Zara Jamal
JLA Advogados (Moçambique)



IDT

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

CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

EDITORIAL

O Instituto de Direito do Trabalho (IDT) foi criado em 2000, surgindo quando, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, se encontrava em desenvolvimento uma «Escola de Direito do Trabalho», para a qual, depois dos trabalhos pioneiros de Raúl Ventura, os estudos de António Menezes Cordeiro e Pedro Romano Martinez contribuíram significativamente.
O IDT tem procurado promover o estudo e a investigação do Direito do Trabalho e áreas conexas, através da organização de cursos de pós-graduação, conferências e *workshops*, e da promoção de publicações nestes domínios.
Neste âmbito, o IDT fundou, em 2021, a Revista Internacional de Direito do Trabalho (RIDT), com o propósito de reunir os estudos científicos de académicos e práticos do Direito Laboral e áreas conexas, e responder aos desafios que o mundo global coloca às relações de trabalho.
A RIDT visa ser uma referência nesta área jurídica no plano internacional, integrando trabalhos de autores oriundos das mais variadas jurisdições, pretendendo afirmar-se como um importante instrumento de divulgação e difusão da ciência do Direito nestas matérias.

* * * * * *

The Labour Law Institute (*Instituto de Direito do Trabalho* - IDT) was created in 2000, when a «School of Labor Law» was under development at the Faculty of Law of the University of Lisbon (*Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*), for which, after Raúl Ventura's pioneering work, the studies of António Menezes Cordeiro and Pedro Romano Martinez contributed significatively.
IDT has sought to promote the study and investigation of Labour Law and related areas, through the organization of postgraduate courses, conferences and workshops, and the promotion of publications in these fields.
In this context, IDT founded, in 2021, the International Labour Law Review (*Revista Internacional de Direito do Trabalho* – RIDT), with the purpose of bringing together scientific studies by academics and practitioners in Labour Law and related areas, and respond to the challenges that the global world poses to labour relations.
RIDT aims to be a reference in this field of Law at the international level, including papers by authors from a wide range of jurisdictions, intending to assert itself as an important instrument for the dissemination and diffusion of Juridical Science in these matters.

ÍNDICE / *INDEX*

ALEMANHA

Wolfgang Däubler
Crisis management through short-time work? 9

ANGOLA

Catarina Levy Osório / Daniela Sousa Marques
As fontes de direito em Direito do Trabalho: uma perspectiva comparada entre Portugal e Angola 39

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues
Reflexões sobre o teletrabalho na arquitectura jurídica angolana 79

BRASIL

Estêvão Mallet / Flávio da Costa Higa / Fernanda Antunes Marques Junqueira
Jurisprudência de crise e direitos fundamentais 131

Otávio Pinto e Silva
Negociação coletiva de trabalho no Brasil: da reforma trabalhista de 2017 à pandemia de 2020 169

CABO VERDE

Geraldo da Cruz Almeida
O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade 201

ESPANHA

Alberto Arufe Varela
La ley federal alemana sobre «el trabajo del mañana», de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el derecho español 301

Jesús Cruz Villalón
El debate en torno a la adaptación o superación de la subordinación como elemento referencial del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de trabajo. Un debate global desde la perspectiva española 337

Jesús Martínez Girón
Precontrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador. Un estudio de derecho comparado hispano-alemán del trabajo 391

GUINÉ-BISSAU

Manuela Manuel Lopes Mendes
As faltas ao trabalho no ordenamento jurídico guineense e a aplicação do *favor laboratoris* 425

ITÁLIA

Franco Carinci
Lo statuto dei lavoratori compie cinquanta anni (1970-2020) 453

Giuseppe Ludovico
A previdência social perante os riscos da globalização: o contágio da Covid-19 e a noção italiana de risco profissional 515

PORTUGAL

André Pestana Nascimento / Liliana Silveira de Freitas
Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao Acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atalian NV 555

António Menezes Cordeiro
A não discriminação no Direito do Trabalho 593

António Monteiro Fernandes
Uma figura com máscara: a caducidade do contrato de trabalho 635

Apelles J. B. Conceição
Breve nota sobre liberdade de circulação de trabalhadores e segurança social na União Europeia 673

Carmo Sousa Machado / João Galamba de Oliveira
Direito à desconexão – como evitar a intrusão e a exaustão? 743

Catarina Granadeiro
The emergence of a Gig Economy: brace for (legal) impact – a review of the case Dynamex Inc. v. Charles Lee 773

Francisco Liberal Fernandes
A Lei n.º 29/2017 e o combate à fraude no destacamento de trabalhadores na União Europeia 809

Guilherme Dray
Corporate social responsibility and labor compliance 837

Joana Vasconcelos
Sobre os efeitos da revelia na impugnação do despedimento coletivo 873

Júlio Manuel Vieira Gomes
Liberdade sindical e representatividade dos sindicatos 897

Luís Gonçalves da Silva
Das normas corporativas no Direito Civil e no Direito do Trabalho 941

Luís Miguel Monteiro
Referendo de banco de horas 1013

Mafalda Troncho
O processo de ratificação das normas internacionais do trabalho 1049

Margarida Seixas
Cem anos depois: juristas e trabalho – I Parte 1069

Paula Borges Santos
A construção autoritária do Direito do Trabalho em Portugal: evolução e legados 1111

Paula Rosado Pereira
Incidência do IRS sobre as compensações pela cessação do contrato de trabalho – problemas e soluções 1169

Paula Vaz Freire
Análise económica do mercado de trabalho: breves notas 1203

Pedro Romano Martinez
A Autoridade para as Condições do Trabalho: de regulador administrativo a órgão jurisdicional 1219

Sara Leitão
Direito às retribuições intercalares como efeito do despedimento ilícito: princípio do dispositivo ou condenação *extra vel ultra petitum* 1257

Teresa Coelho Moreira
Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões 1299

ALEMANHA



CRISIS MANAGEMENT THROUGH SHORT-TIME WORK?

Wolfgang Däubler*

Summary: I. The background – II. Labour law-related prerequisites – III. Social law-related prerequisites – 1. Conditions for receiving short-time allowance – 2. Amount of short-time allowance and duration of payment – 3. Procedure – IV. Exceptions – 1. Marginal employees – 2. Apprentices – 3. Taking care of children instead of working – 4. The self-employed – 5. Exceptional cases – V. Redundancy in reduced working hours phase? – VI. Redundancy instead of reduced working hours? – VII. Conclusions

Abstract:

Germany has had rules in place on short-time work for almost one hundred years. In the current situation of the Coronavirus pandemic, these rules play a pivotal role. The basic idea is simple: For the temporary, crisis-related reduction in working hours, the workers in question receive a wage compensation payment of 60 to 70 percent of their previous net income. They keep their jobs. This is also advantageous for the employer. When the crisis is over, the employer has all the workers necessary for a return to normal operations at his or her disposal again. This system last proved its worth during the recession of 2008/2009. Nevertheless, the practical management of this situation raises a series of detailed questions. The most important of which is: Do the workers in question first have to take their annual leave and work off their time credits before they can have access to payments from the State? As long as the lack of work is of a temporary nature, reduced working hours take precedence over redundancies. Workers can only be made redundant during a phase of reduced working hours if new conditions enter into play that result in a lasting reduction in the overall workload.

* Bremen University.

I. The background

Market regulations in both Europe and the United States have always had to deal with periodically emerging crises. One typical motive would be: Demand is no longer sufficient to maintain the current business operations. The individual enterprise, and frequently a whole industry or a large sector of the economy, is no longer able to sell the manufactured goods for an appropriate price. A reduction in operations and the resulting decrease in the supply is one of the less serious consequences; closure of the business, with or without bankruptcy proceedings, is far worse. The last crisis of this kind dates back to the years 2008 to 2010 and it affected European countries to differing degrees.

We are currently dealing with causes of the crisis that have little to do with the specific laws of the economy: One effect of the Coronavirus pandemic is that many businesses can no longer remain operating at the full level, if at all.

An outbreak of the sickness within a business may be responsible for that, but that would be a more exceptional situation. It is much more common that temporary closures of businesses are ordered by authorities, as is the case for pubs and hotels and many businesses in the area of culture. Other businesses face the frequent non-availability of primary products, as transnational supply chains become interrupted, for example.

If a business or business department is unable to continue operating, in accordance with German law the employees have a right to payment, as it is the employer who bears the so-called business risk, pursuant to Paragraph 615. 3 of the German Civil Code[1]. If such a situation were to continue, it would result in economic ruin for many businesses. In order to avoid the development of such a situation, businesses would normally announce mass redundancies. Naturally, this is a negative development for the employees in question, as it is extremely hard to find another job in a crisis. But there are also disadvantages for the employers: When the crisis is over, they can no longer fall back on a competent and experienced workforce, but have to recruit new personnel. And the business would severely miss its previous top performers in particular.

In order to avoid such a negative situation for both sides, Germany has had rules in place to regulate reduced working hours schemes and short-time allowance since 1920ies[2]. In the current situation, these measures take on pivotal importance, as they

[1] In the same vein, see, from the latest literature, M. Meyer, in: Dahl/Göpfert/Helm (Editors), Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien. [Employment Law and Pandemics]. Praxisleitfaden am Beispiel der Corona-Krise [Practical Guide Using the Coronavirus Crisis as an Example], Frankfurt/Main 2020, Ch. 1 Margin note 14 and following (with detailed reasoning) Fischinger/Hengstberger, Lohnanspruch bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschließungen [Right to Salary Payment in the Event of Pandemic-related Business Closures Ordered by Authorities], NZA 2020, 559 ff.

[2] After several precursors from the days of the German Empire (e.g. das Potash Mining Law of 1910), reduced working hours schemes and short-time compensation in the form we know them today were introduced for the whole economy by the "Law on Placement and Unemployment Insurance" (in short: AVAVG) of 16.7.1927. See overview in: www.handwerksjournalisten.de/pages/dokus/kurzarbeitergeld.pdf(1.11.2020)

guarantee the survival of businesses and prevent the mass unemployment that would otherwise arise.

There are two essential prerequisites for the introduction of reduced working hours. Firstly, the working hours defined in the labour contract must be reduced, which, in individual cases, can mean a reduction down to zero hours per week. As a matter of principle, the employer is obliged to pay only the remaining weekly working time (see II below). Secondly, the prerequisites for short-time allowance must be fulfilled; otherwise the reduction in the working hours would be unreasonable. The prerequisites that must be fulfilled are laid out in Paragraphs 95 ff. of the German Social Code (Book) III. Short-time allowance is a benefit that is covered by unemployment insurance (see III below).

Unemployment insurance is financed through equal contributions by the employers and the employees and is managed by the Federal Employment Agency; it has a lot of local branch offices known as "employment agencies". Where the available resources for the provision of the envisaged benefit are not sufficient, the German State makes an additional contribution which comes from taxation money.

II. Labour law-related prerequisites

The legal basis for the necessary reduction in working hours will, in many cases, be a collective bargaining agreement signed by the trade union on the one hand and the individual business or employers´ association on the other. It lays down the conditions under which a reduction in working hours can take place ("economic difficulties that are not the fault of the business", "reduction in orders", etc.) and also establishes that reducing working hours is dependent on the granting of short-time working compensation. In Germany a collective bargaining agreement applies only to trade union members per se; however, in businesses where the owner is bound by collective agreements, all employment contracts refer to the collective agreement.

Where a collective bargaining agreement does not exist, because the employer does not belong to any employers´ association, the same effect can be achieved through a works agreement between the works council, as the freely elected representative of the whole workforce, and the employer.

Should this legal basis also not be given, then the individual employment contracts must be adjusted accordingly. In practical terms, this is achieved by the employer ordering a reduction in working hours and the employees effectively working fewer hours, meaning that the latter correspondingly accept the shorter working

hours[3]. In the case of executive staff this is the only way to include them in the reduced working hours scheme, as neither collective agreements nor works agreements apply to them. Typically, conversation between the parties takes the place of an order here. A contractual clause agreed in advance, which says that the employer can order a reduction in working hours "as needed", is considered without effect due to indeterminacy[4]. Should any of a firm's top performers reject this (other persons would simply not dare), then the employer in question only has an extraordinary notification of dismissal pending a change in contract to fall back on, the admissibility of which is, however, contested in the literature; we still await a judgement by the highest courts in the land[5]. This is also a sign that, here too, the mutual agreement rule enjoys absolute priority.

From daily practice there are reports of cases where orders do indeed decrease but there is still enough work for the contractually agreed 38- or 40-hour week. This has to do with the fact that, in reality, before the new situation, the employees worked a lot more than 38 or 40 hours a week and that fact was never officially documented. Given that the reduction in orders would mean that only the informal (and unpaid) overtime no longer existed, this is not a case of a reduction in working hours, as the official working hours

[3] Bauer/Günther, Kurzarbeit zur Krisenbewältigung – Einführung durch Änderungskündigung? [Reduced Working Hours as a Form of Crisis Management - Introduction by means of Notification of Dismissal Pending Change in Contract?] NZA 2020, 419 ff.; Däubler, Arbeitsrecht [Employment Law], 13th Ed., Frankfurt/Main 2020, Margin note 983.

[4] BAG [Federal Labour Court] 27.1.1994 – 6 AZR 541/93 – NZA 1995, 134.

[5] For further details see: Bauer/Günther NZA 2020, 419 ff.; M. Meyer, in: Dahl/Göpfert/Helm, loc. cit., Chap. 2 Section 2 Margin notes 46 ff.

and remuneration remain in force.

Even if reduced working hours are introduced on the basis of a collective agreement or due to an alteration to the employment contracts, it would still require the consent of the works council. Such consent is subject to the worker co-determination regulation laid out in Paragraph 87.1.3 of the Works Constitution Act, which also says that the works council can decide to actively demand the introduction of reduced working hours. If the employer and the works council cannot come to an agreement, then the so-called conciliation committee decides: This committee is made up of equal numbers of employer and works council representatives and is chaired by a neutral chairperson agreed upon by both sides. As a rule, all parties involved are interested in a rapid decision.

In the negotiations on the content of the works agreement many aspects must be taken into consideration[6]. It is particularly important that the works agreement clearly defines the beginning and end of the reduced working hours scheme, the distribution of the (remaining) working hours and the employees (or employee groups) affected; otherwise it is unenforceable[7]. In choosing the employers to be included in the reduced working hours decision, the principal of equal treatment shall apply[8]. This is particularly important where, e.g., five or ten employees perform the same

[6] Instructive draft by Klebe/Heilmann, in: Däubler/Klebe/Wedde, Arbeitshilfen für den Betriebsrat, 4th Ed., Frankfurt/Main 2018, § 87 Margin note 23.

[7] BAG [Federal Labour Court] 18.11.2015 – 5 AZR 491/14 - NZA 2016, 565.

[8] Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Editors), loc. cit., Ch. 2 Margin note 7.

work, which is now only to be carried out to 60%. Here one can imagine a proportional reduction in working hours for all employees in such a group, but also a regulation whereby two employees first have one full week off, while the next week may be free for two other employees when all the others work full time.

III. Social law-related prerequisites

1. Conditions for receiving short-time allowance

Reducing working hours to one half, or even to zero, is only admissible if the individual employee receives the corresponding "compensation" in lieu of salary. This compensation, known as short-time allowance (or sometimes "compensation"), is determined in accordance with Paragraphs 95 ff. of the Social Code III. A precondition for such compensation is that at least one-tenth of the workforce is affected by a reduction in working hours in one calendar month and therefore suffers a reduction in remuneration of more than 10%. Before the Coronavirus pandemic that threshold was higher: At least one-third of the workforce had to be affected. The relevant reference size is the plant or specific department, not the whole company (Paragraph 97 of the Social Code III).

The lack of work must also be temporary in nature and unavoidable. The latter is not the case where employees can be tasked with cleaning and maintenance work or where the enterprise is able to manufacture a new product, such as protective face

masks[9]. In the current situation, however, one can reasonably not expect a thorough check to be carried out by the Federal Employment Agency.

The question of whether or not an existing credit in terms of working hours must first be reduced to zero is easier to answer[10]. Paragraph 96.4 of the Social Code III affirms precisely this. However, this applies only to credits resulting from flexi-time or similar working time models. And such credits do not have to be completely reduced to zero; rather, a certain time quota may continue to exist in order to not put flexible working at risk[11]. So-called long-term credits (which, e.g., should make it possible to go into retirement at an earlier date) are not affected from the start here, in accordance with Paragraph 96.4.3.1 to 5 of the Social Code III. During the 2008/2009 crisis one could afford to be more generous, as only those credits had to be used up that were at risk of becoming invalid[12].

Before a reduction in working hours can be introduced and short-time compensation can be applied for, in the context of the existing legal possibilities it is necessary to end the use of temporary agency workers and workers, who come into the firm on a contract for work

[9] Fuhlrott/Fischer, Arbeitsrecht und Corona 2.0 [Employment Law and Coronavirus 2.0], NZA 2020, 409, 410.

[10] It is common practice in Germany for many workers to work longer hours than contractually agreed. The "time credit" that thus emerges is not paid immediately but credited to an "account". In the literature one often speaks of a "time savings bank" (see Kohte, Arbeitszeitrecht und das Leitbild der Zeitsparkasse [Working Time Law and the Concept of the Time Savings Bank] in: Däubler/Voigt (Editors), Risor Silvaticus. Festschrift für Rudolf Buschmann [Liber amicorum for Rudolf Buschmann], Frankfurt/Main 2014, p. 71 ff. The question must be asked, to what extent people are able to make sensible use of their free time after a long period of "saving".

[11] Fuhlrott/Fischer, loc. cit., NZA 2020, 410.

[12] For further detail see Däubler, Arbeitsrecht [Employment Law], loc. cit., Margin note 986.

basis. It is presumed that the tasks they perform can be done by the business's own employees. In the case of temporary agency workers, the work relationship with the agency continues. Pursuant to the new Paragraph 11a of the Temporary Employment Act, a reduction in working hours is now possible for them, too.

Are employees obliged to take their annual leave before the lack of work becomes really "unavoidable" and they are entitled to receive short-time compensation? The regulation determined by Paragraph 96.4.2.2. of the Social Code III defines this as a basic principle, but it shall only apply if there are no prevailing interests of the employees. This is the case if the leave has already been approved, which has a binding effect for both parties: The employer must consider the time in question in its planning, and the employee can no longer unilaterally reject an already chosen date because, e.g., the planned holiday trip can no longer take place; travel is exclusively a private matter. The interest of the employee to have at least a few days of leave at their free disposal can also be a "priority" interest, because the case can always arise that a few days off work are urgently needed for personal reasons; this is important if most of the annual leave has already been used up.

If the annual leave has not yet been fixed, company holidays can be taken into consideration in line with the general principles; the employer and the works council must come to an agreement on this matter. Company holidays may account, at most, for Three-fifth of the annual leave[13] and may not be called at short notice, for example within a period of one to three months, as the employees must be

[13] BAG [Federal Labour Court] 28.7.1981 – 1 ABR 79/79 - NJW 1982, 959.

able to adapt their private planning to the situation.[14] For this reason, this instrument is ruled out for the purposes of crisis management. Accordingly, the Federal Employment Agency has justifiably declared that the leave entitlement for the current year will not be taken into consideration up to 31.12.2020[15]. Only leave from previous years that has not been taken must be taken before an employee is entitled to short-time allowance. This solution also benefits from the fact that otherwise the payload for the employer could be considerable: Given that, during annual leave, work is not carried out as a result of the free time granted (and not due to the Coronavirus), and no short-time allowance is provided for said period, the employer instead has to pay the whole stipulated remuneration. In times of economic crisis this can have an unreasonable effect on the liquidity of the enterprise in question. The Federal Employment Agency also points out that, in the present situation, many employees are unable to say whether they might need the annual leave for other purposes, in particular for looking after the children. "Directive 202003015" of 30.3.2020 literally[16] says:

"*The Federal Agency shall not, up until 31 December 2020, include annual leave from the current leave year for the purpose of the avoidance of reduced working hours. This regulation is established on the basis that, in weighing the interests in terms of priority leave applications of the employee, it is impossible to tell in the current situation for what concrete purpose the employee*

[14] Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 349.
[15] Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, 410.
[16] Accessible at www.arbeitsagentur.de/datei/ba146387.pdf - 1.5.2020.

wants to use, or sees themselves obliged to use, the leave (e.g., leave in order to look after children because schools and pre-schools may have closed). Due to the extraordinary circumstances, the protection afforded by the social insurance thus comes before the individual's duty to minimise losses. If reduced working hours are introduced towards the end of the leave year, or if there is any entitlement to leave carried forward from the previous leave year, it is the employer's responsibility to determine the point where existing leave entitlement can be used to mitigate the lack of work. Here too, the leave wishes of the employees may not be considered an impediment."

If the reduced working hours are introduced towards the end of the year, in November for example, then the leave dates must be clearly determined.

2. Amount of short-time allowance and duration of payment

Short-time compensation amounts to 60% of the net remuneration the employee would normally receive; if employees have at least one child in their care they receive 67%. The basis for compensation is a "standardised" net remuneration. The Federal Employment Agency provides a table for calculation of the short-time compensation online[17]. Short-time compensation has recently been increased if the working hours have been cut by at least 50% and a few months have already passed. From the fourth month of entitlement, the amount received is equal to 70% (or 77% for people

[17] www.arbeitsagentur.de/-datei/kug050-2016_ba014803.pdf.

taking care of a child) of the standardised net remuneration; from the seventh month it rises to 80% (or 87%). This is laid out in Paragraph 421c Section 2 of the Social Code III and is provisionally valid until 31.12.2020. This is seen as a way of preventing employees from sliding into material poverty, something that threatens low earners in particular. Furthermore, the social security contribution ceiling must be taken into consideration; it is equivalent to EUR 6,900.00 gross in Western Germany and EUR 6,450.00 gross in Eastern Germany. A rate of 60% will result in a maximum net amount of EUR 2,482.33, or EUR 2,222.98, so that the reduction for higher earning employees is relatively larger[18]. In some firms the works council is able to achieve an increase to 80 or 90 %, but given that the system now allows for increasing percentage rates, this is less of an urgent issue.

Pursuant to Paragraph 104.1.1 of the Social Code III, short-time compensation is guaranteed for a period of a maximum of 12 months; however, in accordance with Paragraph 109.1 of the Social Code III, the duration of receipt of compensation can be extended to 24 months by means of a legal regulation of the Federal Ministry of Labour and Social Affairs. Said instrument has already been used; currently, (as of 1.11.2020) the regulation of 16 April 2020 is in force[19], which extends the period of entitlement to short-time compensation for the period up until 31.12.2020, to 21 months, under the condition, however, that the reduced working hours were introduced in 2019. Recently, an extension to a period of 24 months

[18] Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Editors), Chap. 2, Margin note 53.
[19] Federal Law Gazette I p. 801.

has been decided.

Pursuant to Paragraph 104.3 of the Social Code III, a new time period of one year (or longer) begins if no short-time compensation was paid for a period of three months. Specific reasons for such an "interruption" are not given. In normal cases work is begun again, but it is also feasible that at least a part of the period is taken up with annual leave. In extreme cases one could add the leave periods from two separate years (which, as a rule, would make up three months), but then it is very likely that at the end of this period the Federal Employment Agency would check thoroughly if the conditions for reduced working hours are still in place, and if, in particular, one can still speak of a temporary lack of work.

Short-time allowance covers only those hours that are not worked because of a lack of work. Accordingly, it does not cover leave and holiday remuneration, for which the employer continues to be responsible. Before the current situation, the employer also had to pay the social contributions, including the employee's contribution, for working hours that are reduced. However, in the current Coronavirus crisis, this considerable burden has since been lifted, as the amounts paid are reimbursed by the Federal Employment Agency[20]. The newly created regulation, which says that workers on reduced working hours can earn additional money through a secondary job (e.g., as a hospital assistant) that is not added to the short-time compensation, is also of interest. The only limit is the income before the reduced working hours scheme; it may not be

[20] Paragraph 2.1 Short-time Compensation Regulation of 25 March 2020; for further matters see *Däubler*, Arbeitsrecht [Employment Law] Margin note. 987 f.

exceeded. A particular clause in the works agreement on reduced working hours, whereby the creation of the right to annual leave is not influenced by the reduction in working hours, is also worthy of note. The reasoning behind this is a decision by the Court of Justice of the European Union (CJEU)[21], whereby a reduction of annual leave due to the reduction of working hours, as for part-time employees, does not contravene European Union law. This means two things at the same time: it can take place, but it does not have to; precisely for this reason clarification is needed and given in some works agreements.

3. Procedure

Pursuant to Paragraph 99.1 of the Social Code III, the reduction in work must be reported by the employer to the responsible employment agency, i.e. the local branch office of the Federal Employment Agency. The notification may take the written or electronic form. The responsible agency is that located in the same district as the enterprise or the enterprise department where the lack of work is about to arise or has already materialised. Only after notification is made can the employer make an application for short-time compensation, which is guaranteed for the individual month. The earliest possible period is the month in which the notification is given. If the application is approved, the employer receives the short-time compensation, which it in turn passes on to the individual employees. Should the employer fail to take action in this matter,

[21] 8.11.2012 – C-229/11, NZA 2012, 1273.

then the company's employee representatives (the works council, staff council) may make the notification and application.

The procedural details are by no means uncomplicated. Given the large influx of applications in the current Coronavirus period, the Federal Employment Agency has made a form for "rapid application" available online, in an effort to make the process easier and speed it up[22]. Those who wish to study this in greater detail, please see the "Hinweise zum Antragsverfahren" (Application Process Guide)[23] and "Fachliche Weisungen Kurzarbeitergeld" (Professional Instructions on Short-time Allowance)[24]. It is recommended that the employer in particular follows the process precisely, as the Federal Employment Agency can demand repayment of the short-time compensation, if it is established afterwards that the prerequisites were not met. The employer cannot, in turn, look to the employee for recovery, i.e. expect reimbursement from the latter, as the employee has a right to payment of wage replacement in the amount of the short-time compensation[25]. It is also frequently laid out in collective bargaining agreements and works agreements that full remuneration is to be paid where short-time compensation is not guaranteed.

[22] www.arbeitsagentur.de/datei/kurzantrag-kug-107_ba146383.pdf.
[23] www.arbeitsagentur.de/datei/hinweise-kurzarbeitergeld_ba014273.pdf.
[24] www.arbeitsagentur.de/datei/dok_ba013530.pdf.
[25] BAG [Federal Labour Court] 11.7.1990 – 5 AZR 557/89 - NZA 1991, 67; likewise applicable to seasonal short-time compensation in the construction industry BAG 22.4.2009 – 5 AZR 310/08 - NZA 2009, 913; and BAG Bertz, Kurzarbeit in Zeiten der Corona-Krise [Reduced Working Hours in the Coronavirus Crisis], NJW Special Issue 2020, 243.

IV. Exceptions

1. Marginal employees

Persons who do not earn more than EUR 450.00 a month are defined as marginal employees in accordance with Paragraph 8 of the Social Code IV. They are not included in unemployment benefit schemes and thus do not receive short-time allowance. In the current situation this regulation has resulted in difficulties for many students who barely manage to keep their heads above water with the help of such a job (e.g., as a waiter in a restaurant or as a taxi driver), together with support from their family. The sudden absence of that income source without any replacement has not been compensated for sufficiently by the State, as only loans were made available.

2. Apprentices

Apprentices (as well as the companies they learn their trade at) are, as a rule, excepted from reduced working hours schemes and short-time compensation, as their apprenticeship is continued in full and may not depend on the firm's order books. In contrast to marginal employees, apprentices continue to receive their full remuneration. In emergency cases, certain teaching may be delayed or moved online. It may also become necessary to transfer an apprentice to another department that continues its normal

workload[26]. Only when none of the above is possible can apprentices be included in reduced working hours schemes. It may also be advisable to draw up a list of exceptions to be included in the works agreement on reduced working hours that expressly includes apprentices and any other groups that may form exceptions.

3. Taking care of children instead of working

During the pandemic it has frequently been the case that a mother or father could not come to work because there was a child under the age of 12 to care for. Given that, during the lockdown in spring 2020, schools and pre-schools were closed, parents faced conflicting duties: They had to look after children who stayed at home, also at times when they would otherwise have been at work. This is a situation that evidently has nothing to do with reduced working hours schemes. Whilst it is true that workers who stayed at home were not guilty of a breach of duty, as Paragraph 275.3 of the German Civil Code allows for the rejection of unreasonable duties: It was indeed unacceptable to leave a child or even several children at home without care. However, this also meant that, in accordance with Paragraph 326.1 of the Civil Code, the entitlement to consideration, i.e. remuneration, was also forfeited.

The legislator has reacted unusually swiftly to this situation. By means of Article 1.7 of the Act "On the Protection of the Population

[26] Lakies, Berufsbildungsgesetz [Vocational Training Act], Basiskommentar [Basic Commentary], 5th Ed., Frankfurt/Main 2020, Paragraph 10, Margin note 3; Banke, in: Wohlgemuth, Berufsbildungsgesetz [Vocational Training Act], Handkommentar [Commentary Manual], Baden-Baden 2011, Paragraph 10, Rn. 25.

in the Event of an Epidemic of National Concern" of 27 March 2020[27], two provisions were added to the Protection against Infection Act. The new Paragraph 56.1a lays down that, in the event of the temporary closure of children's care facilities and schools with the aim of preventing the spread of infectious diseases, the persons responsible for the welfare of children up to the age of 12 are entitled to compensation for the resulting loss of income. A prerequisite for this is that they must take care of the children themselves, because no other reasonable care solution is possible. The grandparents, as members of a risk group themselves, are beyond question in such a situation. Another demand that is made in some cases is that, to the extent reasonable, any existing working time credit must first be worked off[28]. Secondly, Paragraph 56.2 of the Protection against Infection Act was amended to define the "compensation" as 67% of the loss of income and that it is guaranteed for a maximum of six weeks. There is also an upper limit of EUR 2,016.00 per month. The allowable time period for each parent has since been extended to ten weeks; single parents are given 20 weeks. There is a parallel that can be drawn to short-time compensation here, but only in terms of the amount payable and not the duration. Payment is made by the employer, which receives the amounts in question reimbursed by the Federal Health Office[29].

[27] Federal Law Gazette I p. 587.
[28] Kleinebrink, Arbeitsbefreiung zur Betreuung eines Kindes [Release from Work to Take Care of a Child], Der Betrieb 2020, 952, 955.
[29] Kleinebrink, Der Betrieb 2020, p. 952, p. 955.

4. The self-employed

People who work on a self-employed basis are not included in the unemployment benefit scheme. This is also true when they are mostly dependent on one single client/customer and thus qualify as "employee-like" persons. They therefore do not receive short-time allowance. If cultural events were cancelled or shops closed they have accordingly remained without coverage. The State provides only subsidies for fixed costs, which has led to many artists and shop owners experiencing existential difficulties. The respective measures introduced in November 2020 have changed: Small enterprises that have up to 50 employees receive 75% of the income they had earned in November 2019.

5. Exceptional cases

Employees who have already been made redundant do not receive short-time compensation; nor do workers who have signed a severance agreement (Paragraph 98.1 of the Social Code III). Maintaining their job is evidently not an achievable goal in such cases.

Workers who are receiving sickness benefit are also excluded; two salary replacement schemes cannot be used at the same time. If the sickness benefit comes to an end, and the person in question becomes available on the labour market once more, then said worker is entitled to receive short-time compensation again.

Anyone who was taking sick leave when the reduced working

hours were introduced and therefore was entitled to continued remuneration, is entitled to only a reduced compensation amount, in just the same way as employees who were not on sick leave. In lieu of short-time compensation said worker receives, in accordance with Paragraph 47b of the Social Code V, sickness benefit in the same amount. Should a worker become ill during the period of reduced working hours, they retain, for the duration of the continued remuneration entitlement, an entitlement to short-time compensation.

V. Redundancy in reduced working hours phase?

A prerequisite for a reduced working hours scheme is that there is a temporary lack of work. Redundancies made by the enterprise in question are only admissible if there is a long- lasting or permanent lack of work or a lack of work whose duration is not foreseeable. The reasons that may justify a reduced working hours scheme can therefore not serve to justify redundancies for economic reasons[30]. That would indeed be a contradictory behaviour.

This applies to the whole enterprise in which reduced working hours are introduced. If 40 out of 100 employees can continue to work full-time, then this shall mean that there is not even a

[30] BAG [Federal Labour Court] 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 - NZA 2012, 852; Biere/Krebühl, in: Dahl/Göpfert/Helm (Editors), loc. cit., Ch. 2, Margin note 15; Rachor, in: Bader/Fischermeier et al., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften [General Commentary on the Protection Against Dismissal Act and other Dismissal Law-related Regulations], 12th Ed., Cologne 2019, Paragraph 1 of Protection Against Dismissal Act, Margin note 569.

temporary lack of work for said workers. They can also not - even though they are not directly affected by a reduced working hours scheme - be made redundant by the enterprise for economic reasons.

This does not include cases where, during the period of reduced working hours, new reasons for definitive reductions in staff arise. However, this is not the case if only the temporary loss of work is extended: additional customers place no new orders because they are now affected by the Coronavirus measures, too. In such cases the only solution that can be taken into consideration is the extension of the reduced working hours period. However, the case becomes different where important orders fail to materialise on a long-lasting or permanent basis, because the client has been declared bankrupt or the enterprise is to go into liquidation. In such cases, economic redundancies are possible[31]. Nevertheless, a simple decision by the employer to reduce the business operations on a lasting basis is not sufficient: By applying for short-time compensation the employer has committed to continue the business at least for the period provided for.

The possibility of making employees redundant because of a newly emerged situation can be excluded by means of a collective bargaining or works agreement. Regulating things in such a way can be limited to the duration of the reduced working hours period, or

[31] BAG [Federal Labour Court] 23.2.2012 – 2 AZR 548/10 - NZA 2012, p. 852.

can be defined for a longer period.

VI. Redundancy instead of reduced working hours?

As already emphasised, a temporary lack of work is not grounds for redundancies. However, it may be the case that the employer regards the lack of work to be long-lasting or permanent in nature, whereas the employees themselves and the works council see it as a temporary phenomenon. In such a case, the works council can make use of its right of initiative in accordance with Paragraph 87.1.3 of the Works Constitution Act, and attempt to bring the employer to the negotiating table. If that attempt is not successful, because the employer only wants to negotiate a definitive reduction in staff, it can initiate the formation of a conciliation committee. Pursuant to Paragraph 100 of the Labour Court Law, it can do so by applying, at the Labour Court, for the appointment of a conciliation committee chairperson and the determination of the number of board members. In the scope of such a process all that is examined is whether "evidently" no right of co-determination exists, which, in the case of "open" developments burdened by uncertainties, will hardly be the case. The conciliation committee thus established will then look into the possibility of reduced working hours. Here the Federal Employment Agency plays a decisive role: If it leans towards approving short-time allowance, because in its opinion the prerequisites are given, then it will be difficult for the employer to insist on its intention to make employees redundant. Reduced working hours are introduced; and jobs are, temporarily, kept. If the

works council does not, however, make use of its right of initiative, then it has lost a major opportunity[32].

If the employer wants to make a large number of workers redundant, or carry out other forms of staff reduction, then the prerequisites for a change in business in the sense of Paragraph 111.3 of the Works Constitution Act are often given. The assumption of an operations limitation in the sense of Paragraph 111.3.1 of the Works Constitution Act is a particularly obvious option here. In such a case, the employer must first negotiate with the works council on the reconciliation of interests and a social plan, which, if the works council only acknowledges temporary lack of work, often leads to the appointment of a conciliation committee. The committee can decide whether there is a lasting or a temporary reduction in the work volume. Arguments for the latter alternative will be more difficult to express than making use of the right of initiative; the conciliation committee chairperson will likely ask the critical question as to why only now a lack of work of a temporary nature is being announced. The chairperson would also have to close the procedure, as he/she is not appointed to judge the matter of "reduced working hours"; the chairperson will be prepared for such a purpose in exceptional cases.

If the employer wants to make employees redundant without negotiating on the reconciliation of interests and a social plan, then

[32] BAG [Federal Labour Court] 4. 3.1986 – 1 ABR 15/84 - NZA 1986, 432; see also BAG [Federal Labour Court]11.9.1986 – 2 AZR 564/85 - BB 1987, 1882).

the works council can, in the opinion of most of the State Labour Courts, prevent it from making redundancies by means of a preliminary injunction.[33] A preliminary injunction will only remain in effect until a reconciliation of interests is achieved or has been definitively ruled out. This, however, can take many months, during which the enterprise's business relations may have improved. At least the employees have more time to look for another job.

If the enterprise does not have a works council, then all the above possibilities are excluded from the start. Should employees defend themselves against redundancy and begin litigation for wrongful dismissal, then the Labour Court must examine whether, at the time the redundancies were announced, the arguments for a temporary lack of work situation outweighed those for a lasting lack of work, and vice-versa. In cases of real doubt the former alternative is to be given preference. The fact that reduced working hours affect the occupational liberty of the workers less, because they keep their jobs, for now, favours such a decision. For a solution to this situation one can also call on the regulation as laid out in Paragraph 2.2.2 of the Social Code III. It obligates the employer to primarily avoid business operation-related terminations[34]. Given the low level of burden a reduced working hours scheme means for the employer, in accordance with the current legal situation, it is reasonable to

[33] For supporting documentation see Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde (Editors), Kommentar zum BetrVG [Commentary on Works Constitution Act], 17th Ed., Frankfurt/Main 2020, Paragraph 112, 112a, Margin note 53.

[34] Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Editors), Kündigungsschutzrecht (Protection against Dismissal Act], 11th Ed., Frankfurt/Main 2020, Paragraph 1 KSchG [Protection against Dismissal Act], Margin note 295

expect it to opt for this path in cases of doubt.

VII. Conclusions

Reduced working hours schemes have proven themselves as a solution in Germany. This is, not least, made clear by the fact that the number of workers on reduced working hours schemes was continuously between 5.5 and 6 million between March and June 2020[35]. That is almost one-sixth of the total salaried workforce. Following the economic crisis of the years 2008 and 2009 there has been consensus that a return to pre-crisis levels was made decisively easier by the fact that enterprises still had their trusted workers at their disposal. In the current much deeper crisis many sectors of the economy are currently experiencing because of the Coronavirus pandemic, the legislator has even made it easier to receive short-time compensation and adjusted the amounts to meet the increased needs of those affected. Reduced working hours schemes accordingly prove themselves to be a flexible measure to clearly mitigate the effects of a crisis. However, that a crisis of this kind cannot be prevented, is quite another matter.

[35] www.arbeitsagentur.de/presse/2020-39-der-arbeitsmarkt-im-august-2020.

ANGOLA



AS FONTES DE DIREITO EM DIREITO DO TRABALHO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE PORTUGAL E ANGOLA

THE SOURCES OF EMPLOYMENT LAW: A COMPARED PERSPECTIVE BETWEEN PORTUGAL AND ANGOLA

Catarina Levy Osório e Daniela Sousa Marques*

Sumário: 1. Fontes de direito. Conceito e problemática; 2. As fontes de direito em Portugal e em Angola: regime geral; 3. As fontes de direito no direito do trabalho: em especial; 4. Conclusão.

Resumo:

Este estudo pretende analisar sob uma perspectiva comparada as fontes de direito do trabalho em Portugal e em Angola, partindo do conceito de fontes de direito e passando pela concretização das fontes de direito do direito laboral em cada um dos países. Estes ordenamentos jurídicos com todos os seus pontos em comum apresentam diferenças, desde logo no enquadramento sistemático daquelas que poderão ser consideradas como fontes de direito do direito laboral. O direito do trabalho português consagra no Código do Trabalho fontes de direito de trabalho, enquanto o ordenamento angolano prevê fontes de regulamentação do direito ao trabalho, sendo que esta diferença poderá ter implicações relevantes no momento de determinação das fontes de direito aplicáveis. Este estudo aborda ainda a possibilidade de outros instrumentos poderem ser considerados como fonte

* Catarina Levy Osório, Advogada, sócia da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados e sócia fundadora do escritório ALC Advogados, parceiro angolano da Morais Leitão no âmbito da rede Morais Leitão Legal Circle, licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola do Porto.

Daniela Sousa Marques, Advogada, associada da sociedade de advogados Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito - Escola do Porto.

Por opção das Autoras, o presente texto segue a grafia anterior ao Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, de 1990.

de direito do trabalho. Por último, são ainda referenciados alguns princípios gerais sobre hierarquia de normas e resolução de conflitos de normas.

Abstract:
The current study intends to analyse, under a comparative perspective, the sources of employment law of each country, starting with the concept of sources of law and followed by the materialization of the sources in the employment law of Portugal and Angola. These legal systems with all their common points display differences, beginning on the legal framework of what may be considered as sources of employment law. Portuguese employment law foresees its sources on the labour code, whereas Angolan legal framework predicts the sources of regulation of the right to work, and this difference may have relevant implications when assessing the applicable sources of law. This study also addresses the possibility of other instruments be considered as sources of employment law. Lastly, we also refer to several general principles related to the hierarchy of the sources of law and conflict settlement.

1. Fontes de direito. Conceito e problemática

O conceito de fontes de direito poderá reconduzir-se a uma metáfora introduzida por Cícero e que terá sido utilizada de forma regular a partir do século XVI com diversos sentidos: "fontes de conhecimento (*fontes cognoscendi*): são os textos onde se encontram as normas jurídicas; fontes genéticas: são os factores, as forças que determinam o conteúdo do direito; fontes de validade: é o valor ou princípio fundamentante da normatividade jurídica; fontes de juridicidade (*fontes manifestandi*): são os modos de produção ou formação das norma jurídicas; fontes de produção (*fontes exsistendi*): são os órgãos produtores que revelam o direito"[1]; sendo

[1] Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 187-188.

"ainda hoje utilizada pela doutrina contemporânea para sistematizar o modo de conhecimento das regras jurídicas obrigatórias"[2].

Nesse sentido, a doutrina tradicional tem entendido como fontes de direito "os modos de formação ou de revelação do direito (objectivo)"[3] e é, nesse âmbito, que surge a problemática relacionada as fontes. Vários Autores entendem que essa questão consiste em conhecer como surge o direito positivo numa determinada nação[4]. O apuramento das razões subjacentes à vigência de determinadas imposições permitirá ao seu destinatário apreender a origem e respectivo grau de vinculação. Nas palavras de Baptista Machado, "seriam portanto, fontes de direito determinados *factos normativos*, a saber, aqueles factos que em regra se representam como desfecho ou a conclusão (decisão) de um processo (v.g., do processo legislativo) juridicamente regulado e aos quais o sistema jurídico atribui a qualidade de factos produtores de normas vinculantes. Através do facto normativo (revestido dos predicados que a própria lei estabelece) as normas são *postas*, são positivadas, transformam-se em direito positivo. Temos, pois, o direito a regular a sua própria produção"[5]. Estas últimas palavras são representativas do conceito de fontes de direito e da respectiva problemática. Aliás, o mesmo Autor alude que o problema das fontes de direito consiste em identificar como determinados normativos adquirem

[2] Cfr. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, Sobre Fontes do Direito Angolano, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, p. 320.

[3] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, reimp., p. 154.

[4] Neste sentido, cfr. A. SANTOS JUSTO, *Introdução*, pp. 187-188, e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., pp.153-154.

[5] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 154.

juridicidade[6], sendo que, numa perspectiva de interpretação e integração da lei (independentemente da teoria doutrinária escolhida), quando se verificam conflitos entre as normas com fontes distintas, tal questão adquire contornos verdadeiramente complexos cuja conclusão nem sempre é evidente para o aplicador do direito positivado. Ainda que se pudesse eventualmente sustentar que essa problemática se cinge a questões dogmáticas desprovidas de relevo prático, a realidade das comunidades tem vindo a demonstrar que estas questões são, muitas vezes, decisivas na ponderação dos direitos em convergência, principalmente em áreas como o direito do trabalho em que existe uma multiplicidade de fontes (algumas específicas desta área) potencialmente aplicáveis a uma mesma relação jurídico-laboral, a um mesmo contrato de trabalho.

Outra questão que necessariamente se coloca está relacionada com a proveniência das fontes de direito. Como referimos *supra*, as fontes do direito são "o direito a regular a sua própria produção"[7] o que poderia implicar, para o poder legislativo, o exercício de um poder de auto-regulação. No entanto, estará ele próprio sujeito a limitações, decorrentes dos princípios fundamentais do estado de direito e da democracia como modelo político adoptado, essencialmente o princípio da separação de poderes... Será, portanto, erróneo afirmar-se que, qualquer normativo espelha uma vontade política, resultado da dependência do legislador perante o poder político, porquanto o mencionado princípio da separação de poderes tem na sua génese a possibilidade de todos os detentores

[6] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 153.
[7] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 154.

desses poderes lograrem proceder, reciprocamente, ao controlo das actuações de cada um. Por outro lado, qualquer resultado legislativo é susceptível de fiscalização (principalmente pelo órgão judicial), garantindo a sua conformidade com os princípios fundamentais de direito e a própria Constituição[8]. Assim, ainda que o legislador detenha o poder de decidir e legislar sobre as suas próprias fontes, estará ele sempre sujeito a limitações relacionadas com a sua própria legitimidade.

Face ao exposto, poder-se-ia conceber que as fontes de direito emanariam do próprio legislador e que seria possível proceder à sua enumeração taxativa. Porém, existindo fontes que pela suas naturezas não podem ser positivadas, nunca se poderá afirmar inequivocamente que qualquer elenco de fontes de direito seja, por si só, um sistema fechado e rígido o que não equivale a dizer que qualquer fonte possa ser assim considerada sem uma prévia validação[9]. Exemplo paradigmático desta conclusão é o costume no ordenamento jurídico português. O costume não se encontra elencado no capítulo das fontes de direito do código civil português, porém, o costume não deixa de não ser reconhecido genericamente como fonte de direito, argumentando-se em abono deste entendimento que as fontes de direito transcendem a vontade do legislador. Idêntico raciocínio se poderá adoptar para outras fontes não positivadas como a jurisprudência. Sucede que, pelo menos, no caso do costume, o Código Civil português permite que o costume seja invocado em juízo, sem afastar o dever de o Tribunal,

[8] Neste sentido, *vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 157.
[9] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., pp. 154-155 e A. SANTOS JUSTO, *Introdução*, cit., pp. 188-189.

oficiosamente, pugnar pelo seu reconhecimento (cfr. artigo 348.º do Código Civil). Em sentido distinto na medida em que existe um reconhecimento expresso da atribuição de força jurídica ao costume, a Constituição da República de Angola, no seu artigo 7.º, confere ao costume força jurídica, desde que não seja contrário à Constituição e não atente contra a dignidade humana[10].

Explorado o conceito de fontes de direito, caber-nos-á fazer algumas distinções prévias. Existem fontes de direito voluntárias, as quais pressupõe a acto explicito e volitivo de emanação normativa, e as não voluntárias em que os referidos actos volitivos não existem. Baptista Machado exemplifica estes conceitos ao referir que a lei, a jurisprudência e a doutrina como fontes voluntárias e os princípios fundamentais de direito e costume como não voluntárias[11]. Distinção adicional que se faz na Doutrina é entre fontes imediatas (são, por só, vinculativas sem necessitarem que a lei assim as identifique) e fontes mediatas (que só são vinculativas por remissão da lei)[12]. As fontes imediatas são explicáveis por si e facilmente identificáveis (*v.g.* lei), já as fontes mediatas encontram o seu exemplo na indicação dos usos enquanto tal, vendo-se a este propósito que quer o Código Civil Português quer o Código Civil Angolano reconhecem

[10] Pese embora não se trate de uma justificação formal e amplamente consolidada, esta disposição pode ter sido influenciada pelo facto de o direito positivo corresponder a uma realidade tardia e, nessa medida, as relações ter sido reguladas, sobretudo, pelos costumes vigentes, muitas vezes relacionados com a realidade específica de determinadas comunidades, e que, não obstante este movimento de positivismo, é particularmente notória a sua relevância em determinados campos como direito de propriedade e direito da família.

[11] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 158.

[12] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., pp. 158-159 e A. SANTOS JUSTO, *Introdução*, cit., pp. 189-190.

que os usos são juridicamente atendíveis, quando a lei assim o determine (e desde que não atentem contra a dignidade humana).

Pese embora pareça à primeira vista um conceito objectivo, relevante (dependendo das matérias) e consolidado nas diferentes jurisdições, após alguma reflexão acaba por concluir-se que se trata, antes, de uma realidade dinâmica em sucessiva evolução.

Considerando estas breves notas introdutórias, propomos de seguida proceder a uma análise comparativa entre as fontes de direito em Portugal e em Angola, principalmente no direito do trabalho, podendo, desde já, adiantar-se que, embora estes dois ordenamentos tenham fontes de direito comuns, divergem quanto a outras, que se revelam essenciais na interpretação do direito aplicável.

2. As fontes de direito em Portugal e em Angola: regime geral

Os ordenamentos jurídicos de Portugal e Angola, por razões iminentemente históricas, apresentam alguns traços comuns que se verificam, igualmente, na determinação das fontes de direito e no seu elenco (exemplificativo, como vimos anteriormente). As Constituições de ambos os países não apresentam, pelo menos de forma expressa e inequívoca, o elenco de fontes de direito, tomando como ponto de referência o texto constitucional enquanto lei de fonte superior, ainda que o caso português apresente algumas particularidades relacionadas com a União Europeia. Como referido no ponto anterior a propósito da indicação do costume como fonte de vinculação jurídica, a Constituição da República de Angola atribui

força jurídica ao costume, desde que não seja contrário à Constituição e não atente à dignidade humana, sendo que, no artigo 6.º, se estabelece que "as leis, os tratados e os demais actos do Estado, dos órgãos do poder local e dos entes públicos em geral só são válidos se forem conformes à Constituição".

Quanto ao direito privado, o Código Civil Português prevê, no artigo 1.º, que são fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas, definindo-se leis como "todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes" e normas corporativas como "regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais, no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos".

Embora não directamente resultante destes diplomas, deverá ainda relevar, em virtude dos conceitos anteriormente abordados, a jurisprudência como fonte de direito, ainda que não positivada. No que se refere à jurisprudência, não se poderá deixar de evidenciar que a figura dos assentos (mesmo como fonte) foi revogada pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro; porém, é indubitável que a jurisprudência uniformizadora tenha vindo a assumir um papel de extrema relevância como fonte de direito, para todos aqueles que interpretam e aplicam o direito, sendo que os acórdãos do Tribunal Constitucional que declararam, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de uma norma constituem fonte de Direito. Em relação aos usos, prevê-se que "os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine", sem prejuízo das normas corporativas prevalecerem

sobre os mesmos. Veja-se ainda que embora a doutrina não seja fonte de Direito no sentido de "formação ou de revelação do direito (objectivo)"[13], não se pode ignorar que aquela releva significativamente na interpretação das normas positivadas, não obstante não ter carácter vinculativo[14].

Idênticas redacções (e números de artigos) são possíveis de encontrar no Código Civil Angolano, com a diferença de que os assentos são considerados fonte de direito, na medida em que essa disposição não foi revogada (ao contrário do que sucedeu em Portugal, como vimos) e é ínsita à sua própria definição a fixação de doutrina com força obrigatória e geral.

Tendo em conta estes breves traços gerais sobre as fontes de direito, iremos debruçar-nos de seguida sobre esta matéria no direito de trabalho.

3. As fontes de direito no direito do trabalho: em especial

Tomando como referência as palavras de Pedro Romano Martinez, "interessa verificar quais os modos de revelação do direito, em particular, as fontes das normas de direito do trabalho"[15]. Em momento prévio à análise das fontes de direito no direito do trabalho, revela-se essencial transcrever as normas quanto às fontes de cada ordenamento jurídico, por duas razões sistemáticas: por um lado, dada a diferença de redacção, apreender-se, desde logo,

[13] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 154.
[14] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 163.
[15] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 167.

potenciais divergências (antecipamos, desde já, que algumas delas serão somente aparentes); e, por outro lado, facilitar a exposição dos conceitos que tentaremos que sejam, neste estudo, devidamente analisados

No sistema português, as fontes de direito do trabalho encontram-se previstas no capítulo I do Código do Trabalho (fontes do direito do trabalho), mais concretamente no artigo 1.º do Código do Trabalho com a epígrafe fontes específicas que refere o seguinte: "o contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, assim como aos usos laborais que não contrariem o princípio de boa fé", resultando, desde logo, evidente, através da utilização da expressão "em especial", que o legislador decidiu somente prever, nesta disposição, as fontes especiais, ou melhor, específicas do direito do trabalho, aplicando-se, por isso, ao ramo do direito do trabalho as restantes fontes gerais, como seja a Constituição da República Portuguesa, leis e decretos-lei, convenções internacionais, jurisprudência, doutrina, costume. Característicos do direito do trabalho serão os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho – que se encontram definidos no artigo 2.º do Código do Trabalho[16] – e os usos que, sendo fonte mediata, encontra neste preceito o seu reconhecimento legal.

Em contrapartida, no sistema angolano, estas fontes encontram consagração legal no Capítulo I (Princípios Gerais), em concreto no

[16] O artigo 2.º do Código do Trabalho refere que os instrumentos de regulação colectiva de trabalho podem ser classificados em instrumentos negociais (convenção colectiva, que conhece as modalidades de contrato colectivo, acordo colectivo e acordo de empresa, acordo de adesão e decisão arbitral em processo de arbitragem voluntária) e não negociais (portaria de extensão, portaria de condições de trabalho e decisão arbitral em processo de arbitragem obrigatória ou necessária).

artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho com a epígrafe fontes de regulamentação do direito ao trabalho que prevê que "constituem fontes de regulamentação do direito ao trabalho: a) A Constituição da República de Angola; b) As Convenções internacionais do trabalho ratificadas; c) As Leis e seus regulamentos; d) As convenções colectivas de trabalho; e) O contrato de trabalho; f) Os usos e costumes, profissionais e da empresa". A técnica legislativa aqui utilizada é distinta da utlizada em Portugal, desde logo, porquanto estas fontes não são identificadas como fontes de direito, mas sim como fontes de regulamentação do direito ao trabalho, o que deverá ser atendido aquando da interpretação e análise do alcance deste preceito[17]. Ora, a Constituição da República de Angola consagra o direito ao trabalho no artigo 76.º, referindo que o "trabalho é um direito e dever de todos", sendo este concretizado no artigo 4.º da Lei Geral do Trabalho que refere que que "todos os cidadãos têm direito ao trabalho livremente escolhido, com igualdade de oportunidades e sem qualquer discriminação baseada na raça, cor, sexo, origem étnica, estado civil, origem e condição social, razões religiosas, opinião política, filiação sindical e língua".

Esta menção a fontes de regulamentação do direito ao trabalho (por contraposição a fontes de direito do trabalho) levanta algumas dúvidas[18]. Se duma primeira leitura parece resultar que este artigo procede à indicação das fontes de direito do trabalho, numa segunda

[17] Na Lei Geral do Trabalho anterior que foi revogada pela actual (a anterior Lei Geral do Trabalho foi aprovada pela Lei n.º 2/00, de 11 de Fevereiro) previa, no seu artigo 7.º, as fontes de regulamentação do direito ao trabalho, indicando que as condições relativas à prestação do trabalho são reguladas por determinadas fontes.

[18] *Vide* distinções feitas por LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho de Angola*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 43-44.

leitura (mais atenta), esta assunção não se revela inequívoca, *i.e.*, assumir que este artigo se refere a fontes de direito, no sentido de ramo de direito especial, seria admitir que todas as fontes aí indicadas seriam qualificadas como tal, o que não nos parece ser rigoroso, principalmente atendendo ao elemento literal e ao conteúdo sistemático do artigo. Se o legislador pretendesse indicar as fontes de direito de trabalho nesta disposição poderia sido clara essa intenção.

Neste sentido, pretendendo o legislador utilizar este artigo para proceder à indicação de fontes de regulamentação do direito ao trabalho, e não de fontes de direito de trabalho, optou por identificar os instrumentos que poderão regular o direito ao trabalho e não as fontes do direito de trabalho em si (o qual encontra a sua manifestação expressa na relação jurídico-laboral). Este entendimento é reforçado pelo facto de o n.º 2 do mesmo artigo prever o princípio da hierarquia dos actos normativos, disposição essa que seria desnecessária, se o legislador pretendesse efectivamente consagrar no n.º 1 as fontes de direito. Ora, da conjugação dessas normas parece resultar que o legislador angolano pretendeu fixar os instrumentos que irão regular e concretizar o direito ao trabalho, direito esse fundamental e distinto de ramo de direito. Sem prejuízo do exposto, esta técnica legislativa e seu alcance não afastam claramente o entendimento de que essas fontes possam também ser reconduzidas a fontes de direito do trabalho e, nessa medida, esta distinção de regimes, aparentemente terminológica, poderá ter impacto na determinação das concretas

fontes de direito aplicáveis, como se abordará com mais pormenor adiante.

Não deixa de ser pertinente verificar que este artigo, ao dispor as fontes que regulamentam o direito ao trabalho e as regras aplicáveis em caso de conflitos de disposições, parece conjugar duas matérias que no Código do Trabalho estão perfeitamente diferenciadas no artigo 1.º (fontes específicas do direito ao trabalho) e no artigo 3.º (relação entre as fontes de regulação).

Da comparação do preceito português (que deve ser complementado com as fontes de direito gerais para identificação do alcance absoluto dessa norma) e do preceito angolano, resulta patente que existem fontes de direito, assim consideradas, que são comuns a ambas as jurisdições, em concreto os textos constitucionais; as convenções internacionais do trabalho, cujo pressuposto de aplicação está relacionado com a ratificação desses convénios internacionais pelos estados signatários; as leis ordinárias (nas diferentes modalidades e cujas designações formais são distintas); os instrumentos colectivos de trabalho, sendo que, em Angola e como se abordará adiante, têm designações semelhantes; os usos entendidos como usos profissionais e de empresa.

Abordemos de seguida as diferenças, ou melhor, a diferença evidente: enquanto em Portugal não se indica o contrato de trabalho como fonte de direito, em Angola, é expressamente referido que o contrato de trabalho é fonte de regulamentação do direito ao trabalho o que suscita dúvidas interpretativas e de aplicação prática. A par desta diferença, poderá eventualmente existir outra diferença que resulta da articulação de vários preceitos, que advém da

indagação sobre se o regulamento interno é *de per si* uma fonte de direito.

Face ao exposto, tendo-se concluído esta abordagem, vejamos em concreto as fontes de direito no ramo do direito do trabalho, iniciando a nossa análise comparativa pelos textos constitucionais.

O texto constitucional português contém um extenso conjunto de normas de direito do trabalho. havendo Autores que a identificam como uma Constituição Laboral[19]. Não obstante esta designação, não se deve atribuir uma relevância absoluta aos direitos e deveres laborais previstos na Constituição da República Portuguesa, na medida em que estes direitos devem compatibilizar-se com os restantes direitos fundamentais prescritos nesse diploma – pense-se, desde logo, no direito de propriedade e na liberdade de iniciativa privada, em contexto empresarial –, não podendo existir uma pré-concepção de que os direitos laborais prevalecem sobre os demais[20]. Assim, direitos de amplitude global, como liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, encontram a sua previsão legal no artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa, sendo que direitos mais específicos como segurança no trabalho, constituição de comissões de trabalhadores, liberdade sindical, direitos das associações sindicais e contratação colectiva e direito à greve e proibição de lock-out encontram-se consagrados nos artigos 53.º a 57.º da Constituição da República Portuguesa. Uma das distinções teóricas que é efectuada a propósito dos direitos e garantias fundamentais previstos na lei fundamental é a distinção entre

[19] Cfr., nomeadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., pp. 169; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., p. 44.
[20] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., pp. 169.

normas programáticas e perceptivas, ou seja, entre normas que carecem de regulamentação/conformação jurídica através do exercício do poder legislativo e as que têm força jurídica independentemente de qualquer concretização[21]. É, neste âmbito, que surgem os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, entendidos muitos vezes como normas programáticas que carecem de conformação legislativa, sendo exemplo paradigmático o direito ao trabalho consagrado no artigo 58.º da Constituição da República Portuguesa, a que se sucedem tantos outros como garantir uma existência condigna a que se reporta o "[direito] à retribuição, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual"; a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, entre outros. Não se diga, contudo, que estes princípios têm somente relevância abstracta até porque, existindo mecanismos de fiscalização da conformidade de normas laborais com as previsões constitucionais, essas normas serão sempre analisadas à luz do texto fundamental, sendo que somente a evolução social poderá alterar a densificação desses valores, o que sucede não raras vezes.

Quanto ao ordenamento jurídico angolano, a Constituição da República de Angola define-se ela própria como lei fundamental, significando isto que as restantes fontes só são vinculativas caso respeitem os princípios constantes deste diploma. Os principais direitos fundamentais dos trabalhadores (complementados pelos direitos fundamentais de âmbito geral) encontram-se consagrados em diversos artigos, nomeadamente no 50.º - liberdade sindical –;

[21] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., pp. 171.

51.º - direito à greve e proibição do *lock- out*. A estes juntam-se os direitos económicos e sociais (relacionados com dever de promoção por parte do Estado) como sejam o direito ao trabalho e as suas vertentes (*v.g.* direito à justa remuneração, descanso, férias, igualdade de oportunidades na escolha da profissão, ilicitude do despedimento sem justa causa, entre outros). Não obstante estes direitos e deveres se encontrarem previstos na Constituição da República de Angola, eles são concretizados ou aflorados na Lei Geral do Trabalho e demais legislação avulsa.

Relativamente a fontes internacionais, é comum a ambos os ordenamentos jurídicos a aplicação do direito internacional público, sem prejuízo das particularidades de regime que possam vigorar nos mesmos, tendo em conta a própria hierarquia dessas fontes. Ao contrário da Constituição da República Portuguesa, o artigo 13.º da Constituição da República de Angola prevê que o direito internacional geral ou comum faz parte da ordem jurídica angolana, sendo que esse diploma prevê que a República de Angola deverá respeitar e aplicar os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e a Carta da União Africana.

Com impacto no direito do trabalho de ambas as jurisdições, teremos os seguintes documentos relacionados com as Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – e, em concreto, para

Angola, a União Africana – Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos[22].

Paralelamente, tratando-se de uma agência da Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho vem pugnando pela celebração de convenções e emitindo recomendações que os Estados devem observar em matéria de direito do trabalho e que assumem uma relevância ímpar na determinação das garantias mínimas comuns que deverão ser verificáveis nos diversos ordenamentos jurídicos.

Teremos, de seguida, as leis ordinárias, como seja o Código do Trabalho, no ordenamento jurídico português, e a Lei Geral do Trabalho, na jurisdição angolana. Comum a ambos é a própria definição de lei, como se pode verificar pela leitura dos artigos 1.º dos Códigos Civis de cada país, pelo que se revela interessante analisar as palavras de Baptista Machado, a este propósito: "diz-se lei em sentido *material* a declaração de uma ou mais normas jurídicas pela autoridade competente"[23]. Na jurisdição portuguesa, assumem particular relevância o Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, a regulamentação do Código do Trabalho, aprovada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, o regime jurídico de promoção da segurança e saúde no trabalho, aprovado pela Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro e o regime dos acidentes de trabalho e doenças profissionais, aprovado pela Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro.

[22] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 204; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., pp. 47-48.
[23] Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução*, cit., p. 159.

Já no ordenamento jurídico angolano, a referida Lei Geral do Trabalho prevê e concretiza as normas jurídicas que regulam as relações laborais. Outras leis com relevância laboral são o Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, aprovado pelo Decreto n.º 53/05, de 15 de Agosto, Lei Sindical, aprovada pela Lei n.º 21-D/92, de 28 de Agosto, a Lei sobre o Direito de Negociação Colectiva, aprovada pela Lei n.º 20-A/92, de 14 de Agosto, e a Lei da Greve, aprovada pela Lei n.º 23/91, de 15 de Agosto.

No que concerne aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho (designação característica do sistema português) ou convenções colectivas (designação prevista na Lei Geral do Trabalho), existem diversas discrepâncias entre os sistemas, não obstante serem residuais no momento de aplicação das disposições contidas nesses instrumentos.

Nas palavras de Pedro Romano Martinez, "de entre os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, tal como prescreve o n.º 1 do art. 2.º do CT, importa distinguir os negociais, produto da autorregulamentação de interesses (convenção coletiva de trabalho, acordo de adesão e decisão arbitral), dos normativos ou não negociais, impostos por via estadual (portaria de extensão e portaria de condições de trabalho)"[24].

Nessa medida, e atendendo ao artigo 2.º do Código do Trabalho, resulta claro que a regulamentação colectiva poderá ter duas dimensões distintas, a parte negocial (cujos intervenientes são representativos de cada uma das partes das relações laborais, empregadores, por um lado, e trabalhadores por outro) e a parte não

[24] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 194.

negocial e impositiva das suas normas por via de emissão de despachos ou decisões que são vinculativos e que conformam essa obrigatoriedade.

Estas dimensões encontram-se, igualmente, previstas em Angola na Lei sobre o Direito de Negociação Colectiva que "regula o exercício do direito de negociação colectiva, o modo de resolução dos conflitos derivados da celebração ou revisão de acordos colectivos de trabalho, os efeitos destes e o respectivo processo de extensão" (cfr. artigo 1.º, n.º 1 do referido diploma). É de salientar que, não obstante a Lei Geral do Trabalho indicar como fonte as convenções colectivas de trabalho, estas surgem somente na perspectiva de acordo colectivo de trabalho que, nesse ordenamento, consiste em "todo [o acordo] escrito concluído entre um ou mais empregadores, por um lado, e uma ou mais organizações sindicais em representação dos respectivos trabalhadores, por outro, com vista a regular as condições de trabalho e as relações entre as partes celebrantes" (cfr. artigo 1.º, n.º 2 do referido diploma). Prevê-se também a possibilidade de serem celebrados acordos de adesão ou emitidos despachos de extensão pelo Ministério, da Administração Pública, Trabalho e Segurança Social. Uma nota adicional quanto à legitimidade para negociar os acordos colectivos, que se prende com o facto de poderem ser criadas comissões *ad hoc* eleitas para esse efeito, nas empresas onde não existam organizações sindicais, residindo, todavia, a dúvida sobre a legitimidade das associações sindicais para negociar estes acordos quando nem todos os trabalhadores de uma dada empresa são filiados nas mesmas. Resolve, no entanto, esse diploma, a questão quanto à existência de

várias associações sindicais no contexto da mesma empresa ao estabelecer, no seu artigo 2.º, que deve ser constituída obrigatoriamente uma comissão negocial conjunta, tendo em conta o número de trabalhadores em cada uma dessas associações.

Assim, em termos gerais, as convenções colectivas de trabalho podem dispor de um conteúdo normativo (no sentido de incorporarem normas jurídicas que são aplicáveis a todos os contratos de trabalho abrangidos pelo âmbito dessas convenções) e de um conteúdo negocial (na medida em que emitem comandos a serem cumpridos), sendo este aspecto comum a ambas as jurisdições.

Quanto aos usos e costumes, revela-se necessário fazer uma distinção prévia entre essas fontes, que se afigura comum a ambas as jurisdições. O costume refere-se a "uma prática social reiterada, acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade. O costume pode ser: a) *secundum legem*, quando o seu conteúdo é idêntico ao da lei; b) *praerter legem*, quando o seu conteúdo extravasa da lei, sem entrar em contradição com ela; c) e *contra legem*, quando entra em contradição com a lei"[25]. A este propósito, reitere-se que, ao contrário da Constituição da República Portuguesa, a Constituição da República de Angola confere força jurídica ao costume, desde que não seja contrário àquela e não atente contra a dignidade humana. É, portanto, certo poder afirmar que os dois ordenamentos jurídicos somente reconhecem força jurídica ao costume *secundum legem* ou *praerter legem*.

[25] Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., p. 53.

Em contrapartida, nas palavras de Júlio Gomes, os usos serão, "de acordo com a visão dominante na doutrina, […] uma prática regular, uniforme, reiterada ou continuada e com características de generalidade. A maior parte dos autores sublinha que esta prática é realizada sem convicção da sua obrigatoriedade jurídica"[26]. Acrescenta ainda o mesmo autor que «é também frequente distinguir-se o chamado "uso da empresa" do uso da profissão (por vezes designado como uso externo), já que este último se apresenta mais próximo do costume e pode ser percebido pelo empregador como uma vinculação heterónoma»[27].

Tendo em mente esta definição e distinção entre usos de empresa e uso de profissão, resulta evidente que ambas as jurisdições (cfr. artigo 1.º do Código do Trabalho e artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho) admitem como possíveis fontes de direito os usos de empresa e os profissionais. Questão distinta é saber se para ser qualificado como uso de empresa, no sentido conferido pelas referidas normas, é necessário que sejam abrangidos todos os trabalhadores da empresa. De acordo com diversos Autores, incluindo Júlio Gomes[28], não é necessário que esses usos abranjam todos os trabalhadores, sendo suficiente que a prática seja aplicada a uma categoria de trabalhadores ou, num caso extremo, a um trabalhador. Elemento comum e pacífico reconduz-se ao facto de

[26] Cfr. JÚLIO GOMES, Dos usos da empresa em direito do trabalho, in *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 11-12.

[27] Cfr. JÚLIO GOMES, Dos usos, cit., p. 12.

[28] Cfr. JÚLIO GOMES, Dos usos, cit., pp. 13-14 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., p. 54.

terem de existir comportamentos reiterados do empregador durante um período de tempo juridicamente relevante[29].

A este propósito, e tendo em conta o estudo que aqui nos propomos realizar, não deixa de ser interessante referir alguns aspectos particulares quanto aos usos em contexto de retribuição, nos dois ordenamentos jurídicos. No Código do Trabalho, existem diversas remissões para os usos, sendo particularmente relevantes quando não são vertidos em convenções colectivas. Vejam-se os seguintes exemplos referidos por Pedro Romano Martinez "no art. 258.º, n.º 1, do CT considera-se que a retribuição pode ser determinada pelos usos; nos termos do art. 260.º, n.º 1, da alínea *a)*, do CT, os usos podem levar a que determinadas importâncias se considerem integrantes da remuneração; nesta sequência, no art. 260.º, n.º 3, alínea *a)*, do CT, aceita-se que, por via dos usos, as gratificações sejam integradas na retribuição; no art. 276.º, n.º 2, do CT estabelece-se que a parcela não pecuniária do salário não pode ser superior ao valor corrente na região; no art. 278.º, n.º 1, do CT admite-se que os usos estabeleçam uma regra diversa quanto ao vencimento da retribuição"[30]. Do exposto resulta que diversas normas remuneratórias remetem para o conceito de usos, o que não sucede na Lei Geral do Trabalho como iremos ver de seguida.

O artigo 155.º da Lei Geral do Trabalho encontra-se construído da seguinte forma: no n.º 1 refere-se o que será considerado como remuneração; no n.º 2 estabelece-se o que não é remuneração, como sejam as atribuições acessórias do empregador ao trabalhador

[29] Cfr. JÚLIO GOMES, Dos usos, cit., p. 15.
[30] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 187.

quando se destine ao reembolso ou compensação de despesas por efeito da prestação de trabalho; as gratificações acidentais e voluntárias não relacionadas com a prestação de trabalho ou que sirvam de prémio ou reconhecimento pelos serviços, desde que de atribuição personalizada; abono de família e demais prestações e subsídios de segurança social, quando pagos pelo empregador.

Em momento algum, nestes preceitos, se remete para a figura dos usos. Acresce que o n.º 3 dessa norma prevê que, "salvo prova em contrário, presume-se que fazem parte da remuneração todas as despesas económicas que o trabalhador receba do empregador, com regularidade e periodicidade". O disposto nos n.ºs 2 e 3 consegue incluir e, ao mesmo tempo, excluir, todas as prestações pecuniárias que possam ser eventualmente pagas pelo empregador. É nosso entendimento que o facto de no n.º 3 se referir despesas económicas, não afasta a possibilidade dessa presunção (ilidível) se poder aplicar a outras prestações que não são estritamente compensação de despesas, pelo que diversas prestações poderão ser abrangidas por tal presunção. Face ao exposto, será forçoso concluir que não será necessário remeter para quaisquer usos em matérias remuneratórias, na medida em que o artigo 155.º da Lei Geral do Trabalho, da forma como se encontra construído e densificado, parece permitir abranger toda e qualquer prestação paga pelo empregador.

A par destas fontes, e pese embora não elencadas nem no Código do Trabalho nem no artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho e, por isso, não constituírem fontes imediatas, alguns Autores defendem, em ambas as jurisdições, que a jurisprudência e a doutrina são, igualmente, fontes de direito, no sentido em que os entendimentos

doutrinários muitas vezes densificam os conceitos legais e criam correntes interpretativas dos mesmos e, bem assim, influenciam directa ou indirectamente as decisões jurisprudenciais[31]. Na verdade, é inegável que algumas alterações legislativas resultam da própria conjugação de posições doutrinárias e orientações jurisprudenciais, pelo que também a estas deverá conferir-se a enquadramento como fontes de direito.

Aqui chegados, resta-nos analisar dois aspectos fundamentais relativos às fontes de direito, antes de nos debruçarmos sobre a hierarquia dessas mesmas fontes.

O primeiro desses aspectos é saber se o contrato de trabalho poderá ser considerado fonte de direito. A noção de contrato de trabalho, quer em Portugal quer em Angola, encontra-se prevista no Código Civil (em ambas as jurisdições é o artigo 1152.º) que prevê que "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".

No ordenamento jurídico português, o conceito de contrato de trabalho também se encontra previsto no artigo 11.º do Código do Trabalho que tem aspectos em comum com o prescrito no Código Civil. O contrato de trabalho é um negócio jurídico obrigacional de conteúdo negocial que advém de uma relação bilateral (entre empregador e trabalhador) e que resulta, como todos os contratos, de uma proposta e uma aceitação, pelo que irão existir, em princípio, duas declarações de vontade contrapostas[32]. A

[31] *Vide*, nomeadamente, neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., pp. 192 e 193; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., pp. 53 e 55.
[32] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 301.

circunstância de o contrato de trabalho estar, por isso, sujeito ao princípio da autonomia privada, não significa que não esteja sujeito às limitações de conteúdo previstas em normas imperativas que regulam essa relação, isto porque, existindo uma reconhecida desigualdade de poderes entre as partes, as referidas normas irão equilibrar a relação ao mesmo tempo que protegem o trabalhador[33]. Sendo um negócio jurídico bilateral em que são carreadas para o contrato as vontades das partes, é pacífico em Portugal que o contrato de trabalho não seja considerado como fonte de direito. Na verdade, o contrato de trabalho é uma fonte de obrigações entre as partes e não propriamente um meio de divulgação de normas jurídicas em sentido estrito, características essenciais para a qualificação de uma fonte de direito como vimos *supra*, pelo que será de afastar a sua qualificação como fonte de direito.

Em contrapartida, no sistema Angolano, existem mais dúvidas quanto a esta matéria. O conceito de contrato de trabalho em Angola encontra-se previsto no Código Civil de Angola, como vimos acima, sendo que também a Lei Geral do Trabalho procede à sua definição. Diz-nos o artigo 3.º, n.º 3 da Lei Geral do Trabalho que o contrato de trabalho "é aquele pelo qual um trabalhador se obriga a colocar a sua actividade profissional à disposição dum empregador, dentro do âmbito da organização e sob direcção e autoridade deste, tendo como contrapartida uma remuneração". As características do contrato de trabalho são semelhantes em ambos os ordenamentos jurídicos com uma distinção prática importante. Enquanto o sistema português prevê uma presunção (ilidível) para se reconhecer o

[33] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 304.

contrato de trabalho como tal (artigo 12.º do Código do Trabalho), a Lei Geral do Trabalho não consagra disposição semelhante o que significa que a qualificação como contrato de trabalho irá depender da verificação dos elementos caracterizadores dessa figura.

Como vimos acima, o contrato de trabalho é indicado como fonte de regulamentação do direito ao trabalho, no artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho. Existindo dúvidas quanto à interpretação e alcance do artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho, estas assumem uma importância acrescida neste ponto. Considerar que o artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho estatui as fontes de direito e estando o contrato de trabalho indicado nesse preceito, seria assumir que o contrato de trabalho é fonte de direito, para os devidos e legais efeitos, o que implica consequências práticas relevantes[34]. Poder-se-ia pensar que o legislador angolano quis incluir o contrato de trabalho no elenco das fontes de direito, porquanto ele próprio tem intervenção no conteúdo do mesmo como se pode verificar pela consagração legal de paradigmas de contratos de trabalho (que se resumem a minutas de contrato de trabalho, a serem adoptadas pelos empregadores), aprovados pelo Decreto Presidencial n.º 40/17, de 6 de Março, mas cujo grau de obrigatoriedade não é possível de determinar. Esta conclusão também pode derivar do facto de o legislador ter fixado esses paradigmas para protecção do trabalhador, considerando as concretas necessidades do país e desenvolvimento destas matérias. Provindo os contratos de trabalho, ou melhor, as minutas de contrato, da emanação poder legislativo – e não totalmente da

[34] *Vide* distinções feitas por LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., pp. 43-44.

autonomia privada das partes – seria de aceitar o contrato de trabalho como fonte de direito e justificar-se-ia, assim, a sua consagração enquanto tal no artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho. Paralelamente, devido à insuficiência de normativos decorrentes de outras fontes de direito, como convenções colectivas, o contrato de trabalho em Angola acaba por assumir uma relevância fundamental. Este facto poderia, também assim, justificar a inclusão do contrato de trabalho como fonte de direito. A este propósito, referem Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha, "embora, em termos estritamente formais, o contrato de trabalho não integre o elenco das fontes de direito, em virtude de não possuir a característica da generalidade que constitui um elemento típico ou essencial daquelas, isso não tem impedido a sua inclusão no conjunto das fontes de direito do trabalho"[35].

Sem prejuízo do exposto, se interpretarmos o artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho como elenco das fontes de direito, temos muitas reservas em aceitar o contrato de trabalho como fonte de direito, independentemente desta intervenção normativa, devido à génese do próprio contrato de trabalho enquanto negócio jurídico resultante da vontade das partes – como reconhecem diversos Autores[36] –, não se tratando, por isso, de um meio de divulgação de normas jurídicas, conforme a acepção de fonte de direito enunciada no ponto 1. do presente estudo. De facto, não se compreenderia a opção do legislador em considerar o contrato de trabalho como fonte de

[35] Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato de trabalho – o novo regime jurídico angolano*, 1.ª ed., Vida Económica, Porto, 2015, p. 52.

[36] *Vide*, nomeadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 301, e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., p. 44.

direito, quando este não apresenta as características necessárias típicas das fontes de direito, sendo, contudo, inegável a importância do contrato de trabalho como fonte de obrigações, para a definição do conteúdo da relação jurídica entre o empregador e o trabalhador.

No entanto, se considerarmos que o artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho pretendeu mencionar as fontes de regulamentação do direito ao trabalho, independentemente da sua qualificação como verdadeiras fontes de direito, como discutido acima na parte da previsão legal das fontes de direito em direito do trabalho, já se compreenderia a opção do legislador angolano em incluir o contrato de trabalho nesse elenco, porquanto, apesar de o contrato não ser um meio de divulgação das normas jurídicas e, nesse sentido, não se poder qualificar o mesmo como fonte de direito no conceito acima explanado, é verdade que este instrumento regula e concretiza os termos do direito ao trabalho, num plano de empregador e trabalhador, sendo, por isso, um mecanismo de regulamentação dessas condições.

Face ao exposto, e ao contrário do que sucede no ordenamento português, existem dúvidas sobre a qualificação do contrato de trabalho como fonte de direito, devido à sistematização desta matéria e à própria redacção do artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho. No nosso entendimento, ainda que não seja uma fonte de direito, o contrato de trabalho não deixará de ser um instrumento regulatório da relação obrigacional entre empregador e trabalhador, e até um dos seus principais instrumentos.

O segundo aspecto que deverá ser ponderado, prende-se coma consideração do regulamento interno como fonte de direito, sendo

esta uma questão controversa em Portugal e de difícil determinação em Angola.

Relativamente a Portugal, existem Autores que defendem que o regulamento interno não é uma fonte de direito[37]. A este propósito, destaquem-se as palavras de Pedro Romano Martinez: "Não parece de aceitar a tese de o regulamento interno de empresa constituir fonte de direito do trabalho. É claro que do regulamento podem resultar normas aplicáveis ao universo de trabalhadores da empresa e, tais regras, podem ter carácter de abstração. Mas, de facto, o regulamento interno tem o seu fundamento no contrato de trabalho, em particular no poder de direção do empregador e na correspondente subordinação do trabalhador, e o contrato não é fonte de direito; mesmo na parte organizativa e disciplinar do trabalho, o regulamento de empresa funda-se num poder do empregador que emerge do contrato. Independentemente destas considerações, seria estranho que uma fonte de direito do trabalho proviesse de uma parte, que impõe à outra unilateralmente regras abstratas"[38]. Em sentido diverso, outros Autores, como Menezes Cordeiro[39] e Maria do Rosário Palma Ramalho[40], entendem que o regulamento interno é fonte de direito no sentido de conter normas abstractas aplicáveis à relação laboral. De todo o modo, sempre se diga que, no Acórdão do Tribunal Constitucional, de 20.11.1996, in DR 2.ª série de 07.02.1997, se estabelece que o regulamento interno

[37] *Vide*, nomeadamente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 188.
[38] Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, cit., p. 188.
[39] Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 354-359.
[40] Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 279 ss.

não é fonte de direito e, nessa medida, não estará sujeito à fiscalização da sua constitucionalidade, mas tão-só da sua ilicitude.

Já o artigo 62.º da Lei Geral do Trabalho refere que o empregador deve elaborar e aprovar regulamentos, directivas, instruções e ordens de serviço sobre as matérias indicadas nessa disposição, *i.e.* "normas de organização técnica de trabalho, prestação do trabalho e disciplina laboral, delegação de competências, definição das tarefas dos trabalhadores, segurança, saúde e higiene no trabalho, indicadores de rendimento no trabalho, sistema de remunerações, horas de funcionamento dos vários sectores da empresa ou centro de trabalho, controle de entradas e saídas e de circulação na empresa, vigilância e controlo da produção e outras matérias que não respeitem directamente ao conteúdo da relação jurídico-laboral". Caso o regulamento e demais modalidades de normas tratem de outras matérias que não as elencadas naquele normativo, estas serão consideradas nulas, nos termos do disposto no artigo 66.º da Lei Geral do Trabalho[41].

Aquando da elaboração do regulamento interno, o empregador deve proceder à consulta dos órgãos representativos dos trabalhadores, os quais se devem pronunciar no prazo de 20 dias úteis. De salientar que a Lei Geral do Trabalho não estabelece qualquer consequência para o incumprimento deste dever de consulta, ficando a dúvida sobre esta matéria. Liberal Fernandes e

[41] À semelhança do que sucedida anteriormente em Portugal, em Angola, o empregador com mais de 50 trabalhadores deve adoptar obrigatoriamente regulamentos internos, em relação às matérias previstas no artigo 62.º da Lei Geral do Trabalho.

Maria Regina Redinha entendem, porém, que essa consequência é a nulidade do regulamento interno[42].

Caso o regulamento interno, directivas, instruções e ordens de serviço versem sobre prestação e disciplina do trabalho, os sistemas de remuneração, rendimento do trabalho ou segurança, saúde e higiene no trabalho, o empregador deve enviar esse regulamento à Inspecção-Geral do Trabalho para informação e registo. Se a Inspecção-Geral do Trabalho detectar irregularidades, deve accionar os mecanismos necessários para as suprir.

Por último, a Lei Geral do Trabalho prevê que o regulamento interno, directivas, instruções e ordens de serviço vinculam o empregador e trabalhadores, devendo estes pugnar pelo seu cumprimento, de acordo com o previsto no artigo 65.º desse diploma. Por essa razão, o artigo 66.º da Lei Geral do Trabalho refere que as disposições desses documentos são substituídas pela lei ou convenção colectiva quando não estejam conformes a estas.

Feitas estas notas acerca do regime do regulamento interno em Angola, iremos por ora debruçarmo-nos sobre se o regulamento interno pode ser considerado como fonte de direito em Angola.

Embora o artigo 9.º, n.º 1, alínea c) da Lei Geral do Trabalho refira "Leis e seus regulamentos", consideramos que o legislador se refere a regulamentos da lei (*v.g.* regulamentos administrativos) e não a regulamentos internos[43], pelo que não será possível de

[42] Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., p. 212.

[43] No mesmo sentido, veja-se em anotação à anterior Lei Geral do Trabalho, tendo uma redacção idêntica à actual, o seguinte entendimento: "Cumpre, por último, fazer alusão à circunstância de a alínea c) do n.º 1 colocar no mesmo patamar a lei e os seus regulamentos. Se não erramos, o preceito pretende referir-se aos regulamentos administrativos de complementares ou de execução das leis, não cabendo aqui os despachos de extensão (expressamente equiparados, para

enquadrar os regulamentos internos no elenco legal de fontes. Porém, levanta-se a questão, até porque como defendemos acima esta não é uma enumeração taxativa, de saber se os regulamentos poderão, ainda assim, ser considerados como fonte de direito.

Em sentido afirmativo, Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha consideram que os regulamentos internos são fonte de direito[44], como se pode verificar pelo modelo de hierarquização que propõem em que o regulamento interno surge depois dessas fontes e imediatamente antes do contrato de trabalho[45]. No entanto, os mesmos Autores referem que "o mesmo já não pode dizer-se relativamente às suas cláusulas que conflituam com a lei, com o acordo colectivo ou com o contrato de trabalho, como será o caso das matérias relacionadas com a prestação e disciplina do trabalho,

---

este efeito, aos acordos colectivos e enquadráveis, por isso, na alínea d)) e muito menos os regulamentos internos elaborados pelo empregador (cfr. art.ºs 64.º e segs.)". Cfr. ANTÓNIO VICENTE MARQUES/MIGUEL LUCAS PIRES, *Comentário à legislação laboral angolana*, 1.ª ed., POLIS Editores, Lda., Luanda, 2014, p. 30.

[44] No mesmo sentido, veja-se em anotação à anterior Lei Geral do Trabalho, tendo uma redacção idêntica à actual,: "se assim é e assumindo os regulamentos de extensão inequivocamente carácter obrigatório quanto ao seu conteúdo (cfr. art.º 46.º, alínea h)) parece existir, na norma sob anotação, uma lacuna, quer quanto à sua enumeração como fonte de relações laborais, quer à hierarquização no seio dos demais. Em nosso entender e com base no art.º 69.º, os regulamentos internos deverão ser colocados num patamar inferior ao da lei e da convenção colectiva, sobrepondo-se, pelo seu carácter geral, ao contrato de trabalho, excepto quando este, por aplicação do princípio do tratamento mais, contenha soluções globalmente mais favoráveis ao trabalhador". Cfr. ANTÓNIO VICENTE MARQUES/MIGUEL LUCAS PIRES, *Comentário*, cit., p. 30. Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., pp. 49-51.

[45] Veja-se, a este propósito, LIBERAL FERNANDES e MARIA REGINA REDINHA: "no que respeita ao direito do trabalho, a hierarquia das fontes de direito pode ser assim ordenada: 1º - Constituição; 2º - Costume (quando observado nas organizações político-comunitárias tradicionais); 3º - Direito internacional; 4º - Lei e decreto; 5º - Assentos; 6º - Regulamento administrativo; 7º - Instrumentos convencionais de regulação colectiva de trabalho (acordo colectivo de trabalho, decisão arbitral e acordo de adesão); 8º- Regulamento interno; 9º- Contrato de trabalho; 10º - Usos e costumes locais, de profissão ou da empresa". Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., pp. 49-51 e 54-55.

os sistemas de remuneração, o rendimento do trabalho ou com a segurança e higiene no trabalho (arts. 62º, nº 1, da LGT). Nesta segunda situação, a eficácia ou carácter vinculativo do regulamento interno está dependente do facto de consagrar ou não condições mais favoráveis para o trabalhador do que as fixadas na lei ou no contrato de trabalho. Se forem mais favoráveis, a sua aplicação obedece ao regime da hierarquia das fontes de direito […]; se, pelo contrário, contiver cláusulas que fixam condições menos favoráveis para o trabalhador, o regulamento interno é nulo na medida em que viole leis imperativas ou na parte em que reduza condições de trabalho contratualmente fixadas sem que os trabalhadores interessados hajam manifestado o seu acordo (e desde que as matérias em causa sejam susceptíveis de renúncia total ou parcial). Em qualquer destes casos, os conteúdos do regulamento interno contrários às referidas fontes devem considerar-se substituídos pelas normas ou cláusulas violadas"[46]. Do exposto resultará, necessariamente, que o regulamento interno e demais modalidades só serão potencialmente aplicáveis – e, nessa medida, fontes de direito – caso fixem condições mais favoráveis.

No caso Angolano, efectivamente, o poder regulamentar surge de uma faculdade do empregador (cfr. artigo 36.º, n.º 1, alínea f) da Lei Geral do Trabalho) e, em alguns casos, de uma imposição para o mesmo (cfr. artigo 67.º da Lei Geral do Trabalho). No processo de elaboração do regulamento interno, não é certo o âmbito e obrigatoriedade da intervenção dos trabalhadores, já que somente se estabelece que os órgãos representativos dos trabalhadores sejam

[46] Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., p. 50.

consultados. Repare-se que, em parte alguma, se define órgão representativo dos trabalhadores (diz-se até que se tratará de uma entidade desprovida de personalidade jurídica) nem se prevê a consequência para o incumprimento desta consulta. Acresce que, mesmo em matérias importantes, como as remuneratórias, a Inspecção-Geral do Trabalho apenas terá de tomar conhecimento, podendo ou não, suprir irregularidades que tenham sido por si detectadas. Ainda que se admita que o regulamento interno possa conter normas gerais e abstractas, temos bastantes reservas em identificar o regulamento interno como fonte de direito, principalmente porque, na maioria das vezes, o regulamento interno provém do exercício do poder regulamentar do empregador (nem sempre objecto de controlo) o que poderá acarretar um desequilíbrio de forças entre as partes, e a uma maior arbitrariedade de imposição de obrigações. Nesse sentido, não poderia ser considerado como meio de divulgação de normas jurídicas, mas tão-só um meio de fixação de obrigações com origens similares ao contrato de trabalho com a diferença que é de aplicação generalizada a todos os trabalhadores. Refira-se ainda que se o regulamento interno for considerado como fonte de direito, levantar-se-iam questões sobre o seu posicionamento na hierarquia dessas fontes, embora, os Autores acima referenciados entendam que, sendo o regulamento interno uma fonte de direito, aquele ficaria colocado num patamar entre a lei e as convenções colectivas – fontes superiores – e o contrato de trabalho – fonte inferior[47]. No entanto, o regulamento interno não

[47] Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., pp. 54-55.

foi, pelo legislador, incluído no artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho. De facto, se o regulamento interno for considerado como fonte de direito, estranha-se que o legislador angolano não o tenha qualificado como fonte de direito; se por outro lado, o regulamento interno regula o direito ao trabalho – assunção esta evidente tendo em conta o conteúdo do regulamento interno – não se compreende que não tenha sido incluído no elenco do artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho (tendo em conta uma das interpretações possíveis referenciadas acima). Estas inconsistências poderão indiciar que o regulamento interno deverá, pelo menos, ser tido como princípio interpretativo das obrigações laborais.

Abordadas as questões relacionadas com as fontes de direito e a sua qualificação, optamos por abordar, em breves traços, alguns princípios gerais de hierarquia de fontes e resolução de conflitos em ambos os ordenamentos.

No ordenamento jurídico português, a hierarquia das normas sistematiza-se em normas constitucionais, seguidas pelo Direito internacional geral e convencional, leis ordinárias (que têm a sua própria hierarquia), instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e, por fim, usos laborais.

De referir que as relações entre as fontes são reguladas pelo artigo 3.º do Código do Trabalho que, em termos genéricos, as normas reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, excepto se delas resultar o contrário, sendo que, em determinadas matérias, essas normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de

trabalho se, sem oposição daquelas normas, dispuserem em sentido mais favorável aos trabalhadores. Quanto à compatibilização com o contrato de trabalho, as normas reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, caso estas não disponham em sentido contrário, sendo que, sempre que uma norma reguladora de contrato de trabalho determine que a mesma pode ser afastada por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, não o poderá ser por contrato de trabalho. No que concerne aos usos, existem divergências quanto à sua articulação, porém, admite-se que os usos possam ser afastados por contrato de trabalho e por regulamento interno de empresa.

Já no ordenamento jurídico Angolano, e abstraindo das considerações de regulamento interno como fonte, o artigo 9.º refere que deve ser seguido o princípio da hierarquia dos actos normativos. Nesse sentido, as fontes de direito, tal como elencadas nessa disposição, encontram-se hierarquicamente organizadas[48].

De salientar, contudo, que o artigo 9.º, n.º 3 dispõe o seguinte: "em caso de conflito entre disposições de várias fontes, prevalece a solução que, no seu conjunto e no que respeita às disposições quantificáveis, se mostrar mais favorável ao trabalhador, salvo se as disposições de nível superior forem imperativas". Esta norma

[48] Veja-se, a este propósito, o que LIBERAL FERNANDES e MARIA REGINA REDINHA referem: "no que respeita ao direito do trabalho, a hierarquia das fontes de direito pode ser assim ordenada: 1º - Constituição; 2º - Costume (quando observado nas organizações político-comunitárias tradicionais); 3º - Direito internacional; 4º - Lei e decreto; 5º - Assentos; 6º - Regulamento administrativo; 7º - Instrumentos convencionais de regulação colectiva de trabalho (acordo colectivo de trabalho, decisão arbitral e acordo de adesão); 8º- Regulamento interno; 9º- Contrato de trabalho; 10º - Usos e costumes locais, de profissão ou da empresa". Cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES/MARIA REGINA REDINHA, *Contrato*, cit., pp. 54-55.

reconduz-nos aos diferentes conceitos de normas (se configuram normas imperativas ou não), bem como o princípio do tratamento mais favorável. Significa isto que se, por exemplo, a norma da Lei Geral do Trabalho for imperativa, ainda que o contrato de trabalho preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores, será preponderante a norma da Lei Geral do Trabalho. Pode também acontecer que a própria norma da Lei Geral do Trabalho expressamente refira que pode ser afastada por disposição do contrato de trabalho ou outra fonte. Exemplo paradigmático é o artigo 158.º, n.º 2 da Lei Geral do Trabalho que refere, acerca das gratificações anuais (*i.e.* gratificações de férias e subsídio de Natal), que as percentagens fixadas podem ser alteradas para valor superior por convenção colectiva ou por contrato de trabalho.

Além desta norma de conflitos, o n.º 4 do artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho prevê que "os usos e costumes só são aplicáveis no caso de falta de normas legais ou convencionais ou por remissão destas". Consequência prática desta disposição: só se poderá recorrer aos usos e costumes como fonte de obrigações para as partes, caso inexista uma norma legal ou convencional (*v.g.* contrato de trabalho e, quiçá, regulamento interno se considerado como fonte) ou por remissão daquelas, o que, numa situação extrema, será reconhecer que, ainda que exista um uso mais favorável ao trabalhador[49], bastará que, por exemplo, o contrato de trabalho disponha sobre essa matéria para que aquele não seria aplicável. Face ao exposto, deve-se referir que o princípio de tratamento mais favorável do

[49] Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito*, cit., p. 56.

trabalhador não é absoluto, prevendo-se excepções ao mesmo nos números 3 e 4 do artigo 9.º da Lei Geral do Trabalho.

4. Conclusão

Como conclusão salientamos que, embora numa primeira abordagem, as diferenças encontradas entre o ordenamento jurídico português e o ordenamento jurídico angolano, no que se refere às fontes do direito e em especial às fontes do direito do trabalho, pudessem parecer residuais, tendo em conta as raízes comuns aos dois ordenamentos, a verdade é que, numa análise mais cuidada, essas diferenças demostram uma relevância efectiva e com impactos significativos para o enquadramento e interpretação das relações laborais.

Várias questões se levantam sobre quais são e como se hierarquizam as fontes de direito do trabalho em cada um dos ordenamentos, com diferentes Autores a apresentarem opiniões divergentes em relação a vários aspectos, o que demonstra a importância do tema que identificámos para este estudo. Assim, embora não tenhamos eventualmente aprofundado suficientemente todos os temas tratados, tentámos apresentar uma análise comparada entre dois ordenamentos jurídicos que por razões históricas estão e estarão em permanente contacto.

Referências bibliográficas

A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

António Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2018.

António Pedro Barbas Homem, Sobre Fontes do Direito Angolano, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

António Vicente Marques/Miguel Lucas Pires, *Comentário à legislação laboral angolana*, 1.ª ed., POLIS Editores, Lda., Luanda, 2014.

Francisco Liberal Fernandes/Maria Regina Redinha, *Contrato de trabalho – o novo regime jurídico angolano*, 1.ª ed., Vida Económica, Porto, 2015.

João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 18.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, reimp..

Júlio Gomes, Dos usos da empresa em direito do trabalho, in *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho de Angola*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, *Parte I, Dogmática Geral*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra.

Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

REFLEXÕES SOBRE O TELETRABALHO NA ARQUITECTURA JURÍDICA ANGOLANA

REFLECTIONS ON TELEWORKING IN ANGOLAN LEGAL ARCHITECTURE

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues*

Sumário: Resumo – 1. Notas Iniciais – 2. O laço entre o teletrabalho e a internet – 3. O propósito maior do teletrabalho – 4. O teletrabalho na ordem jurídica angolana – 5. Considerações sobre o trabalho no domícilio, trabalho em domícilio e trabalho domiciliar – 6. Os pressupostos legais avançados para a implementação do teletrabalho – 7. O desempenho laboral à distância com recurso à telemática e as redundâncias associadas – 8. Derradeiras considerações – 9. Bibliografia

Resumo:

O trabalho em domicílio introduzido no ordenamento jurídico nacional por força da imperativa imobilidade para escapar ao contágio pandêmico, veio em abono da verdade a proclamar, na prática, o teletrabalho pela corrente utilização de meios telemáticos no desempenho da actividade laboral em casa, por certo com a importância evidente de mitigar a elevada probabilidade da queda dos níveis de produção e ao mesmo tempo assegurar a continuidade da relação de emprego nas áreas de serviços compatíveis com o procedimento adoptado, embora a aludida iniciativa não seja acompanhada de um repositório de previsões com as particularidades exigidas para reger, em maior medida e tanto quanto possível, a complexidade de uma relação que, na pureza da verdade, já se encaminha para ocupar um lugar de vulto na vida contemporânea.

Em suma, ainda que o trabalho em domicílio possa ser desenvolvido sem a ligação entre o trabalhador e o empregador através do recurso às chamadas novas tecnologias de informação e comunicação, ou seja, sem intervenção desses

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

instrumentos, pela índole do presente estudo logo se percebe que apenas nos interessa o exercício da actividade na variante ou na modalidade de teletrabalho.

Abstract:

Homeworking introduced in the national legal system due to the imperative immobility to escape the pandemic contagion, came in favor of the truth to proclaim, in practice, teleworking through the current use of telematic means in the performance of work activity at home, certainly with the evident importance of mitigating the high probability of production levels falling and at the same time ensuring the continuity of the employment relationship in service areas compatible with the adopted procedure, although the mentioned initiative is not accompanied by a repository of rules with the particularities required to govern, to a greater extent and as much as possible, the complexity of a relationship that, in the purity of the truth, is already on its way to occupying a prominent place in contemporary life.

To sum up, even though homeworking can be developed without the connection between the worker and the employer through the use of the so-called new information and communication technologies, that is, without the intervention of these instruments, due to the nature of the present study, it is soon noticed that we are only interested in the exercise of the activity in the variant or under a scheme of teleworking.

1. Notas iniciais

A grande reputação do trabalho presencial vem sendo abalada nos tempos mais recentes, em razão de fortes condicionalismos que aceleram os avanços de implantação do teletrabalho, logo por isso a deixar entrever a sua extensão e importância como matéria jurídica com caracteres por vezes substancialmente diversos das relações de trabalho estabelecidas e enraizadas na presença física do trabalhador na unidade de produção, por certo em maior medida pelo influxo das novas tecnologias digitais que estimulam ou mesmo empurram de forma inexorável para novos caminhos a regulamentação jurídico-laboral.

Mas de tudo se vê que o motivo e conveniência de levar adiante este critério de operacionalização do trabalho em território nacional, têm o seu fulcro nas vertiginosas reformulações que vão tomando forma por conta do fenómeno pandêmico instalado na vida do nosso quotidiano e que demanda ou implica a adopção de categóricas medidas de natureza sanitária, com vista a atenuar o poderoso coice sentido no cenário económico-social e produtivo, que pela sua envergadura tende a ceifar empregos e a disparar o desemprego em avultadas proporções.

Tanto por isso, e sob essa realidade devastadora que a todos se impõe, se deva talvez aceitar a hipótese de se ter chegado a um tempo no qual o teletrabalho surge como uma ferramenta defensiva ou uma receita alternativa, embora ainda débil mas por certo já longe de uma existência efêmera, parecendo-nos que o seu ingresso na nossa órbita laboral já é bastante para se perceber a utilidade acrescida do ponto de vista económico, como uma ponte de transição contrária a qualquer acto ocasional apenas adoptado para o contexto pandêmico.

Pensamos, assim, que tal desempenho associado às novas e dominantes tecnologias ruma em sentido de tomar significativa substância e forma no panorama actual, porquanto na economia contemporânea a possibilidade de substituição da presença física no local de trabalho pela sua prestação à distância ou remota, através da ligação do profissional à empresa por mecanismos de informática e comunicação electrónica, vai conquistando terreno merecedor de nota em numerosas paragens geográficas, sem dúvida no intento de colocar as empresas à altura da massa multíplice de exigências que

se avolumam sob a égide das múltiplas e fundas transformações de variada ordem por que o mundo vai passando intensamente nos últimos tempos, entre elas alguns sérios transtornos (terramotos, incêndios, tsunamis, grandes epidemias, convulsões sociais) que suscitam constrangimentos nas relações laborais.

Curvados a esta proeminente realidade, não suscita dúvidas que o desempenho laboral nesta fase mais recente de aplicação das novas tecnologias já alcança áreas muito diversas do sector económico e de maneira clara tais iniciativas ajustadas aos interesses em jogo, irrecusavelmente com o andar do tempo deixarão de maneira progressiva de ocupar uma segunda linha como ferramenta de trabalho em inúmeros sectores produtivos e por certo transformar-se-ão numa arma de reforma da vida laboral, não apenas por força das circunstâncias excepcionais da quarentena radical ou das mil dificuldades nascidas com as novas experiências resultantes da redução da mobilidade e consequentemente dos negócios, mas porque inúmeras funções, em maior ou menor grau, realizarão melhor os interesses empresariais através dessas novas tecnologias, como uma solução a ter já em conta nesta época da transição digital.

2. O laço entre o teletrabalho e a internet

Representa uma negação inútil não admitir que a introdução do teletrabalho (moldado no factor da distância e sustentado nos recursos provenientes das novas tecnologias) no universo laboral já se vai apropriando de uma destacada posição no espaço jurídico além fronteiras, mas em Angola não era de esperar a sua brusca penetração (embora na forma de tapa-buracos) e tendencial alargamento, muito por conta do isolamento profiláctico que ocupou lugar cimeiro no nosso quotidiano.

Assiste-se assim de algum modo à importância reconhecida da adopção de critérios caracterizadores do teletrabalho, ou seja, do exercício da actividade laboral por via remota ou à distância[1], com recurso aos mais recentes instrumentos tecnológicos relacionados com as telecomunicações e a informática[2] (a telemática, ou seja, a

[1] Não podemos, contudo, deixar de referir que, sob a guarda de novos desenvolvimentos tecnológicos ocorridos na década de oitenta em diante, foi emergindo o trabalho à distância, tendo interesse citar a este propósito, por exemplo, Albert Roudil, *Le droit du travail au regard de l`informatisation*, *DS, 1981, 4*, pp. 307-319; Bruno Venezian, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, *DLRI, 1987, I,* pp. 1, pp. 1-60.

[2] António Monteiro Fernandes, numa apreciação à noção disposta no artigo 165º do Código do Trabalho português, avança que a expressão "tecnologias de informação e de comunicação" não é a melhor por transmitir alguma imprecisão ou inexactidão, já que o sentido do enunciado legal encaminha-se para os domínios da informática e da electrónica; mas, prossegue o autor luso, há de se tomar em conta que estas "existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora." Cfr., Direito do Trabalho, 18º Edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 210. A informática é o conjunto de ciência e técnica que tem por objecto o tratamento de dados relativos à informação por processos racionais e automáticos que implicam a utilização de um computador e aparelhos complementares deste. Por sua vez, a electrónica é a ciência que estuda o comportamento dos electrões sob a acção de capôs eléctricos, ou campos magnéticos, ou de combinações de uns e outros, bem como as suas aplicações. Deste modo, ela trata dos aspectos físicos fundamentais da emissão electrónica, dinâmica electrónica e fenômenos correlacionados. Sobre a matéria,

associação de ambas) que resultam na instantaneidade de suas operações ou no intercâmbio de acções em tempo real com pessoas da própria área de trabalho ou com outros indivíduos sem essa relação entre si, mas todos à distância, ou melhor, fora do contexto da presença física, permitindo-se assim ao trabalhador como usuário da rede de comunicação por computadores, ligar-se a um servidor que lhe assegura o acesso à base de dados das informações concentradas na empresa onde labora, nesta medida com o significado exacto de internet[3], em sentido de desenvolver a actividade para o qual foi contratado, mostrando-se evidente que o teletrabalho só alcança o devido sucesso quando este utensílio, como instrumento-chave, apresenta um grau de eficácia e vitalidade que não compromete o desempenho das operações neste novo contexto

cfr., Alexandre Freire Pimentel, O Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico aplicativo. Rio de Janeiro, Renovar 2000, pp. 41-47.

[3] A rede de comunicações que permite aos seus utilizadores o acesso e troca de elevada quantidade de informação, denomina-se internet. Neste sentido, através de um computador pessoal o usuário liga-se a um servidor que assim lhe fornece o acesso à internet, mostrando-se ainda necessário que ao respectivo computador se adicione o *modem* (através de linha física) e este se conecte à linha telefônica analógica para se chegar ao servidor. No ordenamento jurídico brasileiro, a Portaria n.º 148 de 31 de Maio de 1995, do Ministério das Telecomunicações, define a internet como o "conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores." A origem da internet encontra-se nos laboratórios do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, na qual a sua base é um programa denominado *Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET*). Para tanto, cfr., Garcia Marques/Lourenço Martins, Direito de informática, Coimbra, Almedina, 2000, p. 50. Sobre a internet, cfr., igualmente, Carlo Sarzana di Ippolito/Fulvio Sarzana di S. Ippolito, *Profili giuridica del commercio via Internet*, *in* António Pinto Monteiro *et al.*, As telecomunicações e o Direito na Sociedade de Informação, Direito na sociedade de informação, 1999, p. 155; Joel Ramos Pereira, Direito da Internet e Comércio Electrónico, Quid Juris, 2001, pp. 14-20; José de Oliveira Ascensão, Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade de Informação, Coimbra, 2001, p. 186.

laboral[4]. Na verdade, as falhas no sistema, ou seja, as disrupções tecnológicas e mesmo a baixa intensidade da internet tendem a abrandar a operacionalidade técnica exigida, podendo daqui provir situações paralisadoras de iniciativas ou responsáveis pelo fraco desempenho laboral, numa altura em que os negócios são medidos por minutos, afectando-se assim o potencial volume de rendimentos capazes de criar consequências gravosas no seio empresarial.

Por conseguinte, faz-se aqui sentir que este conjunto de técnicas e serviços que se associam às redes de telecomunicações e informática, a já referida telemática, tem na inteira coexistência de ambas o ponto conveniente para afirmar que a sua aplicação nestes dias cada vez mais digitais, corresponde a um dos mais destacados campos de consolidação e profunda influência no exercício do teletrabalho (lembramos que o teletrabalho já tem em si impresso o uso nas novas tecnologias de informação e comunicação), não desmentindo por até dar claro testemunho a sua exponencial penetração no sector laboral, podendo mesmo a sua repercussão mostrar-se capaz de, no futuro próximo, definhar o poderio que ainda dita o formato de trabalho presencial, cujas raízes já velhas de muitos anos encontram-se intrincadamente associadas às exuberantes transformações sócio-económicas saídas da revolução industrial, e que a pouco e pouco foram sendo melhor ordenadas no último século.

[4] Há empresas que instalam uma Rede Privada Virtual (VPN, sigla na língua inglesa), através da qual os trabalhadores acedem à rede interna da empresa, a partir do local onde estiverem, por via de um circuito considerado seguro. Sobre este dispositivo, cfr., http://developer.android.com.

Neste sentido, estando teletrabalho na ordem do dia como uma estratégia de mitigação de prejuízos na actividade empresarial e como uma nova resposta ao potencial absentismo do capital humano ao nível das empresas, parece que o crescimento da utilização de diversas ferramentas de trabalho digitais conduz a repensar se o processo de digitalização não tende a sofrer impactos negativos em razão das fraquezas dos nossos conjuntos de redes, meios de comunicação e comutação adequados ou inerentes ao modo de teletrabalho, expondo as empresas a níveis pouco sustentáveis de produtividade e dificuldades acrescidas de atingir os objectivos estratégicos de negócio, com efeitos na reputação e oportunidades associadas em termos de mercado, ou pelo contrário provoca um largo desafio na nossa ordem económica, parecendo-nos que somente através das experiências práticas se podem identificar potenciais acontecimentos críticos capazes de afectar a sustentabilidade financeira ou a sobrevivência das empresas, num terreno onde não se pode hipostasiar o trabalho à distância, no formato de teletrabalho, em prejuízo do ambiente presencial e de boa parte das suas sãs directrizes dispostas no nosso ordenamento jurídico-laboral.

3. O propósito maior do teletrabalho

Cabe inicialmente dizer que não é suposto desenvolver o teletrabalho - também denominado trabalho à distância ou trabalho remoto quando executado com o preponderante suporte de tecnologias de informação e comunicação -, somente em domicílio

se não o ligarmos à morada ou habitação ordinária em que se mantém a residência habitual, a menos que o domicílio também indique o centro ou o lugar de actividade profissional de certa pessoa. Nesta hipótese, o vocábulo "domicílio" toma o significado de estabelecimento para desenvolver negócios ou actividades profissionais.

Por isso, torna-se possível ir mais longe e perceber que o fenómeno teletrabalho pode ser prestado noutro espaço físico que não seja a unidade produtiva do empregador ou a casa do teletrabalhador, reconhecendo-se que por vezes, desde que seja possível realizar operações em rede, a actividade pode mesmo ser concretizada através de instrumentos portáteis, como por exemplo o *smartphone* e o *tablete*, dando causa ao que se considera o teletrabalho móvel ou nómada, por não se estar fixo num único lugar; mas também não se menospreza a possibilidade do desempenho laboral ser exercido mediante uma estrutura partilhada por diferentes trabalhadores sem relação entre si e ligados a diversas empresas, tomando assim a configuração do denominado teletrabalho desenvolvido num telecentro, como um lugar adequado com um conjunto de meios técnicos e serviços onde se associam as redes de telecomunicações e a informática.

No nosso caso concreto, o trabalho em domicílio, ao menos por agora, deve ser executado na própria casa do trabalhador, em razão do confinamento compulsivo, como uma referência incontornável por não se mostrar possível desenvolver a relação de emprego nas dependências do empregador, ou noutro lugar fora de casa. Assim, resultante do severo impacto pandêmico, vai-se ao encontro de um

remédio que salvaguarde os interesses econômicos da entidade patronal, pois obviamente o desempenho do trabalho em casa e, em muitos casos, de forma *on line* - parece-nos que o procedimento comunicativo tende para a conexão permanente do computador do trabalhador (o computador periférico) com a rede da empresa, ou seja, ligado ao computador central do empregador, embora o desempenho laboral não deva ferir o tempo de gestão da vida privada do trabalhador, pois o estar disponível não pode levar à ideia de que não há um limite da jornada de trabalho; contudo, em sede do teletrabalho *off-line*, mesmo ocasional, fortalece a hipótese de se erguer um obstáculo à pontual transmissão de directrizes, instruções e acompanhamento directo da execução do trabalho[5], embora não se quebre as cadeias de transmissão, podendo-se algumas vezes avançar com as teleconferências - não se tornam necessárias muitas palavras para compreender que o teletrabalho *off-line* ameniza a inatividade e a consequente perda de rendimentos, mas a referida opção surge também em grande medida como uma almofada ou um amortecimento contra os revezes que fustigam o sector do trabalho presencial, levando a contornar o desemprego em massa[6] e decerto

[5] Em torno do assunto, cfr., João Leal Amado, Contrato de Trabalho, Noções Básicas, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 121-122.

[6] Segundo dados da Inspecção Geral do Trabalho, em Angola inúmeras empresas já avançaram para os despedimentos e suspensões dos contratos de trabalho, sendo apontados como sectores mais vulneráveis o da hotelaria, turismo, restauração, petróleos, indústria e comércio (praticamente é generalizado), sustentados na invocação da falência técnica. Cfr, Jornal de Angola, Ano 44, n.º 16029, 22 de Junho de 2020, p. 30. Como importante referência, cabe dizer que no território nacional existem 4 735 milhões de desempregados, num universo próximo dos quinze milhões de pessoas em idade economicamente activa, o que equivale a 32,7% de desempregados, como nos dá a conhecer o Jornal de Angola, Ano 45, N.º 16113, 14 de Setembro de 2020, sexta-feira, p. 8. Noutras paragens, como por exemplo em Portugal, segundo dados do Instituto de Emprego e Formação Profissional, no final de Maio de 2020 já havia 409 mil desempregados

a pobreza multidimensional. Demarcada esta linha de fronteira, fora de dúvida, numa linguagem sucinta, há toda a conveniência em reafirmar que é no campo de todas estas considerações que se vincula o propósito maior do teletrabalho no espaço nacional, ou seja, contornar o risco de falência das empresas e a não colocação em risco da manutenção de inúmeros empregos, num cenário onde se deve ter em linha de conta a torrente de dificuldades que cercam com elevada intensidade a economia angolana, já muito abalada pela contracção em consequência da quebra do investimento privado e público internacional, aliado à descida exponencial do preço do *crude*, o instável valor da moeda e o forte agravamento do peso da dívida pública, um cenário severo justamente numa fase de transição tendencialmente tida como de mudança destinada a salvaguardar o sonho optimista do futuro.

Porém, temos de admitir que, entre nós, a real dificuldade de aplicação do teletrabalho é levantada pela falta de correspondência entre a sua finalidade económica e a forma jurídica que se impõe ter em conta ao abrigo de uma disciplina legal específica sobre a matéria.

Ainda assim, dá-se proeminência ao facto de em Angola se ter aberto uma nova época nas relações laborais por se ter quebrado, nitidamente, vários procedimentos na vida laboral atados ao paradigma assimilado durante várias décadas, quando o trabalho é realizado por via remota, mesmo que resulte de uma resposta sanitária contra a crise pandêmica, deixando assim perceber que

entre a população activa. Cfr., Jornal de Notícias, Ano 133, n.º 22, terça-feira, 23 de Julho de 2020, p. 13.

ainda nos encontramos num momento embrionário, mas reconhecendo-se, no entanto, que este crepúsculo até pode ser uma novidade de largo eco e justificado interesse perante os móbeis empresariais de aumento da produtividade fora dos pretextos que forçam o distanciamento físico generalizado e o afastamento nos últimos tempos da velha normalidade, justificando então perceber que não podemos apenas reflectir sobre o teletrabalho nos períodos de aflição, mas antes como uma possibilidade de dinamização ou estímulo do mercado em determinadas áreas de actividade laboral, independentemente do ciclo de vida do nosso tempo.

4. O teletrabalho na ordem jurídica angolana

O modo de teletrabalho no espaço jurídico nacional não tomou ainda forma e vulto que no Direito contemporâneo se lhe reconhece.

Na verdade, o seu inteiro esquecimento (não há lugar ao menos para se falar do seu apoucamento fora da legislação acauteladora do contágio pandémico) é notório quando a ele não faz qualquer referência a Lei Geral do Trabalho (LGT), uma situação por certo curiosa e em certa medida difícil de entender por nem sequer constar do rol de vínculos contratuais de trabalho de natureza especial previstos no corpo do artigo 21º da indicada lei, distanciando-se assim do sinal da sua intensa influência na vida do nosso tempo e deste modo a contribuir para estabelecer mais uma confusão, onde tantas já existem.

Com efeito, temos a impressão clara que o teletrabalho já antes do contexto pandêmico andava enredado na vida corrente da agenda

de trabalho de certos segmentos empresariais, ao menos a título esporádico, basilarmente por se encontrar amarrado às novas tecnologias[7], ainda que o nosso ambiente no domínio das telecomunicações seja o menos promissor não tanto pela estabilidade que, por sinal, já tende a satisfazer as expectativas (não se pretende aqui render elevados elogios), mas sobretudo pela significativa onerosidade dos serviços prestados pelas operadoras desse ramo de actividade.

Por isso, sem rodeios pode afirmar-se que o trabalho remoto ou à distância – necessariamente com o uso de tecnologias de informação e comunicação - realizado através do critério da subordinação jurídica já constitui uma prática inegável, embora, como se percebe, cercado de informalidade, quando o serviço prestado resultava, algumas vezes, da sua execução (em maior ou

[7] O Estado angolano há dois decénios atrás reconheceu a decisiva importância de regular a indústria das comunicações electrónicas, tendo aprovado no ido ano de 2001 o Livro Branco sobre a Política de Telecomunicações em Angola, na esteira da Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 8/01, de 11 de Maio (revogou a Lei n.º 4/85, de 29 de Junho e o Decreto n.º 18/97, de 27 de Março). Tempos depois entrou em vigor a Lei n.º 23/11, de 20 de Junho – Lei das Comunicações Electrónicas e dos Serviços da Sociedade de Informação, como lei-quadro sobre a matéria (revogou a Lei n.º 8/01), dispondo em seu preâmbulo o imperativo de se massificar a presença das tecnologias e da internet em todos os sectores econômicos. Logo de seguida foi publicado o Despacho Presidencial n.º 71/11, de 12 de Setembro que almejando dar corpo ao lema do Executivo "Internet e Banda Larga para Todos", aprovou o Livro Branco das TIC, com a finalidade de consagrar um instrumento destinado a permitir que os actores do mercado das comunicações electrónicas, da televisão digital, integração de serviços, criação e produção de serviços agregados, entre outros, participassem e investissem no desenvolvimento da indústria e mercados de serviços que as tecnologias de informação induzam e proporcionam. Este diploma legal foi recentemente revogado pelo Decreto Presidencial n.º 129/19, de 22 de Julho. Na actualidade, a Lei n.º 23/11 (e também o Decreto n.º 18/99, de 23 de Julho, o Decreto n.º 44/02, de 6 de Setembro, o Decreto n.º 45/02, 10 de Setembro e o Decreto Presidencial n.º 225/11, de 15 de Agosto) foi revogada pelo Decreto Presidencial n.º 108/16, de 25 de Maio – Regulamento Geral das Comunicações Electrónicas.

menor proporção) fora das dependências do empregador[8], com a utilização de tecnologias de informação e comunicação, predominantemente no sector de serviços, em segmentos como o financeiro, comercial, relações públicas, logística, e mesmo entre membros da direcção de algumas empresas, propositadamente providos de um sistema de gestão apropriado para o desempenho do trabalho remoto.

Encaminhados nesta direcção, já se consegue entrever que a forma digital de comunicar, aceder à informação e partilhá-la no contexto do mercado local[9], mostra-se capaz de ir assumindo cada vez mais preponderância e a sua operacionalização e interactividade em tempo real (ou tendente a isso) entre trabalhadores e empregadores ou equipas de trabalho, tendem a ocupar um multifacetado campo de actuação no domínio das relações laborais, abrindo deste modo portas para o processo de paulatina consolidação da modalidade de teletrabalho.

Contudo, o legislador angolano vai mostrando uma posição insensível que por esta altura já não se justifica em virtude da fase de evolução e de implementação local das novas tecnologias[10], bastando isso para assumir que a nossa ordenação legal sobre a

[8] Como se colhe de Maria do Rosário Palma Ramalho, "O trabalhador subordinado não se identifica pela actividade que presta, mas pela posição em que está perante o respectivo credor; isto é, o tomador dos serviços." Cfr., Direito do Trabalho, Dogmática Geral, Coimbra, Almedina, 2005, p. 300.

[9] Deve dizer-se que o Decreto n.º 10/03, de 7 de Março constitui o Regulamento do Plano Nacional de Frequências, cabendo ao Decreto n.º 3/04, de 9 de Janeiro regular os preços dos serviços públicos de telecomunicações. Por sua vez, o Regulamento Geral de Interligação de Redes e Serviços de Telecomunicações de Uso Público, consta do Decreto n.º 13/04, de 13 de Março.

[10] Em Angola já se explora a conectividade 4G, cujas redes sustentam iniciativas digitais de apoio à área laboral.

matéria ainda não mereceu a atenção que a realidade sócio-económica já reclama[11].

Porém, é estimulante anotar que em sede do isolamento profiláctico diante de tamanha crise pandêmica, houve o intento ou a tentativa de integrar termos linguísticos para a nossa ordem jurídica conducentes a uma manifestação inclinada a admitir o amparo legal do teletrabalho, tendo isso sucedido sob a égide de uma primeira versão do diploma legal sobre medidas de excepção e temporárias tendentes à prevenção e ao controlo da propagação da pandemia[12], mas sem avançar para se tornar regra com expressão oficial. Contudo, se tivesse merecido o selo da autoridade legal, colocar-se-ia o pretexto para se avançar um pouco mais e fixar um formato próprio com um complexo de normas melhor delineadas para situar o quadro institucional daquela forma de organização do trabalho. Ou melhor, impor-se-ia a necessidade criar um diploma legal com uma regulamentação específica e directrizes debaixo do nome "trabalho em domicílio", à luz das exigências técnicas próprias e merecedoras de tratamento e estudo mais conformes a generalidade das relações dessa natureza, com lastro para deixar claro em suas malhas sólidos argumentos para se aferir a presença do teletrabalho. Porém, o momento não favorecia (a sanha da pandemia já ia tirando o sossego público) e espraiar considerações

[11] A destacada expressão da existência do teletrabalho em território nacional, foi confirmada por uma empresa de pesquisa do mercado angolano, denominada MIRA, que através de entrevistas a 600 trabalhadores permitiu dar a conhecer como inúmeros vínculos laborais já são satisfeitos com recurso ao trabalho à distância. Cfr., Jornal de Angola, Ano 45, n.º 16057, 20 de Julho de 2020, segunda-feira, p.5.

[12] O diploma legal aparece como Decreto Presidencial n.º 0/20, de 25 de Março, e o seu n.º 2, artigo 10º declara: "São consideradas compatíveis com o trabalho domiciliar todas as funções que podem ser realizadas fora do local de trabalho e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação."

sobre o trabalho em domicílio na referida versão, por certo iria sugerir ulterior polêmica pelas razões apontadas.

Sob esse ponto de vista, o nosso legislador optou então por apagar a redação antes elaborada naquela inicial versão, deixando assim de consagrar um postulado irredutivelmente voltado para assumir aspectos associados ao teletrabalho, donde se seguiu um texto mais consentâneo às circunstâncias e, nesta medida, hipertrofiado, embora sob a pintura "trabalho em domicílio". Isso ocorreu mediante a publicação do Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março[13], cujo teor tomou então uma feição mais modesta e submeteu às entidades com poder para tanto uma melhor definição das manifestações do trabalho em domicílio (corpo do artigo 14º)[14].

Deu-se assim substancial tolerância, no qual o legislador não quis claramente prender-se dentro de um conceito de trabalho em domicílio ou a uma geometria que cotejasse os seus aspectos nucleares, ao menos num primeiro momento, mas em suas redundâncias, num passo mais adiante (no diploma de declaração da situação de calamidade pública – Decreto Presidencial n.º 142/20, de

[13] Este diploma surgiu na sequência do Decreto Legislativo Presidencial Provisório n.º 1/20, de 18 de Março – Declaração do Estado de Emergência.

[14] Esta solução manteve-se no cortejo de diplomas legais seguintes que foram tratando do assunto, designadamente, o Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril – Prorroga o estado de emergência, no Decreto Presidencial n.º 120/20, de 24 de Abril (segunda prorrogação) e no Decreto Presidencial n.º 128/20, de 8 de Maio (terceira prorrogação). Posteriormente, já em sede do estado de calamidade pública foi publicado o Decreto Presidencial n.º 142/20, de 25 de Maio (este diploma surge na sequência da Lei n.º 14/20, de 22 de Maio – Alteração à Lei de Bases de Protecção Civil que antes constava da Lei n.º 28/03, de 7 de Novembro, e revogou os artigo (s) 12º e 26º desta última); meses depois, foram actualizadas as medidas de prevenção e controlo da propagação do Vírus SARS-COV-2 e da doença COVID-19, assim como as regras de funcionamento dos serviços públicos e privados e dos equipamentos sociais, durante a vigência da Situação de Calamidade Pública, com sede o Decreto Presidencial n.º 212/20, de 7 de Agosto.

25 de Maio), acabou por incorporar uma ideia mais acessível, a sugerir, num vocabulário comedido, a hipótese do teletrabalho, podendo ainda tal diploma ser caracterizado como directriz menos esmerada, dirigida, no entanto, a impedir que cada organização modelasse a seu talante tal modo de exercício da actividade laboral, conforme se extrai do corpo do artigo 16º, vedando-se a hipótese do empregador introduzir tudo o que lhe aprouver, por certo para não transformar o vínculo em feudo da vontade deste último sujeito, diante do antagónico cenário capaz de revelar-se perverso para o trabalhador em domicílio, pelo tendencial espaço ligado a inspirar uma zona de livre alvedrio do empregador neste doloroso período de manutenção do emprego.

Todavia, num reparo digno de menção, aquela inicial abertura prevista nos diplomas legais sobre o estado de emergência, criou condições para convencer que aquela primeira versão referida linhas acima, influenciou imenso os critérios para que o Decreto Executivo (Ministério do Interior) n.º 141/20, de 9 de Abril avançasse com um texto algo aproximado no seu artigo 6º (embora com o subtítulo "trabalho domiciliar" e não "trabalho em domicílio"), consentindo alcançar desta maneira o propósito de introduzir o espírito do teletrabalho no seio do assinalado departamento do executivo angolano, como se nota claramente dos n.º (s) 2, e 4 do indicado preceito[15], pois correm em favor desta afirmação.

[15] Declara o n.º 2: "Consideram-se compatíveis com o trabalho domiciliar todas as funções que possam ser realizadas fora do local de trabalho através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.". Já o n.º 4, refere: "Para efeitos dos números anteriores, devem ser diligenciados contatos regulares com o funcionário, preferencialmente através de comunicações electrónicas e teleconferências, a fim de facilitar o afastamento físico requerido."

Assim, por tudo aqui se vê que ao menos no sector público[16] apareceu de maneira formal uma distinção entre o trabalho realizado em casa (trabalho domiciliar) do funcionário e aquele executado nas dependências da estrutura pública.

Contudo, se até dada altura nenhum texto legal sobre as medidas relacionadas com o fenómeno pandémico colocasse de fora o trabalho à distância, ainda que sem adoptar expressamente o termo, surge sem mais entre o acervo de normas dispostas dentro do esquema relacionado com a protecção especial dos cidadãos vulneráveis, a designação "trabalho remoto", cuja sede é o n.º 4, artigo 13º do Decreto Presidencial n.º 212/20, de 7 de Agosto[17]. Por via disso, o termo ingressou no nosso ordenamento jurídico (só o termo, pois não há nem sequer uma regulamentação incipiente), mas o legislador prescindiu de quaisquer outras considerações, contudo sem negar a evidente manifestação do trabalho realizado fora do estabelecimento do empregador, embora abstraindo-se de referir sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação, mantendo-se assim envolto do espírito de restrição textual. Ainda assim, parece-nos indevida a construção do texto quando refere que "podem ser criados regimes que permitam a realização de trabalho remoto", inspirando a hipótese de se pensar que se podem criar, por decisão particular, regimes próprios aplicáveis ao desempenho do trabalho remoto, quando os regimes especiais devem ser emanados

[16] Na França, o sector público regula o teletrabalho através de um diploma específico, a Lei n.º 2012-347 de 12 de Março de 2012, também conhecida por *Loi Sauvadet*.

[17] O diploma actualiza as medidas de prevenção e controlo da propagação do vírus SARS-COV-2 e da doença COVID-19, assim como as regras de funcionamento dos serviços públicos e privados e dos equipamentos sociais, durante a vigência da situação de Calamidade Pública.

de órgão político com poder de legislar (n.º 2, artigo 21º LGT), conflituando-se assim como as exigências de unidade terminológica da disciplina. Daí que o ideal talvez seja substituir a palavra "regime" pelo vocábulo "procedimentos".

Aqui chegados, é preciso examinar ainda outra questão. Pois bem, no reino das aberturas e termos adoptados, será que a expressão "trabalho em domicílio" é distinta daquela adoptada na LGT com a denominação "trabalho no domicílio" (al. f), n.º 1, artigo 21º), ou com aquela outra referida como "trabalho domiciliar"? Vamos tentar perceber.

5. Considerações sobre o trabalho no domicílio, trabalho em domicílio e trabalho domiciliar

Começando pelo trabalho no domicílio[18], estamos diante da prestação de uma actividade sem subordinação jurídica, desenvolvida no domicílio ou em instalação do trabalhador, ou ainda, como declara o n.º 3, artigo 27º da LGT, na situação em que este sujeito adquire matéria-prima e fornece o produto acabado por certo preço àquele que irá vendê-lo, encontrando-se assim em qualquer dos casos economicamente dependente do beneficiário da respectiva actividade, podendo admitir-se que tal trabalhador possa ser coadjuvado por membro do seu agregado familiar.

[18] A Convenção n.º 177/1996 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), disciplina o trabalho no domicílio. Em Angola ainda não se estabeleceu o regime jurídico do trabalho no domicílio. No ordenamento jurídico português, consta da Lei n.º 101/2009, de 8 de Setembro.

Deste modo, todos os actos ligados ordenadamente para a realização do produto são praticados fora da estrutura de produção do beneficiário e sem submissão às ordens, instruções ou determinações desta pessoa, e assim não se sujeita à subalternidade hierárquica em virtude da autoridade emanada do aludido beneficiário, nem ao seu poder disciplinar ou à ordem de mobilidade funcional ou também de prestação de trabalho suplementar, entre outros poderes do empregador constantes do corpo do artigo 36º da LGT; contudo, pela simplicidade das coisas, consideramos que o trabalhador (ou melhor, o executante, porque sob o aspecto trabalhista não se encontra adstrito à existência de uma subordinação) assume os prejuízos causados às matérias primas antes referidas, por ficarem a seu cargo e risco. Mas para que se revele como trabalho no domicílio, habitualmente ligado à habilidade das próprias mãos do trabalhador, como por exemplo as costuras, bordados ou em determinada hipótese, o trabalho gráfico, impõe-se que haja uma remuneração em virtude da execução do produto e na base da qual o assinalado trabalhador passa a ser economicamente dependente, ou seja, dali obtém os rendimentos para satisfazer as suas necessidades essenciais, sendo tal remuneração um pagamento ou uma retribuição[19] da actividade pessoal por aquele desempenhada segundo o convencionado, onde importa o resultado que obtém do

[19] A retribuição, originariamente, contém um sentido amplo e genérico, referindo-se a qualquer espécie de remuneração. À luz destas considerações, João Leal Amado declara que "A retribuição ou salário traduz-se, afinal, no preço da mercadoria força de trabalho...". Cfr., Contrato de Trabalho, 2ª Edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, p. 305. A LGT opta pelo vocábulo "remuneração", e avança que compreende o salário-base e todas as demais prestações e complementos pagos directa ou indirectamente em dinheiro ou em espécie, seja qual for a sua denominação e forma de cálculo." (n.º artigo 155º).

serviço executado[20] - parece que não se disfarça estar perante um prestador de serviços , assistindo-se então a uma manifestação de trabalho parassubordinado[21], ou seja, não se sujeita ao regime de emprego e pelos pressupostos apresentados o executante desenvolve a actividade com autonomia. Assim, seguindo a lógica, nem na aparência tem o cariz de contrato de trabalho pelas especificidades apontadas, mas pode ser tido como equiparado[22] - a LGT estabelece mesmo uma similitude no caso aludido em sede do indicado n.º 3, artigo 27º -, e deste modo exige legislação especial (artigo 21º da LGT).

Ainda assim, na ausência de efectiva regulamentação[23], por não seguir na generalidade o regime geral, em certa medida houve a preocupação legal de fixar alguns aspectos vinculativos, parecendo-nos que a finalidade relaciona-se mais com a necessidade de encontrar o equilíbrio na relação, onde de outro modo poderia imperar a vontade excessiva e os caprichos do beneficiário, impondo-se por via disso como obrigatório celebrar o contrato por escrito, além da acentuação de que a remuneração (o legislador denomina

[20] Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 8ª Edição, 2017, Almedina, p. 326; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 2ª Edição, 2013, Almedina, p. 312.

[21] Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, ob. cit., p. 367. Para aprofundamentos sobre as teorias da parassubordinação, cfr., Ives Faiad Freitas, Teletrabalhador e a configuração do vínculo empregatício: análise das teorias da parassubordinação e da subordinação estrutural, *in* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012, p. 21 ss. (www.ambito-jurídico.com.br (acedido em 29 de Agosto de 2020).

[22] Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, ob. cit., pp. 368-369; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, ob. cit., p. 459 ss.

[23] O artigo 13º do Estatuto dos Trabalhadores de Espanha considera o contrato no domicílio uma modalidade do contrato de trabalho à distância.

como salário) é estabelecida através de tarifa de rendimento[24], como um significado marcante da sua dependência económica, a par da necessidade do beneficiário da actividade colocar ao dispor do respectivo prestador um documento do controlo do seu desempenho, com a indicação do nome natureza da actividade a realizar, quantidades de matérias-primas entregues, tarifas acordadas para determinação da retribuição, recebimento dos produtos produzidos e respectivas datas de entrega e recepção (n.º (s) 1, 2 e 4, artigo 27º da LGT).

Não obstante estes procedimentos, não restam dúvidas que o prestador da actividade exerce-a por conta própria e, neste ponto, releva sobretudo a ausência da subordinação jurídica, ainda que na raiz do negócio se imponha efectuar a entrega do produto final ao beneficiário. Por isso, o que se desentranha dos preceitos da LGT sobre a matéria, porque nem tudo nela está precisado, como afinal de contas parece sensato se pensarmos nos sinais da visível autonomia do prestador da actividade (não há uma subordinação a emprego), traduz-se na justificada finalidade de amparar a parte mais fraca na relação entre os assinalados particulares.

Sobre o trabalho em domicílio, repartido entre a utilização dos instrumentos telemáticos e sem o emprego desses apropriados utensílios (mas sempre no interesse da organização empresarial, onde não se deixa de antever o uso da comunicação celular), já constitui uma relação laboral na qual a empresa utiliza os serviços

[24] O critério é fixado no n.º 5, artigo 157º da LGT: "Quando o salário for variável, as respectivas bases de cálculo devem ser estabelecidas de forma a garantir ao trabalhador, trabalhando normalmente, um valor igual ao do trabalhador de idêntica capacidade remunerado ao tempo, efectuando trabalho análogo."

de um trabalhador que os presta em seu domicílio, ou mesmo noutro local que pode não ser propriamente o lugar onde se habita[25], mas sempre integrado na estrutura de produção do empregador e sujeito às normas laborais e respectivas soluções legais, em virtude de se colocar à disposição deste para exercer, sob sua dependência e instruções, qualquer trabalho em troca de remuneração salarial previamente acordada. A distinção claramente a ter em conta é que há uma dependência de emprego e de salário (trabalho assalariado), o que pressupõe uma submissão ao mando de um empregador que se concretiza na sua supremacia nos termos permitidos por lei.

No quadro destas considerações e num exame atento à norma angolana, é que se compreende a prestação da actividade fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias da informação e comunicação, mas tão-só quando a situação concreta do trabalhador e as funções o permitam, desde que haja acordo entre as partes, como bem refere o n.º 2, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20, sendo ele prestado num contexto em que o trabalhador é dispensado do exercício da actividade em regime presencial, em virtude das restrições de natureza sanitária, tal como se colhe do n.º 1, artigo 16º do indicado diploma legal (também é o entendimento que se podia retirar dos n.º (s) 1 e 2, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 128/20), com o significado de que mantém o direito ao mesmo tratamento dado os demais trabalhadores presenciais, tendo mesmo o maior interesse referir que os períodos

[25] A residência é efectiva e definitiva quando se mostra a habitação permanente, na qual se está como o *animus manendi*, e assim se revela o domicílio. Deste modo, a residência pode existir sem a intenção de ser efectiva, podendo haver várias residências como os lugares aonde a pessoa pode habitar transitoriamente.

de trabalho em domicílio, em princípio, podem ser alternados com o desempenho laboral na empresa (n.º 3, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20)[26], entendendo-se assim que não há uma situação de radical afastamento do trabalhador do exercício de suas funções, pelo qual fica à margem do serviço activo (não se aproximando assim do denominado trabalho intermitente[27], mesmo sem o carácter definitivo), sendo da clara conveniência assinalar que o trabalhador nessa situação sujeita-se ao regime de disponibilidade (n.º 3, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 128/20), pois como integrante do complexo organizativo empresarial, impõe-se que coloque as suas energias laborativas à disposição do empregador, no tempo acordado, ainda que possa ocorrer a falta de exercício efectivo da actividade, porquanto a sua actuação não se conforma apenas com os comandos e instruções do empregador, justamente porque a sua incumbência visa realizar a actividade profissional contratualmente ajustada, mesmo que não haja ordens sob a maneira de a efectuar[28].

[26] A dispensa da actividade laboral presencial pode também alcançar os trabalhadores considerados vulneráveis, designadamente em razão da idade (mais de 60 anos), como no caso de doenças crônicas de risco (cardiovasculares, respiratórias, diabetes, entre outras), gestantes, e trabalhadores que tenham à sua guarda crianças menores de doze anos (corpo do artigo 15º do Decreto Presidencial n.º 142/20).

[27] O Código do Trabalho português, nos artigo (s) 158º a 160º regula o contrato de trabalho intermitente, no qual o exercício da actividade é desenvolvido com "descontinuidade ou intensidade variável", pelo que a prestação de trabalho é intercalada por um ou mais períodos de inactividade. Sobre a matéria, cfr., João Leal Amado/Joana Nunes Vicente, Contrato de trabalho intermitente, XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 119-137.

[28] Sobre o assunto, cfr., Maria do Rosário Palma Ramalho, Direito do Trabalho, II, Situações Laborais Individuais, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 353 ss; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho de Angola, 2013, 2ª Edição, Almedina, p. 151.

Noutro passo, depois do que se disse atrás, temos a funda impressão e até já se mostrou visível, de que a manifestação do teletrabalho, entre nós, surge mais como uma modalidade de trabalho em domicílio (em inglês denomina-se *home office)*, critério que por sinal não parece apresentar sérias objecções quando o próprio legislador guia-nos nesse sentido e assume em termos expressos numa grande parte dos diplomas sobre o estado de emergência[29], e mesmo nos demais relacionados com o dever cívico de recolhimento (numa luta para travar novos surtos e novos agregados de surtos), afastando-se assim de o apresentar como um contrato de trabalho especial, ao menos em tempo de pandemia.

À sua vez, num sentido em que já não se tornam necessárias muitas palavras, mostra-se claro que qualquer actividade prestada à distância já indicia, traduz a ideia ou pressupõe a abertura de caminhos ou favorece uma viva base para levar adiante o teletrabalho (em inglês, *remote work* ou *telework[30])*, se o trabalhador utiliza para tanto os meios telemáticos em seu domicílio ou em outro local para aquele efeito[31].

A par disso, e como seria justo esperar, fixou-se a determinação de que as condições para o exercício do trabalho em domicílio se

[29] O texto previsto no n.º 2, artigo 14º do Decreto Presidencial n.º 82/20, de 26 de Março, estabelece: "Compete a cada entidade, pública ou privada, definir as modalidades do trabalho em domicílio." O mesmo ocorre nos diplomas seguintes que tratam a matéria do estado excepcional, excluindo o Decreto Presidencial n.º 128/20, de 8 de Maio (artigo 16º).

[30] Diferentes expressões foram sendo usadas no evoluir dos tempos, nomeadamente, *e-workplace, home-based, new technology homework, telecommuting*.

[31] Como refere V. D. Martino, em qualquer hipótese a definição de teletrabalho deve resultar da harmonização das noções de distância do tradicional local de trabalho e a utilização de tecnologias de comunicação. Cfr., The High Road to Teleworking, Geneva, 2001, p. 13 ss.

encontram a cargo do empregador (n.º 2, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 128/20, em sede do estado de excepção e n.º 4, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20, no âmbito do estado de calamidade pública), uma exigência que foi inicialmente descurada (tanto no primeiro diploma publicado em 8 de Maio, como no seguinte, de 25 de Maio), como um sinal visível de que o trabalho em domicílio havia sido menos demoradamente pensado, tendo isso aberto a porta para, em data anterior, se ter conferido menor ou nula importância à titularidade dos instrumentos de trabalho que até podiam ser do trabalhador se o empregador não pudesse disponibilizá-los (talvez por corresponder com um tempo de circunstâncias anormais, ainda que nos pareça não ter sido a solução mais adequada, pois de facto isso pode dar causa a sérias divergências[32]), embora isso se colha de um diploma destinado a reger uma área específica do sector público (n.º 3, artigo 6º do Decreto Executivo n.º 141/20, de 9 de Abril), algo que trás alguma contrariedade mesmo em tempo de circunstâncias anormais, parecendo-nos que a responsabilidade pelo fornecimento e manutenção dos equipamentos tecnológicos corriam por conta do trabalhador, desconhecendo-se igualmente se as despesas arcadas por este sujeito seriam reembolsadas, pois o diploma legal nada refere a esse respeito. Com efeito, apenas se leva em conta os requisitos antes referidos no n.º 2, artigo 16º.

[32] No Direito comparado, cabe assinalar que o diploma de Consolidação das Leis do Trabalho (brasileiro) declara no seu artigo 75-D a necessidade de se fixar no contrato escrito as disposições sobre a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e infraestrutura indispensável para se desenvolver o trabalho à distância, bem assim o reembolso de despesas suportadas pelo trabalhador.

Em suma, nos contornos desta acentuada realidade, mostra-se evidente que o teletrabalho não se encontra consolidado no nosso ordenamento jurídico como contrato de trabalho especial, ainda que se mostre possível tal vir a acontecer no futuro próximo, porquanto a própria LGT não hesita em aceitar outros vínculos contratuais dessa particular natureza, desde que declarados em lei (al. k), n.º 1, artigo 21º). Contudo, ainda assim não se nega que o decreto em questão possa ser um marco para o desempenho laboral à distância.

Quanto ao trabalho domiciliar, este surge como uma expressão genérica, envolvendo tanto o trabalho no domicílio como a trabalho em domicílio, sendo então de todo conveniente conhecer a relação caso a caso para melhor se aferir se o vínculo tem conexão com o regime de um ou de outro.

6. Os pressupostos legais avançados para a implementação do teletrabalho

Significativamente não se apresenta possível, em território nacional, pelo menos no âmbito de vigência do estado de calamidade pública, avançar com o trabalho em domicílio, em qualquer das suas hipóteses (lembramos que o trabalho em domicílio pode ser desenvolvido em duas direcções), nomeadamente na vertente de teletrabalho, sem que para tanto haja o necessário acordo entre o trabalhador e o empregador (n.º 2, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20, de 25 de Maio), parecendo que de outra maneira poderia cair-se no puro arbítrio da parte mais forte (o empregador), ou talvez numa meia-ociosidade do trabalhador caso tomasse a iniciativa

unilateral de exercer a actividade laboral em casa ou noutro lugar fora da estrutura produtiva do empregador; esclarecendo-se, numa brevíssima nota comparativa, que no ordenamento jurídico-laboral francês, o empregador pode recusar que o trabalhador desenvolva a actividade em modo de teletrabalho, mas impõe-se fundamentar as razões dessa recusa, uma hipótese também admissível por banda do trabalhador, cuja negação não constitui motivo para romper com o contrato de trabalho (artigo L1222-9 do CLT).

Este entendimento entre o empregador e o trabalhador para o desempenho das funções do último, entre nós não exige que revista a forma escrita, supondo-se assim que o seu conteúdo pode ser ajustado verbalmente, pois o diploma em análise nada declara ou esclarece a esse respeito, o que cria inúmeras dificuldades em face da sua acentuada complexidade. Reconhece-se, no entanto, a liberdade de forma constitui o regime regra na legislação laboral (n.º 1, artigo 15º da LGT), contudo uma convenção verbal no domínio do trabalho em domicílio (teletrabalho) foge imenso à prevalência da forma escrita exigida para os contratos de trabalho especiais (artigo 21º ss. da LGT), devendo ser uma questão merecedora de alguma cautela, não em sentido de vincar que existe uma relação jurídico-laboral, pois no cenário angolano o trabalho em domicílio surge, em termos muito impressivos, da existência prévia de um vínculo de trabalho subordinado que se encontra em desenvolvimento ou em execução - não estamos perante um trabalhador especificamente recrutado para exercer a actividade em modo de teletrabalho, nem o vínculo surge como uma relação paralela -, e a sua adopção resulta precisamente das circunstâncias que cercam a situação pandémica,

mas ainda assim recorta-se sempre a hipótese de surgirem algumas contrariedades no exercício da actividade, com relevância para a questão da privacidade, os intervalos de curto descanso e de repouso entre jornadas, e mesmo a determinação dos períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contacto com o trabalhador, a verificação dos instrumentos de trabalho, para enumerar somente parte destes aspectos se tivermos em conta as características do teletrabalho, pelo que somos tentados a admitir que lidar com um contrato verbal pode ser nocivo com o andar dos dias.

A título comparativo, cabe assinalar que o teletrabalho na França[33] pode ser implementado por meio de acordo colectivo ou, na sua falta, por documento elaborado pelo empregador (artigo L1222-9, I do Código de Trabalho francês). No Brasil, com as alterações promovidas pela Lei n.º 13.467/2017, conhecida pela denominação de "Reforma Trabalhista", impõe-se celebrar um contrato com as específicas actividades que serão desenvolvidas pelo trabalhador, onde se expressam aspectos articulados sobre a matéria (artigos 75-C, 75-D e 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Por seu lado, no ordenamento jurídico português o referido contrato encontra-se sujeito a forma escrita, tal como refere o n.º 5, artigo 166º do Código do Trabalho, esclarecendo-se que esta exigência apenas se destina a fazer prova da estipulação do regime de

[33] O teletrabalho na União Europeia encontra-se regido pelo Acordo-Europeu de 16 de Julho de 2002, e obviamente constitui o eixo para formação da disciplina legal em cada país membro da organização. Sobre aquele instrumento, cfr., Acordo-Europeu de 16 de julho de 2002, *Teleworking*. Disponível em htt://eur-lex.europa.eu, acedido em 27 de Julho de 2020.

teletrabalho (n.º 7, artigo 116º do indicado código), razão pela qual se defende que se está perante uma formalidade *ad probationem.*[34]

Com estas notas não suscita qualquer dificuldade perceber que entre nós há assim a liberdade de modelar e concluir o contrato de trabalho em domicílio, por certo no quadro das incumbências funcionais do trabalhador, como uma situação superveniente e adicional ao contrato individual de trabalho, contudo promovido de forma verbal, detectando-se aqui, até certo ponto, dificuldades nos critérios e procedimentos para a sua conformação, tendo importância observar que a sua aplicação encontra-se mais voltada para o emprego qualificado pela sua maior correspondência com determinadas funções do sector de certos serviços de produção intelectual, não hesitando porém o legislador em acentuar no primeiro trecho do n.º 2, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20, que deixa ao critério das partes a solução ideal, quando apenas recomenda a adopção de tal modo de trabalho, imbuído do espírito de que ela não importa numa ordem ou numa determinação, além de alcançar qualquer tipo de contrato de trabalho, possivelmente com sentido de exprimir que tanto pode ser uma prestação de actividade produtiva por tempo determinado ou indeterminado, a tempo parcial, por turnos (por exemplo, manhã, tarde ou noite) ou nocturno, colocando-se no entanto dúvidas, a nosso ver, em relação ao trabalhador na qualidade de estagiário pelo simples facto de o trabalho a distância desfavorecer, de algum modo, a consolidação do domínio mais adequada dos pormenores inerentes

[34] Nesse sentido, Ana Lambelho/Luísa Andias Gonçalves, Direito do Trabalho, Da Teoria à Prática, Lisboa, Rei dos Livros, 2017, p. 136.

à respectiva área ou sector de serviço, havendo mesmo o risco de ignorar o ambiente de funcionamento ao nível da empresa.

Por sua vez, outra questão que deve ser entendida nos devidos termos é a relacionada com as condições para o trabalho ser exercido em casa, ou seja, de modo remoto. Como já referimos, a responsabilidade pela criação de condições para o trabalho à distância tem de ser assumida pelo empregador, como se colhe do n.º 4, artigo 16º. Nas circunstâncias, entendemos que o sentido vai para a exigência deste sujeito laboral responsabilizar-se, apenas, pela aquisição, funcionamento (custos de acesso, mas parece não se levar em conta as despesas com a electricidade, telefone) e manutenção dos equipamentos tecnológicos, parecendo-nos que o âmbito integra igualmente o material específico a ser usado como *toner* ou tinteiro e papel, mas ficamos com a impressão de não lhe ser requerido atender o lugar físico, a acomodação no cômodo do espaço residencial para o exercício da actividade por banda do trabalhador[35]. Ainda assim, isso comporta alguma controvérsia a qual não se pode ficar indiferente pela hipótese de se entrever a possibilidade de o empregador tornar-se, em maior medida, responsável pela organização do espaço físico onde labora o trabalhador. Contudo, é necessário insistir que a actividade laboral é desempenhada em casa do trabalhador, na sua habitação, parecendo excessivo ir ao ponto de incumbir ao empregador que cuide do espaço físico de trabalho (por exemplo do conjunto de

[35] Em torno disso, à luz do enunciado sobre a matéria no código laboral português, António Monteiro Fernandes defende que "Se o local de trabalho está, por definição, fora da esfera do domínio do empregador, entende mal que este deva cuidar do ambiente físico de trabalho." Cfr., Direito do Trabalho, ob. cit., p. 211 (anot. 67).

móveis de uso que guarnecem o compartimento ou uma divisão da casa), inspirando o melhor critério interpretativo a expressão "criar as condições" como uma incumbência deste sujeito laboral (n.º 4, artigo 16º do Decreto Presidencial n.º 142/20), pois isso não vai em sentido de ter de proporcionar maior conforto mediante o apetrecho ou o melhoramento dos utensílios que guarnecem determinado compartimento do domicílio, parecendo-nos excessivo ir ao ponto de se exigir que o empregador assuma melhorar um certo quarto da casa, entendendo-se assim que apenas cabe a este sujeito laboral fornecer e sustentar a manutenção dos equipamentos tecnológicos adequados à prestação da actividade, com vista a obter-se a necessária segurança e o desejado grau de eficiência e produtividade na realização das tarefas.

Esta matéria é talvez das mais sensíveis em sede da presente relação jurídica, e neste sentido a al. e), n.º 4 do artigo 166º do Código do Trabalho português, impõe que o contrato esclareça quem detém a qualidade de proprietário "dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respectiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização.". O mesmo sentido se colhe do artigo 75-D da CLT brasileira, quando determina que no contrato devem constar as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura indispensável ao desempenho do trabalho à distância, além de se estabelecer que o empregador deve assumir o reembolso das despesas efectuadas pelo teletrabalhador.

Para lá disso, temos a firme convicção de que se mostra fulcral o empregador não descurar a importância da estabilidade psíquica do trabalhador remoto, ou seja, da questão da sua saúde psicológica pelos factores exógenos e endógenos prejudiciais em razão das especificidades do trabalho em domicílio, ou melhor, dos aspectos profissionais associados ao teletrabalho (saúde mental no trabalho) e que, afinal de contas, podem igualmente ter forte impacto e desastrosos efeitos no ambiente familiar[36], apresentando-se oportuno referir a protecção assegurada na CLT brasileiro, quando confere o direito do teletrabalhador receber instruções categóricas sobre as cautelas a tomar com vista a prevenir riscos para a sua saúde física e psíquica (art. 75-E). Na França, extrai-se do *article* L1222-9, III do Código do Trabalho o imperativo do teletrabalhador gozar dos mesmos direitos do trabalhador presencial, inferindo-se assim que é da sua responsabilidade dar instruções que evitem doenças e acidentes de trabalho. Entre nós, o tema pode ser encaminhado para as disposições comuns da LGT, que dada a omissão no diploma excepcional, força atender com as necessárias adaptações a previsão sobre os direitos do trabalhador, artigo 43º, cuja al. g), dispõe os devidos detalhes[37].

[36] Por vezes o domicílio pode não ser um lugar hospitaleiro para se trabalhar, pois o trabalho exige concentração e a convivência com os ruídos (barulhos, a tensão na atmosfera caseira) de uma casa menos ou mais cheia (sobrelotada), pode atrapalhar o desempenho profissional.

[37] Determina a indicada alínea que o trabalhador deve "Ter boas condições de segurança, saúde e higiene no trabalho, à integridade física e a ser protegido no caso de acidente de trabalho e doenças profissionais." No CLT brasileiro, o dispositivo acima mencionado determina mesmo que o trabalhador deve assinar um termo de responsabilidade no qual se obriga a respeitar as instruções do empregador, com vista a fazer os possíveis para não contrair doenças profissionais ou provocar acidentes de trabalho (artigo 75-E).

Aqui chegados, é fácil então compreender que o teletrabalho sujeito à subordinação jurídica, corresponde ao exercício da actividade laboral num lugar geograficamente distinto daquele onde antes se consumava a título presencial, o que resulta numa mudança do local de trabalho, sem contudo confundir-se com a actividade externa em ordem a ser desenvolvida no exterior das instalações da empresa, tal como se encontra previsto no n.º 1, artigo 77º da LGT, como por exemplo ocorre no desempenho em que o trabalhador percorre as diversas praças onde o empregador tem relações negociais. No nosso caso de estudo, ele passa a ser exercido num cômodo da casa do trabalhador remoto que de modo algum constitui uma extensão do local de trabalho onde habitualmente labora, ou seja, a estrutura de produção do empregador.

Mas, por outro lado, em sua exacta determinação não está aqui proclamada uma transferência (ainda que temporária) em sua expressão técnico-laboral, nos termos constantes no n.º 1, artigo 78º da LGT.

Por isso, a esse respeito não há como seguir o regime comum cujos pressupostos encontram-se justificados no n.º 1, artigo 78º e no n.º 1, artigo 79º, ambos da LGT, ou em razão de uma hecatombe financeira mundial, ou ainda por força de apocalipse ecológico, mas antes pela enigmática situação resultante de uma pandemia que impede a mobilidade e exige o isolamento humano, ou melhor, o inexorável recolhimento em casa, matéria que começou por ser ensaiada em termos normativos no Decreto Legislativo Provisório n.º 1/20, de 18 de Março, e depois tratada com mais pormenores nos

diplomas que documentam as situações de emergência e de calamidade pública.

Para lá disso, em sede dos requisitos previstos para o trabalho em domicílio, já ficou clara a exigência de mútuo acordo. Todavia, parece que nem sempre assim considera o legislador, pois ao determinar a dispensa temporária dos trabalhadores sujeitos a protecção especial ou noutras vezes por residirem em áreas sob cerca ou cordão sanitário, impõe que eles sejam "submetidos ao regime de trabalho em domicílio" (n.º (s) 1, 2, artigo 15º do Decreto Presidencial n.º 142/20 e n.º (s) 1, 2, artigo 13º do Decreto Presidencial n.º 212/20, 7 de Agosto). Ora isso faz ver que o mútuo acordo aqui é afastado, mas também não há como uma ou outra parte recusar a sujeição ao trabalho em domicílio, o que sempre pode descambar para o teletrabalho por estarmos diante de trabalhadores vulneráveis por integrarem grupos de risco ou numa situação cujo receituário é a cerca para salvaguarda da saúde pública, vedando-se assim aplicar-lhes o regime presencial, mesmo através de qualquer uma das variantes das escalas de rotatividade do pessoal, o que leva a dar causa à adesão obrigatória ao regime do trabalho em domicílio, possivelmente na vertente de teletrabalho[39] (cada empregador cria a forma de operar), se as condições permitirem, mas sem deixar de ter em conta que a sua adopção,

[39] Temos de admitir que o teletrabalho por vezes é obstaculizado pelas gerações mais velhas, pois o subconsciente não aceita placidamente rápidas mudanças (substituição da presença física pelas ligações electrónicas), e capacidade operativa tende a descer diante de novas experiências no campo das relações laborais, sobretudo pelo baixo nível de literacia digital e de competências básicas necessárias.

antes mais, deve ser humanamente viável e só depois economicamente aceitável.

O retorno ao trabalho presencial para qualquer trabalhador que cumpre a jornada de trabalho em casa, não tem prazo marcado, estando assim dependente do término das medidas de restrições e o regresso a uma normalidade incerta, ficando assim claro que se desconhece o seu final, pois esta correlação torna prematuro fixar um prazo. Resta saber se na prática a relação de emprego tenderá a manter-se em modo de teletrabalho, mesmo que seja alternado, nomeadamente, com gestantes, trabalhadores com filhos de tenra idade e pessoas com deficiência, embora não haja regras específicas formalmente contidas em apropriado diploma legal.

7. O desempenho laboral à distância com recurso à telemática e as redundâncias associadas

Pelo facto de se terem adoptado, no cenário laboral angolano, novas regras sem um enquadramento pormenorizado em sede própria, já vai contudo dando sinais de que se assiste a sugestivas transformações em sentido de, no futuro, inaugurar-se a era do teletrabalho com uma base legal disposta em instrumento jurídico que regule as relações sujeitas à sua disciplina, através de um corpo de normas apropriado.

Com efeito, já sopram ventos nesse sentido, embora seja verdade que ainda nos encontramos numa fase infantil, mas percebe-se que a sua implementação traria um favorável progresso ao Direito do trabalho, embora sem dúvida longe de se exagerar ao ponto de

tornar caduco o trabalho presencial. O que apenas se intui, advém do facto de se ter entrado numa fase em que as sociedades pró-industriais já vão definindo e precisando os termos e direções da institucionalização do teletrabalho, porém isso não constitui razão para considerar que o trabalho de ordem presencial entrou em agonia ou estertor, ou alcançou uma decrepitude, pois apenas estamos a favorecer um melhor emprego das novas tecnologias no largo sector laboral, como uma manifestação da sua moderna vitalidade, cuja incidência é particularmente acentuada nos países mais evoluídos, mas com claro influxo nos países periféricos e também nos mais afastados.

Todavia, logo se percebe que muito vai mudar na vida económica e laboral com as novas experiências saídas do dantesco ou pavoroso cenário pandêmico, mas, insiste-se, isso não obsta nem vai ao ponto de afastar a forma de organização do trabalho presencial, antes mostra-se necessário fazer a justa conciliação, pois de certa maneira e sob inúmeros aspectos, no terreno prático da actual realidade onde os dias vão sendo cada vez mais digitais e a competitividade força seguir novas tendências, crê-se que o teletrabalho pode impedir ou atenuar a destruição estrutural das empresas ou o seu encerramento, possibilitando por via dessa opção menos gastos ou a hipótese delas se manterem viáveis com menos trabalhadores, muito particularmente naquelas funções compatíveis com o trabalho remoto.

Por certo, são medidas que possibilitam mitigar os efeitos resultantes da quebra do trabalho presencial, mas em suas malhas o teletrabalho também faz transparecer uma alarmante realidade,

pois no futuro próximo a nova feição do vínculo laboral poderá integrar um repositório de dispositivos relacionados com a contratação alargada de profissionais residentes noutros países que desenvolverão as suas actividades remotamente[40], embora de maneira tímida não passe despercebida, nos presentes dias, o desenvolvimento desta opção em empresas de acentuada referência, ou de actividade económica de maior referência, uma áspera realidade para os países de fraco desenvolvimento económico-social, levando assim a projectar a ideia de que o teletrabalho vai para além dos limites do contexto local e, sob esse aspecto, até pode ser penoso para os países de fraca base económica por conduzir à arrecadação de um volume menor de receitas da tributação na área do trabalho.

De qualquer modo, e como é claro de supor, não se pode virar a cara à nova realidade, já que as mudanças por certo trazem consigo aspectos com um sentido positivo, ainda que se abram no seu caminho certas repercussões, algumas por vezes dolorosas, mas por certo não podemos desligar-nos da ascensão da alta tecnologia aplicável aos domínios da vida laboral, mais ainda quando se vive tempos duros, ansiosos, mas também cercados de novas experiências que exigem renovação das aprendizagens e melhor análise dos erros ou incorreções, muitas vezes já muito enraizados e com efeitos negativos sem conto, apelando-se assim, na vida económica, ao engenho e habilidade humanas para torpedear ou apoucar os

[40] Nesse sentido, Jean-Emmanuel Ray, *De la question sociale du XXIe siècle au télétravail, Dr. Soc. 2018*, p. 52.

obstáculos, num ensaio para este novo formato de trabalho, cujo rastilho já se encontra aceso.

À luz deste entendimento, justifica voltar a referir que a adopção do teletrabalho pode atenuar os males ligados ao brusco ou massivo desemprego (talvez mantê-lo nos limites do razoável), abrindo assim a hipótese, ao menos no cenário nacional (rodeado da já conhecida baixa produtividade, fraca concorrência e da concentração das empresas economicamente mais fortes na capital do país[41]), das entidades empresarias muito pequenas ou não, atenuarem os custos do emprego presencial (habitualmente as micro e pequenas empresas funcionam com baixas poupanças), fazendo então sentido dizer que o trabalho remoto tende a contornar a subutilização da força de trabalho[42], além de conduzir a maior flexibilidade e

[41] No cenário angolano, segundo o Fundo Monetário Internacional, há ainda a agravante de aproximadamente 60% do PIB ser realizado por actividades informais. Na generalidade são actividades de pequena escala, com organização rudimentar e destinadas à manutenção da vida familiar (algumas em situação miserável), sendo esta quanto a nós a principal preocupação e não a fuga ao pagamento de impostos por pequenos entes não cadastrados e inscritos. Para acompanhar a realidade vivida em torno do sector informal e encontrar medidas tendentes a superar os efeitos adversos na economia, criou-se o Observatório sobre a Informalidade que visa apreciar as distintas políticas ligadas ao combate à pobreza, melhoria das condições de vida na zona rural, desenvolvimento do comércio rural e impacto na redução da informalidade. Cfr., Jornal de Angola, Ano 45, n.º 160, terça-feira, 28 de Julho de 2020, p. 2.

[42] Num exame à nossa realidade, consideramos difícil conhecer a nossa taxa de subutilização do trabalho, em razão dos próprios obstáculos resultantes da informalidade (muitas pessoas fora do mercado formal de trabalho, periferias urbanas cercadas ou apinhadas de informalidade, alcançando uma cifra próxima dos sete milhões de indivíduos, ou seja, 72% de pessoas integradas no sector informal, segundo dados do Instituto Nacional de Estatística divulgados no Jornal de Angola, Ano 45, n.º 16113, 14 de Setembro de 2020, sexta-feira, p. 8), já que ela agrega não só a população desempregada, mas também em subemprego a tempo parcial, os inativos à procura de emprego mas não disponíveis para trabalhar e os inativos disponíveis mas que não procuram emprego. Em torno dessa matéria, lembramos que a OIT classifica o desempregado segundo um critério que pressupõe três requisitos de forma cumulativa: não ter trabalho remunerado, ter procurado

celeridade na tomada de decisões, afastando ou cortando de frente possíveis procedimentos longos e muito burocráticos (geralmente, tende-se a ser mais sucinto, mais objetivo, ou seja, menos propenso a divagações) e assim aumentar a eficácia das reuniões sem o envolvimento presencial, com vista a facilitar a tomada de medidas mais pontuais sobre aspectos de natureza laboral ou ligados às exigências empresariais, como soluções capazes de auxiliar a responder às dificuldades surgidas no mercado e mesmo no domínio dos constrangimentos resultantes do isolamento social em larga escala por força de diferentes ocorrências naturais.

Não se pode assim recusar que o teletrabalho decerto mostra-se propício a manter a máquina empresarial em funcionamento com menos custos de tesouraria, porquanto apenas tende a dispender gastos com as ferramentas telemáticas e as ligações electrónicas, mas também tem de se levar em conta as vantagens para o trabalhador remoto e para a comunidade em geral[43], pois em muitos casos não circula nas rodovias em veículo próprio ou da empresa, dando razão para menos gastos de combustíveis ou tempos de viagens por vezes arrasantes (o teletrabalhador conserva energias que poderia dispender nas suas deslocações), propendendo assim a melhorar as suas poupanças, mas também tende a assegurar um menor volume de tráfego rodoviário e ferroviário, além de reduzir o número de pessoas nas áreas urbanas consideradas muito populosas, criar condições para mais lugares de estacionamento nesses locais,

activamente emprego, remunerado ou não, no período de referência ou nas três semanas anteriores e estar disponível para trabalhar.

[43] Em torno do assunto, cfr., Guilherme Machado Dray, Teletrabalho, Sociedade da Informação e Direito, *in* Pedro Romano Martinez (Coord.), Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, vol. III, p. 271.

impulsionar a hipótese das habitações residenciais ficarem mais distantes dos centros de forte concentração populacional onde se localizam os serviços administrativos, comerciais, profissionais, educacionais, culturais, entre outros, e assim contribuir para um melhor ambiente ecológico, parecendo-nos que o trabalho à distância coincide com o procurado momento refundacional da protecção dos ecossistemas no planeta.

Todavia, não se recusa que o teletrabalho tem a sua delicadeza, pois em seu contexto mais abrangente podem todos estes aspectos coexistirem com um lado sombrio que vale ter em elevada conta, se pensarmos que a dependência da internet cria inúmeras oportunidades ao cibercrime que no panorama actual apresenta mudanças nos padrões de fraude electrónica, nomeadamente, a subtração ilícita de imagens, a introdução de vírus informáticos com vista a fragilizar as infraestruturas básicas, entre outras indevidas condutas que só podem ser neutralizadas através de sistemas de segurança actualizados.

A par disso, no plano individual o teletrabalho mostra-se propício a colidir com a nossa natureza de ser social, ainda que seja em época de pandemia de solidão pretensamente temporária, pois não se conhece a sua prévia duração. Nesta lógica, há o risco do teletrabalhador desligar-se da comunidade e assim potenciar o nascimento de sentimentos excessivamente individualistas, distanciando-se do envolvimento emocional e afectivo, em termos de torná-lo menos humano, alheando-se deste modo da necessária convivência e certamente das experiências da vida comunitária por via de condutas capazes de apoucar o sentido de humanidade

grandemente construído pelo contacto visual, o contacto presencial ou social com as pessoas, algo distante de se obter através das experiências com o ecrã do computador.

Com efeito, o trabalho em domicílio ainda que seja em moldes de teletrabalho, obscurece-se a possibilidade das pessoas se misturarem, estarem juntas, aumentar a entreajuda, conformar os laços e sinergias com os colegas e mesmo com a comunidade em geral, dificultando a imprescindível interação humana, e deste modo enfraquece o padrão natural de ligação das pessoas, ou seja, há razões para assumir que a sensação de isolamento torna as pessoas menos saudáveis.

Reconhece-se, contudo, que estes males não são apenas angolanos, advêm da insegurança da própria época em que vivemos em muita larga parte do planeta, bem se compreendendo que a nossa evolução não teria acontecido se, no passado longínquo, não tivéssemos formado comunidades humanas.

Justifica-se então admitir que o isolamento, generalizado ou não, é o pior para a espécie humana, porquanto estamos ligados uns aos outros e com a perda do sentido de comunidade em avantajada escala, tendemos a entrar em depressão, com perturbações de humor, afectações da paciência, crises de ansiedade, exaustão, além de nos tornarmos gradualmente sedentários, com graves implicações físicas e psicológicas, embora se possa até considerar as condutas atenuadoras desenvolvidas neste período pandêmico como forma de manter um nível de capacidades corpóreas e intelectuais medianas (apontam-se as actividades divulgadas por via da internet para serem exercidas em casa, como o ioga, a meditação, a culinária, entre

outras). Por tal, ainda que o trabalho à distância se prenda, entre nós, ao período pandêmico, já se levantam as mãos ao céu em aflição no seio muitas famílias, e isso deixa o seu rasto particularmente no equilíbrio da relação conjugal ou marital e nos aspectos respeitantes à familiaridade em geral[44].

Noutro plano, dentro da técnica laboral reconhece-se, na prática, a tendência para um maior grau de autonomia do trabalhador remoto por não partilhar o mesmo espaço de trabalho, particularmente quando a sua conexão não é permanente (ou seja, dentro dos limites do horário laboral); contudo, isso exige deste sujeito um nível de reforçada responsabilização com o trabalho por envolver uma intensidade menor de controlo e direcção[45], todavia com o perigo da crescente dificuldade em apartar o tempo de

[44] Com efeito, temos de admitir esta realidade no nosso contexto, sendo imperativo adoptar novas dinâmicas familiares em sentido de se fazerem acertos entre os casais para decidirem como laborar em teletrabalho quando um ou ambos seguem esse modo de desempenho laboral, com vista a evitarem-se constrangimentos e rupturas familiares, que a final também afectam os respectivos vínculos de trabalho. Na verdade, quando o teletrabalho se apresenta muito enredado na vida diária das pessoas, acabamos por ter dificuldades em separar a vida profissional da vida familiar, e muitas vezes nem disso os teletrabalhadores se apercebem, levando a ocuparem-se de maneira plena com as tarefas profissionais, tornando assim o nível de isolamento mais elevado. Todas estas realidades tornam-se mais preocupantes, quando as pessoas vivem comprimidas numa área habitacional reduzida, ou vivem no seio de uma família alargada, sendo também um sério problema aqueles casos em que a mulher estando em casa, o primeiro emprego é ser mãe, fazendo com que a lida doméstica se misture imenso com as responsabilidades profissionais, uma situação que exige esforços redobrados.

[45] Por certo o poder directivo à distância pode sofrer alguma mitigação, mas as modernas tecnologias de controle possibilitam a fiscalização e o monitoramento remoto da actividade do teletrabalhador. Sobre o assunto, em sede da subordinação jurídica, cfr. Jorge Luiz Souto Maior, Relação de Emprego e Direito do Trabalho, LTR Fevereiro de 2007, p. 42 e ss.; Walküre Lopes Ribeiro da Silva, Revisão dogmática da subordinação diante das transformações do mundo de trabalho. Revista do Advogado, São Paulo, V. 26, n.º 3, 88, pp. 83-99, Julho de 2006.

trabalho das outras actividades essenciais à vida do trabalhador, acabando por apoucar os períodos reservados ao descanso e assim a não aliviar a fadiga nem a recuperar energias para a continuidade do desempenho profissional - o direito ao descanso é vital à sanidade humana, mostrando-se imperioso diferenciar o tempo de trabalho profissional e o tempo pessoal, particularmente quando se desenvolve *on line* -, matérias por sinal desatendida entre nós por ausência de regulação do exercício desta variante de trabalho, mas cuja sensibilidade é reconhecida, por exemplo, no ordenamento jurídico português quando exige como menção expressa no contrato a "indicação do período normal de trabalho" (al. c), n.º 4, artigo 166º da Lei n.º 120/2015), ou no Código de Trabalho francês que vai mais longe quando determina a necessidade de se fixarem os critérios de controle da actividade em teletrabalho e os períodos durante a actividade laboral que o empregador pode contactar com o trabalhador, *article* L1222-9, II, 3º e 4º.

Permeado neste espírito, tem ainda de se dizer que constitui uma inegável realidade, a importância de se exigir do teletrabalhador um adicional grau de confiança na relação com as equipas ou grupos de trabalho nos quais se integra, fazendo acreditar nas suas competências (mostra-se necessário desenvolver uma cultura de equipa), nas informações transmitidas e na sua capacidade de liderança, se for o caso, concentrando-se à volta disso as características para dirigir e chefiar colegas no ordem organizacional que lhe confere tal autoridade.

Enlaçado nisso, não há como desprezar o necessário domínio da língua (ortografia, gramática, concordância entre frases), pois o

desempenho não se resume a introduzir dados no sistema, mas também informações e comandos que mal redigidos podem trazer conseqüências lastimáveis.

8. Derradeiras considerações

Tudo quanto se disse atrás parece justificar dizer que o teletrabalho, no contexto do trabalho em domicílio, constitui um *puzzle* que é preciso montar para não se tornar em mais uma anomalia no nosso contexto actual, com óbvios impactos desfavoráveis no mercado de trabalho.

Por outro lado, mesmo num cenário sem pandemia há razões sensatas para admitir o teletrabalho na nossa ordem jurídico-laboral, com uma fisionomia conjugada entre o trabalho presencial e o trabalho operado à distância através do recurso às tecnologias de informação e comunicação[46], com vista a não desfigurar, com o andar do tempo, a normalidade da vida comunitária e as relações sociais e assim constituir um elemento de tensão com efeitos drásticos no nosso estilo de vida, quer sob a cobertura ou não de eventuais confinamentos sem fim à vista.

[46] Na verdade, considera-se essencial a combinação entre o teletrabalho e o trabalho presencial, com vista a afastar o isolamento extremo do teletrabalhador, sendo de ver que a convivência entre colegas fortalece as relações sociais e o espírito de colectividade. Nesse sentido, Christophe Dejours/Isabelle Gernet, Travail, *subjectivité et confiance, Nouvelle revue de psychosociologie, n.º 13,* pp. 75-91, 2012, *in* www.cair.info/revue-nouvelle-revue-de-psychosociologie (acedido em 22 de Agosto de 2020). Noutro plano, temos de admitir que a realização de negócios através do uso das novas tecnologias, constituem o motor de transformações na actualidade. Nesse sentido, J. Martins, D. Gomes e C. Santos, A Era do Trabalho, *in Human with Smart Techonology*, MBA para Gestores e Engenheiros, Edições Sílabo Lda, 2019, p. 13 ss.

Deste modo, a emblemática relação presencial no quotidiano laboral ainda se mantém o nosso passaporte para a manutenção com verdadeiro significado do nosso modelo sócio-cultural resultante de acidentada evolução histórica, mas de modo algum o teletrabalho pode ser retirado das equações laborais na ordem económica contemporânea, pela simples consideração de que as ferramentas digitais já não podem ser vistas tão só como comodidades, mas também como puros instrumentos de trabalho.

Neste sentido, há de se perceber que já se encontram abertas as grandes vias para se ter em elevada conta a existência de largo terreno para acolher o teletrabalho, mas obviamente sem desfazer o acentuado peso do formato presencial de execução das actividades laborais, podendo-se assim assumir que o modelo híbrido e suficientemente flexível deve ainda ser por inúmeros anos a solução triunfante, embora se vá admitindo a queda paulatina do trabalho presencial no curso dos tempos no domínio de novas ou renovadas profissões, em virtude da ascensão cada vez mais acentuada da alta tecnologia digital[47], parecendo-nos já haver a necessidade de ir ensaiando a introdução gradual de uma porção importante de normas laborais que correspondam com a construção do ambiente virtual tão vivo no cenário contemporâneo.

[47] Nesse sentido, cfr., G. Leonhard, *Techonology vs Humanity, the comming Clash Between Man and Machine, Reino Unido, Fast Futuro Publishing, Ltd, 2016*, p. 653.

Bibliografia

AMADO, José Leal/VICENTE, Joana Nunes - Contrato de trabalho intermitente, XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, Almedina, Coimbra, 2009.

AMADO, João Leal - Contrato de Trabalho, Noções Básicas, Coimbra, Almedina, 2016.

ASCENSÃO, José de Oliveira, Estudos sobre o Direito da Internet e a Sociedade de Informação, Coimbra, 2001.

DEJOURS, Christophe/GERNET, Isabelle, Travail, subjectivé et confiance, Novelle revue de psychosociologie, n.º 13, *in* www.cair.info/revue-nouvelle-revue.

DRAY, Guilherme Machado, Teletrabalho, Pedro Romano Martinez (Coord.), Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2002.

FERNANDES, António Monteiro, Direito do Trabalho, 18º Edição, Coimbra, Almedina, 2017.

FREITAS, Ives Faiad, Teletrabalhador e a configuração do vínculo empregatício:análise das teorias da parassubordinação e da subordinação estrutural, *in* Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012; www.ambito-jurídico.com.br.

IPPOLITO, Carlo Sarzana di/Ippolito, Fulvio Sarzana di S., Profili giuridica del commercio via internet, 1999, António Pinto Monteiro (coord.) et al., As Telecomunicações e o Direito nas Sociedades de Informação, *in* Direito na Sociedade de Informação, Edições Almedina, Abril, 2000.

LAMBELHO, Ana/GONÇALVES, Luísa Andias - Direito do Trabalho, Da Teoria à Prática, Lisboa, Rei dos Livros, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito do Trabalho, 2ª Edição, 2013, Almedina.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito do Trabalho de Angola, 2013, 2ª Edição, Almedina.

MAIOR, Jorge Luiz Souto - Relação de Emprego e Direito do Trabalho, LTR Fevereiro de 2007.

MARINO, V. D., The High Road to Teleworking, Geneva, 2001.

MARQUES, Garcia/Martins, Lourenço, Direito de informática, Coimbra, Almedina, 2000.

MARTINS, J./Gomes D./Santos C., A Era do Trabalho, *in* Human with Smart Techonology, MBA para Gestores e Engenheiros, Edições Sílabo Lda, 2019.

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

PEREIRA, Joel Ramos, Direito da Internet e Comércio Electrónico, Quid Juris, 2001.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, Direito do Trabalho, Dogmática Geral,Coimbra, Almedina, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma Direito do Trabalho, II, Situações Laborais Individuais, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

RAY, Jean-Emmanuel, De la question sociale du XXle siècle au travail, Dr. Soc., 2018.

ROUDIL, Albert, Le droit du travail au regarde de l´informatisation, DS, 1981.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da - Revisão dogmática da subordinação diante das transformações do mundo de trabalho. Revista do Advogado, São Paulo, V. 26, n.º 3, 88, pp. 83-99, Julho de 2006.

VENEZIANI, Bruno, Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato, DLRI, 1987, I.

BRASIL



JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

CRISIS JURISPRUDENCE AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Estêvão Mallet[1]
Flávio da Costa Higa[2]
Fernanda Antunes Marques Junqueira[3]

> *We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others*[4].

Sumário: I. Introdução; II. Demandas infinitas vs. Recursos finitos; III. Limites epistêmicos e métodos de avaliação das legislações de urgência; III.I. O método *strict scrutiny* e sua contribuição para a conformação de teste avaliativo de leis restritivas a direitos fundamentais; IV. Conclusão; V. Referências bibliográficas.

Resumo:
O artigo tem por objeto de investigação a chamada "Jurisprudência de Crise", nomenclatura utilizada para designar o conjunto de decisões tomadas sob conjunturas de escassez excepcional. A partir da assunção do pressuposto de que a sociedade se desenvolve num contexto de necessidades infinitas para recursos finitos, afirma que a carência de insumos é agudizada em contextos de exceção, que impõem maior austeridade fiscal. Ambiciona, com esse postulado, desenvolver o corolário de que as legislações de urgência impactam – inexoravelmente – as políticas públicas de implementação de direitos e garantias fundamentais, de modo a exigir uma abordagem epistemologicamente distinta na interpretação/aplicação das normas jurídicas. Tem como argumento central a crítica aos métodos tradicionais de análise, edificados a partir de valores abstratos e conceitos indeterminados que servem tão somente à elaboração de um discurso

[1] Estêvão Mallet é Livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e advogado.
[2] Flávio da Costa Higa é juiz do TRT da 24ª Região e doutor pela USP.
[3] Fernanda Antunes Marques Junqueira é juíza do TRT da 14ª Região e doutoranda pela USP.
[4] CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978, p. 17.

decisório dúctil à volição do julgador. Por conseguinte, instila algumas propostas para superar o problema e auxiliar na construção de um anteparo teórico mais idôneo e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, por permitir a aferição de sua validade mediante escrutínio de suas premissas, conclusões, métodos e paradigmas estruturais.

Abstract:

The main purpose of this paper is to investigate the so-called "Crisis Jurisprudence", a nomenclature used to designate the set of decisions taken under circumstances of exceptional scarcity. Based on the assumption that society develops in a context of infinite needs among finite resources, it states that the lack of inputs is heightened in contexts of exception, which impose greater fiscal austerity measures. Having that in mind, it aims to develop the corollary that urgent laws impact - inexorably - public policies for the implementation of fundamental rights and guarantees, in order to demand an epistemologically different approach in the interpretation / application of legal norms. Its central argument is the criticism of traditional methods of analysis, built on abstract values and indeterminate concepts that only serve to elaborate a ductile decision-making discourse according to the judge personal inclination. Therefore, it instills some proposals to overcome the problem and assist in the construction of a theoretical framework more suitable and in line with the Democratic Rule of Law, by allowing the verification of its validity through scrutiny of its premises, conclusions, methods and structural paradigms.

I - Introdução

O verbete "crise" é tão onipresente na lexicografia jurídico-econômica que justifica indagar se tamanha ubiquidade não torna anódina a identificação de uma "jurisprudência" que lhe seja peculiar, sem cair em uma armadilha tautológica. Sob o prisma fenomênico, tem-se a impressão de experimentar "a normalidade da excepção", na qual "o mundo tem vivido em permanente estado de crise"[5]. Em um panorama inexoravelmente limitado, todas as investidas para concretizar – à moda do *Welfare State*, do *État-*

[5] SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

Providence ou de qualquer outro modelo – "uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como afiançador da qualidade de vida do indivíduo", enquanto projeto civilizatório, "caracteriza-se por crises", sendo certo que a crise de financiamento "parece estar por trás de todas."[6]

A própria finitude de recursos é uma característica financeira estrutural a qual Sen denominou "*budget constraint*"[7], ou seja, todos – no âmbito público ou privado – só podem gastar aquilo que possuem. Os meios são limitadores indefectíveis dos fins. Nesse sentido, "atacar a reserva do possível é lutar contra moinhos de vento, pois a escassez é um dado de realidade"[8]. "É inútil combater o inevitável"[9]. Deve-se, portanto, abdicar dessa batalha quixotesca para perscrutar métodos de alocação eficiente que melhor atendam aos interesses da sociedade.

A alguns parece escapar, entretanto – ao menos no plano discursivo –, o postulado (axiomático) de que o Direito não possui força ilimitada. Talvez o exemplo mais didático seja o de transplante de órgãos. Se existe apenas um rim e dois enfermos que dele necessitam, serão obsoletos os mais belos panegíricos que glorifiquem o valor supremo da vida e da dignidade humana, mas não decidam o caso concreto: quem, afinal, será o agraciado pela doação? Antes pelo contrário, a crença pueril de que o poder do

[6] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-58.

[7] SEN, Amartya. *Identity and Violence*: The Illusion of Destiny. London: Penguin Books, 2006.

[8] SCAFF, Fernando Facury. *Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas* Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 5 set.2020.

[9] SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 76.

legislador ou do magistrado é capaz de promover o milagre da multiplicação, aliada à imaturidade obtusa do "negacionismo" frente à premência de escolhas difíceis[10], fornece o combustível e o comburente da combustão de tragédias, porquanto só é capaz de administrar problemas quem os admite e decide. Por outro lado, conquanto o recurso ao princípio da dignidade humana e a outras categorias genéricas ou indeterminadas não seja uma ferramenta supérflua em decisões bioéticas[11] – como também não o são muitos outros – é forçoso reconhecer que a sua significação tem sido extremamente vaga[12].

Se o elemento "crise" é, então, uma constante perpétua – *rectius*, se as necessidades sociais serão sempre infinitas diante de uma oferta finita de recursos –, soa mesmo paradoxal cogitar-lhe um tratamento específico. Até porque o ordenamento tem por escopo o "*Desarrollo Progresivo*", o que equivale à busca pelo pote de ouro ao "final" do arco-íris, já que o objetivo é o de "*lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos [...] en la medida de los recursos disponibles*"[13], ou seja, por mais próspera

[10] Para aprofundamento, vide: HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. *Tragic Choices and Moral Compromise: The Ethics of Allocating Kidneys for Transplantation*. Milbank Quarterly, 2013 Sep; 91(3): 528–557.doi: 10.1111/1468-0009.12025.

[11] ANDORNO, Roberto. *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?* Revue Générale de Droit Médical, n° 16, 2005, p. 95-102.

[12] "*Force est de reconnaître que si l'expression 'dignité humaine' est de plus en plus souvent employée, elle l'est avec une signification vague*." (SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. *La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d'organes*? Raison publique, 2012/2 (n. 17), p. 219-238, p. 220)

[13] Excertos do art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. (COSTA RICA. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 22 nov.1969. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf. Acesso em: 5 set.2020.

que seja a sociedade, as demandas aumentarão à medida que houver mais riquezas.

Nem todas as crises, entretanto, são idênticas. As situações já conhecidas de exiguidade de meios para consecução de fins – por serem previstas ou previsíveis – contam com um aparato regulatório devidamente interpretado por uma jurisprudência que se pretende estável, íntegra e coerente, tudo em benefício da segurança jurídica e da consequente pacificação social. Há, contudo, casos em que a alteração na quantidade (a intensidade da crise) implicará mudança na qualidade[14], a ponto de transmudar seu *status* e demandar respostas jurídicas distintas. Em *Block v. Hirsch, 256 U.S. 135 (1921)*, a Suprema-Corte norte americana assinalou que alguns temas que seriam estritamente privados em circunstâncias ordinárias (locação de imóveis) poderiam ter mudanças tão acentuadas no tempo e no espaço (o contexto era o Pós-Guerra) a ponto de adquirir interesse público e justificar a intromissão mais enérgica do Estado[15].

Escoimada a inferência fetichista de que o Direito dispõe de todas as fórmulas prontas e acabadas para eventos sem precedentes, torna-se factível edificar construtos teóricos epistemologicamente válidos para a interpretação e aplicação de normas jurídicas em situações insólitas. Quando o contexto apresentado é anômalo, mera subsunção pode não ser suficiente, porquanto "a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para

[14] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. Tradução Paulo Meneses, com a colaboração de José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1, p. 214.

[15] "[…] *circumstances may so change in time or so differ in space as to clothe with such an interest what at other times or in other places would be a matter of purely private concern*". (EUA. United States Supreme Court. *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 (1921).

ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral"[16].

O contexto que estimula – mas não exaure – a confecção do presente texto é a pandemia da Covid-19. Desde que a doença passou a receber esta taxonomia pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020[17], o quadro infeccioso teve escalada vertiginosa no mundo. A Johns Hopkins University descortina um mundo de quase 27 milhões de infectados, sendo o Brasil o 2º colocado na classificação mundial, com mais de quatro milhões de atingidos[18]. E os dados atuais permitem lobrigar um cenário bastante crepuscular: o Banco Mundial prevê uma retração de 5% (cinco por cento) no PIB brasileiro, em 2020[19]. Já o Imperial College London adverte para a possibilidade de, na ausência de medidas de controle voltadas a conter a curva de contágio, prognóstico de que a epidemia continuará a crescer de forma exponencial.[20] Não há, portanto,

[16] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155.

[17] "*We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic*" (WHO. Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19. 11 March 2020. Disponível em: https://www.who.int/. Acesso em: 4 set.2020.).

[18] JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)*. Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/map.html. Acesso em: 4 set.2020.

[19] "*Brazil is expected to contract by 5.0 percent in 2020, facing three shocks: weak external demand, oil prices (Brazil is a net oil exporter), and the economic disruption from virus-containment*." (World Bank. Semiannual report of the latin america and caribbean region. *The Economy in the Time of Covid-19*. Disponível em: https://olc.worldbank.org/. Acesso em: 4 set.2020).

[20] "*In the absence of the introduction of further control measures that will more strongly curb transmission, Brazil faces the prospect of an epidemic that will continue to grow exponentially*." (MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBAUM, *Henrique* H.; MISHRA, Swapnil *et al*. Estimating *COVID-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London (08-05-2020), doi: https://doi.org/10.25561/78872).

paradigma histórico idôneo para o enfrentamento jurisdicional de uma crise de tamanha magnitude em termos mundiais. Mesmo a Gripe Espanhola de 1918, a despeito de sua devastadora impetuosidade, não pode ser tomada em consideração sem levar em conta as enormes diferenças no tráfego de pessoas, no desenvolvimento industrial, no comércio internacional, na globalização da economia, na Medicina, na evolução dos direitos sociais etc.

A ilusão de negar os impactos do problema no campo jurídico e, por conseguinte, as transformações que devem ser operadas, serve apenas para adiar – e agravar – as dificuldades[21]. Não há uma "mão invisível", guiada apenas pelo regramento da "normalidade", que leve ao bem comum, desde que todos se esforcem exclusivamente à garantia de maximização de preferências individuais[22]. Ao contrário, "*ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons*."[23]. Perspicaz, nessa senda, a Corte Constitucional da Lituânia ao afirmar que a distribuição dos ônus em períodos de privação tem que observar os imperativos de solidariedade, justiça e harmonia social[24].

---

[21] CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. Op. cit.

[22] *Mutatis mutandis,* essa é a síntese do pensamento liberal de: SMITH, Adam. *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*. London: Oxforf University Press, 1981, p. 18.

[23] Foi a enfática assertiva de Hardin, ao tratar especificamente de bens comuns, como recursos naturais. (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the commons. *Science*. 13 Dec.1968, Vol. 168, n. 3859, pp. 1243-1248. Disponível em: http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/162/3859/1243. Acesso em: 5 set.2020).

[24] "*One has to follow the constitutional imperatives of solidarity, social harmony and justice in the course of redistributing the corresponding burden that has fallen upon the state among members of society*." (LITUANIA. Constitutional

Não se trata, evidentemente, de promover a erosão do Estado Democrático de Direito, a partir da errônea intelecção de que as crises mais graves têm o condão de transmudar o ordenamento em um "vale-tudo", em que todos os alicerces civilizatórios desmoronam em nome de exigências orçamentárias. A Corte de Cassação italiana acertadamente pontuou que "*il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [...] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali*", pois, na realidade, "*è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*."[25].

A singularidade do momento, porém, "demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada"[26], a fim de acomodar as necessidades às possibilidades.

Definitivamente, não é uma empreitada fácil. Se há uma característica comum entre as mais variadas decisões judiciais em que se enfrentou o problema é a de que todas elas foram muito criticadas[27]. Mas é justamente este o desafio a que se propõe o trabalho: o de fornecer alguns subsídios para auxiliar o Poder

---

Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05- 17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010).

[25] (ITALIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 275/2016*. Pubblicazione in G. U. 21/12/2016 n. 51. Disponível em: www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=275. Acesso em: 5 set.2020.

[26] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível*: caminhos constitucionais. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br. Acesso em: 5 set.2020.

[27] MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise*: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiero, Lumen Juris, 2017, p. 10.

Judiciário, quando instado, direta ou indiretamente, a alocar recursos em contextos extremados.

II – Demandas infinitas v. Recursos finitos

Como a balança entre carências e possibilidades tem uma tendência ontológica ao desequilíbrio – pendendo, sempre, para o lado da primeira –, há necessidade de disciplinar a distribuição dos bens. A gestão de recursos é importante pelo simples fato de que eles são escassos, ou seja, existem limites materiais que obstam a satisfação de todos os bens e serviços que as pessoas desejam[28]. Fossem as riquezas infinitas ou bastantes para todos, não haveria nada a equacionar. O factual, porém, impõe-se avassaladoramente sobre quimeras. Bem por isso, a Corte Constitucional da Colômbia asseriu que "*la efectividad del Estado Social de Derecho depende de la realización de una serie de actos que suponen gastos económicos*". Existe, portanto, uma estreita relação "*entre la concreción de los fines que se predican del Estado en materia social y la necesidad de contar con una estructura macroeconómica que permita no sólo el cumplimiento de tales objetivos sino, además, el normal funcionamiento del Estado*" [29].

[28] Conforme escólio de Mankiw: "*The management of society's resources is important because resources are scarce. Scarcity means that society has limited resources and therefore cannot produce all the goods and services people wish to have. Just as each member of a household cannot get everything she wants, each individual in a society cannot attain the highest standard of living to which she might aspire.*" (MANKIW, Gregory N. *Principles of Economics*. 8 ed. Boston: Cengage Learning, 2018, p. 4).

[29] COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref 24. Acesso em: 5 set.2020

Os diplomas normativos que resguardam, *e.g.*, o direito à "busca da felicidade" ("*the pursuit of happiness*"), prometido tanto na Declaração de Direitos da Virgínia (1776)[30] quanto na Constituição do Japão (1946)[31], ou que asseguram o direito de "*toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille*" – e o plexo de garantias que isso implica[32] –, o fazem tendo como pressuposto lógico necessário a existência de mecanismos financeiros à sua implementação.

Nessa perspectiva, são, no mínimo, inconsequentes[33] as decisões que, *v.g.*, interferem em políticas públicas para garantir determinado tratamento experimental ou medicamento novo a alguém[34], sem elucidar – já que assumida uma agenda de ingerência – a sua fonte de custeio, como se o orçamento fosse um "poço sem

[30] EUA. *The Virginia Declaration of Rights*. Disponível em: https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights. Acesso em: 5 set.2020.

[31] "*Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs*." (JAPÃO. *The Constitution of Japan*. Promulgated on November 3, 1946. Disponível em: https://japCoan.kantei.go.jp. Acesso em: 5 set.2020).

[32] Como o direito à alimentação, ao vestuário, à moradia e ao aprimoramento das condições existenciais, conforme art. 11 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NATIONS UNIES. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Disponível em: https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx. Acesso em: 5 set.2020).

[33] Abstraído, por força do recorte metodológico, o debate acerca da legitimidade dessa usurpação de competência legislativa.

[34] Gouvêa afirma que o discurso sobre direitos humanos sobre apropriação pelos mais abastados, que detêm mais acesso à informação, recursos para custeio de advogados e capacidade de influência em decisões judiciais, ou seja, na prática, a retórica de proteção torna-se uma ferramenta de transferência inversa de renda, em detrimento dos mais pobres entre os mais pobres. (GOUVÊA, Carlos Portugal. *Social Rights against the Poor*. Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 7, 4/2013, p. 454-475)

fundo". A honestidade imporia esclarecer que determinado indivíduo terá o seu direito individual à saúde preservado, às custas do cancelamento de alguma campanha de vacinação, da não aquisição de uma ambulância para determinada comunidade, da diminuição da oferta de medicamentos da lista da ANVISA etc. Sem isso, há apenas populismo judicial. Pior, ainda, é desacreditar uma premissa tão comezinha: essencialmente, há pouca ou nenhuma diferença entre essa crendice e a noção de realidade de uma criança que chora em frente à loja de brinquedos por querer todos eles, ignorando a limitação financeira de seus pais.

Portanto, as regras jurídicas – e, bem assim, as interpretações judiciais que lhes delimitam o sentido e o alcance – não podem dar as costas à realidade, garantindo aquilo que deveras não são capazes de assegurar. "*The legal acts may not require the impossible ('lex non cogit ad impossibilia')*" [35]. "O Direito não é um fim em si mesmo, mas decerto um processo dinâmico com finalidades sociais". Assim, "as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, [...] maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social, sem que o magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função e do problema da capacidade institucional" [36].

[35] LITUANIA. Constitutional Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05- 17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010).

[36] FUX, Luiz. Prefácio da obra de: MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise*: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

As leis que versam sobre direitos fundamentais não são cartas de boas intenções. São mandamentos de otimização cujo cumprimento é compulsório. Sob esse ângulo, o juiz torna-se um dos personagens "da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supraindividuais"[37] em situações de excepcionalidade, na medida em que pode conformar a interpretação/aplicação das regras às circunstâncias do caso."[38] "A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva". Ademais, suas "valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-e-versa"[39]. Mesmo em países como a Alemanha, onde o art. 97 da Lei Fundamental[40] prescreve que o juiz está vinculado apenas à lei, "essa vinculação deve ser entendida como ao Direito."[41].

Nessa missão, "a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas", porque as leis "são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes" e "para

[37] CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário*: um enquadramento teórico. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

[38] Aristóteles constrói uma metáfora com a "Régua de Lesbos" ao vaticinar: "tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso." (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 173).

[39] FUX, Luiz. Op. cit.

[40] ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Art 97. (1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_97.html. Acesso em: 5 set.2020.

[41] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.

conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método"[42] de avaliação da eficiência. Não se trata, por óbvio, de fixar na Economia uma condicionante absoluta das soluções jurídicas, mas de contar com um aparato eficaz para que "o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos"[43].

São muitas as críticas a esse tipo de abordagem, desde a afirmação (rasa) de que tudo não passa de um estratagema para satisfazer uma agenda orçamentária – *una artificiosa invenzione, supportata da argomenti retorici finemente esposti ma palesemente strumentali, una invenzione volta all'appagamento delle esigenze facenti capo alla crisi, assiomaticamente poste quali punti di partenza e di arrivo dei ragionamenti dei giudici*[44] – até a asserção (verdadeira) de que os juízes não possuem formação para elaborar prognósticos econômicos[45].

O problema, entretanto, é que ela é inescapável. Negar as inevitáveis limitações a que está sujeito o Direito, desprezar as consequências econômicas de uma decisão ou suas projeções

[42] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

[43] POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 621-622.

[44] RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali* – con specifico riguardo alla materia pensionistica, Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2017.

[45] A admoestação veio da Suprema Corte brasileira, nos seguintes termos: "Os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. (STF. *RE 565.089 / SP,* Rel. Min. Marco Aurélio, 25 set.2019)

econométricas é flertar com uma realidade paralela, na qual o elemento volitivo basta – *per se* – para que as determinações judiciais sejam viáveis. Esse devaneio mortifica a hermenêutica, deteriora a exegese, frustra os escopos do Direito e corrompe o próprio Contrato Social, porquanto "o soberano [...] não pode impor aos súditos nenhum grilhão inútil à comunidade; nem mesmo pode querê-lo; pois sob a lei da razão nada é feito sem causa, do mesmo modo que sob a lei da natureza"[46]. Pela sua origem e função, "*la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales*" [47].

Conforme mencionado alhures, não é uma tarefa simples. A própria definição dos lindes em que o julgador se mantém para não atravessar a fronteira da separação harmônica de Poderes causa bastante polêmica. A autocontenção no emprego de conceitos indeterminados[48] como, por exemplo, o de "razoabilidade", exige policiamento constante – diante de seu alto grau de abstração –, pois, de acordo com a Suprema Corte do Canadá, o que é razoável variará de acordo com o contexto, levando em consideração a natureza do

[46] ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Ana Rezende. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 40.

[47] COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref24 em: 5 set.2020.

[48] Sintomático desse problema é o fato de a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) ter seu preocupado especificamente com decisões desse jaez, delas exigindo que: "Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais."

interesse violado e o esquema legislativo que se pretende implementar[49].

Preocupa, outrossim, na valoração judicante a respeito da interpretação e aplicação de regras jurídicas a questão informacional, notadamente em uma quadratura histórica pautada por "pós-verdades" e "*fake news*"[50]. Basta uma pequena imperfeição nos dados para gerar profundo impacto no equilíbrio e contaminar todas as enunciações decisórias[51].

No campo deontológico, necessário orientar as decisões de modo a não reificar o ser humano, fim em si mesmo que é[52], a partir da ideia de que os seus direitos fundamentais compõem estruturas básicas de cidadania que são a expressão jurídica de um sistema de valores que constituem o fundamento jurídico da ordem e da paz social, como assentou o Tribunal Constitucional da Espanha[53].

---

[49] No original, lê-se: "*What is reasonable will vary with the context, regard being had to the nature of the interest infringed and the legislative scheme sought to be implemented.*" (CANADA. Supreme Court of Canada. *R v Edwards Books and Art Ltd [1986] 2 S.C.R. 713*. Disponível em: https://app.justis.com/case/r-v-edwards-books-and-art-ltd/overview/c4KdoWGto1Wca. Acesso em: 5 set.2020)

[50] SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. *Fake News Detection on Social Media*: A Data Mining Perspective. ACM SIGKDD Explorations Newsletter, v. 19, n. 1, September 2017. pp. 22-36. https://doi.org/10.1145/3137597.3137600.

[51] "*Even a small amount of information imperfection could have a profound effect on the nature of the equilibrium.*" (STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics. *The American Economic Review*, Vol. 92, n. 3 Jun.2002, pp. 460-501).

[52] Consoante o imperativo categórico kantiano: "O ser racional existe como fim em si, como um valor absoluto, e não como meio para outros fins, como um valor relativo (a estes outros fins). Pela autonomia, isto é, por se submeter à lei moral dada por si próprio, é que o ser racional torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas 'um valor absoluto', uma 'dignidade'" (KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004).

[53] "*Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización*

São muitos e intricados, enfim, os obstáculos a debelar para erigir as diretrizes mínimas de uma "jurisprudência de crise" e seus limites epistêmicos, que serão detalhados nos capítulos subsequentes, com o objetivo de contribuir para um debate tão importante e atual.

III - Limites epistêmicos e métodos de avaliação das legislações de urgência

Falar em jurisprudência de crise pode parecer um desatino a conduzir o leitor a um percurso disparatado. As razões para isso são óbvias. Espera-se, tanto aqui, em terras de *civil law*, quanto acolá, em países de tradição de *common law*, que a jurisprudência seja estável[54] bastante a gerar legítimas e fundadas expectativas de que determinada eleição comportamental está a se compaginar com as ordenanças do Poder Judiciário. Nessa senda, o estado de crise, com aptidão de atacar o Estado, enquanto prestador e fomentador de políticas públicas, não teria, *a priori*, o condão de desestabilizar sua sólida jurisprudência, que se manteria íntegra e estável[55].

jurídica y política; son, como dice el art. 10 de la C.E., el 'fundamento del orden jurídico y de la paz social'" (ESPANHA. Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso prévio de inconstitucionalidade. *Sentença 53/1985*. Publicado em 18 de maio de 1985. Disponível em: http://www.boe.es. Acesso em: 5 set.2020)

[54] O artigo 926 do CPC/2015, sobre a questão, expressamente vaticina, em tons mandamentais, que: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

[55] Por crise, na concepção de Antônio Casimiro Ferreira, entende-se a situação de excepcionalidade, ou seja, quando um fato, ou uma série de fatos, desencadeiam a alteração lógica costumeira de determinada sociedade. Essa mudança pode se dar no âmbito do Direito, da Economia, das instituições morais, a depender do tipo de excepcionalidade enfrentada. *In:* FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. *Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)?*: Ata da I Jornada de direito do emprego público.

No entanto, o mesmo dilema das ciências econômicas aparece no âmbito das ciências sociais, a exigir, diante da finitude de recursos, a eleição de soluções menos drásticas, com vistas a preservar, o quanto possível, o núcleo essencial dos direitos fundamentais[56]. A atual crise pandêmica serve de exemplo e a autenticidade de suas características exige do Direito uma postura equilibrada e intermediária, sem excesso de rigidez, a ponto de ignorar a realidade estampada em seus olhos; sem ilimitada flacidez, a ponto de convalidar qualquer peripécia engendrada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, a divisa entre o estado de legalidade e o estado subversivo é de pouca espessura e, por ora, não existem soluções prontas e acabadas a desanuviar o caminho. A utilização de princípios e conceitos jurídicos indeterminados pode atender a um e a outro, a depender da enunciação decisória eleita. Em referência ao Tribunal Constitucional português, Novaes anota que a Corte, a orientar-se pelo pronunciamento de uma não inconstitucionalidade da intervenção restritiva, "recorre a uma plêiade de fuga [...]"[57].Esses subterfúgios podem pendular para o despautério, tal como em *Korematsu v. United States*[58], caso em que, a pretexto de proteção

Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013, p. 54.

[56] Não se desconhece, é certo, a crítica de Jorge Reis Novais à tese do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo em conta que, "pese embora o sucesso da fórmula e a sua invocação frequente, a garantia do conteúdo essencial não desempenha, hoje, qualquer papel autônomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efectivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais". Para maior aprofundamento, que não cabe no presente texto, ver: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra Editora, Portugal, 2010, p. 786.

[57] NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 793.

[58] 323 U.S. 214, 219-20 (1944). Em resposta ao ataque japonês à Pearl Harbor, durante a Segunda Guerra Mundial, o governo dos Estados Unidos decidiu exigir, por alegada necessidade de preservar a segurança nacional, que os nipo-

da segurança nacional, legitimou-se uma política segregacionista claramente contrária ao Direito, sob a justificativa de que "*the power to protect must be commensurate with the threatened danger*" [59].

De outro, pode pendular para um razoável - malgrado questionável - equilíbrio, a despeito da intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais[60]. Portugal mesmo serve de exemplo. Como decorrência da crise financeira impulsionada pela queda dos *Leman Brothers*, no ano de 2008, o Estado lusitano, entre os países severamente afetados do globo, firmou acordo conjunto com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, assumindo o compromisso de redução do *déficit* orçamentário público. Nesse diapasão, a Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2011 (Lei n. 55-A/2010), em seus artigos 19, 20

americanos residentes na costa-oeste se mudassem para campos de realocação. O Presidente Franklin Roosevelt assinou a Ordem Executiva 9066 em fevereiro de 1942, dois meses após o incidente. Fred Korematsu, um nipo-americano que vivia na cidade de San Leandro, preferiu permanecer em sua residência, rebelando-se contra a ordem emanada. Por isso, foi recolhido à prisão e, posteriormente, condenado. A seguir, trecho da *opinion* de Justice Black: "[...] *We uphold the exclusion order* [...]. *In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic govern. But when, under conditions of modern warfare, our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger*". O voto divergente, encaminhado por Justice Murphy, mais lúcido do que a maioria, acusou a Corte de ter sido "arroubada pelo racismo". E acrescentou: "[…] *no immediate, imminent and impending public danger could justify such a racially motivated restriction*."

[59] 323 U.S. 214, p. 219-20 (1944).

[60] Entre os autores que defendem a validade da medida restritiva, ver: DRAY, Guilherme Machado. O Direito do Trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *In: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan-set, 2015.

e 21, propôs a redução dos vencimentos do funcionalismo público, incluindo os ocupantes dos cargos de Presidente da República, Primeiro-Ministro, Deputados da Assembleia da República, Juízes do Tribunal Constitucional, bem como toda a magistratura nacional e membros do Ministério Público. Inconformados com a medida, alguns deputados federais questionaram sua validade, instando o Tribunal Constitucional a pronunciar-se. Fosse pela sólida jurisprudência cimentada pela Corte, já se sabia, de antemão, o desfecho da peregrinação processual, a dar ao ato legislativo a pecha da reprovação[61]. Todavia, para a surpresa dos autores e de muitos outros acadêmicos e juristas, o resultado inusitado, em uma compreensão do estado de excepcionalidade experimentado pelo país, inclinou sua conclusão para a constitucionalidade das normas que implicavam a redução salarial. Entre as razões apresentadas, o Tribunal Constitucional reforçou o caráter temporal da medida, válida para atender a um estado de crise agudo, transitório e excepcional, a demandar o sacrifício do direito à irredutibilidade salarial frente à prossecução do interesse público em reequilibrar as contas do Estado e alavancar sua economia[62].

Portanto, no juízo de ponderação de valores, naquela ocasião excepcional, conferiu-se maior densidade ao interesse público, pese embora custasse a imolação dos princípios da proteção à confiança e

[61] Assim restou decidido em acórdãos n. 303/90; e 141/2002, referentes, em ordem cronológica, à Lei do Orçamento do Estado de 1989, que determinou a redução salarial dos vencimentos de um conjunto de professores e à Lei do Orçamento do Estado de 1992, a qual, ao fixar o limite máximo do vencimento do Primeiro-Ministro, implicou, em alguns casos, na redução salarial de determinados funcionários ocupantes de cargos públicos.

[62] Excerto do acórdão n. 396/2011. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 6 set.2020.

segurança jurídica, tão caros ao Estado Democrático de Direito,[63] além de quebra de direitos individuais expressamente protegidos. Aliás, a eleição drástica foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional que, em referência ao princípio da proteção à confiança, em sinal de reconhecimento, pontuou que "as reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas"[64]. Por sua vez, na linha de argumentação jurídica adotada pela decisão, preservou-se o princípio da proporcionalidade, já que a redução dos vencimentos não só se apresentou idônea, como, sobretudo, necessária para fazer face à crônica crise econômica. No que concerne ao princípio da igualdade, enfatizou-se que o agente público não se nivela ao particular e, nessa qualidade, pode sofrer o contingenciamento dos seus ganhos, raciocínio inaplicável na esfera privada, prevalecendo o princípio da irredutibilidade salarial. E, por fim, destacou a natureza excepcional e transitória da medida, com o escopo de atender à situação anômala experimentada pela nação lusitana[65].

[63] Em comentário ao acórdão, DRAY pondera que se está diante de uma "redutibilidade salarial condicionada no que diz respeito à atuação do legislador ordinário: por um lado, o legislador pode diminuir a retribuição dos trabalhadores, por via legislativa, desde que tal redução obedeça a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade e não afete o princípio da igualdade; por outro lado, essa diminuição salarial não pode pôr em causa, mesmo em um contexto de emergência e de grave crise económica, o direito a uma sobrevivência minimamente condigna, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Este último princípio, na sua projeção laboral, consubstancia-se precisamente, nos termos acima assinalados, no princípio da proteção ao trabalhador." *In:* DRAY, Guilherme Machado. *Op. cit.*, p. 184.

[64] Excerto do acórdão n. 396/2011.Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 6 set.2020.

[65] Essa mesma linha argumentação foi utilizada pela Corte Constitucional colombiana, ao tempo da edição da Lei n. 628 de 2000, a qual inaugurou "*El Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la*

A propósito desse rol epistêmico, em Lituânia, a Suprema Corte também se posicionou a respeito do natural e característico confronto travado entre a edição de medidas regulatórias ajustadas para o enfrentamento de circunstâncias desordenadas e a restrição a direitos e liberdades constitucionalmente assegurados. A decisão, sobre a validade de norma promotora de redução de pensionamentos e vencimentos do funcionalismo público, declara, de forma minudente e escrupulosa, que, em razão de um cenário de crise econômico-financeira de grande repercussão, permite-se o contingenciamento de direitos e liberdades fundamentais, entre eles, o direito de receber um salário justo pelo trabalho prestado, observadas, no entanto, as seguintes condicionantes: (i) implementação mediante ato legislativo emanado de autoridade representativa da soberania popular; (ii) sejam as restrições levadas a cabo em uma sociedade democrática; (iii) haja a preservação da natureza e da essência dos direitos afetados; (iv) seja guiada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, traduzido em coluna do Estado de Direito; (v) esteja a lei em conformidade com os objetivos legítimos aspirados pela sociedade e, por fim, (vi) seja a

vigencia fiscal de 1º de enero al 31º de 2001". Entre as medidas adotadas, promoveu a perda substancial do padrão remuneratório, a despeito da manutenção do salário nominal. Por sua vez, a Corte Constitucional, justificada pela conjuntura econômica adversa por que passava o país, declarou a constitucionalidade da norma, sob os seguintes fundamentos: [...] *ha de tenerse presente que los critérios anteriormente resumidos comportan una limitación, del derecho de los servidores públicos ubicados em las escalas salariales superiores, que es de carácter temporal mientras subsista la actual coyuntura económica y social. Esto, en la medida en que corresponde a la vigencia fiscal de 2011 comprendida por* la ley demandada y en que resulta de interpretar la Carta teniendo en cuenta el contexto real del país". Disponível em Corte Constitucional da Colômbia; Sentencia C – 1064/01. Disponível em www.corteconstitucional.gov.br. Acesso em 6 set.2020.

restrição necessária e na medida do necessário para o alcance do fim colimado[66].

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi inundado de ações fiscalizatórias de constitucionalidade, questionando a validade da antiga medida provisória n. 927/2020[67], que autorizava empregadores a adotarem medidas de urgência em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pela COVID-19[68]. Ainda em análise, mas cujo objeto se perdera, o Ministro Relator Marco Aurélio, por ocasião do pronunciamento de seu voto, anunciou que inexiste norma a transgredir o espírito constitucional, na medida em que "[...] visou atender uma situação emergencial e preservar empregos, a fonte do sustento dos trabalhadores que não estavam na economia informal". Prosseguiu dizendo que: "o Presidente da República pode e deve atuar provisoriamente nos campos das relações de trabalho, [...] não cabendo atuar com açodamento, sob pena de aprofundar-se, ainda mais, a crise aguda que maltrata o país", em referência à necessidade de aguardar-se a posição definitiva do Poder Legislativo[69].

---

[66] *Constitutional Court of the Republic of Lithuania*. Cases n. 41/2000 et al. 20 de abril de 2010.

[67] A MP 927/2020, em razão da inércia do Poder Legislativo, caducou em data de 19/07/2020.

[68] São elas: ADI 6342; ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista; ADI 6344, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADI 6346, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos; ADI 6348, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro; ADI 6349, Partido Comunista do Brasil, Partido Socialismo e Liberdade e Partido dos Trabalhadores, conjuntamente; ADI 6352, ajuizada pelo Partido Solidariedade e ADI 6354, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria.

[69] Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 6 set.2020. O Poder Legislativo, em vista da MP 936/2020, já cumpriu seu papel constitucional, sendo a Lei n.

Como se vê, todas essas arestas, desacompanhadas de certo objetivismo, podem servir a "dois senhores" simultaneamente. Os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança, da proporcionalidade e razoabilidade são divisas a dirigir o trabalho judicial, mas, sozinhos, não solucionam o dilema. Na intricada relação entre meios e fins, cabe ao operador do direito, ao longo do processo investigativo de validade do texto de lei de urgência, verificar se a medida adotada é justificada pelo fim que se quer alcançar. Não é tarefa fácil. Já se viu em *Korematsu* que a realocação da população nipônica não impediria e nem dificultaria a comunicação de possíveis detratores. Ainda assim, conferiu-se maior densidade à segurança nacional para se avalizar ato subversivo e autoritário. Por outro lado, em Portugal, há corrente que defende o esforço para o ajustamento das contas públicas, a justificar o contingenciamento do direito à irredutibilidade salarial. Na primeira hipótese, os fins não justificaram os meios. A lógica, em Portugal, foi inversa, no sentido de que os fins justificaram os meios validamente empregados[70], por isso a insistência de Holmes, em

14.020/2020, que estabelece o Programa Emergencial do Emprego e da Renda, sancionada em 06/07/2020.

[70] Em duras críticas à necessidade e adequação da medida legislativa, pondera Hespanha que nada mais é do que a figuração de "uma posição formalista, orientada para a titularidade do poder de ponderação de interesses". (HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico - crise, Direito e argumentação jurídica. *In:* GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A crise e o Direito*. Almedina: Lisboa, 2013, p. 116). No mesmo sentido o alerta de Alexandrino, ao pontuar que o "Tribunal Constitucional, por um lado, não revelou um suficiente compromisso com o texto da Constituição, que em muitas destas decisões esvaziou ou ignorou, preferindo o tortuoso caminho da Constituição *prima facie*; por outro lado, não deixou de nos empurrar para o desolador desfecho da sobrecarga fiscal – induzida pelos constrangimentos exteriores, omnipresente nas soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010, mas resultante afinal também do injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte". (ALEXANDRINO, José

Block v. Hirsch, ao advertir que: "[…] *the private may be affected with a public concern, allowing governmental action otherwise not considered*"[71]. Mas isso não responde ao principal questionamento que urge levantar: quais são os parâmetros de validade do ato legislativo que impõe intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais? Até agora, a invocação de axiomas principiológicos apenas constituiu instrumento argumentativo em branco, o qual funciona como tópico fundamentador de uma decisão, a significar que as Cortes já *pré-compreenderam* e *pré-elegeram* o resultado, sem que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais desempenhasse algum papel decisivo na solução encontrada[72].

Sugere-se, então, o auxílio do método investigativo conhecido por *strict scrutiny*, gestado e desenvolvido ao longo da história constitucional norte-americana, com o propósito de salvaguardar os direitos das minorias em face de indevidas interferências de autoridades públicas, cujas bases podem servir de anteparo para a construção de um mecanismo avaliativo das legislações de urgência, agregando aos limites epistêmicos já mencionados maior objetividade.

---

de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *In: Revista da Faculdade de Direito do Porto*, n. 11, Porto: Coimbra, 2014, p. 165).

[71] 256 U.S. 135 (1921)

[72] CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad em la Justicia Constitucional*. Disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElJuicioDeRazonabilidadEnLaJusticiaConstitucional-249823.pdf. Acesso em 6 set.2020.

III.I. O método *strict scrutiny* e sua contribuição para a conformação de teste avaliativo de leis restritivas a direitos fundamentais

A Constituição, como lei suprema de uma nação, de vasto conteúdo simbólico e ideológico, presta-se como filtro hermenêutico de avaliação das legislações de urgência. Ela própria contém boa parte da normatividade para administrar certas crises, como o estado de sítio ou, então, a implementação de políticas de flexibilização, entre elas a redução de vencimentos e jornada de trabalho, em ordem a preservar a empregabilidade e minorar os impactos econômicos e sociais.

Destarte, sujeita-se aos métodos interpretativos, cujo resultado normativo poderá oscilar de geração para geração, de tempos em tempos. Nesse movimento dialógico, aparece a jurisprudência não só como caudatária da função interpretativa, mas, sobretudo, como meio evolutivo da legislação em si, dando-se conta da complexidade das relações existentes no meio social de determinada região e em determinada época. Em paralelo, compreende e apreende situações de crise no processo de conformação jurídica de certo período excepcional e transitório, sem perder de vista que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" [73].

Ao longo desse trabalho hermenêutico, nada impede que construtos teóricos do direito comparado possam lhe servir de subsídio. O art. 8º da CLT é expresso em mencioná-los, ombreando-

[73] Art. 5º, LINDB.

os às demais fontes do direito, como a jurisprudência, a analogia e os costumes. O peso do direito comparado não vem de agora. Já continha previsão na Lei da Boa Razão. A propósito, o art. 386 do Decreto nº 848/1890, responsável pela organização da Justiça Federal brasileira, indicava que "os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América e do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal". A jurisprudência do STF, no início da República, também foi construída com o uso de marcos jurídicos norte-americanos, a exemplo do HC nº 3.539, de relatoria do Ministro Pedro Lessa, julgado em 1914 e impetrado pelo então senador Ruy Barbosa. Isso se repete até os dias atuais. A extinção do financiamento compulsório sindical, por exemplo, que contou com a chancela da Corte Suprema, citou, em seu acórdão, o precedente fixado em *Janus* pela Suprema Corte norte-americana[74]. E isso se justifica, porque, na pesquisa do direito estrangeiro, há possibilidade de se encontrar farto manancial aproveitável para compreensão e aplicação do direito nacional. Não se trata de importar institutos em sua integralidade, tarefa praticamente hercúlea e fadada ao insucesso, pois que frutos de uma história constitucional diversa, deitada em raízes jurídicas de distintas linhagens. Mas a essência pode ser compreendida e integrada à práxis, se orientada para imprimir maior efetividade e segurança jurídica.

No que concerne às legislações de urgência para enfrentamento de situações anômalas, a exemplo da crise ocasionada pela rápida

[74] 585 U.S. (2018)

disseminação da COVID-19, a avaliação de sua validade deve passar por um escrutínio mais rigoroso, em razão da afetação de direitos e garantias fundamentais. Ordens de isolamento social e de quarentena, emitidas por autoridades municipais, estaduais e federais, implicam a intervenção restritiva do direito à liberdade, do direito à propriedade, do direito ao lazer, entre outros tantos afetados pelas medidas sanitárias adotadas na maior parte do globo.

Aparece, neste ponto, a necessidade de se dialogar com a experiência norte-americana na averiguação de validade de leis, federais e estaduais, que interferem restritivamente nos direitos conformadores da *equal protection clause*, a receber o nome de *strict scrutiny*. Trata-se de fórmula rascunhada pelo Poder Judiciário, amplamente aceita, com vistas a assegurar a implementação de valores constitucionais, eleitos pela sociedade como vitais para a sanidade da democracia. Inicialmente vocacionado para a proteção dos direitos consagrados nas Quinta e Décima Quarta Emendas Constitucionais, o método *strict scrutiny* consiste no teste avaliativo a que estão sujeitos os atos legislativos restritivos a direitos e garantias constitucionais, entre eles a igualdade de tratamento por motivo de raça, origem e religião[75], condicionada a constitucionalidade ao atendimento a um interesse governamental de grande peso e envergadura, sem o qual se poderia ocasionar efeitos deletérios à ordem social, política e jurídica[76].

[75] Em *Johnson*, 543 U.S., p. 505, a classificação foi levada a efeito com base em critérios raciais; por seu turno, em *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, p. 371-72 (1971), a seletividade foi operada em razão da origem.

[76] "*Statutes will be pronounced unconstitutional unless they are necessary or narrowly tailored to serve a compelling governamental interest*". (FALLON, Richard H. Jr. Strict Judicial Scrutiny. *In: UCLA Law Review*, vol. 54, no. 5, June 2007, p. 1273)

Sua gênese remete ao ano de 1938, ao tempo do julgamento de *United States v. Carolene Products*[77], mais conhecido pela nota de rodapé n. 4 do que pela decisão em si. Stone, pela primeira vez, fez referência à necessidade de proteção dos direitos das minorias, a demandar maior rigor investigativo na validade de leis que permitem seu contingenciamento[78]. A doutrina consolidou-se mais tarde, por ocasião das leis raciais[79]. O refinamento, por sua vez, aconteceria já na década de 60, em *Shapiro v. Thompson*[80], momento em que a Suprema Corte, ineditamente, sustentou que "*all classifications bearing on the distribution of fundamental rights trigger strict scrutiny*"[81]. Brennan, redigindo pela Corte, destacou que "*any classification which serves to penalize the exercise of a fundamental constitutional right, unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest, is unconstitutional*" [82].

[77] 304 U.S. 144 (1938).

[78] Reproduz-se, a seguir, a integralidade da nota de rodapé n. 4, pela sua pertinência: "*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry*". 304 U.S. 144, p. 152, n.4 (1938) (citações omitidas).

[79] A exemplo de *Brown v. Board of Education of Topeka,* 163 U.S. 537 (1896).

[80] 394 U.S. 618 (1969).

[81] 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

[82] 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

Doravante, como observado por Fallon, o método *strict scrutiny* assumiu sua moderna abordagem: para satisfazer o escrutínio mais rigoroso, a autoridade governamental necessita demonstrar um interesse público de grande envergadura, inexistindo outro meio, menos invasivo, a alcançar o fim desejado[83]. São, portanto, elementos do *strict scrutiny*: (i) identificação do direito ou interesse fundamental a ser contingenciado pelo ato normativo; (ii) verificação de sua adequação e necessidade e, (iii) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição ao exercício do direito constitucionalmente protegido.

A se referir às medidas legislativas de urgência, na medida em que interferem diretamente no gozo e no exercício de direitos fundamentais, a base teórica do *strict scrutiny* poderia servir de anteparo para a depuração e o aprimoramento ao atual estado da técnica, à míngua de precedentes fáticos que tenham se debruçado sobre o tema em uma conjuntura tão delgada. Nessa trilha, dentro de uma lógica comparativa entre os vetores principiológicos existentes, ordinariamente invocados, e as exigências do método norte-americano, poder-se-iam catalogar os limites epistêmicos segundo o rol a seguir assinalado: (i) caráter temporário e excepcional da medida, pois que visa a atender ao enfrentamento de situações de crise; (ii) identificação do direito ou interesse fundamental a ser afetado pelo ato legislativo; (iii) verificação de

[83] "[...] *Strict scrutiny had assumed its modern doctrinal form: to satisfy strict scrutiny, the government must demonstrate a compelling interest, and it must further show that a challenged statute or regulation is either necessary, narrowly drawn, or narrowly tailored to protect that interest." In:* FALLON, Richard H. Jr. Strict Judicial Scrutiny. *In: UCLA Law Review*, vol. 54, no. 5, June 2007, p. 1283.

sua adequação e necessidade (a que recebe o nome, nos países romano-germânicos, de princípio da proporcionalidade); (iv) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido, cujo ônus recai sobre o ente público. Atendidas as premissas do teste avaliativo, a lei estaria a salvo de reprovação pelo Poder Judiciário. O filtro, em *ultima ratio*, presta-se a evitar o exagero da máxima ciceriana de que em tempos de guerra, a lei se cala (*inter arma, silente legges*)[84].

Nesse contexto, o ato legislativo editado para atender a uma situação de emergência, aflitivo a direito fundamental de singular realce, somente teria sua validade confirmada se, além de adequado, fosse necessário, inexistindo meio alternativo igualmente eficaz e menos invasivo, com vistas a satisfazer um interesse governamental demasiado relevante, cuja inércia avalizaria uma situação irremediavelmente catastrófica. No final das contas, o método em si nada mais é que uma extensão da arquitetura constitucional projetada. Em suas funções democraticamente catalogadas, os demais Poderes devem prezar pelo respeito e preservação dos direitos fundamentais, só se valendo de medidas restritivas quando vitais para a sanidade da democracia e

[84] Entre os filósofos morais, acredita-se amplamente que alguns direitos têm *status* moral ou ontológico, enraizados em respeito ao ser humano, a proibir sua violação apenas para promover alguma utilidade, alcançar boas consequências ou evitar certos malefícios. De outra banda, importantes filósofos deontológicos reconhecem que, mesmo os direitos dotados do mais alto nível de relevância, não são imantados de indisponibilidade absoluta, mas, do contrário, permitem exceções para as hipóteses de caos ou catástrofe de qualquer ordem. Para maior apronfundamento, ver: FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978; DWORKIN, Ronald. *The Rights of Myrom Farber*. 3 ed. New York: New York Review of Books, 1978.

preservação do bem comum. A diferença é que se confere maior objetividade no processo de investigação. As Cortes Constitucionais, concebidas por HÄBERLE como "Tribunais Constitucionais de Alternativas"[85], institucionalizam o caminho para alternativas possíveis e necessárias a exigir "*del juez constitucional una vinculación a la razonabilidad (Zwang zur Rationalität), como garantía de un proceso democrático estable*" [86].

IV. Conclusão

Em vista do exposto ao longo do texto, podem-se tecer as seguintes considerações conclusivas:

(i) Tais e quais as carências da economia, a demandar a eleição de soluções drásticas, frente às necessidades sociais, essencialmente infinitas, o Direito enfrenta semelhante dilema, ainda que essa percepção, no plano discursivo, por vezes revele um panorama contrário.

(ii) A escassez de recursos é potencializada pelas situações de crise, na medida em que atacam o Estado no seu papel de promotor de políticas públicas. A política de enfrentamento de seus efeitos, em regra, é acompanhada de legislações de urgência restritivas a direitos e garantias fundamentais.

[85] HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. *In: Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994.

[86] CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad em la Justicia Constitucional*. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElJuicioDeRazonabilidadEnLaJusticiaConstitucional-249823.pdf. Acesso em: 7 set.2020.

(iii) Na medida em que interferem restritivamente na esfera de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, as legislações de urgência necessitam de maior rigor na avaliação de sua validade. Por isso, em substituição à utilização pura de valores jurídicos abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, perscruta-se a construção de um anteparo teórico, inspirado na metodologia do *strict scrutiny*, para melhor investigar o conteúdo das legislações editadas para o enfrentamento de situações de crise.

(iv) Os limites epistêmicos, próprios à investigação da constitucionalidade de medidas aflitivas a direitos fundamentais, poderiam ser desse modo catalogados: (a) caráter temporário e excepcional da medida, já que tem por escopo o enfrentamento de situações de crise; (b) identificação do direito ou interesse fundamental a ser restringido pelo ato legislativo; (c) verificação de sua adequação e necessidade (relação entre os meios e os fins); (d) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido.

V. Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce A. Beyond Carolene Products. *In: Harvard Law Review*, vol. 98, no. 4, February 1985, p. 713-746.

ACKERMAN, Bruce A. Liberating Abstraction. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, 1992, p. 317-348.

ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *In: Revista da Faculdade de Direito do Porto*, n. 11, Porto: Coimbra, 2014, p. 159-165.

ANDORNO, Roberto. *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?* Revue Générale de Droit Médical, n° 16, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARANGER, Denis. *Penser la loi: Essair sur le legislateur des temps modernes*. Gallimard, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Elogio dela mitezza e altri scritti morali*. Il Saggiatore: Milano, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário*: um enquadramento teórico. In: Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad em la Justicia Constitucional*.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DRAY, Guilherme. O Direito do Trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *In: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan-set, 2015, p. 155-188.

DWORKIN, Ronald . *The Rights of Myrom Farber*. 3 ed. New York: New York Review of Books, 1978.

EPSTEIN, Lee, et al. The Supreme Court during Crisis: How War Affects Only Non-War Cases. In: New York University Law Review, vol. 80, no. 1, April 2005, p. 1-116.

FALLON, Richard H. Jr. Strict Judicial Scrutiny. *In: UCLA Law Review*, vol. 54, no. 5, June 2007, p. 1267-1338.

FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. *Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)?*: Ata da I Jornada de direito do emprego público. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013.

FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978.

GOUVÊA, Carlos Portugal. *Social Rights against the Poor*. Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 7, 4/2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. *In: Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the commons. *Science*. 13 Dec.1968, Vol. 168, n. 3859, pp. 1243-1248.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. Tradução Paulo Meneses, com a colaboração de José Machado. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1.

HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. *Tragic Choices and Moral Compromise: The Ethics of Allocating Kidneys for Transplantation*. Milbank Quarterly, 2013 Sep; 91(3).

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LUSKY, Louis. Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence. *In: Columbia Law Review*, vol. 82, no. 6, October 1982, p. 1093-1109.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise*: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANKIW, Gregory N. *Principles of Economics*. 8 ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBAUM, Henrique H.; MISHRA, Swapnil *et al*. Estimating *COVID-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London (08-05-2020), doi: https://doi.org/10.25561/78872.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível*: caminhos constitucionais. Consultor Jurídico.

MÜLLER, Friedrich. *Fundamento da Teoria Estruturante do Direito*. Trad. de Peter Naumann e Eruides Avance de Sousa, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais e estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra Editora, Portugal, 2010.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. Academia. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, número 8, 2007, ISNN 1667-4154.

POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POWELL, Lewis F. Jr. Carolene Products Revisited. *In: Columbia Law Review*, vol. 82, no. 6, October 1982, p. 1087-1092.

RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali* – con specifico riguardo alla materia pensionistica, Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2017.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Ana Rezende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SACHS, Lori. September 11, 2001: The Constitution during Crisis: A New Perspective. *In: Fordham Urban Law Journal*, vol. 29, no. 4, April 2002, p. 1715-1754.

SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. *La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d'organes*? Raison publique, 2012/2 (n. 17).

SCAFF, Fernando Facury. *Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas* Consultor Jurídico.

SEN, Amartya. *Identity and Violence*: The Illusion of Destiny. London: Penguin Books, 2006.

SHU, Kai; SLIVA, Amy; WANG; WANG, Suhang; TANG, Jiliang; LIU, Huan. *Fake News Detection on Social Media*: A Data Mining Perspective. ACM SIGKDD Explorations Newsletter, v. 19, n. 1, September 2017.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics. *The American Economic Review*, Vol. 92, n. 3 Jun.2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – Uma Nova Crítica do Direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56-58.

THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

URBANO, Maria Bendita. A jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade? *In: O tribunal constitucional e a crise*. Coimbra: Almedina, 2014.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NO BRASIL: DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017 À PANDEMIA DE 2020

COLLECTIVE BARGAINING IN BRAZIL: FROM THE 2017 LABOUR REFORM TO THE 2020 PANDEMIC

Otavio Pinto e Silva*

Sumário: Introdução – 1) A Lei n.º 13.467/17 e a prevalência do negociado sobre o legislado – 2) A reforma sindical que não houve – 3) A legislação da pandemia em 2020 - Conclusão - Referências bibliográficas

Resumo:

A pesquisa aqui apresentada aborda a negociação coletiva de trabalho no Brasil. O estudo se inicia com o exame das inúmeras alterações na Consolidação das Leis do Trabalho no ano de 2017 (por ocasião da promulgação da lei que ficou conhecida como "reforma trabalhista"), e chega até o ano de 2020 quando, em razão de medidas de saúde pública que precisaram ser adotadas para o enfrentamento da pandemia gerada pelo novo coronavírus, foi instituída uma legislação de crise proposta pelo governo brasileiro. O objetivo desse artigo é fazer uma avaliação do impacto de todas essas mudanças.

Abstract:

The research presented here addresses the labor collective bargaining in Brazil. The study starts with the analysis of several amendments in the text of the Labor Code in 2017 (on the occasion of the enactment of the federal law known as "labor reform"), and reaches the year 2020 when, due to public health measures that had to be taken to face new coronavirus pandemic, it was promulgated a legislation of crisis proposed by the Brazilian Government. This article aims to make an impact assessment of all these changes.

* Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

Introdução

O ano de 2017 ficou marcado de forma indelével na história do Direito do Trabalho no Brasil, em razão das inúmeras alterações corridas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a promulgação da Lei n.º 13.467/17 que ficou conhecida como a "reforma trabalhista".

A legislação aprovada trouxe mudanças significativas no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e no direito processual do trabalho, seguindo diretrizes gerais que, ao final, podem ser classificadas como "flexibilizadoras" do princípio protecionista.

Já o ano de 2020 jamais será esquecido no mundo todo pelas consequências que trouxe à convivência social, em razão de medidas de saúde pública que precisaram ser adotadas para o enfrentamento da pandemia gerada pelo novo coronavírus (SARS-COV-2). No Brasil, houve repercussão também no campo da negociação coletiva de trabalho, diante do novo quadro legal instituído a partir das Medidas Provisórias 927 e 936 (esta convertida na Lei 14.020/2020), sendo o objetivo desse artigo fazer uma avaliação do impacto de todas essas mudanças.

1) A Lei n.º 13.467/17 e a prevalência do negociado sobre o legislado

A chamada "reforma trabalhista" foi produzida em meio a uma grave crise política e econômica e se originou de um projeto de lei

de iniciativa do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional no final de 2016 pelo Presidente Michel Temer, após a aprovação do *impeachment* da Presidente Dilma Roussef.

Em 29 de outubro de 2015 a Fundação Ulisses Guimarães, braço do PMDB, havia divulgado o documento "Uma ponte para o futuro" [1], onde proclamava que na área trabalhista seria necessário "*permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos*".

O projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, assim, era bem restrito, limitando-se a tratar de alguns poucos temas (como a terceirização, a negociação coletiva, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, atividades de fiscalização do trabalho).

A tramitação na Câmara dos Deputados resultou na aprovação de um substitutivo que ampliou significativamente os temas abordados, envolvendo mudanças no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e no direito processual do trabalho.

Encaminhado ao Senado Federal, o projeto foi apreciado por aquela que deveria cumprir o papel de uma casa revisora no sistema bicameral, mas que o aprovou sem fazer qualquer modificação no texto oriundo da Câmara, abdicando de uma atuação mais propositiva.

Dessa forma, em julho acabou sendo sancionada a Lei n.º 13.467/17, em meio às turbulências políticas vividas pelo governo diante das graves denúncias de corrupção enfrentadas pelo

[1] http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf, consulta em 01/12/2017.

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 apreciação 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.

A nova lei introduziu um § 3º no art. 8º da CLT, para prever que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (respeitado o disposto no art. 104 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Vale dizer, ao criar um "novo princípio", o legislador pareceu querer passar uma orientação aos juízes do trabalho brasileiros: na análise das normas coletivas de trabalho, vocês devem apenas averiguar os elementos do negócio jurídico (agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito). Esqueçam os debates doutrinários a respeito das teorias da acumulação ou do conglobamento!

No entanto, a criação legal de um princípio não conseguirá atingir esse objetivo, uma vez que a prática forense vem demonstrando que, no exame do conteúdo das normas coletivas de trabalho em confronto com a lei, o Judiciário sempre pode concluir que determinado objeto é ilícito, anulando cláusula que tenha sido negociada pelas partes.

Nesse sentido, por exemplo, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho examinou em 2019 um recurso interposto por sindicato nos autos de ação anulatória proposta pelo Ministério Público do Trabalho e confirmou a nulidade de cláusula de convenção coletiva que estabelecia preferência de contratação para empregados sindicalizados. Segundo o entendimento do colegiado, a norma representaria "claro estímulo à sindicalização forçada da categoria", violando a garantia de liberdade de associação sindical prevista na Constituição Federal[2].

O tema da anulação de cláusulas negociadas por sindicatos e empresas é bastante polêmico e controvertido, tanto que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada em recurso extraordinário com agravo (ARE 1121633) em que se discute, à luz dos artigos 5º, incisos II, LV e XXXV e 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição Federal, a manutenção de norma coletiva de trabalho que restringe direito trabalhista, desde que não seja absolutamente indisponível, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias. Trata-se do tema 1046 de Repercussão Geral, versando sobre a validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes[3].

Em técnica legislativa que, decididamente, não é a mais adequada, o legislador inseriu ainda o art. 611-A da CLT (com o rol

[2] https://www.conjur.com.br/2019-abr-22/anulada-clausula-convencao-estimulava-sindicalizacao-forcada, consulta em 15/10/2020.

[3] http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046#, consulta em 15/10/2020.

de temas a respeito dos quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei) e o art. 611-B da CLT (prevendo que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos que arrola).

Mas veja-se, por exemplo, as controvérsias que poderão surgir no tocante à norma do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, quando prevê que as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Ora, será que isso significaria, por exemplo, que um sindicato poderia negociar a supressão de pausas previstas na jornada de trabalho dos empregados em empresas de teleatendimento, previstas no Anexo II da NR-17 do Ministério do Trabalho?

Por outro lado, o §2º do artigo 611-A da CLT passou a prever que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

Será que então não ficarão mais sujeitas ao crivo judicial normas coletivas que apenas reduzam direitos e garantias anteriormente conquistados pela categoria profissional?

Segundo a análise efetuada pelo DIEESE logo após a aprovação da reforma trabalhista, a prevalência do negociado sobre o legislado, na ausência de outras condições necessárias à plena realização do

potencial das negociações coletivas, poderia trazer elevados riscos para os trabalhadores[4].

O texto "Movimento sindical e negociação coletiva" (resultado de pesquisa CESIT/IE/UNICAMP - Centro de Estudo Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da Unicamp, coordenada por Andréia Galvão) foi no mesmo sentido, prevendo que a reforma de 2017, ao ampliar as formas de contratação atípicas e as possibilidades de negociação de direitos, tenderia a promover o aumento do número de trabalhadores precários, a reduzir a base de representação sindical e a ampliar ainda mais a fragmentação sindical. Sustentou-se que a mudança no financiamento não poderia ser feita de forma isolada e de cima para baixo, devendo ser inserida em um debate mais geral acerca da reforma da estrutura sindical do país[5].

Já a CNI fez uma análise mais otimista, por meio do texto "Novos Desafios, Muitas Possibilidades: legislação e prática da negociação coletiva - Lei 13.467 de 2017" [6]. A entidade empresarial sustentou que a negociação coletiva sempre enfrentou dificuldades no Brasil, em razão da "*desconfiança de parcela de importantes instituições do mundo do trabalho, como o Judiciário Trabalhista e o Ministério Público do Trabalho – MPT, que muitas vezes entendiam necessário considerar inválidas cláusulas de negociações coletivas livremente negociadas, por vezes com apoio de súmulas de jurisprudência do*

[4] https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.html, consulta em 03/12/2017.

[5] http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-dediscussão-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf, consulta em 09/12/2017.

[6] http://www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/media/publicacao/chamadas/Novos_Desafios_web.pdf consulta em 01/03/2018.

TST, entre as quais: redução do intervalo intrajornada (Súmula 437, II), elastecimento dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho (Súmula 449), compensação de jornada em atividade insalubre (Súmula 85, VI), incidência do adicional de periculosidade de eletricitários sobre o salário básico (Súmula 191), fixação do adicional de periculosidade proporcionalmente ao tempo de exposição à condição perigosa (Súmula 364, II).Tal cenário motivou a aprovação da Lei 13.467/2017, que tem como um de seus cernes principais o fortalecimento e reconhecimento da negociação coletiva".

A função de negociação deve ser plenamente assegurada, pois é a partir dela que os sindicatos exercem o poder de criação de normas jurídicas trabalhistas que devem reger as relações individuais de trabalho (convenções e acordos coletivos de trabalho); mas é preciso advertir que a mera garantia formal da existência de sindicatos é insuficiente. Na verdade, é necessário averiguar o modo como o sindicato é concebido e a maneira como se relaciona com seus representados, com outras entidades e com o próprio Estado.

A reforma trabalhista prevê ainda que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (artigo 620 da CLT), parecendo com isso buscar privilegiar a realização de negociação em nível de empresa.

Outro ponto que causou muita controvérsia foi a vedação da ultratividade da norma coletiva de trabalho (artigo 614, §3º, da CLT): a medida, apontada como uma reação do Legislativo contra a edição

da Súmula 277 pelo TST, poderá levar o empregador a não se interessar pela negociação coletiva.

Nesse sentido, vale citar a crítica de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

Prestigiar um critério interpretativo segundo o qual, em um único dia, dezenas de cláusulas e direitos inerentes a certo ACT ou CCT desapareceriam da regência normativa das categorias e dos contratos de trabalho, abrindo-se dramático limbo jurídico nesse segmento socioeconômico e profissional, consiste em desequilibrar, demasiadamente, de maneira manifestamente desproporcional, a balança do poder ente o sindicato de trabalhadores e a respectiva empresa empregadora ou a correspondente categoria econômica (DELGADO, 2017).

Enfim, somente se pode cogitar de efetiva garantia da autonomia privada coletiva quando o ordenamento jurídico não apenas assegura o "reconhecimento" de acordos e convenções coletivas de trabalho (artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Brasileira), mas vai mais além, promovendo e incentivando a função negocial.

É o que prega a Organização Internacional do Trabalho: a Convenção 98 da OIT aponta a importância da função negocial do sindicato, ao assinalar a necessidade da adoção de medidas adequadas para estimular trabalhadores e empregadores ao pleno desenvolvimento dos procedimentos de negociação.

Numa perspectiva de valorização dos direitos humanos ligados ao trabalho é que a OIT vem pautando sua atuação desde 1998, quando aprovou a "*Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*", que acentua a necessidade de se

assegurar a liberdade de associação e liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, em conformidade com as Convenções 87 e 98.

No entanto, a Convenção 87 da OIT ainda não foi ratificada pelo Brasil, o que é indispensável para que se possa falar em efetiva valorização da autonomia privada coletiva, na busca de um modelo que vise assegurar aos particulares, na prática, os mecanismos necessários para a autorregulamentação de condições de trabalho.

Infelizmente, nada disso foi mexido na chamada "reforma trabalhista", o que nos leva a um certo descrédito quanto ao efetivo êxito da nova negociação coletiva que se apregoa ter sido implantada no Brasil.

2) A reforma sindical que não houve

Estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)[7], da lavra de André Gambier Campos, apontava a existência de 16.491 organizações sindicais de representação de interesses econômicos e profissionais no Brasil, registradas no Ministério do Trabalho até o final do ano de 2016. Seguindo os níveis hierárquicos da estrutura oficial, havia 15.892 sindicatos, 549 federações, 43 confederações e 7 centrais sindicais, totalizando 16.491 organizações que representavam empregadores (5.251) e trabalhadores (11.240).

[7] http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf, consulta em 22/09/2020,

As transformações no direito trabalho brasileiro precisariam ter começado pela organização sindical e representação dos trabalhadores no local de trabalho, com a aplicação prática do princípio da livre formação de sindicatos: ou seja, deveria ter sido garantido aos grupos de trabalhadores ou de empresários o direito de criar livremente suas entidades sindicais, sem a sujeição a atos de ingerência do poder público.

Enfim, para que objetivo de fortalecimento da negociação coletiva seja efetivamente alcançado, diversas outras medidas reformadoras ainda precisam ser aprovadas, muitas delas implicando a necessidade de emenda constitucional. Senão, vejamos.

2.1 Supressão da unicidade sindical

A primeira das medidas reformadoras é a supressão da regra da unicidade sindical, prevista no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.

Os parâmetros para a organização sindical devem ser os estabelecidos pela Convenção 87 da OIT, que consagra os princípios da liberdade e autonomia sindical.

Cabe aos interessados - trabalhadores e empregadores - definir quantas e quais entidades representarão seus interesses.

A unidade do movimento sindical não deve ser imposta mediante intervenção legislativa estatal, pois tal intervenção contraria o princípio de liberdade sindical previsto no artigo 2º da referida convenção internacional.

2.2 Eliminação das categorias como formas obrigatórias de organização sindical

Se a regra deve ser a liberdade sindical, não cabe ao Estado definir os contornos das entidades representativas de trabalhadores e empresários.

Sendo assim, uma segunda medida indispensável é a supressão tanto na Constituição (artigo 8º, inciso II) quanto na lei (parágrafos do artigo 511 da CLT) das referências aos conceitos de categorias econômica, profissional e diferenciada como formas obrigatórias de organização em entidades sindicais.

Não deve o Estado estabelecer a forma de organização dos sindicatos, impondo a existência das categorias; ao contrário, a possibilidade de escolha precisa ser atribuída aos próprios grupos.

Pode até ser que a similitude das condições de vida e de trabalho decorrente das atividades desenvolvidas justifique a continuidade da existência de sindicatos tradicionais; mas cabe aos trabalhadores (e somente a eles) decidir se devem se organizar de tal forma.

Por outro lado, aos empresários também deve ser deixada a opção da forma mais conveniente de organização sindical, em vista da solidariedade de interesses econômicos que possam ter, diante das atividades que desempenham.

A enorme proliferação de sindicatos que se deu no Brasil a partir da Constituição de 1988 deixa claro que o critério da unicidade sindical por categoria não garante a união dos trabalhadores, na medida em que foram inúmeras as categorias profissionais surgidas sem um mínimo de representatividade (gerando disputas judiciais

pelo direito de representação que demonstram não ter sido alcançada a unidade de ação que decorreria do sistema previsto no artigo 8º da Constituição).

2.3 Revogação da base territorial mínima municipal

A terceira medida de garantia da liberdade e autonomia sindical é a revogação da regra constitucional (também contida no inciso II do artigo 8º) que prevê a área do Município como limite mínimo da base territorial de atuação dos sindicatos.

Deve ser aberta a possibilidade de criação de sindicatos por empresas ou por região geográfica, em conformidade com a similitude das condições de trabalho nas empresas envolvidas e de acordo com as conveniências e circunstâncias ditadas unicamente pelos interesses dos trabalhadores e empresários.

Bastam os exemplos das grandes metrópoles e da pluralidade de atividades econômicas desenvolvidas em seu território para justificar a possibilidade de criação de um sindicato que busque atuar em apenas uma parte do Município.

Ou ainda, não deve ser desprezada a possibilidade de criação de sindicatos por empresas, segundo a avaliação de conveniência de tal medida, o que deve ser objeto de deliberação exclusiva dos interessados.

2.4 Novas formas de custeio da atividade sindical com o fim da contribuição sindical compulsória

A reforma trabalhista trouxe o fim da contribuição sindical compulsória, que efetivamente não se justifica em um sistema de liberdade sindical. Agora, a legislação exige a prévia e expressa autorização dos membros da categoria para que o sindicato possa exigir o pagamento de uma contribuição.

Os trabalhadores e os empresários devem ter o direito de se filiar à organização sindical de sua escolha, com a única condição de conformarem-se aos seus estatutos.

O artigo 2º da Convenção 87 consagra o direito do indivíduo aderir ou não à entidade sindical, isto é, não impõe um dever de sindicalização; de tal forma, a obrigação de pagar uma contribuição ao sindicato pressupõe o ato voluntário de filiação.

A liberdade sindical é incompatível com a imposição (por via legal ou constitucional) do pagamento da contribuição sindical obrigatória: se a sindicalização é um direito, a contribuição não pode ser uma obrigação.

É de se lamentar a omissão do Congresso Nacional em debater e aprovar a norma legal que viria substituir a contribuição sindical compulsória pela chamada contribuição negocial, vinculada ao resultado da negociação coletiva e condicionada à aprovação de assembleia dos trabalhadores representados.

Essa mudança chegou a ser prometida no artigo 7º da Lei nº 11.648/2008 (que regulamentou as Centrais Sindicais), mas ao que

parece que ficou relegada a um momento futuro e incerto, pois nada se cogitou a respeito por ocasião da reforma trabalhista.

Modificar o custeio compulsório dos sindicatos e a exclusividade de sua organização em um território local são medidas relevantes, pois a combinação de ambos os mecanismos é um dos motivos por trás do aumento no número de sindicatos no Brasil, ano após ano, devido a disputas envolvendo os recursos financeiros da contribuição obrigatória (CAMPOS, 2017).

2.5 Estímulo à representação e participação dos trabalhadores no local de trabalho

A quinta transformação necessária consiste na criação de novas formas de representação e participação dos trabalhadores no local de trabalho.

É preciso ampliar os canais institucionais de atuação dos trabalhadores, incrementando a sua representação e participação no quotidiano empresarial, de maneira a tornar mais frequentes as negociações nos próprios locais de trabalho e a democratizar a gestão.

A representação é uma forma de atuação dos trabalhadores no local de trabalho para a defesa e promoção de seus interesses individuais e coletivos; já a participação constitui mecanismos por meio dos quais os trabalhadores participam da gestão, dos lucros ou do capital da empresa (SILVA, 1998).

Existem dois dispositivos constitucionais nesse sentido que devem ser lembrados: o artigo 11 (que assegura, nas empresas com

mais de duzentos empregados, a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores) e o inciso XI do artigo 7º (que prevê a participação dos trabalhadores, em caráter excepcional, na gestão da empresa).

A Lei n.º 13.467/17 regulamentou o artigo 11 da Constituição para estabelecer uma nova forma de representação dos trabalhadores, a ser adotada nas empresas com mais de duzentos empregados. Agora passa a ser prevista a eleição de uma comissão com a finalidade de promover o entendimento direto com o empregador; mas se serão mesmo instaladas, não se sabe. E a sua efetiva representatividade ainda é algo incerto, pois não há uma clara definição de diretrizes para sua atuação.

2.6 Proteção contra os atos antissindicais

Uma sexta providência imprescindível é a inclusão no ordenamento jurídico de mecanismos efetivos de proteção contra os atos antissindicais, medida que visa dar legitimidade ao processo de negociação coletiva, estabelecendo garantias para o livre exercício da atividade dos sindicatos.

São classificados como antissindicais quaisquer atos que venham a prejudicar indevidamente o titular de direitos sindicais, quando em exercício de atividade sindical.

O sujeito prejudicado tanto pode ser um indivíduo quanto o próprio sindicato: como exemplos, podem ser citados atos como a despedida injusta de dirigente sindical, a proibição de distribuição

de material informativo do sindicato na porta da empresa, ou ameaças do empregador que visem desencorajar os seus empregados de se filiarem ao sindicato.

Quanto aos agentes, capazes de praticarem tais atos, podem ser arrolados os empregadores e seus prepostos, as organizações de empregadores e até mesmo o Estado (este, tanto no seu papel de empregador quanto no de autoridade administrativa).

A OIT expressa a sua preocupação quanto à necessidade de previsão de mecanismos de proteção contra os atos de "discriminação" e de "ingerência".

O conceito de "atos de discriminação" está previsto no artigo 1º da Convenção n.º 98 da OIT, de 1949. Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego. Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que visem: a) sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato ou deixe de ser membro de um sindicato; b) causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho.

Já a noção de "atos de ingerência" está prevista no artigo 2º da Convenção n.º 98 da OIT. As organizações dos trabalhadores e dos empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração. Serão considerados atos de ingerência, nos termos deste artigo, promover a constituição de organizações de trabalhadores

dominadas por organizações de empregadores ou manter organizações de trabalhadores com recursos financeiros ou de outra espécie, com o objetivo de sujeitar essas organizações ao controle de empregadores ou de organizações de empregadores.

A experiência da Comissão de Peritos da OIT revela que a existência de normas legislativas fundamentais que proíbam atos antissindicais é insuficiente, se estas não vem acompanhadas de procedimentos eficazes que garantam sua aplicação na prática. Alguns requisitos são apontados para a eficácia dos mecanismos de proteção:

I) a possibilidade de suspensão liminar do ato antissindical, para evitar que os seus efeitos se consolidem antes de uma decisão definitiva;

II) uma diferenciação na distribuição do ônus da prova, pois pode ser muito difícil para o trabalhador ou para a sua entidade provar que determinado ato patronal está sendo praticado com fim ilícito: assim, por exemplo, surge a necessidade de o empregador demonstrar que uma despedida que está sendo questionada tenha um determinado fundamento;

III) a celeridade do processo, uma vez que a lentidão para a solução de pendência acerca de um ato antissindical gera dois efeitos perversos: de um lado, se o ato não é suspenso provisoriamente, produz seus efeitos ilícitos durante todo esse tempo, e por outro lado, nesse mesmo período é possível que a situação violadora se consolide, tornando impraticável uma solução reparatória tardia.

2.7 Enfrentamento da crise de representatividade sindical

Constata-se que existem várias premissas indispensáveis para que se possa falar em um sistema de organização sindical fundamentado no critério de liberdade.

Essas premissas devem fazer parte de uma reforma do nosso modelo, pois somente com a tutela da liberdade sindical é que o Estado poderá garantir o desenvolvimento de negociações coletivas autênticas.

Vale dizer, a autonomia privada coletiva está vinculada à efetividade da representação sindical: as ambíguas instituições legais brasileiras condicionam uma estrutura legal burocratizada e desvinculada das bases, fatores esses que impedem o nosso movimento sindical de demonstrar sua capacidade de viver democraticamente e atingir sua plena maturidade (MASSONI, 2007).

Ao se discutir o papel da negociação coletiva na regulação do trabalho, portanto, é indispensável a revisão do modelo de organização sindical (CAMPOS, 2017).

Em síntese, o que se pode afirmar é que o grande dilema do sindicalismo no século XXI não é outro senão o de obter efetiva representatividade, pois esta é a única forma de sobreviver ao novo sistema de relações de trabalho que vem sendo desenhado.

2.8 Garantia do direito de greve

Não há negociação coletiva de trabalho autêntica sem que o Estado assegure a efetiva garantia do direito de greve. A diretriz

prevista no artigo 9º da Constituição brasileira precisa ser observada na prática: cabe aos trabalhadores decidir pela oportunidade do exercício do direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

A nossa lei de greve ainda necessita ser aperfeiçoada, incluída aí a regulamentação do exercício do direito pelos servidores públicos.

3) A legislação trabalhista da pandemia em 2020

O ano de 2020 nos surpreendeu com a chegada do novo Coronavírus, levando todos os países a adotar diversas medidas sanitárias para enfrentar a pandemia. No Brasil, em 20 de março o Senado Federal promulgou o Decreto Legislativo n.º 6, para os fins de reconhecer a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

A fim de oferecer alternativas para as empresas no tocante à administração de pessoal, o governo encaminhou ao Congresso Nacional duas importantes Medidas Provisórias. A primeira, em 22 de março, foi a MP 927: para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, estabeleceu a possibilidade de adoção pelos empregadores, dentre outras, das seguintes medidas: I - o teletrabalho; II - a antecipação de férias individuais; III - a concessão de férias coletivas; IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados; V - o banco de horas; VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho e VII - o

diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

A segunda foi a MP 936, remetida ao parlamento brasileiro em 1º de abril, instituindo o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública e com os seguintes objetivos: I - preservar o emprego e a renda; II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. A iniciativa visava 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 Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Foi ainda aprovada em 02 de abril a Lei 13.982/2020, prevendo o pagamento de um auxílio emergencial no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) mensais aos trabalhadores do mercado informal, que cumprissem cumulativamente os seguintes requisitos: I - ser maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes (redação dada pela Lei n.º 13.998, de 2020); II - não ter emprego formal ativo; III - não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal (ressalvado, em algumas situações, o Bolsa Família); IV – possuir renda familiar mensal per capita de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total de até 3 (três) salários mínimos; V - não ter recebido rendimentos tributáveis no ano de 2018 acima de R$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e VI - que exerça

atividade na condição de: a) microempreendedor individual (MEI); b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social (com contribuição na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991); ou c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra requisito de limitação de renda (o mesmo previsto no inciso IV).

Mais de 66 milhões de brasileiros receberam diretamente esse auxílio emergencial desde abril 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)[8], tendo portanto se mostrado como uma medida fundamental para a manutenção das condições de vida de cidadãos que não possuíam regulares vínculos de emprego.

A Medida Provisória n.º 944 foi editada em 03 de abril de 2020, a fim de instituir o Programa Emergencial de Suporte a Emprego, com destinação de recursos para abertura de linha de crédito destinada a financiar o pagamento de dois meses de folha de pagamento com contrapartida, entre outras, da proibição, ao empregador que utilizar desse expediente, de dispensar empregados sem justa causa até a quitação da última parcela.

[8] https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/600-dias/arquivos-de-600-dias/cidadania-auxilio-emergencial-chega-a-60-da-populacao-brasileira, consulta em 01/10/2020.

Examinando esse conjunto de medidas legislativas, analistas asseveram que "sem prejuízo de reconhecer a oportunidade do benefício emergencial para amenizar a crítica situação do trabalhador, o direito do trabalho de emergência mostra-se vocacionado a uma maior proteção e preservação do empregador, revelando-se um tanto quanto tímido nas medidas de proteção e preservação da valorização social do trabalho"[9]

Importante registrar ainda que as medidas apresentadas sofreram inúmeros questionamentos de constitucionalidade, em especial quanto à possibilidade de negociações individuais entre os sujeitos do contrato de trabalho, uma vez que o artigo 2º da MP 927 admitia que pudessem prevalecer sobre a lei trabalhista e sobre as normas coletivas. Com isso, foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), a saber: as ADIs 6.342, 6.344, 6.346, 6.348, 6.349, 6.352 e 6.354.

O relator, Ministro Marco Aurélio, negou monocraticamente a liminar pretendida pelos autores e levou sua decisão ao referendo do colegiado: em 29 de abril o Plenário do STF, em sessão realizada por videoconferência, ratificou apenas parcialmente a decisão do relator, uma vez que acabou suspendendo a eficácia de dois dispositivos da Medida Provisória 927/2020, que autorizavam empregadores a adotarem medidas excepcionais em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia. Por maioria, foram suspensos o artigo 29, que não considerava doença ocupacional os casos de contaminação de trabalhadores pelo Coronavírus, e o artigo

[9] Direito do trabalho de emergência: impactos da COVID-19 no direito do trabalho. Antonio Umberto de Souza Júnior...[et al.]. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 14.

31, que limitava a atuação de auditores fiscais do trabalho à atividade de orientação.

Debates acirrados se deram na sociedade e no parlamento também quanto ao texto da Medida Provisória n.º 936, com questionamentos tais como a aplicação de seus mecanismos a gestantes (cujos contratos de trabalho estavam protegidos pela garantia constitucional de emprego, a chamada estabilidade provisória) e a aposentados (que pela regulamentação proposta não poderiam perceber a compensação decorrente do benefício emergencial, diante da vedação de sua cumulação com o benefício previdenciário da aposentadoria). Também se levantou dúvida acerca da compatibilidade do acordo para redução de salário, com correspondente redução de horas trabalhadas, para os empregados excluídos do regime legal de controle de jornada (artigo 62 da CLT), além de questionamentos quanto à base de cálculo do benefício emergencial.

Mas a questão de maior insegurança jurídica decorreu do fato da MP 936 prever a possibilidade de celebração de acordos individuais para implantação da redução proporcional de jornadas e salários: levantou-se o argumento de violação do inciso VI do art.7º da Constituição, quando prevê entre os direitos dos trabalhadores a irredutibilidade salarial, salvo negociação coletiva.

Com o ajuizamento da ADI 6.363, o tema foi examinado inicialmente pelo relator, Ministro Ricardo Lewandovski, que concedeu liminar a fim de atribuir interpretação conforme à Constituição, estabelecendo ao empregador que quisesse negociar redução de jornada e salários com seus empregados o dever adicional

de, no prazo de 10 dias, comunicar também o sindicato da categorial profissional, além do Governo.

Com isso, o relator sustentou que os acordos individuais só passariam pelo filtro de constitucionalidade se a comunicação ao ente sindical fosse entendida como mecanismo de acionamento da representação sindical, para eventual abertura de negociação coletiva ou configuração de anuência em caso de silêncio. Porém, submetida essa interpretação ao Pleno do STF, os demais ministros, por maioria, cassaram a liminar, não referendando o entendimento do relator e validando a possibilidade de celebração de acordos individuais, a depender do valor dos salários dos trabalhadores envolvidos.

Registre-se que após ultrapassados esses questionamentos jurídicos acerca da constitucionalidade das Medidas Provisórias, coube ao Congresso Nacional decidir pela sua conversão em leis. A MP 927 acabou caducando por decurso de prazo: esgotados os cento e vinte dias de vigência, não foi aprovada, aplicando-se então a regra do § 11 do artigo 62 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, até 15 de outubro de 2020 foram celebrados 18.612.044 acordos para suspensão de contratos de trabalho ou redução proporcional de salários e jornadas, envolvendo 9.754.349 trabalhadores e 1.453.735

empregadores, no âmbito do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda[10].

Registre-se que toda essa movimentação acabou se consolidando no Brasil da pandemia prevalentemente pela via dos acordos individuais entre os empregados e os seus empregadores, na medida em que o espaço da negociação coletiva para a implantação foi reduzido, em razão da forma como as medidas acabaram regulamentadas.

Correta portanto a crítica efetuada pela doutrina de que "ao permitir um mero acordo individual entre empregado e empregador para quem recebe salários mais baixos e exigir negociação coletiva para quem possui um padrão salarial mais elevado, a MP 936/2020 ignorou a lógica central das relações de trabalho no sentido de que, quanto menor o padrão salarial, maior a desigualdade socioeconômica existente entre empregado e empregador e, por isso, em maior grau a hipossuficiência do trabalhador"[11].

Conclusão

A modernização do direito do trabalho no Brasil necessariamente passa pelo enfrentamento da questão da reforma sindical, que infelizmente ficou à margem da Lei n.º 13.467/17, por ocasião da chamada "reforma trabalhista".

[10] https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzczYmM1MzEtYjExYi00NzMyLWFhM2YtYTdmNDRjYzA4ZTdmIiwidCI6ImNmODdjOTA4LTRhNjUtNGRlZS05MmM3LTExZWE2MTVjNjMyZSIsImMiOjR9. Consulta em 15/10/2020.

[11] Direito do trabalho de emergência: impactos da COVID-19 no direito do trabalho. Antonio Umberto de Souza Júnior...[et al.]. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 192.

A pandemia do Coronavírus que atingiu o mundo em 2020 trouxe consequências muito negativas para os sindicatos brasileiros, uma vez que a legislação de emergência praticamente os alijou do procedimento de negociação entre os trabalhadores e os empregadores, na medida em que foram privilegiados os mecanismos de negociação individual direta entre os sujeitos do contrato de trabalho.

O que se percebe é que um modelo de relações de trabalho que valorize a autonomia privada coletiva depende da efetiva garantia da liberdade de organização sindical e de exercício das funções negociais, mas o Congresso Nacional ainda deve ao povo brasileiro a indispensável reforma sindical, como forma de acesso ao trabalho decente pela via da negociação coletiva.

Referências bibliográficas

CAMPOS, André Gambier. Sindicatos no Brasil: o que esperar no futuro próximo? In: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Representatividade Sindical, São Paulo: Editora LTr, 2007.

SILVA, Otavio Pinto e. A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

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

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto [et al.]. Direito do trabalho de emergência: impactos da COVID-19 no direito do trabalho. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020.

CABO VERDE



O CONTRATO DE TRABALHO COMO LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE - ESBOÇO DE UMA PERSPETIVA DOGMÁTICA[1]

EMPLOYMENT CONTRACT AS A VOLUNTARY LIMITATION TO PERSONALITY RIGHTS – DRAFT OF A DOGMATIC APPROACH

Geraldo Da Cruz Almeida[2]

Sumário: Resumo. I – O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade. 1. Tempo da venalidade universal. 2. Trabalho e liberdade. 3. A limitabilidade dos direitos da personalidade 4. O contrato de trabalho e os direitos da personalidade. 5. O contrato como critério e medida da limitação. 6. Contrato de trabalho, limitação e ordem pública. 7. O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade. II – Aplicações. 1. Limitação voluntária e *drittwirkunk*. 2. Limitação voluntária e estatuto do trabalhador. 3. (cont.) Limitação voluntária e vida privada do trabalhador. 4. Limitação voluntária e estatuto do empregador. 5. Limitação voluntária e poder disciplinar. 6. Limitação voluntária e contrato a termo. 7. Limitação voluntária e natureza do direito à greve. 8. Limitação voluntária e cessação das relações jurídico-laborais. Conclusão. Bibliografia.

---

[1] Retomamos, numa perspetiva de segunda edição, a orientação dogmática que subjaz ao nosso *Direito do Trabalho cabo-verdiano I, dogmática específica, fontes e situações individuais de trabalho,* Imprensa Nacional, Praia, 2010 e publicada em jeito de síntese nos *Estudos em comemoração do Quinto aniversário do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais- ISCJS,*, apresentação José Pina DELGADO, Organização Mário Ramos Pereira SILVA, Leão de PINA e Paulo MONTEIRO JR, Praia, Setembro de 2012, pp. 477 e seguintes. O presente estudo é desenvolvido à luz do sistema jurídico cabo-verdiano.

[2] O Autor é mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, Docente do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde e Advogado em Cabo Verde. As opiniões expendidas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

Resumo:

Os fundamentos jus-científicos do Direito do Trabalho foram no passado explicados através da chamada *conceção comunitário-pessoal*, aquela em que o trabalhador se insere na organização do credor, assegurando a este o dever de lealdade em troca do dever assistência. Esta conceção está hoje praticamente abandonada, prefigurando-se em sua substituição outras teorias. A presença permanente e irremediável da pessoa do trabalhador na prestação da atividade a que o mesmo se vinculou pelo contrato de trabalho e a colocação igualmente irremediável dos seus bens da personalidade à disposição do empregador parecem apontar no sentido de que a compreensão dos fundamentos jus-científicos do Direito do trabalho pode ser feita a partir de uma dialética entre o contrato de trabalho e regime jurídico dos direitos da personalidade. Neste quadro, o contrato de trabalho se configura como uma limitação voluntária dos direitos da personalidade, com uma influência decisiva do seu regime ao nível do estatuto do trabalhador, do estatuto do empregador e de outras vicissitudes da relação de trabalho.

Abstract:

The jus-scientific foundations of Labor Law were explained in the past through the so-called community-personal conception, the one in which the worker is inserted in the creditor's organization, assuring him the duty of loyalty in exchange for the duty of assistance. This conception is practically abandoned today, with other theories prefiguring its replacement. The permanent and irremediable presence of the employee in the provision of the activity to which the employee is bound by the employment contract and the equally irremediable placing of his personality assets at the employer's disposal seem to point in the sense that understanding the jus-scientific foundations of Labor law can be made from a dialectic between the employment contract and the legal regime of personality rights. In this context, the employment contract is configured as a voluntary limitation of the rights of the personality, with a decisive influence of its regime in terms of the status of the worker, the status of the employer and other vicissitudes of the employment relationship.

I
O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade

1. Tempo da venalidade universal

I - Habitualmente afirma-se: os direitos da personalidade são bens *extra commercium* e, nesta medida, são bens inalienáveis. A evolução recente aponta, todavia, noutra direção: os direitos da personalidade não são bens extra comércio; o que varia é o seu modo de exercício[3]. Se é verdade que os bens da personalidade são inalienáveis e, enquanto tais, não podem mudar de titular, não é menos verdade que, ao dotar o Homem de capacidades naturais, quis a natureza que ele pudesse fruir dos seus bens da personalidade, em seu proveito e em proveito de outrem[4]. Em rigor essas aptidões naturais devem facultar ao Homem angariar os meios necessários para a sua subsistência, nos mesmos termos que o faculta aos demais seres vivos. Mas, como é compreensível, essas aptidões não só têm permitido ao Homem sustentar uma economia de subsistência mas também agir de forma extraordinária sobre a natureza, dominando-a e criando riqueza. Nisto se distingue o Homem dos demais animais.

[3] Ver, no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte geral, Tomo III, pessoas, 2ª edição 2007, pp. 115 e segs.

[4] José de Oliveira ASCENSÃO assinala neste ponto particular uma dimensão comunitária, assegurando que "a personalidade é um projecto que o homem deve realizar em comunhão mas também em autonomia". "Todo o direito da personalidade desemboca assim na garantia do desenvolvimento da personalidade de cada um. Desenvolvimento que supõe o silêncio, mas supõe também o outro. Propicia a aventura pessoal de cada, mas num fundo que não pode deixar de ser o da comunhão e da solidariedade" – *Os Direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*, http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf.

Nesta medida, as faculdades naturais de que a natureza dotou o Homem passaram a constituir a verdadeira riqueza das Nações. E trata-se, com efeito, de uma riqueza inesgotável não só porque se encontra em permanente renovação, como, à medida em que se realiza o seu aproveitamento, se aperfeiçoa do mesmo passo o seu modo de exercício que promove, consequente, o enriquecimento espiritual individual e coletivo.

E é curioso constatar que a vida hodierna massificou o aproveitamento dos bens da personalidade[5] e democratizou, por esta via, o acesso ao trabalho. Praticamente todas as aptidões e "inaptidões" individuais foram colocadas no comércio jurídico. Todos exploram, de uma maneira ou de outra, os seus bens da personalidade: o inteligente; o "estúpido"; o gordo; o magro; o feio; o bonito; o doente; o são; o alto; o baixo; o calmo; o irrascível... todos exploram os bens de que foram dotados pela natureza e as competências adquiridas ao longo da vida, seja em benefício próprio seja para proveito de terceiros. Fenómenos recentes como os chamados *realities shows* massificaram esse aproveitamento.

Os direitos da personalidade não são, pois, bens extra-comércio. O seu exercício configura-se como uma *limitação* porque a lei encara tais direitos como *absolutos*, colocando o seu exercício no controlo do seu titular. Se é certo que o titular dos direitos da personalidade

[5] Bem, na clássica definição de ARISTÓTELES, é aquilo para que todas as coisas tendem – *Ética a Nicomaco- Livro I.1* – tradução de Leonel Vallandro e Gerd BORNHEIM, Editor: Victor Civita, pp. 49. Esta noção é próxima da que adota MENEZES CORDEIRO ao definir bem como "a realidade capaz de satisfazer necessidades (sentido objectivo) ou apetências (sentido subjectivo) da pessoa" – *Tratado de Direito Civil I Parte Geral – Pessoas* – 2a edição 2007, pp. 97. Bem da personalidade configura-se, portanto, como a característica ou aptidão de uma pessoa para satisfazer uma qualquer necessidade.

não os pode alienar, não é menos verdade que os pode onerar, fruindo, por esta via, as potencialidades que os mesmos direitos oferecem, conservando, portanto, o controle sobre os mesmos.

II - O trabalho humano no sentido subjetivo[6] é, portanto, aquele em que uma pessoa coloca, voluntariamente, os seus bens da personalidade à disposição e controlo de outra pessoa, para permitir a esta realizar o aproveitamento lícito desses bens, mediante contrapartidas que resultarem do acordo das partes[7].

Revemo-nos, assim, na tese expendida pela Cour de Cassation francesa no sentido de que "desde que por conta e no interesse de um terceiro, em vista da criação de um produto com valor económico, e exercida em condições de subordinação, qualquer atividade, pouco importando que seja lúdica ou isenta de penosidade, está abrangida pelo Direito do Trabalho"[8].

Esta conceção resulta mesmo por nós ampliada, na medida em que pode nem sequer haver um produto, como o produto pode nem sequer ter valor económico. Basta tão só que os atributos individuais de uma pessoa (os seus bens da personalidade) sejam colocados à

[6] Sobre este conceito, Cf. *Laborem exercens,* nº. 6: o trabalho "permanece ligado ao facto de que aquele que o realiza ser uma pessoa, um sujeito consciente e livre, quer dizer, um sujeito que decide por si mesmo". Documento disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html.

[7] MENEZES CORDEIRO fala a este propósito do bem-trabalho. *Direito do Trabalho I* … pp 431 e segs.

[8] Um estudo importante, com referências altamente pertinentes sobre o conceito de trabalho, nomeadamente, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o conceito moderno (ou, dir-se-ia mesmo pós-moderno) de trabalho, pode ser encontrado em Milena SILVA ROUXINOL, *Contrato de trabalho – um modelo formoso e não seguro (ou: quando o trabalhador é um "Adónis musculado deambulando pela praia")* - Direito do Trabalho e as empresas novos desafios, novas soluções – Congresso Internacional de Ciências jurídico-empresariais, ocorrido em Leiria - Outubro de 2017, edição Dezembro de 2017, pp. 7 e segs.

disposição de um terceiro para este tirar proveito dos mesmos, como lhe aprouver, no quadro da lei, da ordem pública e dos bons costumes.

É o *princípio da venalidade universal* a que se referia Karl MARX em a *Miséria da Filosofia*. Como constatou o filósofo: "veio enfim um tempo em que tudo o que os homens olhavam como inalienável se tornou objeto de troca, de tráfico, e podia alienar-se. É o tempo em que as próprias coisas que até então eram comunicadas, mas nunca trocadas; dadas, mas nunca vendidas; adquiridas, mas nunca compradas – virtude, amor, opinião, ciência, consciência, etc – em que tudo enfim passou para o comércio". MARX chamou esse fenómeno "*tempo da corrupção geral*" ou "*tempo da venalidade universal*", "tempo em que todas as coisas morais ou físicas, tendo-se tornado valores venais são levadas ao mercado pelo seu justo valor"[9].

2. Trabalho e liberdade

I - O principal bem da personalidade que o trabalhador coloca à disposição do empregador é a liberdade[10].

As relações entre trabalho e liberdade podem, *grosso modo*, ser entendidas ao longo da história numa tríplice perspetiva: liberdade

[9] – In *A miséria da filosofia*, Edições Avante, Lisboa 1991, tradução de Zeferino COELHO, a partir da edição francesa de 1961, cuja primeira edição data de 1846-1847.

[10] Ver, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho I …*, pp. 431 e segs.

pela ausência de trabalho; liberdade pelo trabalho e liberdade como criadora de estados pessoais de sujeição[11].

II - A primeira perspetiva foi advogada pelos filósofos gregos. ARISTÓTELES, do mesmo passo que justificava o trabalho escravo, reputava o trabalho por conta e sob a direção de outrem contrário ao progresso espiritual. Segundo este pensador, o operário não tem nem direito, nem tempo para se dedicar ao seu desenvolvimento intelectual e moral. Advoga, portanto, uma noção de liberdade a partir do direito ao ócio, reconhecido a uma determinada classe de cidadãos. Este direito só é reconhecido a partir da existência de um exército de pessoas com profissões não nobres, aquelas cuja atividade contribui para a libertação intelectual de pessoas nobres. O ócio é a génese da virtude e só ele permite o aperfeiçoamento moral e o desenvolvimento da atividade politica[12]. Portanto, aquele que dedica o seu esforço a obtenção dos meios de subsistência seria assim menos livre. Verdadeiramente livre era o cidadão pertencente a uma cidade igualmente livre[13].

---

[11] Ver, sobre este ponto, o nosso *Direito do Trabalho Cabo-verdiano I…*, pp. 25 e segs.

[12] "Ora posto estarmos interessados no melhor regime, e como o melhor regime é aquele em que a cidade é mais feliz, sendo a felicidade, como já dissemos, impossível de se atingir sem a virtude, resulta evidente que a cidade mais bem governada e com homens absolutamente justos (e não só justos em relação a determinado pressuposto do regime) não pode ter cidadãos a viver uma vida de trabalhadores manuais ou comerciantes. Tal modo de vida carece de nobreza e é contrário à virtude. Tão pouco os cidadãos se devem dedicar à agricultura, visto que o descanso é indispensável não apenas para a génese da virtude mas também para a prossecução das actividades políticas" – *Política,* VII,9.

[13] Sobre este conceito de liberdade, cf. Joël WILFERT, *As grandes noções da filosofia (A liberdade)*, ….pp. 671 e segs; José Luís de Moura JACINTO, *O trabalho e as relações internacionais…*, pp. 42 e segs; Bernardo da Gama LOBO XAVIER, in *Curso do Direito do Trabalho...,* pp. 19.

III - A segunda perspetiva está presente na Bíblia quando determina o homem a subjugar a terra e bem assim todas as criaturas viventes que se movem sobre a terra[14]. Há nesta proposição uma afirmação de liberdade, que vai acompanhada do desígnio do trabalho. Neste sentido, o homem se liberta do jugo da natureza e torna-se cada vez mais livre pelo esforço do seu trabalho.

Nesta aceção, ambos os conceitos – trabalho e liberdade – são intemporais: a natureza colocará sempre ao homem novos desafios e, consequentemente, num duplo papel ativo: de agente propulsor das adversidades que ele próprio engendrou e de agente superador dessas mesmas adversidades. Neste particular, a liberdade adquire-se continuada e ininterruptamente através de um aperfeiçoamento material e espiritual.

IV - De entre estes dois pontos de vistas – liberdade pela ausência de trabalho ou liberdade pelo trabalho - ocorre um terceiro: liberdade como criadora de estados pessoais de sujeição absoluta ou relativa. Na versão absoluta aponta para a escravatura na modalidade de auto-venda. Na vertente relativa aponta para o contrato: a liberdade, usada com peso e medida, permite ao titular criar, por via contratual, estados pessoais de sujeição temporária: a liberdade intervém para se autolimitar, para definir o conteúdo e o tempo da autolimitação ou sujeição e para pôr fim ao próprio estado de sujeição.

[14] Gên. 1:22.

V - A liberdade como criadora de estados de sujeição reclama importantes medidas de proteção, pois, atrai para este conceito toda a dimensão ético-jurídica da pessoa humana. Neste contexto, a liberdade surge como algo de inerente à pessoa humana, tão inextrincável e tão irremediavelmente constitutiva que sem a ideia de liberdade perde sentido a própria ideia de pessoa[15].

3. A limitabilidade dos direitos da personalidade

I - Assim, às características da *inalienabilidade*, *irrenunciabilidade* e *imprescritibilidade* dos direitos da personalidade[16], afigura-se-nos estar associada uma outra característica, tão permanente quanto as demais, que é a característica da *limitabilidade* dos direitos da personalidade ou da *negocialidade limitada*, na afirmação de MENEZES CORDEIRO[17].

Esta característica não tem sido referida, mas a ela se reporta o artº. 79º do Código Civil, disposição que, provavelmente, é a responsável pela sua obnubilação por apresentá-la de forma negativa. Refere, com efeito: "toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública". Extrai-se desta norma, *a contrario,* que toda a limitação conforme à ordem pública é válida, reconhecendo ao titular dos direitos da personalidade o poder

[15] Ver, neste sentido, SOARES MARTINEZ, *Filosofia do Direito,* pp. 40: " Esta [referindo-se à liberdade] constitui um elemento permanente da personalidade de qualquer homem".

[16] Sobre as características dos direitos da personalidade, cf, ainda MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte geral, Tomo III, pessoas, 2ª edição 2007, pp. 103 e segs.

[17] *Tratado de Direito Civil português I Parte Geral, Tomo III, Pessoas,* pp. 115.

jurídico de tirar proveito dos mesmos a favor de terceiros. Nesta conformidade, o titular do direito da personalidade pode celebrar negócios jurídicos nos termos dos quais aceita restrições ao exercício do seu direito, em benefício próprio ou em benefício de terceiros.

Esta formulação parece ser tributária da conceção que encara os direitos da personalidade como estando fora do comércio jurídico, formulação que os novos desenvolvimentos em matéria do aproveitamento dos bens da personalidade justificaria modificar.

Com efeito, não parece ser hoje aceitável que o modo normal de exercício dos direitos da personalidade em benefício de terceiros se apresente como uma limitação. A ideia de limite está associada à ideia de restrição a algo que é livre: livre do comércio jurídico. Mas, como se viu, os direitos da personalidade não são hoje bens extra-comércio.

E é curioso notar que a lei parece não ver a limitação voluntária a favor de terceiros como um modo de exercício, pois, essa limitação incide sobre o próprio exercício. Nesta perspetiva o modo normal de exercício dos direitos da personalidade se traduziria unicamente na sua fruição pelo próprio titular. Os direitos da personalidade seriam bens extra comércio e a fruição por outrem representaria uma limitação[18].

Porém, se, como vimos, tais bens gozam em alguma medida de *negociabilidade limitada,* na eufemística expressão de MENEZES CORDEIRO - no que depõe o seu exercício em comunhão - como

[18] Falamos aqui indistintamente em bens da personalidade ou direitos da personalidade. Seguindo os ensinamentos de MENEZES CORDEIRO, "tudo joga em conjunto: "direitos da personalidade"; bens da personalidade" e a própria pessoa" – *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte geral, Tomo III, pessoa…, pp. 98.

magistralmente ensina OLIVEIRA ASCENSÃO[19], então já não se justifica falar em limitação, pois, a limitação passa a ser ela própria um modo normal de exercício desses direitos. Nesta medida, todo o titular dos direitos de personalidade pode realizar o aproveitamento desses bens seja em benefício próprio, seja em benefício de terceiros.

III - Deste artº. 79º do Código Civil resultam dois aspetos a considerar: se a invalidade, como vimos, só atinge a limitação voluntária contrária à ordem pública, obtém-se que são válidas as limitações voluntárias conformes à ordem pública. Portanto, a negociabilidade dos direitos da personalidade é permitida ao seu titular, desde que não contrária à ordem pública e aos bons costumes; o segundo é o de que essas limitações requerem o concurso da vontade do titular dos bens da personalidade.

Assim, seguindo a fórmula legal, todos os bens da personalidade são potencialmente limitáveis, estando, todavia, essa limitação sujeita ao limite geral da reserva de ordem pública. A ordem pública funciona, portanto, como um limite de limite ou como um limite à faculdade de limitação.

Oportunamente determinaremos o seu alcance em sede das relações laborais.

IV - Outro dado relevante associado ao modo de exercício dos direitos da personalidade diz respeito ao concurso da vontade que,

[19] *Os Direitos de personalidade no Código Civil brasileiro,* http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf.

em sede dos contratos que tenham por objeto bens da personalidade, desempenha idêntico papel tanto a montante, como a jusante. Na verdade, não só a limitação ao exercício dos direitos da personalidade - ela própria um modo de exercício - deve ser voluntariamente consentida, como, por vontade do sujeito, ele poderá sempre denunciar a limitação voluntariamente consentida, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legitimas expetativas da outra parte (artº. 79.º n.º 2 do Código Civil).

Esta forma de *autotutela específica* está associada à circunstância de esses direitos se encontrarem intrínseca e indissoluvelmente ligados à pessoa do titular dos bens da personalidade. Por isso, a lei sedia na vontade do sujeito a faculdade de conservar (ou não) a limitação voluntariamente consentida[20].

V - A regra geral do cumprimento dos contratos enunciada através do brocardo *pacta sunt servanda* cede o passo a favor da livre revogabilidade (ou denunciabilidade) no domínio dos contratos que tenham por objeto bens da personalidade. Nestes, é o sujeito titular dos bens da personalidade que decide sobre o cumprimento (ou o não cumprimento) dos pactos livremente celebrados. Trata-se de uma proteção fortíssima que reconhece ao sujeito o controlo sobre a sua pessoa e os seus bens da personalidade, mesmo naquelas situações em que por uma decisão impensada, por puro egoísmo ou para proteção de interesses superiores, ainda que de ordem material, o titular dos direitos da personalidade entendeu por bem pôr termo às

[20] No sentido coincidente com este ponto de vista, cf. As conclusões de João ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de limitação à liberdade de trabalho,* Coimbra, Almedina, 2016, p. 827.

limitações voluntariamente consentidas. Nestes casos, como é sabido, o titular poderá ser obrigado a indemnizar a outra parte pelos danos causados pelo rompimento do contrato, mas a doutrina tem assegurado que essa indemnização não poderá funcionar como sanção compulsória contra o titular dos direitos da personalidade. Ou seja, essa indemnização não poderá ser de tal ordem que leve o sujeito a optar pelo cumprimento do contrato em vez de o romper. Esta livre "revogabilidade" ou denunciabilidade das limitações voluntariamente consentida elege os bens da personalidade em bens jurídicos de natureza superior, que prevalecem[21] sobre quaisquer outros.

4. O contrato de trabalho e os direitos da personalidade

I - O contrato de trabalho tem natureza especial, seja por força da sua colocação sistemática, inserida no Livro II do Código Civil que se ocupa Do Direito das Obrigações, Título II - Dos contratos em Especial (artºs 1149º e 1150º), seja por força da materialidade que lhe está subjacente. Este movimento de especialização resultou do cotejo de duas classes de normas, aparentemente conflituantes: o

[21] No sentido não inteiramente concordante, cf. sobre este ponto, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte geral, Tomo III, pessoas, 2ª edição 2007, p. 108. O exemplo que o autor aponta da situação clássica do despejo parece mais tratar-se de um direito pessoal à habitação e não de um direito de personalidade. Seguimos aqui o ponto de vista de OLIVEIRA ASCENSÃO, no sentido de que "só o que estiver eticamente fundado na pessoa cabe no Direito da Personalidade" – *Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro,* http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf. Por isso, este autor é peremptório em afirmar a superioridade dos direitos da personalidade face a outros direitos.

regime dos contratos obrigacionais, dominado pela autonomia da vontade, e o regime dos direitos da personalidade, dominado por normas imperativas.

Pelo contrato de trabalho a pessoa se obriga a colocar a sua energia física e intelectual na disposição de outra pessoa. Obriga-se, portanto, a colocar a sua pessoa e os seus bens de personalidade ao serviço de outra pessoa, conferindo a esta poderes para dirigir e moldar a sua vontade e aproveitar-se dos referidos bens da personalidade. Mesmo naqueles contratos de trabalho onde está presente a autonomia técnica que esbate o grau de subordinação do trabalhador face ao empregador, é clara a colocação dos bens da personalidade do trabalhador ao serviço do empregador.

São, assim, os direitos da personalidade que representam a essência material (materialidade subjacente) da natureza especial das normas do Direito do Trabalho[22]. Na sua atuação, os direitos da personalidade exercem uma forte e constante pressão sobre o regime jurídico das obrigações, forçando à contenção deste. Os bens jurídicos que constituem o seu objeto, porque de natureza superior, reclamam importantes e constantes medidas de proteção, daí o

[22] 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 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 suportadas por valores axiológicos particulares.

predomínio das normas imperativas no âmbito dos Direitos da Personalidade. Assim, na sua comunicação com o regime jurídico dos contratos, os direitos de personalidade comunicaram ao contrato de trabalho a natureza das suas normas. Daí o igual predomínio das normas imperativas no regime jurídico do contrato de trabalho.

O Direito do Trabalho balança, assim, entre a autonomia trazida pelo regime jurídico dos contratos obrigacionais e a imperatividade importada da disciplina dos direitos da personalidade. A tensão entre estes dois polos é constante o que tem permitido a uma certa doutrina inclinar-se pela ambivalência ou pela existência de "zonas" particulares nas relações laborais. Temos, todavia, para nós, que é precisamente essa tensão dialética que representa a essência substantiva do Direito do Trabalho. Na sua materialidade o que confere ao contrato de trabalho natureza especial é a presença da pessoa e dos seus bens da personalidade no quadro das relações laborais.

II - Trata-se, aliás, de uma aquisição antiga. No Direito Romano o surgimento da *locatio conductio operarum* está associado a uma maior valorização da pessoa humana e dos seus direitos de personalidade. Com efeito, o bem jurídico afetado pela escravidão é a liberdade pessoal, liberdade de reger a própria pessoa; liberdade de trabalhar ou de não trabalhar. A *locatio conductio operarum* representa, assim, a passagem do trabalho servil para o trabalho livre, embora por conta de outrem. É o sucedâneo natural da *locatio*

servum fruendum[23], que permitia àqueles que não tinham escravos, ou que os tinha em número insuficiente para a tarefa a realizar, obter mão-de-obra servil, mediante o pagamento de um preço ao dono (*dominus*).

A transmutação da *locatio servum fruendum* para a *locatio conductio operarum* terá surgido com a categoria de libertos (*libertus*) que passaram a arrendar os seus serviços. O fenómeno teve um efeito emulativo que atingiu os *ingenui* sem meios de subsistência. Por isso, a história regista situações em que escravos, libertos e homens livres (*ingenui*), são encontrados a desempenhar a mesma atividade, circunstância que, certamente, terá contribuído para a má reputação social daqueles que, nunca tendo sido escravos, recorriam a este modo de obtenção de proventos.

A *locatio conductio operarum* está, portanto, associada à categoria dos *sui iuris* submetidos temporariamente ao poder de outrem. Este estado de sujeição temporária adquire-se mediante contrato. Por isso, já no Direito Romano alguns autores apontam para a ideia de limitação voluntária da condição jurídica do *sui iuris*. GUARINO fala a este respeito de um estado de sujeição quase servil[24] e diz a propósito que esse estado determinava uma "limitação" e não uma eliminação da capacidade jurídica, limitação traduzida no carácter temporário da sujeição e na faculdade reconhecida à pessoa sujeita de pré-ordenar ou provocar a sua libertação.

[23] Neste sentido, cf. Antonio GUARINO, reconhecendo que a *locatio condictio operarum* é derivada da locação de escravos, *Diritto Privato Romano,* Undezima edizione, Napoli 1997, p. 933.

[24] Ob. Cit. p. 937.

III - O liberto tem um estatuto jurídico diminuído. A circunstância de esse estatuto poder ser conformado por negócio jurídico fragiliza a sua condição jurídica. Por isso, vários éditos foram publicados com vista a estabelecer restrições à liberdade do *dominus* na fixação de condições à manumissão.

Regista-se um conjunto de normas cuja principal função é a proteção da liberdade pessoal do liberto. O Livro XXXVIII, Tit. I do Digesto disciplina os serviços do liberto *(De operis libertorum)*. ULPIANO nos comentários ao Édito Livro XXXVIII refere que "o Pretor publicou este édito para restringir a reclamação das imposições feitas por causa da liberdade; porque observou que a prestação das imposições feitas por causa da liberdade se estendeu demasiado, de tal sorte que oprimia e gravava as pessoas libertas"[25]. Os Títulos I e II do Livro XXXVIII do Digesto espelham algum propósito de reforçar a condição jurídica do liberto, em atenção ao *favor libertatis*. Em D.XXXVIII.1.13 pode ler-se, nomeadamente: "se alguém foi comprado com a condição de que fosse manumitido e houvesse chegado à liberdade em virtude da constituição do Divino Marco, não terá nem efeitos os serviços a que se impusera". Em Dig. XXXVIII.I.15 o liberto é desobrigado de serviços quando, "por inferioridade, não os pode realizar e ao patrono as suas ações foram limitadas a serviços" (Dig. XXXVIII.2.1§1).

IV - Quando o liberto arrenda os seus serviços, os jurisconsultos romanos começam a realizar a distinção entre a pessoa do liberto e a obra que o mesmo realiza (*operae*). Parece ter sido esta a primeira

[25] In Dig. Livro XXXVIII, Tit. I, 2.

manifestação do *trabalho abstrato*: a atividade do liberto configura-se como uma coisa corpórea distinta e separada da sua própria pessoa[26]. Mas deve-se ir mais longe na compreensão deste fenómeno: o seu sentido último é o da busca de uma solução jurídica para a situação em que uma pessoa livre realiza trabalho a favor de outra pessoa sem que seja confundida com um escravo. Neste sentido, a criação da categoria das *operae* surge associada à proteção da liberdade pessoal do liberto: "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*", consoante a feliz formulação de VOLTERRA[27].

V - A obrigação de fixar de um prazo certo ao contrato estava associada à necessidade de proteção da liberdade pessoal do liberto. O objetivo é o de evitar que ele possa celebrar um contrato de trabalho por toda a vida que se assemelhe à escravidão. Por isso, se anunciou a nulidade dos contratos de trabalho por toda a vida, numa fórmula que faria um longo percurso histórico até meados do século XX.

Daremos a este ponto particular maiores desenvolvimentos quando tratarmos das ligações entre o contrato a prazo os direitos da personalidade do trabalhador.

Há nestas medidas legislativas 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

[26] VOLTERRA, apud Armando Torrent RUIZ, *Manual de Derecho Privado Romano* Madrid, Edisofer, 2008, pp. 466.
[27] TORRENT RUIZ, ob. cit. pp. 466.

actio locati e as diversas *exceptiones* [28]: *exceptio metus* que, certamente, possibilitava o mercenarium reagir perante situações de vis absoluta, e a própria *exceptio doli*.

5. O contrato como critério e medida da limitação

I – Do artº. 79º nº. 1 do Código Civil resulta implícita a faculdade reconhecida ao sujeito de aceitar limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade, ou como diríamos, a faculdade de realizar o aproveitamento lícito dos seus bens da personalidade a favor de terceiros.

Como vimos, se a invalidade só atinge a limitação voluntária contrária à ordem pública, obtém-se que são válidas as limitações voluntárias conformes à ordem pública. Estas limitações são de duas ordens: as primeiras fundam-se em considerações de solidariedade social (doação de órgãos; doação do sangue); razões de profilaxia (o consentimento na administração de certos medicamentos dolorosos; sujeição a determinadas intervenções cirúrgicas) e bem assim as situações já conhecidas de vacinação pública, testes de alcoolémia, rastreio de certas doenças contagiosas e outras intervenções justificadas por razões de investigação criminal ou de sobrevivência coletiva de uma determinada comunidade; as segundas fundam-se no contrato que constitui critério e medida do aproveitamento ou ingerência de terceiros no exercício dos direitos de personalidade de

[28] Sobre estas diversas *exceptiones* e a sua aplicação na *actio locati,* Cf. MENEZES CORDEIRO, in *Isenção de Horário – Subsídios para a dogmática actual do direito da duração do trabalho,* Almedina, 2000, pp. 18.

cada pessoa. Nisto interfere a liberdade individual como criadora de estados pessoais de sujeição.

II - A lei civil realiza neste ponto particular uma das mais conseguidas harmonizações entre os interesses do titular dos direitos da personalidade e os interesses de terceiros. A lei consente a limitação – interesse de terceiro - mas deixa no domínio do sujeito titular a opção de a aceitar ou não – interesse do sujeito. Nenhuma indicação lhe é dada sobre o sentido da decisão, que se pretende serena e livre de quaisquer constrangimentos.

Essa liberdade situa-se a dois níveis: ao nível da resolução inicial de aceitar, voluntariamente, limitações ao exercício dos seus direitos da personalidade e ainda ao nível do cumprimento das limitações voluntariamente assumidas. Do mesmo passo que faculta ao titular dos direitos de personalidade estabelecer limitações ao exercício dos direitos de personalidade, deixa na discricionariedade do sujeito a possibilidade de decidir, até ao último momento, pelo cumprimento das obrigações que envolvam a limitação voluntária dos direitos da personalidade.

III - A sanção que o direito liga à limitação voluntária dos direitos da personalidade, quando contrária à ordem pública, já se viu, é a nulidade. Isto tem como consequência que o sujeito titular do direito da personalidade a poderá invocar a todo o tempo (artº. 286º do Código Civil). Este mesmo direito assiste a qualquer interessado, nomeadamente, ao Ministério Público, assim como poderá ser declarada oficiosamente pelo tribunal.

6. Contrato de trabalho, limitação e ordem pública

I - A ordem pública é um conceito indeterminado. Exprime-se pela presença de valores protegidos por normas imperativas[29]. A sua concretização varia no tempo e no espaço. Goza, portanto, das características de *personalidade*[30], no sentido de que em cada comunidade imperam valores específicos e variados de ordem pública; de *atualidade* porque, em cada momento histórico, variam os valores de ordem pública imperantes em cada comunidade e de *excecionalidade*, porquanto só intervém nas situações de gritante violação dos valores vigentes numa determinada comunidade[31].

A ordem pública é um conceito operativo de todos os ramos do direito. Como tal, não podia deixar de registar a sua presença no campo do Direito do Trabalho que confere a este conceito uma importância particular[32].

---

[29] A doutrina jurídica distingue a ordem pública interna da ordem pública internacional. FERRER CORREIA define ordem pública interna como "o conjunto de todas as normas que num sistema jurídico dado revestem natureza imperativa (normas inderrogáveis, *jus cogens*)". Trata-se no dizer desse internacional-privatista de normas que restringem a liberdade individual. Diferentemente é o conceito de ordem pública internacional que visa limitar a aplicabilidade no território do Estado do foro de leis estrangeiras (cf. *Lições de Direito Internacional Privado I,* Coimbra, Almedina, 2000, pp. 405 e segs).

[30] A doutrina internacionalprivatista não aponta a *personalidade* como uma característica da ordem pública internacional. Cf., nomeadamente, Luís de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, vol. I, introdução e direito de conflitos – Parte Geral,* Almedina, 2016, 3ª edição refundida, pp. 469 e segs. Esta característica deve, todavia, ser apontada para permitir revelar as particularidades dos valores de ordem pública imperantes em cada comunidade politicamente organizada. Parece ser neste sentido que certa doutrina internacionalprivatista afirma que "nada há de mais nacional que a ordem pública internacional".

[31] Sobre outras características da ordem pública internacional, cf. LIMA PINHEIRO, ob. loc. cit..

[32] Cf. Bernardo XAVIER assinalando que "este principio de ordem pública se exprime no estabelecimento de normas que consagram um padrão de garantias

II – A pessoa é o substrato inalienável de toda a coletividade organizada. A sua proteção concita forte presença e intervenção da reserva de ordem pública.

No domínio do Direito do Trabalho as intervenções de ordem pública estão justificadas pela presença da pessoa no cumprimento do objeto do contrato de trabalho: a atividade do trabalhador. Se o contrato de trabalho é configurado como uma limitação voluntária dos direitos da personalidade, a ordem pública e bons costumes[33] funcionam, neste particular, como um limite à faculdade de limitação[34].

III – A ordem pública determina uma forte presença do Estado no domínio das relações laborais. Desde logo, pela possibilidade que o titular do direito tem, quando acossado pelas necessidades sociais, de limitar de forma excessiva o exercício dos seus direitos da personalidade, em termos que poderá contender com a ordem pública e os bons costumes.

Trata-se igualmente de uma aquisição histórica: quer nos direitos antigos, quer na Idade Média muitas situações de privação da liberdade ou de limitação excessiva da liberdade, como seja a celebração de um contrato de servidão, por toda a vida, resultaram

---

paara o trabalhador que não podem ser diminuidas nem pela vontade comum das partes" – *Manual de Direito do Trabalho…* p. 58.

[33] Sobre o requisito dos bons costumes, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português, I, III,* pp. 117.

[34] Cf. Sobre este ponto, Helena Carolina SCHROEDER, *Os "limites da limitação voluntária" dos direitos da personalidade diante do mínimo existencial e do núcleo duro dos direitos fundamentais, XIII seminário internacional – demandas sociais e políticas públicas nas sociedades contenporâneas & IX mostra internacional de trabalhos científicos* - 2016 - *https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/15765/3665*

do exercício livre dos direitos da personalidade. Como observa GUARINO, os primeiros escravos em Roma teriam sido os próprios romanos que se colocaram nesse estado para pagamento de dívidas (devedores insolventes)[35]. Acrescem as situações de auto-venda e de condições penosas do exercício da atividade laboral aceites pelo trabalhador porque impulsionadas pelas necessidades pessoais e da sua família.

7. O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade

I – Modernamente os fundamentos dogmáticos do Direito do Trabalho têm sido explicados a partir da chamada *conceção comunitário-pessoal* ou a partir da conceção obrigacional, *qua tale*, o que tem sido objeto de justas críticas[36]. A conceção comunitário-pessoal terá sido ultrapassada desde os anos oitenta do século passado. A conceção obrigacional e a chamada *teoria da remuneração* sempre se revelaram insuficientes. Essa insuficiência apresentou o seu lado extremo quando se realizou a abstração do trabalho relativamente à pessoa que o executa, a chamada *teoria do trabalho abstrato,* que, ao separar o trabalho do homem da sua própria personalidade, deitou por terra qualquer possibilidade de,

[35] *Apud* Eduardo Vera-Cruz PINTO, in *História do Direito Comum da Humanidade, ius commune humanitatis ou lex Mundi*, Lisboa, 2006, pp. 209, nota 370.

[36] Na doutrina lusófona estas críticas foram apresentadas por MENEZES CORDEIRO no seu estudo *Da situação Jurídico-laboral: perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho,* Revista da Ordem dos Advogados, 1982, pp 89 e segs e retomado pelo Autor no seu *Manual de Direito do Trabalho,* Coimbra 1991. Recentemente retomou o assunto em *Direito do Trabalho I – Direito Europeu – Dogmática geral – Direito coletivo,* Almedina Coimbra, 2019, pp 417 e segs.

através dela, se obter uma compreensão séria dos fundamentos jus-científicos do Direito do Trabalho[37].

Hoje a grande generalidade da doutrina jus-laborista compreende que o trabalhador como pessoa não pode ser separado da sua personalidade no âmbito das relações laborais. A perspetiva segundo a qual o trabalhador deixa a sua cidadania na porta da empresa foi substancialmente invertida: passou-se a falar em *cidadania na empresa*.

II - Recentemente PALMA RAMALHO, aproveitando-se dos elementos pessoalidade e organização, propôs-se reconstituir os fundamentos dogmáticos do contrato de trabalho, admitindo a existência de duas zonas: uma *zona obrigacional* e uma *zona laboral*, aquela representada pelo binómio atividade laborativa/remuneração e esta pelo binómio subordinação jurídica/poderes laborais[38]. Todavia, ao que cremos, a tomada em consideração dos direitos da personalidade dispensa o recurso a "zonas" para a compreensão dos fundamentos jus-científicos do Direito do Trabalho. A construção de zonas atinge a tessitura do sistema interno e faz perder a unidade que deve ser garantida em torno da pessoa[39]. A presença da pessoa

[37] No sentido concorde com este ponto de vista, cf. Bernardo da Gama Lobo Xavier e outros, assegurando a indissociabilidade do bem trabalho da pessoa do trabalhador – *Manual de Direito do Trabalho…,* pp. 55 e segs.

[38] Esta tese já vem sendo defendida pela Autora desde 1993, com o seu *Do Fundamento do Poder disciplinar*, Coimbra 1993, pp. 428 e segs e retomada na sua tese de doutoramento *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho* , Almedina 2000, pp. 784 e segs e sustentada em vários outros escritos nomeadamente no seu *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I Dogmática Geral*, 4ª edição, pp 481 e segs.

[39] Este ponto de vista encontra suporte na seguinte ideia de WOLKER BEUTHIEN e ANTON S. SCHMÖLZ: "a personalidade não é nenhum objecto existente fora da pessoa mas antes uma parte essencial da própria pessoa viva. A liberdade da pessoa

nas relações jurídicas cria relações internas de hierarquia, de subordinação, de especialidade, de subsidiariedade e até de prejudicialidade. Estas relações integram o sistema interno que, no seu modo de funcionamento, tem que garantir a superioridade do valor pessoa. Em razão dessa superioridade, o regime dos direitos da personalidade exerce, como vimos, uma pressão constante sobre o regime jurídico dos contratos, seja enfraquecendo a potencialidade das suas normas e princípios - note-se, nomeadamente, que a autonomia da vontade, princípio fundamental do regime dos contratos, se revela enfraquecida nos contratos de trabalho, em geral, e mais enfraquecida ainda no domínio dos contratos de trabalho com menores, v.gr., - seja forçando a presença de outras normas, tendo sempre em vista a tutela do bem jurídico pessoa e dos seus direitos da personalidade. A criação de zonas rompe com esta dialética natural e não se ajusta a uma perspetiva unitária.

III - Embora o tratamento do tema das relações entre os direitos da personalidade e o contrato de trabalho seja relativamente recente[40], a doutrina jurídica portuguesa já começa a dar sinais de

é um bem da vida" – citados por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I Parte Geral Tomo III Pessoas*…pp. 234, nota 917.

[40] A explosão de estudos sobre esta matéria parece datar de finais do século passado a inícios do século XXI. Foi efetivamente em 1995 que Radindranath V. A. CAPELO DE SOUSA, deu à luz a sua tese sobre *O Direito Geral de Personalidade,* Coimbra. Em 2002, em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, MENEZES CORDEIRO inventariou o material necessário sobre *Os direitos de personalidade na civilística portuguesa*, Almedina, 2002, pp. 21 e segs. Posteriormente PALMA RAMALHO discorreu sobre o *Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa*, em Homenagem à Professora MAGALHÃES COLLAÇO, estudo republicado *em Estudos de Direito do Trabalho,* Almedina, Coimbra, 2003, vol. I, pp. 157 e segs. A matéria foi posteriormente objeto de desenvolvimento, entre outros, em Pedro Romano MARTINEZ e outros *Código do Trabalho anotado,* Almedina 2017 , pp. 138 e segs, com anotações de Guilherme DRAY, na sequência,

aceitação deste ponto de vista. No sentido concordante com o nosso pensamento escreve, nomeadamente, Luís MENEZES LEITÃO: "uma vez que a utilização da força de trabalho depende da vontade do alienante, através do contrato este compromete-se a obedecer às ordens e instruções doutrem. Existe assim uma autolimitação da liberdade pessoal do trabalhador em benefício do empregador, autolimitação essa que é determinada pela necessidade de subsistência do trabalhador através do salário"[41].

---

aliás, do estudo publicado por este autor sobre *Direitos de personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho,* Almedina, 2006; António MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho I Direito europeu, Dogmática geral, Direito colectivo,* Almedina 2019, pp 466 e segs, com amplas referências ao longo de toda a obra; Palma RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais individuais,* 6º edição, 2016, pp. 294 e segs e ainda *Da Autonomia dogmática do Direito do Trabalho,* Almedina, 2001, pp. 764 e segs; Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho,* Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa/Almedina, 8ª edição, 2017, pp 373 e segs; Luis MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho,* Almedina, 2016, 5ª Edição, pp. 147 e segs. A moderna doutrina jus-laborista confere particular relevo aos direitos da personalidade do trabalhador. Praticamente todos os recentes manuais de Direito do Trabalho introduzem um capítulo sobre o assunto, para além de inúmeras monografias e artigos de revista escritos sobre o tema dos direitos de personalidade nas relações laborais. Ver, na doutrina portuguesa, Júlio Manuel VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, pp 265 e segs; Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais individuais...,* pp 378 e segs e ainda da mesma autora, *Estudos de Direito do Trabalho, vol. I (contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa)...*, pp 157 e segs; Luis Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho...*, pp 151 e segs; AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho – As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados – uma abordagem ao código do Trabalho,* Coimbra, Almedina, 2004; José JOÃO ABRANTES, *Contrato de trabalho e Direitos fundamentais,* Coimbra Editora, 2005; Bernardo XAVIER, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea (A constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores)* ...pp. 163 e segs; António GARCIA PEREIRA *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea (As lições do Grande mestre ALONSO OLEA – a atualidade do Conceito de alienidade no século XXI)* ...pp. 55 e segs; Teresa COELHO MOREIRA, *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea (A conduta e a orientação sexuais do trabalhador)* ...pp. 613 e segs, entre outros.

[41] *Direito do Trabalho,* Almedina, 2016, 5ª edição, pp. 217.

O autor aceita, portanto, as duas ideias-força que, neste particular, têm governado o nosso pensamento: a liberdade do trabalhador como bem da personalidade e o contrato de trabalho como a fonte da limitação dessa liberdade a favor de terceiros. Simplesmente não se pode concordar inteiramente com o autor na relação necessária de causa-efeito que estabelece entre o salário e a limitação voluntária da liberdade pessoal, pois, nem sempre é o salário que impulsiona o trabalhador a celebrar um contrato de trabalho. Há fatores de realização pessoal, metas a alcançar, como por exemplo a concretização de uma carreira, programas da vida de uma pessoa que podem impulsioná-la a celebrar um contrato de trabalho ou aceitar voluntariamente limitações no exercício dos seus direitos da personalidade. Como assegurava PROUDHOM, podemos pensar o trabalho como a ação inteligente do homem sobre a matéria com o objetivo de satisfação pessoal onde – acrescentamos nós – o salário não é necessariamente uma prioridade[42].

Apoiada na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e do Tribunal da Relação de Lisboa, Joana VASCONCELOS assinalou igualmente a ligação que se estabelece entre as limitações voluntariamente consentidas a que se reporta o artº. 81º do Código Civil português e o contrato de trabalho. Observa que os pactos de não concorrência e de permanência celebrados entre o trabalhador e o empregador, por força dos disposto nos artigos 136º e 137º do Código do Trabalho português, concretizam o regime comum previsto

[42] Cf. no mesmo sentido MENEZES CORDEIRO, referindo-se que na relação laboral não está apenas uma troca de trabalho por dinheiro. "O trabalhador procura uma realização profissional e daí também pessoal" – *Direito do Trabalho I* …, pp. 427.

no artigo 81º do Código Civil, o equivalente ao nosso artigo 79º do mesmo Código[43], donde se pode concluir que tais pactos são, na ilustração da autora, uma forma de limitação voluntária dos direitos da personalidade.

A tese posteriormente publicada por João Zenha MARTINS orienta-se pelo mesmo ponto de vista[44].

IV - Ao que julgamos, o Código Civil de Macau, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 39/99M, de 3 de Agosto é aquele diploma que apreende de forma clara este ponto de vista. Admite a limitação voluntária dos direitos da personalidade, salvo se disser respeito a direitos indisponíveis; adiciona ao limite de ordem pública o limite dos bons costumes; permite a limitação por menores de 14 anos, fazendo uma clara ligação com o contrato de trabalho; e acrescenta aos direitos da personalidade um direito que não está anunciado no nosso Código Civil: o direito à liberdade (artº. 72.º)[45]. E é precisamente na ligação que estabelece com o direito à liberdade que faz expressa referência ao contrato de trabalho. Nos termos do artº. 72.º n.º 6 do Código Civil de Macau "as pessoas vinculadas por contrato de duração indeterminada que lhes imponha obrigações pessoais, bem como os trabalhadores vinculados por contrato de trabalho, podem denunciá-los a todo o tempo livremente, mediante

[43] cf. Joana VASCONCELOS, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral, Universidade Católica portuguesa, Anotação ao artigo 81º* - Coordenação Luis Carvalho Fernandes-José Brandão Proença, Lisboa, 2014, pp. 204.

[44] João ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho,* Coimbra, Almedina, 2016.

[45] Para uma exegese do regime dos direitos da personalidade no quadro do Código Civil de Macau, cfr. Paulo MOTA PINTO, *Direitos da personalidade e direitos fundamentais – Estudos,* Gestlegal, Coimbra, 2018, pp 421 e segs.

pré-aviso adequado às circunstâncias do caso ou estabelecido por lei". Mais adiante estabelece que "o direito à liberdade apenas pode ser limitado voluntariamente por períodos restritos de tempo em conformidade com o motivo que determinou a limitação" (76.º n.º 9).

V – Como já vimos, o principal bem da personalidade objeto do contrato de trabalho é a liberdade pessoal daquele que se coloca à disposição de outra pessoa. A liberdade de que aqui se trata não é a liberdade genérica de praticar atos jurídicos. É a liberdade específica de praticar um ato com efeito reflexo sobre a personalidade física e moral do titular dos bens da personalidade[46]. Consiste em autorizar outra pessoa a tomar decisões sobre como o titular deve usar a sua energia física ou intelectual, a sua imagem, o seu talento… Nesta medida, a liberdade surge como a antítese positiva de outros modos de obtenção de mão-de-obra como seja a escravidão, a servidão e o trabalho forçado. A sua ligação com o trabalho surge inevitável não apenas como um bem da personalidade ao lado dos outros bens como a vida, a integridade física, a imagem..., mas como aquele bem da personalidade que controla o uso de todos os outros: pela liberdade pessoas se tornaram escravas;

[46] Alterando o seu anterior ponto de vista sobre esta matéria reconhece MENEZES CORDEIRO que "o bem trabalho é quantitativamente e qualitativamente mais limitador do que o comum das prestações. Absorve uma parcela considerável da vida do trabalhador. Desde horários envolventes, durante os quais o trabalhador fica totalmente imerso na empresa, até regimes mais livres: há neste plano um abdicar da própria pessoa" – *Direito do Trabalho I*… pp. 431. Na sua anterior posição sobre esta matéria entendia este Autor que "a tendência para, nas diversas disciplinas, descobrir níveis de personalidade com dignidade constitucional está hoje generalizada. Não há, pois, uma especificidade jus-laboral neste domínio" – *Manual*… pp.95.

pela liberdade pessoas se tornaram servas da gleba; pela liberdade as pessoas aceitaram contratos de 16 horas de trabalho, pela liberdade as pessoas aceitaram restringir a própria liberdade.

O Direito do Trabalho opera, assim, com a questão seguinte: até onde pode ir essa liberdade? Os antigos respondiam: até onde a pessoa quiser! A pessoa é tão livre, tão livre que pode pela liberdade abdicar da própria liberdade! É a chamada liberdade dos antigos a que se referia Benjamim CONSTANT, olhada numa perspetiva política[47]. Os modernos deram a esta questão uma resposta impregnada do personalismo ético: a pessoa é o substrato inalienável de qualquer sociedade organizada. Não pode praticar atos jurídicos que lhe permitam abdicar da própria liberdade! Sem a liberdade dos seus membros soçobra a própria comunidade. O reconhecimento e a proteção da liberdade pessoal dos seus membros ligam-se, portanto, à honra (ou vergonha) de uma Nação. Liberdade é substância.

Na verdade, o trabalhador coloca a sua pessoa ao serviço do empregador. Essa colocação é feita de livre vontade, mediante um contrato de natureza obrigacional. Esse contrato envolve particularidades em razão do seu objeto: a pessoa do trabalhador e os seus bens de personalidade. Trata-se de um objeto de natureza superior que reclama superiores medidas de proteção em todos os momentos da vida laboral, desde o momento da celebração do contrato de trabalho, passando pela sua execução e cessação. Por contrato de trabalho o trabalhador se obriga a acatar as ordens e

[47] Cf. Benjamim CONSTANT – *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos,* Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura SILVEIRA realizada a partir da edição dos textos escolhidos de Benjamin CONSTANT, organizada por Marcel GAUCHET, intitulada *De la Liberté cliez les Modernes* (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980).

instruções do empregador; por contrato se obriga a ajustar a sua vida pessoal e familiar aos interesses do empregador; por contrato o trabalhador se obriga a sujeitar-se a medidas disciplinares… O elemento pessoalidade é, assim, ele próprio, objeto do contrato de trabalho. Daí a inevitabilidade da proteção a conferir ao trabalhador.

Este ponto de vista explica, a nosso ver, a amplitude dos poderes do Estado na imposição de normas imperativas, sejam aquelas que vinculam o empregador, sejam aquelas que vinculam o próprio trabalhador; explica o sentido do risco; rejeita a ideia de incorporação ou de existência de uma comunidade entre empregador e trabalhador, mas igualmente a ideia da dominialidade que não é mais do que uma prerrogativa conferida por contrato e, que, portanto, por contrato, pode ser suprimida. Neste particular, quem tem o controlo sobre a subsistência da relação laboral não é o empregador, mas sim o trabalhador que a pode fazer cessar a todo o tempo, independentemente de justificação da causa, bem ao jeito dos poderes conferidos por lei a quem limita os seus direitos da personalidade.

VI – Assim, temos, para nós - sem prejuízo de melhor investigação sobre o assunto - que o contrato de trabalho pode perfeitamente ser configurado como um contrato obrigacional que tem por objeto bens da personalidade do trabalhador, ou para usar a expressão legal, como um contrato de limitação voluntária dos direitos da personalidade do trabalhador.

Como já foi referido no início desta exposição, a liberdade, usada com peso e medida, constitui fonte criadora de estados

pessoais de sujeição temporária: a liberdade intervém para se autolimitar, para definir o conteúdo e o tempo da autolimitação ou sujeição e para pôr fim ao próprio estado de sujeição, ainda que com a obrigação de indemnizar a contraparte pelos prejuízos resultantes da desvinculação (artº. 79.º do Código Civil). Sendo a pessoa substrato inalienável de toda a sociedade organizada, a faculdade de auto-limitação dos direitos da personalidade está ela própria sujeita a limites que se prendem com a ordem pública e os bons costumes.

Este se nos afigura constituir a essência material do contrato de trabalho a partir da qual se explica toda a dimensão valorativa e, consequentemente, todas as vicissitudes da relação laboral, na qual deve apoiar toda a construção jus-científica do Direito do Trabalho.

II
Aplicações

1. Limitação voluntária e *Drittwirkung*

I - O objeto do contrato de trabalho encontra-se intrínseca e indissoluvelmente ligado à pessoa do trabalhador. Na verdade, esse objeto é a expressão dinâmica da própria pessoa que coloca os seus bens da personalidade ao serviço do empregador. Estando esta protegida por direitos fundamentais, coloca-se o problema da extensão destes direitos no quadro das relações privadas, especialmente, das relações laborais – *drittwirkung*.

Os direitos fundamentais são originariamente direitos contra o Estado. Estando as relações privadas dominadas pelo *principio da autonomia da vontade,* entendeu-se que não seria possível a

invocação desses direitos no quadro das relações entre particulares[48].

Uma primeira posição jurisprudencial sobre este tema terá partido de uma decisão do Tribunal Federal de Trabalho (Hans Carl NIPPERDEY) que considerou que, "com a crescente popularização das grandes empresas, o relacionamento entre empregado e empregador se tornou mais parecido com o relacionamento de subordinação entre o Estado e o cidadão[49]". Foi, portanto, no quadro do Direito do Trabalho que o tema terá sido levantado pela primeira vez. Posteriormente admitiu-se o seu alargamento para outros setores privados do direito. Entende-se, todavia, que a Constituição de Weimar, de 1919 já fazia referência à figura.

As bases dogmáticas sobre a eficácia dos direitos fundamentais terão sido, todavia, fixadas, pela primeira vez, pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no caso *Erich Lüth*

[48] Perfilam-se nesta matéria fundamentalmente três teses na doutrina civilistico-constitucional portuguesa sobre o assunto: a tese da eficácia idêntica à que aqueles direitos têm perante os entes públicos – tese defendida por VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO; a tese da eficácia limitada aos vínculos privados em que uma das partes detém uma posição de poder – é a tese defendida por VIEIRA DE ANDRADE, JORGE MIRANDA e JOÃO ABRANTES e a tese da eficácia indireta que reclama a mediação de princípios gerais, como seja a boa fé, o abuso do direito – é a tese defendida por MENEZES CORDEIRO. Para uma síntese destas diversas teses, cf. Guilherme MACHADO DRAY, *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho, sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho,* Almedina, 1999, pp. 130 e segs. Outros autores reconduzem estas teses em apenas duas: segundo GOMES CANOTILHO, as respostas clássicas são: a teoria da eficácia directa ou imediata; e a teoria da eficácia indirecta (*Direito Constitucional e teoria da Constituição, 3ª edição,* Coimbra, 1998, pp. 421-422). No mesmo sentido se pronuncia MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I, 4ª edição reformulada e atualizada,* Almedina 2012, pp 933 e segs, em especial, pp 939. Ver ainda, MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho,* I … pp. 531-533.

[49] https://www.kas.de/documents/271408/4627511/Paper+-+Drittwirkung+-+Privatrecht+-+Lueth+-+Redeformat+%287.2%29.pdf/52e8efb6-9404-cfba-0555-d407146c525d

v. Veit Harlan (15 de Janeiro de 1958)[50]. Neste caso foi discutida a questão de saber se um crítico de cinema (*Erich Lüth)* podia apelar publicamente ao boicote de um filme do realizador *Veit Harlan* que fazia a apologia do regime nazi. As instâncias entenderam que não e condenaram o crítico, mas o *Bundesverfassungsgericht* ilibou-o, considerando que o apelo ao boicote se enquadrava no seu direito à liberdade de expressão.

II - A doutrina jus-laborista tem cuidado deste assunto atendendo a dois aspetos: a caracterização do contrato de trabalho como uma relação de poder, dada a subordinação a que o trabalhador se encontra sujeito perante o empregador, e a circunstância de o trabalhador se encontrar inserido na organização do credor o que concitaria forte presença dos direitos fundamentais.

Nenhum dos pontos de vista expendidos se nos afigura determinante. A relação de poder é estabelecida por contrato e, como tal, é controlada pelo trabalhador. Na verdade, os sistemas jurídico-laborais hodiernos permitem ao trabalhador pôr termo a essa relação quando entender. Como vimos, à semelhança do modo de funcionamento dos direitos da personalidade, o trabalhador goza de um direito de *autotutela específica* que lhe permite denunciar o contrato, a todo o tempo, facultando-lhe, assim, pôr termo, igualmente a todo o tempo, a qualquer relação de poder. Por identidade de razão, assiste a todo o tempo ao trabalhador a

[50] Sobre os contornos deste caso, cf. JÜRGEN SCHWABE, *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, tradução de Beatriz Hennig Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro Vivianne Geraldes Ferreira, Fundação KONRAD-ADENAUER, 2005, pp. 381 e segs.

faculdade de se retirar, quando lhe convier, da organização do credor, independentemente de qualquer justificação.

Assim, não se nos afigura adequado condicionar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, *maxime* no âmbito das relações laborais, à presença de relações de autoridade ou de enquadramento institucional. Observe-se o exemplo das relações familiares que se regem hoje pelo principio da igualdade. O poder marital foi suprimido e, hoje, tais relações não se configuram juridicamente como relações de poder. Todavia, a ascendência psicológica ou mesmo económica de um membro da família sobre o outro pode condicionar a violação de direitos fundamentais e justificar a aplicação de medidas de proteção.

III- O centro de interesse dos direitos fundamentais é a pessoa e os seus bens da personalidade[51]. A lógica de atuação tem que partir deste centro, seja qual for a relação na qual a pessoa se encontra inserida: pública ou privada, revestida ou não revestida de poderes de autoridade; enquadrada ou não por uma organização

[51] A doutrina tem adotado a seguinte distinção operada por CASTRO MENDES entre direitos fundamentais e outras categorias de direitos que lhe são afins: *os direitos fundamentais*, quer os comuns, quer os especiais, como sejam os direitos fundamentais dos trabalhadores, são aqueles direitos atribuídos pela Constituição – o critério é o da fonte; *os direitos da personalidade* são os que incidem sobre elementos desta e realidades afins – o critério é o do objeto; *os direitos originários* são os que resultam da própria natureza do Homem e que a lei positiva reconhece – o critério é o da extensão da sua titularidade positiva ou efetiva; *os Direitos do Homem* são os que resultam da própria natureza do Homem e que a lei natural e internacional reconhece – o critério é o da extensão da sua titularidade natural ou internacional; *os direitos pessoalíssimos* são os intransmissíveis – o critério é o da possibilidade de transmissão; por fim, os *direitos pessoais* são os não patrimoniais – o critério é o da não avaliabilidade em dinheiro – *Estudos sobre a Constituição – Direitos, Liberdades e garantias – alguns aspectos gerais (artigos 25º a 49º)* – Volume I, pp. 93 e segs em especial pp. 117, Livraria Petrony, 1977.

determinada. Qualquer ato de quem quer que seja, praticada onde quer que seja, com aptidão para atingir os direitos fundamentais concita a presença destes direitos e a atuação dos mecanismos de proteção que os mesmos reclamam.

Compreende-se, portanto, que nos revemos na tese daqueles autores, como GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, que preconizam a *eficácia idêntica* à que aqueles direitos têm perante entes públicos, afastando-nos da *tese da eficácia limitada,* quer na versão que a referencia aos vínculos privados em que uma parte detém uma posição de poder, quer naquela que reclama a mediação de princípios gerais, como seja a boa-fé e o abuso de direito[52].

Este ponto de vista é igualmente o seguido por certa doutrina brasileira. Segundo Fredie DIDIER Jr "a atual Constituição brasileira, pela "moldura axiológica" em que se encontra estampada (de índole eminentemente intervencionista e social), admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda sociedade podem ser sujeitos passivos desses direitos", sem prejuízo das especificidades inerentes ao direito privado[53].

---

[52] Os direitos fundamentais são originariamente concebidos como direitos perante o Estado. O reconhecimento da sua eficácia direta no domínio do direito privado (*drittwirkung)* encontra obstáculos reclamados pelo respeito pela autonomia privada que tem igualmente valor constitucional.

[53] Apud Alessandro Pombo dos SANTOS - *breves notas sobre a "eficácia horizontal dos direitos humanos"* In http://datavenia.net/artigos/brevesnotassobreeficaciahorizontadireitoshumanos.html Este autor assegura ainda que esta é a opinião de André Ramos TAVARES, para quem "O reconhecimento de direitos humanos não deve mais operar apenas 'verticalmente', ou seja, na relação existente entre liberdade-autoridade, entre particular-Estado. Há uma tendência atual para reconhecer e privilegiar, também, a chamada eficácia horizontal dos direitos humanos (e fundamentais)".

IV – São precisamente estas especificidades que permitem considerar dois aspetos:

a. a limitação voluntária dos direitos fundamentais, por via contratual, quando sejam direitos da personalidade;
b. e o princípio da concordância prática.

Na verdade, tratando-se de direitos fundamentais que sejam igualmente direitos da personalidade, a faculdade da sua limitação voluntária mantém-se garantida pelo art.º 79.º do Código Civil. A interceção, neste particular, do regime civilístico com o regime dos direitos fundamentais surge evidente: mercê do princípio da autonomia da vontade, que tem igualmente dignidade constitucional, os direitos fundamentais que sejam igualmente direitos da personalidade podem também ser objeto de limitação voluntária por via contratual, sem prejuízo da reserva da ordem pública e os bons costumes. Afigura-se-nos, portanto, igualmente aplicável, nesta particular, as regras do funcionamento dos direitos da personalidade e, consequentemente, a possibilidade de os direitos fundamentais puderem ser limitados por via contratual.

- Se um trabalhador da Renault celebra um contrato de trabalho com a empresa e concorda que durante a vigência do contrato só adquiria carros da marca Renault, se, entretanto, adquirir um carro da marca Peugeot viola o contrato. Todavia, se esta limitação não foi objeto de acordo entre as partes, o despedimento do trabalhador por este facto deve ser reputado ilegal.

- Se uma manequim concorda com a empresa de moda em como manterá certo peso corporal, durante a vigência do contrato, se ultrapassar o peso acordado viola o contrato. Não pode invocar o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

- O mesmo se aplica relativamente ao médico ou enfermeiro que, por razões de consciência, entende que não deve colaborar em práticas de interrupção da gravidez[54]. Não tendo sido tal possibilidade admitida por contrato, o direito fundamental à objeção de consciência tem que prevalecer.

Note-se, todavia, que há neste particular uma presunção de efetividade que joga a favor do trabalhador. Na dúvida deve-se presumir que o trabalhador não limitou os seus direitos fundamentais (*in dubio pro libertatis*) e portanto pode acionar os mecanismos de proteção. Assim, compete à parte interessada acautelar os seus interesses sempre mediante contrato.

Todavia, certas concretizações dos direitos fundamentais escapam a este regime. Assim, se um trabalhador de confissão judaica não pretende trabalhar aos sábados, deve acautelar este facto no contrato que celebrar com o empregador[55]. Aqui a presunção funciona a favor do empregador que beneficia, neste particular, dos regimes legais e usos laborais. Estes depõem a favor da presunção de que qualquer trabalhador, seja qual for o seu credo, aceita trabalhar aos sábados.

Decorre igualmente deste regime que essa limitação pode ser posta termo, a todo o tempo, mediante denúncia do titular dos

[54] Cf, sobre este exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado…*, I, pp. 938-939.
[55] Cf, sobre este exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado…*, I, pp. 938-939.

direitos fundamentais, sem prejuízo da responsabilidade civil a que a denúncia der lugar.

V – Além da faculdade de limitação voluntária, por via contratual, opera, igualmente, neste particular, o *princípio da concordância prática*. Na formulação de GOMES CANOTILHO, este princípio "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros"[56]. Na base deste principio está a presunção de que os direitos fundamentais colidentes têm igual dignidade constitucional. Nenhum se sobrepõe ao outro.

A possibilidade de direitos em colisão serem de espécie diferentes é admitida por lei e não pode excluir os direitos fundamentais. Reconhece-o o artº. 335º do Código Civil que se reporta a colisão de direitos iguais ou da mesma espécie e aponta uma via para a sua concordância prática.

A resposta do legislador nesta matéria preconiza apartar os direitos em colisão até ao limite da zona de sobreposição. Trata-se de uma solução feliz que promove o equilíbrio dos direitos em presença e permite a cada sujeito a realização do próprio direito até ao limite dos direitos de outrem.

Todavia, a própria lei admite que nem todos os direitos são da mesma natureza e os de hierarquia superior prevalecem sobre os direitos de hierarquia inferior.

No domínio dos direitos da personalidade a matéria tem suscitado perplexidades. Afigura-se-nos que no processo de

[56] *Direito Constitucional e Teoria da Constituição…* pp. 1150.

concordância prática não se pode perder de vista os elementos já referidos: a faculdade de limitação voluntária por via contratual; o princípio *in dubio pro libertatis,* a reserva de ordem pública e os bons costumes.

2. Limitação voluntária e estatuto do trabalhador

I - A pessoa que presta a sua atividade intelectual e/ou manual denomina-se *trabalhador*[57]. Aquele que tira proveito da atividade dessa pessoa e paga, em consequência, a respetiva retribuição chama-se *empregador*. As duas partes podem assumir, variavelmente, posições jurídicas ativas e passivas, no quadro das relações de trabalho. A um e outro sujeito 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. Este *estatuto*, como decorre da própria palavra, tem carácter duradouro, pois, exprime-se em posições jurídicas tendencialmente estáveis.

[57] Sobre a noção jurídica de *trabalhador*, ver MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho...*, pp. 107 e segs; MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho...*, pp 189 e segs; Bernardo da Gama LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho...*, pp 315 e segs; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho - Parte I dogmática geral...*, pp. 299 e segs, apresentando várias acepções do termo trabalhador.

II - A Constituição da República escolheu a pessoa do trabalhador como elemento referencial para dar corpo a um e outro estatuto dos sujeitos da relação jurídico-laboral[58]: a pessoa do trabalhador é o

[58] O estatuto constitucional do trabalhador é configurado como um *estatuto de direito, liberdade e garantia*. Recorta-se a partir de um conjunto de preceitos constitucionais que impõem ao Estado deveres de ação e de abstenção e vincula igualmente todas as entidades públicas e privadas (artº. 18º da CR). Surge no quadro da chamada *segunda geração dos direitos fundamentais*. A primeira geração de direitos fundamentais seria representada por liberdades negativas, estabelecidas a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e representaria limites negativos à ação do Estado na vida dos cidadãos, na sua liberdade, na sua integridade física e na sua propriedade (Cf. Ricardo LUIS LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal – Culzoni editores, Argentina, 1995, pp. 112), ao passo que a segunda geração de direitos fundamentais já exprime liberdades positivas onde é exigível, não apenas um dever de abstenção da parte do Estado, na concretização de certos e determinados direitos fundamentais, mas sim um dever de atuação do Estado para a concretização de direitos tais como o *direito ao trabalho*, o direito à qualidade de vida, o direito à saúde. Esta segunda geração de direitos fundamentais é a chamada geração dos direitos económicos e sociais que "tem em vista grupos sociais, tais como velhos, trabalhadores, jovens e crianças" (Cf. Ricardo LUIS LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado*, pp. 113). Fala-se ainda numa terceira e quarta geração de direitos fundamentais. A *terceira geração de direitos fundamentais*, também chamada a geração do direito à qualidade de vida "surge como resposta ao problema da contaminação das liberdades fundamentais"- LORENZETTI, ob. loc. cit. "Os avanços tecnológicos colocam em risco a qualidade de vida, o ambiente, a liberdade informática, o consumo...". Por isso, esta terceira geração de direitos inclui "a proteção do património histórico e cultural da humanidade, o direito à autodeterminação, a defesa do património genético" – LORENZETTI, pp 113. Seguiu-se-lhe uma *quarta geração de direitos fundamentais* que tem sido igualmente apelidada de *direito à diferença*. Ela segue a concepção de base cristã-humanista que anunciou a pessoa sob a ideia de singularidade substancial irrepetível: cada pessoa constitui um ser único e irrepetível no que tem de essencial e característico que é o seu património individual. Por isso, cada pessoa tem o direito de exprimir e realizar a sua individualidade e o Direito deve tomar em consideração estas características individuais para assegurar a sua não adulteração e impedir discriminações fundadas nestas características individuais. A quarta geração dos direitos fundamentais atribui, assim, à individualidade um significado particular: associa-lhe um conjunto de direitos que resultam de um "processo de diferenciação do indivíduo em relação ao outro" (Cf. Ricardo LUIS LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado,* , pp. 112). É neste quadro que surgem direitos tais como a auto-determinação sexual (homosexualidade, mudança de sexo) e se coloca na ordem do dia a discussão em torno de questões como o aborto, a eutanásia, a ortotanásia, etc.

centro polarizador em torno do qual gravitam e para onde concorrem todas as soluções do sistema jurídico sobre o trabalho por conta alheia[59].

Quem celebra um contrato de trabalho transporta, irremediavelmente, para a relação laboral todos os seus bens de personalidade. O modo como o trabalhador age e se interage com os demais companheiros do trabalho; o modo como reage ao ambiente de trabalho, à instrução dada pelo empregador ou por um superior hierárquico; o modo como as suas angústias, os seus medos, os seus projetos influenciam a sua relação com o trabalho… traz inseparável a sua personalidade historicamente construída, de acordo com o seu contexto social. O trabalhador não é, portanto, mais uma peça da engrenagem industrial que visa a obtenção de determinados resultados. É uma entidade substancial de natureza racional, e é como tal que deve ser apreendido na relação laboral.

A atividade do trabalhador não tem, pois, valor abstrato. Apresenta uma ligação indissolúvel com a pessoa que a realiza e essa pessoa, na sua essência, constitui uma unidade substancial dotada de singularidade. Por isso se diz que o contrato de trabalho tem carácter *intuitu personae*[60].

III - Essencial no estatuto jurídico do trabalhador é o estado de sujeição a que o mesmo se coloca face ao empregador, por forma a

[59] No dizer de António MONTEIRO FERNANDES, "o trabalhador é o personagem central na regulamentação das relações laborais" – *Direito do Trabalho...*, pp. 189.

[60] A primeira característica da *locatio conductio operarum* apontada pelos romanistas é a personalidade da prestação do locador *operarum* que, segundo GUARINO, o obriga a prestar pessoalmente, sem a possibilidade de se fazer substituir por outrem, a atividade a que se obrigou pelo contrato. In *Diritto Privato Romano*… p. 935.

permitir a este fruir, de harmonia com os seus interesses, da atividade a que o mesmo se vinculou pelo contrato de trabalho. A subordinação jurídica manifesta-se em comportamentos de sujeição pessoal, para ajustar a atividade do trabalhador à realização de obra ou serviço a que se comprometeu, mas também na adaptação da vida pessoal e familiar do trabalhador às exigências do empregador ou da sua organização empresarial. Faz, portanto, um forte apelo à dignidade da pessoa humana.

IV - Do mesmo modo que as limitações voluntárias de um direito de personalidade são "revogáveis", a todo o tempo (artº. 79º do Código Civil), permitindo-se ao sujeito libertar-se da vinculação livremente consentida, também no contrato de trabalho a lei reconhece ao trabalhador a faculdade de se auto desvincular, independentemente da invocação do motivo. Monteiro FERNANDES fala a este propósito da "recuperação da liberdade pessoal" do trabalhador[61], fazendo assim apelo à sua recondução aos direitos de personalidade.

A ideia está igualmente presente em MENEZES CORDEIRO que fala igualmente em "liberdade pessoal", rematando que" ninguém pode ser obrigado a trabalhar contra a sua vontade"[62]. A similitude dos dois regimes é, assim, por demais, evidente: do mesmo modo que qualquer pessoa pode esquivar-se a acatar as limitações voluntariamente consentidas no seu direito de personalidade, também o trabalhador pode em qualquer momento por termo à

[61] *Direito do Trabalho…*, pp. 583.
[62] *Manual de Direito do Trabalho…*, pp. 856.

relação laboral. Mesmo nas situações em que está vinculado a um prazo maior de pré-aviso, como seja nas situações de representação, direção ou autonomia técnica, pode usar dessa faculdade, indemnizando o empregador pelos eventuais prejuízos decorrentes da desvinculação, ocasionados à empresa (artº. 39º do Código Laboral). Esta norma completa a similitude com o regime dos direitos da personalidade. Neste particular, a regra é igualmente a da livre revogabilidade das limitações legais voluntariamente consentidas, sem prejuízo do dever indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (artº. 79º nº 2)[63].

3. (cont.) Limitação voluntária e vida privada do trabalhador

I – A determinação do comportamento devido pelo trabalhador suscita enorme complexidade quando se trata de avaliar *factos da vida privada do trabalhador*.

A interferência da prestação devida com a vida privada do trabalhador surge de forma inextrincável. No tratamento do assunto, a jurisprudência encontra-se dividida e a doutrina também. A lei pouco pode adiantar a este respeito enquanto a doutrina não

[63] Essa indemnização tem sido, por vezes, atribuída pelos tribunais. Cf. Ac. do STJ, de 19/02/1997, nos termos do qual "rescindido o contrato de trabalho sem observância do aviso prévio de 60 dias, o trabalhador constitui-se na obrigação de pagar à entidade patronal uma indemnização de valor igual à remuneração de base correspondente ao período de aviso prévio em falta (artigos 38 e 39 do Decreto-Lei 64-A/89, de 27 de Fevereiro)". Esclarece este Acórdão que a entidade patronal não tem de deduzir pedido reconvencional, bastando-lhe excecionar a compensação, se pretende compensar crédito seu com crédito do autor dentro dos limites deste. Cf. Ainda Ac. do STJ de 3/07/96 e Ac. do STJ de 16/12/2000, entre outros. Sobre a rescisão com base na lei dos salários em atraso, cf. Ac. do STJ de 26/4/99 e de 23/03/2001, todos recolhidos em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/.

desbravar o terreno. Algumas decisões jurisprudenciais têm entendido que quando o facto da vida privada do trabalhador, pelas suas repercussões, envolver reflexos prejudiciais na relação do trabalho, pode constituir justa causa de despedimento[64]. Um Acórdão do STJ de Portugal é perentório em afirmar que, "mesmo tratando-se de factos da vida privada do trabalhador cometidos fora do tempo e do local de trabalho, podem eles ser suscetíveis de abalar a confiança em que se baseia o contrato de trabalho e constituírem justa causa de despedimento, pelos reflexos prejudiciais causados no serviço e no ambiente de trabalho"[65]. Todavia, a jurisprudência não é unânime quanto a este ponto de vista, contabilizando-se já um bom número de decisões com uma visão mais prudente no tratamento do tema.

Vejamos alguns casos:

- Um trabalhador, perito de uma companhia de seguros, envolveu-se numa rede de traficantes de droga e foi punido com pena de prisão maior. Na sequência, foi despedido pelo seu empregador. O tribunal confirmou o despedimento, invocando perda da confiança – *Ac. do STJ (Portugal) de 31 de Outubro de 1986 – BMJ 360, 468.*

- Duas trabalhadoras envolveram-se numa briga, em sitio afastado do local de trabalho, tendo uma delas causado ofensas

[64] Neste sentido, Ac. da Rel. do Porto de 16-12-1985 "I – A definição de justa causa dada pelo nº 1 do artigo 10º do Decreto-Lei nº 372-A/75 não envolve apenas os comportamentos do trabalhador no lugar e no tempo de trabalho e diretamente relacionados com este. II – Os meros atos da vida privada do trabalhador também podem integrar aquele conceito, desde que graves e culposos e que determinem a imediata impossibilidade da relação laboral. Col. de Jur., 1985, 5, 212. No mesmo sentido, Ac. da RC de 28 de Janeiro de 1993 – Col. Jur. 1993, 1, 85.

[65] Ac. do STJ (Portugal) de 10 de Dezembro de 1997, Ac. Dout do STA, 436, 524.

corporais à outra e, por este facto, esta foi despedida pelo empregador. O tribunal anulou o despedimento e decretou a reintegração da trabalhadora, considerando que a agressão não teve qualquer reflexo na relação de trabalho – *Ac. do STJ (Portugal) de 14 de Novembro de 1986 – BMJ, 361, 403.*

- Um comandante de aeronave, durante o seu período de descanso tomou uma bebedeira e fez desacatos no hotel onde se encontrava hospedado. Considerando que esse comportamento afetou a imagem da entidade patronal, o mesmo comandante foi despedido e o tribunal confirmou o despedimento – *Ac. da RL de 17 de Junho de 1993, Col. Jur., 1993, 3, 187.*

- Uma empregada bancária, em dificuldades financeiras, aproveitou-se do conhecimento que tinha junto de clientes do Banco e pediu-lhes dinheiro emprestado, para satisfazer despesas imperiosas. O tribunal considerou que este facto da vida privada da trabalhadora não constitui justa causa de despedimento, por não afetar a relação laboral, nem o prestígio da trabalhadora perante os clientes do Banco – *Ac. da RC, de 1 de Junho de 1995: Col. Jur., 1995, 3, 85.*

- Uma empresa adotou uma norma regulamentar com vista a prevenir o consumo de álcool e de droga entre os seus trabalhadores. Numa análise de rotina, um trabalhador acusou a presença de *cannabis* no organismo e foi despedido, em consequência. O tribunal considerou que o regulamento da empresa não visava (nem podia visar) proibir o uso de droga, em qualquer circunstância, nomeadamente, fora do âmbito das relações de trabalho. Considerando que o uso da droga não afetou o normal desempenho

do trabalhador, o tribunal declarou ilícito o despedimento – *Ac. do STJ (Portugal) de 9 de junho de 1999 – Ac. Dout. STA, 459, 455.*

II – Entendemos que a perspetiva dogmática que abraçamos pode trazer algum contributo na compreensão deste assunto. Se o contrato de trabalho representa uma limitação voluntária dos direitos da personalidade do trabalhador, então tem que se concluir, antes de mais, que essa limitação pode respeitar igualmente à vida privada do trabalhador. A amplitude da limitação será sempre a que resulta do contrato de trabalho, seja através de cláusulas livremente acordadas, seja por processos de adesão a estatutos de pessoal ou regulamentos internos, submetidos à consideração do trabalhador. No limite a lei suprirá a vontade das partes quanto ao alcance da limitação que deva ser consentida.

Por essa limitação livremente consentida, o empregador adquire, pelo contrato de trabalho, um direito de interferir na vida privada do trabalhador. Não se pode, pois, afirmar de forma perentória e genérica, que o empregador não pode, em caso algum, imiscuir-se na vida privada do trabalhador. Tudo depende da amplitude do contrato de trabalho livremente celebrado. Esta limitação tem que ser voluntária, portanto, independente de toda a coação, e é livremente revogável pelo trabalhador, independentemente da demonstração da causa (*ad nutum*). Na verdade, se o trabalhador pode por termo ao contrato de trabalho *ad nutum,* por maioria de razão pode modificar, unilateralmente, uma cláusula contratual, *maxime* quando essa cláusula respeite à proteção dos seus bens da personalidade.

Uma de duas consequências pode daí resultar: sendo a cláusula essencial para o empregador e sem a qual ele não celebraria o contrato, este extingue-se em consequência. Não sendo a cláusula essencial, mas a sua supressão causar prejuízo ao empregador, este deve ser indemnizado, dentro dos limites fixados pelo artº.79º do Código Civil. Portanto, em nossa opinião, o ponto de partida na avaliação dos factos da vida privada do trabalhador e das eventuais ingerências do empregador nesse domínio, passa, antes de mais, pela interpretação do contrato de trabalho. Só uma correta interpretação do contrato pode permitir determinar até que ponto essa ingerência é consentida.

III - Esta é, aliás, uma solução constante no Direito do Trabalho cabo-verdiano, desde que pelo Diploma Legislativo 1330, de 9 de Fevereiro de 1957 foi instituído o regime do trabalho livre nesta antiga colónia portuguesa. Numa solução extremamente avançada para a época, o artº. 89º do referido Diploma Legislativo estabelecia que não se considera justa causa de despedimento "as circunstâncias da vida particular do trabalhador que não tenham sido expressamente contempladas no contrato ou não sejam suscetíveis de causar prejuízo à entidade patronal"[66].

[66] Uma norma deste teor, redigida em 1957, em Cabo Verde, deixa, hoje, qualquer jus-laborista boquiaberto pelo alcance da proteção que conferia aos direitos da personalidade do trabalhador. Temos, aliás, vindo a enaltecer as virtualidades deste diploma que regulamentou matérias de grande relevância e com sentido de futuro, matérias que, nalguns casos, só recentemente viriam a receber uma regulamentação na Europa. Referimo-nos, nomeadamente, ao *trabalho de grupo de trabalhadores* (disciplinado no artº. 4º do referido diploma) e à *propriedade das obras intelectuais criadas no quadro de uma relação laboral* (regulada no artº. 58º), matérias que só recentemente obtiveram uma disciplina jurídica na Europa, mas que o vetusto Diploma Legislativo 1330, de 9 de Fevereiro

E deve-se afirmar que, em caso de dúvida, essa ingerência não é tolerada por lei. Para usar uma expressão de SCHNEIDER, amiúde reproduzida pela doutrina jus-laborista, *in dubio pro libertate*. E, na verdade, é esta a solução que se compagina com o regime dos direitos da personalidade: na dúvida deve-se presumir que o trabalhador não limitou o exercício dos seus direitos de personalidade, que conservou a totalidade do seu exercício e, portanto, não devem ser consentidas ingerências do empregador nesse domínio.

Todavia, como alerta BERNARDO XAVIER, "não podemos confiar na vontade esclarecida e livre de quem quer conseguir um posto de trabalho a todo o risco"[67] e, por isso, se bem compreendemos o pensamento do ilustre jus-laborista português, a proteção da vida

de 1957, numa visão deveras iluminada, já lhes fazia referência. Este facto tem, todavia, uma razão de ser: o referido diploma nasceu das mãos do insigne Professor RAUL VENTURA (1919-1999), especialista renomado de Direito do Trabalho, na altura Ministro do Ultramar português (1955-1958), que remeteu para a então Província de Cabo Verde um projeto de diploma regulador das relações de trabalho nas empresas particulares, comerciais, industriais e agrícolas para servir de modelo técnico para a elaboração do referido Diploma Legislativo 1330, de 9 de Fevereiro de 1957. Assinale-se ainda que o mesmo diploma acolhia de forma clara a *conceção comunitário-pessoal* como fundamento das relações laborais. Na verdade, definia o contrato de trabalho subordinado como "aquele em que o trabalhador é integrado em organização pertencente ao credor, ao qual compete, dentro dos limites legais e contratuais, determinar e fiscalizar o emprego da atividade prometida" (artº. 2º). Esta perspetiva foi igualmente a acolhida no Código do Trabalho Rural, aprovado pelo Decreto nº. 44 310, de 27 de Abril de 1962, cujo art. 5º caracteriza o trabalhador como "colaborador da empresa" e "como tal esta deve tratá-lo e ele usar de diligência e lealdade", acolhendo, portanto, as duas ideias-força da conceção comunitário-pessoal. O nº. 2 deste artº 5º estabelecia que "os governos das províncias poderão tornar obrigatória a constituição, em determinadas categorias de empresas, de órgãos de colaboração, destinados a apreciar as questões diretamente relacionadas com os interesses dos trabalhadores", abraçando, portanto, a já referida conceção comunitário-pessoal.

[67] *A constituição, a tutela da dignidade e personalidade do trabalhador e a defesa do património genético – uma reflexão*, V Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, Coordenação de António MOREIRA, pp. 267.

privada do trabalhador não pode ser sediada unicamente na vontade do trabalhador. Há que ir um pouco mais longe, aliás, conformando-se com a longa tradição do Direito do Trabalho, e trazer para este domínio essencial da vida do trabalhador, que são os seus bens da personalidade, as normas imperativas necessárias para garantir-lhe a devida proteção.

A lei geral só fixa parâmetros genéricos neste domínio, limitando a vontade do trabalhador pela *ordem pública* e os *bons costumes* (artº. 79º do Código Civil), mas tem-se que reconhecer que a concretização destes conceitos indeterminados não é suficiente para garantir a proteção devida. A constitucionalização das relações laborais pela regra da eficácia direta dos direitos fundamentais (*Drittwirkung)* confere orientações importantes neste domínio, mas a atualidade do problema reclama concretizações ao nível da legislação ordinária, como demonstram as diversas manifestações jurisprudenciais apresentadas.

IV - Há aspetos da vida privada do trabalhador em que a faculdade de ingerência do empregador está claramente implícita no contrato de trabalho. Assim, se dois trabalhadores praticam relações sexuais no local de trabalho, não podem invocar o direito de reserva da vida privada, para impugnar o eventual despedimento promovido pelo empregador, em consequência deste facto[68]. Está implícito no dever de respeito devido à entidade empregadora e à organização empresarial que a prática de relações sexuais dentro do local de

[68] Sobre este ponto, cf. PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais,* pp. 382.

trabalho constitui violação do comportamento devido pelo trabalhador. Todavia, já será ilegítimo o despedimento promovido pelo empregador o facto de os dois trabalhadores praticarem relações sexuais fora do local de trabalho. Não pode o empregador alegar que a relação entre os dois trabalhadores perturba os interesses da empresa. Se os perturbar, de facto, como será, por exemplo, o caso de os dois trabalhadores enfraquecerem a diligência normal na execução das tarefas que lhes foram distribuídas, será este comportamento a ser avaliado para efeitos de responsabilização disciplinar e não o namoro entre os dois trabalhadores. Na verdade, o dever de diligência obriga a todo o trabalhador, mesmo que extasiado por uma relação de namoro, a não enfraquecer o empenho que deve colocar no cumprimento dos seus deveres profissionais. O trabalhador tem o dever de vigiar as suas próprias emoções e exercer sobre elas o controlo necessário de modo a evitar que as mesmas perturbem o cumprimento dos seus deveres laborais. Porém, a ingerência do empregador começa e termina no âmbito e limite do cumprimento destes deveres. Não pode extravasá-los.

V - Há, porém, aspetos da vida privada do trabalhador sobre os quais é de duvidosa legalidade a ingerência do empregador. A doutrina jus-laborista enumera várias situações, como seja o controlo das idas à casa de banho[69]; a proibição de o trabalhador se exprimir publicamente, designadamente na comunicação social

[69] Cf. António Garcia PEREIRA, *A grande e urgente tarefa da dogmática juslaboral: a constitucionalização das relações laborais, V congresso Nacional de Direito do Trabalho,* pp. 278.

sobre assuntos da empresa[70]; a imposição de normas sobre a aparência (uso ou não uso de calças; maquilhagem; corte da barba)[71]; proibição do uso de emblemas de organizações politicas, religiosas, culturais ou desportivas[72]; vigilância eletrónica; devassa das comunicações telefónicas ou eletrónicas e demais correspondência privada dos trabalhadores[73]; controle de espaços pessoais do trabalhador, como sejam gavetas, cacifos; acesso a contas bancárias; registo de dados sobre a vida íntima do trabalhador[74] e outras situações[75].

Reiteramos que o alcance da ingerência do empregador na vida privada do trabalhador tem que decorrer, antes de mais, do contrato de trabalho. Uma pessoa pode celebrar um contrato de trabalho cujo objeto seja a exploração da vida privada do próprio trabalhador. Os contratos que têm por objeto a presença de uma pessoa na *Casa do Big Brother* representam o limite dessa ingerência contratualmente consentida, ou *contratualmente desprivatizada*, como se lhe referiu uma Deliberação tomada pela Alta Autoridade para a Comunicação Social de Portugal, de 22 de Maio de 2001[76]. Se tais contratos

[70] Autor e ob. cit., pp 279.
[71] Autor e ob. cit pp. 280.
[72] *Ibidem*.
[73] *Ibidem*.
[74] Autor e ob. cit. pp. 280.
[75] Cf. sobre estes aspectos, Júlio Manuel VEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, volume I Relações individuais de trabalho,* pp. 320 e segs.
[76] No caso submetido à apreciação da Alta Autoridade para a Comunicação Social, a TVI havia exibido, durante o telejornal dois concorrentes da Casa do Big Brother a praticarem sexo explícito. Em face das denúncias apresentadas por várias pessoas a Alta Autoridade abriu um processo e considerou que "apesar da sua gravidade e da sua crueza]os factos] não envolvem violação de direitos fundamentais, designadamente da reserva da intimidade da vida privada, da integridade moral e da dignidade humana" que "em si mesma, uma relação de sexo, quando voluntariamente assumida e desejada por ambos os parceiros, como claramente foi o caso, é, ao contrário, a expressão de sentimentos elevados e

puderem ser considerados contratos de trabalho, por ser intensa a subordinação dos atores aos objetivos do programa fixados pela direção de programação, servem de elemento aferidor sobre até onde poderá ser consentida a ingerência do empregador na vida privada do trabalhador.

Porém, não basta o consentimento do trabalhador. O grau de ingerência do empregador deve igualmente ser aferido pelo objeto do contrato de trabalho. É preciso averiguar se, pela atividade a que o trabalhador se vinculou pelo contrato de trabalho, essa ingerência na vida privada do trabalhador é ou não justificada. Colhem, neste particular, as mesmas razões que fundamentam as limitações quanto à recolha de dados pessoais, no momento da contratação. Do mesmo passo que as informações solicitadas a um candidato a um emprego só podem ter por finalidade apreciar a sua capacidade de ocupar o emprego proposto (artº. 45º do Código Laboral), também as limitações ao livre exercício dos direitos da personalidade, *maxime* o direito de reserva da vida privada e familiar, ainda que voluntariamente consentidas, devem ajustar-se ao normal exercício da atividade comprometida pelo trabalhador. O art. 45º do Código Laboral pode, portanto, ser utilizado, com proveito, em sede da avaliação do grau de ingerência do empregador na vida privada do trabalhador, alargando-se, *mutatis mutandis,* a regra da proporcionalidade material subjacente a esse artigo, do domínio do

nobres da pessoa, fundamento e esteio da vida familiar e social". Apesar disso, a Televisão foi coimada pelo facto de ter apresentado essas cenas "em circunstâncias de tempo e modo" proibidos por lei – cf. DELIBERAÇÃO RELATIVO A DUAS TRANSMISSÕES DO PROGRAMA "BIG BROTHER" DA TVI NOS DIAS 23.03.2001 E 24.03.2001 (Aprovada na reunião plenária de 22.MAI.2001) – documentação eletrónica.

estabelecimento do vínculo, para o domínio da prestação do trabalho. Júlio GOMES parece ser desta opinião quando afirma que "qualquer restrição aos direitos fundamentais deste [referindo-se ao trabalhador] terá de ser necessária, mas também justificada, proporcional e adequada"[77]. Deve-se questionar se, de acordo com as regras da experiência, e em razão do objeto do contrato é lícito ao empregador invadir a esfera privada do trabalhador e até onde pode ir essa ingerência[78].

Certos contratos de trabalho têm por objeto um maior ou menor envolvimento de aspetos da vida privada do trabalhador no exercício da sua atividade. Assim, uma manequim pode, pelo contrato de trabalho, aceitar restrições em matéria da indumentária, da alimentação e até do regime de repouso porque estas restrições potenciam os resultados do trabalho que presta. Estas restrições, desde que livremente consentidas, são absolutamente legais, pois, inserem-se no normal aproveitamento dos bens da personalidade. Mas já será menos compreensível admitir a validade da cláusula que imponha ao trabalhador a obrigação de se sujeitar a ser revistado no fim de cada período de trabalho, para averiguar se o trabalhador transporta objetos pertencentes ao empregador. A humilhação que essa prática representa transfere para o trabalhador o risco do controle dos bens pertencentes ao empregador, quando devia ser

[77] *Direito do Trabalho Volume I Relações Individuais de trabalho,* pp. 321.

[78] Por isso, reputamos que não viola o comportamento devido o piloto de aviação civil que ingere bebidas alcoólicas e causa desacatos durante o seu período de descanso. Não se pode advogar a ideia de disponibilidade permanente do trabalhador face à sua entidade empregadora. O período de repouso pertence ao trabalhador que pode dar-lhe a utilidade que, no seu livre arbítrio, julgar mais conveniente. Parecendo concordar com esta decisão, cf. Pedro Romano MARTINEZ, *Direito do Trabalho…*, pp 987.

este a criar as condições necessárias para exercer vigilância sobre os seus bens, sem necessidade de sujeitar os trabalhadores à humilhação de serem revistados diariamente. Tal prática conduz, no limite, numa empresa de exploração de pedras preciosas, a obrigar os trabalhadores a vomitar ou a defecar no fim de cada período de trabalho, para averiguar se transportam alguma pedra preciosa no interior do seu corpo. A dignidade da pessoa humana rejeita tais soluções e deve-se admitir, em tese geral, que lá onde, por lei ou convenção, não se possa admitir que o trabalhador consentiu voluntariamente na limitação dos seus direitos da personalidade, essa limitação deve ter-se por não consentida. E na impossibilidade de limitação autorizada por lei deve ter-se bem presente a ordem pública e os bons costumes.

4. Limitação voluntária e estatuto do empregador

I - O estatuto jurídico-constitucional do empregador exprime-se, predominantemente, em posições jurídicas simétricas, em regra, implícitas no estatuto constitucional do trabalhador. A cada norma que estabelece para o trabalhador, uma liberdade, uma garantia, um direito, faz a lei corresponder para o empregador um *status negativus*, um dever de acção ou abstenção[79]. Mas o estatuto jurídico-constitucional do empregador não se recorta unicamente pela determinação destas posições jurídicas simétricas: completam-

[79] O termo *empregador* aparece uma única vez no texto constitucional, a propósito dos despedimentos sem justa causa. O artº. 63º nº. 3 da Constituição da República refere-se ao credor da prestação de trabalho como "entidade empregadora" fazendo recair sobre ela a proibição de despedir sem justa causa o trabalhador e o dever de o indemnizar.

no as normas que resultam da *constituição económica* que, desta feita, fazem corresponder para o trabalhador outras posições jurídicas simétricas equivalentes.

Tal como o trabalhador, o estatuto do empregador adquire-se mediante a celebração do contrato de trabalho. O empregador é a pessoa física ou moral, pública ou privada, nacional ou estrangeira que realiza o aproveitamento de um bem jurídico específico: a atividade do trabalhador. Este, por sua vez, constitui-se num centro de imputação de direitos e obrigações que se manifestam na sua esfera jurídica, não apenas como aquele que presta uma actividade a favor de outrem, mas sobretudo como pessoa titular de bens de personalidade. Por isso, o estatuto jurídico do empregador se constitui e se desenvolve, particularmente, através de um conjunto de normas de natureza conservatória. Surge, aparentemente, como um estatuto de poder - o conjunto dos poderes que o empregador adquire pela celebração do contrato de trabalho - mas recorta-se, principalmente pelo conjunto das limitações que a lei vai estabelecendo aos poderes que alguém poderia adquirir, mediante a celebração de um contrato de natureza obrigacional. Na verdade, o alcance dos poderes que alguém pode adquirir através de um contrato obrigacional é todo aquele que é possibilitado pela autonomia da vontade. O seu âmbito é, portanto, vastíssimo, apenas limitado pela ordem pública e pelos bons costumes.

II - O empregador aproveita-se dos bens de personalidade do trabalhador, bens jurídicos inalienáveis, cuja conservação concita, por isso mesmo, uma forte presença de normas imperativas. Ora,

são estas normas imperativas que recortam o estatuto jurídico específico do empregador, porque aqueles poderes que ressaltam do exercício livre da autonomia da vontade são poderes comuns à generalidade dos credores. Dito de outro modo, o que confere natureza especial aos poderes de um certo credor a que chamamos empregador não é o conjunto das normas que definem o estatuto jurídico de qualquer credor, num contrato de natureza obrigacional, mas sim o conjunto das limitações que a lei estabelece à autonomia da vontade dos sujeitos, em atenção aos bens jurídicos que o devedor coloca à disposição do empregador.

Por isso, não podemos concordar inteiramente com a doutrina dominante na afirmação de que "o estatuto" do empregador pode sinteticamente definir-se como uma posição de poder ou autoridade – que é, afinal, o reverso da subordinação em que o trabalhador se coloca pelo contrato de trabalho"[80]. Trata-se, na verdade, de um estatuto complexo que se manifesta na presença de poderes próprios de qualquer credor numa relação obrigacional, mas que se exprime principalmente em limitações à autonomia da vontade com vista à conservação dos bens de personalidade que o trabalhador carreia para a relação de trabalho e coloca à disposição do empregador. São estas limitações, estabelecidas em atenção ao bem jurídico de que ele se aproveita pelo contrato de trabalho, que constituem a

[80] Cf. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*..., pp. 247. A afirmação é, aliás, recorrente na doutrina. Cf. PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho – Parte II Situações Laborais Individuais*, para quem, igualmente, "a situação jurídica do empregador no contrato de trabalho analisa-se numa posição subjectiva de poder à qual corresponde a subordinação do trabalhador" – pp 601-602 e, ainda, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*..., pp. 363.

essência e particularizam o seu estatuto. Posições de poder ou autoridade manifestam-se em qualquer contrato de natureza obrigacional[81].

III - O estatuto jurídico do empregador recorta-se através das fontes, tanto internas, como internacionais, tanto genéricas, como específicas do Direito do Trabalho. Exprime-se em direitos, deveres, ónus, sujeições e outras limitações jurídicas. Adquire-se pelo contrato de trabalho, mas as normas limitativas que o integram vinculam o candidato a empregador antes da constituição do vínculo laboral, como atestam os recentes desenvolvimentos em torno dos direitos fundamentais dos trabalhadores[82]. Estas limitações manifestam-se no momento da celebração do contrato de trabalho, conservam-se durante a prestação do trabalho e se revelam, igualmente, no momento da extinção do contrato de trabalho. Em todos estes momentos, os limites genéricos que a lei impõe a um empregador ou a um candidato a empregador prendem-se,

[81] No domínio das fontes internas cabe realçar a Constituição da República. O texto constitucional não se ocupa especialmente do estatuto jurídico do empregador, mas sim da condição jurídico-constitucional do trabalhador, donde resulta implícita a configuração do estatuto constitucional do empregador. Ele exprime-se, na verdade, como limitações aos poderes que, através do contrato de trabalho, poderiam advir para o empregador. Deveres tais como o respeito da dignidade do trabalhador (artº. 1º da CR); a vinculação do empregador aos direitos, liberdades e garantias do trabalhador (artº. 18º da CR); a proibição do trabalho forçado (artº. 41º nº. 3 da CR); a proibição dos despedimentos ilegais ou por motivos políticos ou ideológicos (artº. 62º nº. 2 da CR); a proibição do lock-out (artº. 66º da CR e 24º do Código Laboral); a obrigação de garantir condições de higiene, segurança, saúde, repouso, lazer; a obrigação de proteger as mulheres em estado de gravidez ou puerperal (artº. 62º); a proibição de exploração do trabalho infantil (artº. 73º nº. 3, al c) e 89º nº. 2 da CR)... apontam para uma delimitação negativa do estatuto jurídico-constitucional do empregador.

[82] Cf., sobre este ponto, José João ABRANTES, Contrato *de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2005.

fundamentalmente, com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do trabalhador e dos seus bens da personalidade. O artº 79º do Código Civil comina de nulidade toda a limitação voluntária dos direitos da personalidade quando seja contrária aos princípios de ordem pública. Esta fórmula genérica é válida quer a limitação tenha origem no sujeito titular do direito, como naquele a favor de quem a limitação foi estabelecida, no caso, o empregador.

IV - Como já foi referido, a liberdade é o principal bem da personalidade cujo aproveitamento se realiza através da celebração de um contrato de trabalho. Por isso, o principal limite que resulta do aproveitamento desse bem prende-se com a proteção da liberdade pessoal do trabalhador. A escravidão, a servidão, o trabalho compelido – modos de obtenção de mão-de-obra - representam formas gravosas de ofensa à liberdade, mas é bom notar que a lei protege o candidato a emprego não só na sua vontade de não celebrar um contrato de trabalho, portanto, na sua vontade de não aceitar limitações não consentidas na sua liberdade, mas também na sua vontade de estabelecer vínculos que correspondam ao exercício dessa liberdade. Isto é, a lei protege o trabalhador não só na sua vontade de não aceitar limitações não consentidas nos seus bens da personalidade, mas também na sua vontade de aceitar voluntariamente as limitações que aprouver, desde que não contrárias à ordem pública e aos bons costumes (artº. 79º do Código Civil).

Ambas as formas de exercício dos direitos da personalidade envolvem limites genéricos aos poderes do empregador. Este não só não pode obrigar a executar uma atividade àquele que não a aceitou voluntariamente, como não pode impedir, sem consequências, de executar uma atividade, por ele próprio oferecida, àquele que se predispôs a exercê-la, voluntariamente. Este último limite encontrou claro acolhimento no artº. 45º do Código Laboral quando veda o empregador solicitar ao candidato a um emprego informações que não tenham por finalidade apreciar a sua capacidade de ocupar o emprego proposto ou as suas aptidões profissionais e quando impõe ao empregador o dever de ajustar as informações solicitadas ao emprego proposto. O empregador não pode, pois, solicitar ao trabalhador informações sobre dados sensíveis, como seja a convicção filosófica ou política, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, origem racial ou étnica, saúde, vida sexual e dados genéticos, pois, estas informações não podem interferir na sua liberdade de aceitar ou não um emprego proposto. Além disso, o empregador está vinculado a observar preceitos de igualdade na fixação das condições de acesso ao emprego proposto, e outros limites negativos impostos em razão do sexo, da cor da pele, da nacionalidade, de deficiências incapacitantes, da gravidez ou do estado puerperal (artº. 15º do Código Laboral).

V - No domínio da formação do contrato de trabalho a lei não fixa particulares limitações ao empregador, nem do ponto de vista da protecção da capacidade do trabalhador para celebrar contrato de trabalho, salvo a exigência da idade necessária para celebrar um

contrato de trabalho (artº. 27º do Código Laboral), nem no que concerne à forma do contrato de trabalho ou à liberdade de fixar no contrato de trabalho as cláusulas que aprouver. De igual modo, não se notam relevantes particularidades no domínio da culpa na formação do contrato de trabalho, da prova do contrato de trabalho ou do regime de invalidade do contrato de trabalho.

Todavia, o mesmo não se pode dizer das limitações que a lei impõe ao empregador durante a prestação do trabalho. Elas exprimem-se na proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, na obrigação de garantir o direito ao repouso, seja na modalidade do exercício do direito a férias, como no reconhecimento do direito ao descanso semanal; na necessidade de respeitar os direitos coletivos dos trabalhadores e em especial o exercício da liberdade sindical e até de concorrer para o bom exercício dessa atividade, como seja, a obrigação de garantir um crédito de horas para o desempenho de funções sindicais (artº. 81º e 97º do Código Laboral); na obrigação de respeitar normas processuais quando pretenda aplicar sanções disciplinares aos trabalhadores; na proibição de aplicação de sanções disciplinares aos dirigentes e delegados sindicais, sem que estejam verificadas determinadas condições; na sujeição a portarias de regulamentação e de extensão (artº. 108º); na impossibilidade de deduzir oposição ao exercício do direito à greve (artº. 23º do Código Laboral) e na proibição do *lock-out*; na obrigação de elaborar regulamentos internos quando contratar mais de 10 trabalhadores (artº. 132º); na obrigação de consentir a intervenção dos órgãos da inspecção do trabalho; na obrigação de garantir medidas de higiene e segurança no trabalho e

até de promover a formação profissional dos seus trabalhadores (artº. 141º); na necessidade de respeitar os períodos normais de trabalho e de remunerar o trabalhador pelos valores mínimos fixados por lei (trabalho extraordinário; isenção de horário; trabalho noturno e por turno e trabalho prestado em dia destinado ao descanso semanal); na obrigação de garantir exames médicos aos trabalhadores noturnos e por turnos; na obrigação de consentir faltas justificadas dos trabalhadores e de os remunerar; na obrigação de conservar o lugar do trabalhador, nas situações de suspensão do contrato de trabalho e de remunerar o trabalhador, nalgumas situações; na obrigação de remunerar o trabalhador na situação de doença, maternidade, paternidade...

Estas limitações manifestam-se igualmente no momento da cessação do contrato de trabalho. Na desvinculação por mútuo acordo, as exigências de forma são fixadas para proteção do trabalhador e, em alguns casos, o empregador pode ser obrigado a aceitar a anulação do acordo revogatório; na caducidade por morte do empregador aquele que suceder na posição jurídica do empregador pode ser obrigado a conservar os contratos de trabalho; no despedimento coletivo não só o empregador deve observar um processualismo apertado, fixado por lei, como deve observar regras de prioridade na manutenção do emprego igualmente fixadas por lei; no despedimento por justa causa, tanto objetiva, como subjetiva, não só deve obedecer um determinado processualismo legal, como pode ser obrigado a indemnizar o trabalhador, apesar da existência de justa causa; o empregador é obrigado a consentir na

desvinculação do trabalhador, por iniciativa deste, com ou sem pré-aviso, com ou sem indemnização pelos prejuízos causados...

O estatuto do empregador é assim dominado por posições jurídicas passivas de dever, sujeição, oneração, limitações, em geral, que constituem o contraponto da proteção dos bens da personalidade trazidos pelo trabalhador para a relação laboral.

5. (cont.) Limitação voluntária e poder disciplinar

I - De entre os poderes do empregador avulta o poder de exercer ação disciplinar sobre todos os trabalhadores ao seu serviço. O poder disciplinar liga-se às necessidades da organização empresarial. O objeto do contrato de trabalho é a atividade do trabalhador. O exercício desta atividade tem uma componente patrimonial (o concurso do trabalhador na produção de bens ou serviços) mas tem também uma forte componente pessoal que reclama um ajustamento da conduta do trabalhador à prossecução dos interesses empresariais. A prestação a que o trabalhador se obriga pelo contrato de trabalho envolve, portanto, *obrigações de comportamento*. O problema não se esgota em caracterizar tais obrigações como prestações *de facere*. Elas implicam o envolvimento emocional do trabalhador. Suscita-se, assim, um problemas de harmonização entre a atividade do trabalhador e os aspetos morais que ele transfere para o exercício da atividade laboral. Há uma dimensão positiva nesta osmose entre os aspetos pessoais ou morais e a atividade do trabalhador. Aliás, toda a atividade desenvolvida pelo trabalhador deve estar impregnada pela sua personalidade

positiva que se reverte, seguramente, em beneficio da atividade empresarial.

Todavia, em determinadas situações pode dar-se uma desafinação entre o comportamento do trabalhador e os interesses e objetivos da empresa. Quando essa desafinação atinja proporções tais que põe em causa ou é suscetível de pôr em causa a melhor prossecução dos interesses da empresa, a lei coloca à disposição do empregador um conjunto de medidas corretivas destinadas a adequar o comportamento do trabalhador aos interesses da atividade empresarial. A faculdade que assiste ao empregador de adequar o comportamento do trabalhador, se necessário for, mediante o recurso a sanções disciplinares, aos objetivos da empresa exprime o seu *poder de direção* em que se insere o seu *poder disciplinar*.

Pela celebração do contrato de trabalho o trabalhador obriga-se a um conjunto de deveres que se traduzem em ações e abstenções. O trabalhador viola esses deveres quando age, devendo omitir e quando omite, devendo agir. Pressuposto essencial da ação disciplinar é a violação de um dever legal ou contratual que, por força do contrato de trabalho livremente assumido, impende sobre o trabalhador. Por isso, nem todo o comportamento negativo do trabalhador tem potencialidades para envolver uma reação disciplinar. A reação disciplinar só é válida face ao comportamento devido, em termos que não desenvolveremos aqui[83].

[83] Sobre o alcance do comportamento devido, cf. O nosso *Direito do Trabalho cabo-verdiano…*, pp. 658 e segs.

Do exercício do poder disciplinar deve-se distinguir toda a ação do empregador tendente a modelar o comportamento do trabalhador no processo de aquisição das competências técnicas necessárias para o exercício da profissão. Diluído no poder de direção vai associado um conjunto de comandos, transmitido de forma sistemática e destinado a ajustar a personalidade do trabalhador aos interesses do empregador. Este conjunto de comandos a que chamamos *admoestação técnica* não constitui uma forma de reação disciplinar. Trata-se de advertências, chamadas de atenção para os erros normais que todo o trabalhador comete no processo de aquisição de competências profissionais. Não envolve processo disciplinar porque, na verdade, falta a tais comportamentos o elemento intelectual. Por isso, não há infração disciplinar[84].

II - O poder disciplinar tem o seu fundamento no contrato de trabalho livremente celebrado. Rejeitam-se, portanto, as chamadas *teorias institucionalistas* e aceitam-se, sem hesitação, as *teses contratualistas*. Pelo contrato de trabalho o trabalhador se obriga a acatar as ordens e instruções da entidade empregadora, em atenção aos fins prosseguidos pela organização produtiva, mas obriga-se, igualmente, a deixar-se corrigir no seu comportamento quando este se desviar dos interesses e fins empresariais. Quando a desafinação entre a conduta do trabalhador e os interesses da empresa é de tal ordem que torna intolerável a subsistência da relação laboral, a

[84] A doutrina e a jurisprudência francesas operam, igualmente, a distinção entre o que consideram faltas profissionais (*fautes professionnelles*) ou faltas do assalariado (*fautes du salarié*) das insuficiências profissionais (*insufficience professionnelles*). Só as primeiras justificam a aplicação de sanções disciplinares. Cf., sobre este ponto, Bernadette LARDY-PÉLISSIER, Céline LAVANCHY, Jean PÉLISSIER, Agnès ROSET e Lysiane THOLY, *Le Code du Travail, annoté,* Paris, 2007, pp. 242-243.

medida última do poder disciplinar é a cessação dessas relações de trabalho, pelo despedimento. Com o despedimento cessa o poder disciplinar, assim como cessa este poder em todas as situações em que, por qualquer causa, cessa o contrato de trabalho. Cessado o contrato de trabalho, cessa com ele o poder disciplinar, isso não obstante a sobrevivência da instituição[85].

A ação disciplinar exerce-se sobre a pessoa do trabalhador. Como tal, limita o exercício dos seus direitos da personalidade. Esta limitação porque livremente consentida é livremente denunciável pelo trabalhador. A forma expressiva dessa denúncia é aquela que resulta da denúncia do próprio contrato de trabalho. Denunciado o contrato de trabalho, fica *ipso facto* denunciado o poder que por este contrato se atribuiu ao empregador. Isto significa que a medida e limites do poder disciplinar pode ser objeto de acordo entre o trabalhador e o empregador, contanto que não force as regras imperativas fixadas por lei. Como assinala Pedro ROMANO MARTINEZ, o poder disciplinar não é um poder funcional. Só é exercido se o empregador o julgar oportuno[86]. Se este é livre de exercer ou não o seu poder isto significa que pode igualmente renunciá-lo ou limitá-lo respeitando, naturalmente, as regras imperativas da lei.

[85] Sobre os fundamentos do poder disciplinar, cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* ..., pp. 745 e segs. Outras teorias explicativas do poder disciplinar são a cláusula penal; a necessidade de ordenação da empresa; poder imanenete do empregador; direito consuetudinário (aut. e ob cit, pp. 748). Este autor parece inclinar-se a justificar o poder disciplinar por razões de ordem técnica e da ineficácia da alternativa do acompanhamento permanente pelos tribunais da atividade das empresas (pp. 749).

[86] *Direito do Trabalho*... pp. 635. O Autor denunciou – ao que julgamos correctamente – a inaceitabilidade da amnistia das sanções disciplinares operada por lei (nota 5).

Nomeadamente, não pode o empregador exercer o seu poder discricionário, com violação do princípio da igualdade[87].

Se é certo que o poder disciplinar tem o seu fundamento no contrato de trabalho, não é menos certo que o seu *conteúdo* é imperativamente fixado por lei. Afasta-se, assim, nesta sede, em absoluto, a autonomia da vontade, e compreende-se porquê: se às partes fosse permitido definir o conteúdo do poder disciplinar, nalguns casos, poderiam ser recuperadas, por via do contrato de trabalho, sanções como o *açoite* do trabalhador, a *detenção* ou *o cárcere privado*, o *trabalho correcional, o trabalho gratuito* e outras formas degradantes de punição disciplinar.

A fixação por lei do conteúdo do poder disciplinar é fruto de uma longa evolução que passa pela privatização do poder de correção disciplinar, isto é, a correção disciplinar deixa de ser um assunto de interesse público e passa a ser um assunto de interesse privado do empregador, e, de seguida, pela humanização progressiva desse poder, orientado pelo personalismo ético, sob a vigilância constante e permanente da lei. Assim, é o trabalhador que, pelo contrato de trabalho, confere ao empregador a faculdade de exercer sobre ele o poder disciplinar, mas é a lei que, soberanamente, fixa o conteúdo desse poder. O fundamento último desta *reserva de lei* é a proteção dos bens de personalidade do trabalhador, como seja a sua liberdade e a sua integridade física e moral. Como titular destes bens, a ele compete consentir, voluntariamente, na sua limitação, sujeitando-se à correção disciplinar, sob o comando do empregador. Porém, esta limitação tem, ela própria, os seus limites que se prendem com a

[87] Neste sentido, Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*... pp. 636.

necessidade de respeitar os limites de ordem pública. É de interesse e ordem pública que o empregador não só não possa ter poder absoluto sobre a pessoa do trabalhador, mas que esse poder possa ser exercido num quadro de respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador. A lei configura, assim, a fixação do conteúdo do poder disciplinar como um assunto de ordem pública, por isso, assume, ele próprio a tarefa de determinar esse conteúdo[88]. Como assinala MONTOYA MELGAR, o legislador inspirou-se, neste ponto particular, nos princípios penais da *legalidade* e *tipicidade*[89].

[88] Eis porque alguns autores assentam o fundamento do poder disciplinar na lei (cf. MENEZES CORDEIRO: "o poder disciplinar existe por estar consagrado na lei" – *Manual de Direito do Trabalho...,* pp. 762). Cf. Ainda MONTOYA MELGAR para quem o poder disciplinar tem a sua fonte jurídica imediata na celebração do contrato e a sua origem mediata na vontade da lei (*Derecho Del trabajo*... pp. 363). Afigura-se-nos, mais correto afirmar que a fonte do poder disciplinar é o contrato de trabalho, tanto assim que cessado o contrato de trabalho, por qualquer forma, cessa igualmente o poder disciplinar. Porém, o conteúdo deste poder fica sob a alçada da lei. Deve-se, aliás, notar que em várias situações a lei assume sob o seu comando a definição do conteúdo das situações jurídicas, independentemente dos factos que lhes dão origem. No casamento, na filiação, no arrendamento, na propriedade... o conteúdo dessas relações jurídicas é conservado sob a alçada da lei, precisamente porque se prende com fatores de ordem pública. Tal é o caso do conteúdo do poder disciplinar do empregador, não obstante esse poder ser decorrente de um contrato de trabalho livremente celebrado. Estas situações têm mesmo um regime particular de aplicação da lei no tempo. Quando a lei dispõe sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, independentemente dos factos que lhes são origem, ou seja quando se fundam em razões de ordem pública, a lei nova aplica-se mesmo às relações já constituídas. Como assinala Fernando José BRONZE, "embora o direito privado seja profundamente perpassado pelo princípio da autonomia da vontade dos sujeitos (...) o certo é que não deixa de sofrer amplas limitações em virtude de uma normativo-circunstancialmente adequada relevância do interesse público" – *Lições de Introdução ao Direito...*, pp. 851-852.

[89] *Derecho del Trabajo...,* pp 364.

6. Limitação voluntária e contrato a termo

I - A consideração do contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos da personalidade permite explicar igualmente os mecanismos de funcionamento do contrato a termo.

Como regra, o contrato de trabalho não tem uma duração previamente determinada. Por isso, se diz que tem carácter duradouro. Assim, se as partes nada manifestarem no momento da formação do contrato quanto à sua duração, entende-se que o contrato foi celebrado por tempo indeterminado. Porém, comummente se admitem exceções ao caráter duradouro do contrato, possibilitando às partes a celebração de contratos a prazo, devendo o legislador rodear esta modalidade de contrato de severas cautelas, por forma a evitar que possam ser defraudados os objetivos de segurança no emprego que subjazem ao princípio da perdurabilidade dos contratos de trabalho.

O contrato a prazo exprime uma ideia relativa. Na verdade, em bom rigor, todo e qualquer contrato de trabalho tem um prazo. E dir-se-ia, com maior propriedade, que toda a atividade tem um prazo determinado, representado pelo momento em que começa e aquele em que termina. Um contrato de trabalho vitalício ou perpétuo está sujeito a um termo incerto, ou seja, sabe-se, com toda a segurança, que esse contrato se extinguirá com a morte do trabalhador, embora não se saiba quando este evento – a morte – ocorrerá: *certus an incertus quando*. Na verdade, todos os fenómenos sociais, cuja duração toma como bitola uma pessoa, são fenómenos de duração determinada, pela própria natureza das coisas.

II - Quando afirmamos que todo o contrato de trabalho, mesmo os chamados contratos por tempo indeterminado, está sujeito a um termo, não é neste sentido que em Direito do Trabalho se fala em *contrato a prazo*. O conceito de contrato a prazo não está necessariamente assente em pressupostos naturalísticos. Domina-o critérios estritamente jurídicos que partem de uma avaliação de política legislativa. A determinação do que seja um contrato a prazo, para efeitos de fixação do seu regime jurídico, é, assim, tarefa do legislador que, sopesando vários elementos uns de natureza social, outros de natureza económica, fixa *um prazo referência* a partir do qual, se considera que o contrato de trabalho foi celebrado por tempo indeterminado. Por isso, esse *prazo referência* varia de país para país[90], consoante o peso relativo das diversas variáveis de política legislativa, assim como esse *prazo referência* varia, no mesmo país, de acordo com as circunstâncias históricas de cada momento.

III - O *princípio da segurança no emprego,* que alia o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, com o reconhecimento da faculdade de obter pelo trabalho os meios de subsistência para ele e a sua família, fundamentaram a ideia de que a estabilidade das relações laborais fosse colocada em primeira linha e justificaram, em regra, a existência de contratos de trabalho por tempo indeterminado. Sendo assim, só naquelas situações tipificadas

[90] Sobre a evolução do contrato de trabalho a termo na Europa, Cf. JULIO GOMES, *Direito do Trabalho*..., pp. 580 e segs.

na lei é que se pode celebrar um contrato de trabalho por tempo determinado ou contrato a prazo.

Por isso, o regime jurídico deste contrato é dominado por *normas excecionais*, que visam obter um efeito diverso do efeito previsto na norma-regra. Como tal, essas normas não comportam aplicação analógica, embora admitam interpretação extensiva, consoante a referência lapidar contida no artº. 11º do Código Civil.

Outrossim, as situações previstas no Código Laboral que permitem a celebração do contrato de trabalho a prazo, são taxativas: só permitem a celebração desta modalidade de contrato de trabalho verificadas as circunstâncias nele referidas, com exclusão de quaisquer outras, e implicam a cessação ou mutação dessa modalidade de contrato para a modalidade de contrato de trabalho por tempo indeterminado, sempre que deixam de se verificar as referidas circunstâncias.

IV - A regra segundo a qual o contrato de trabalho não deve ter um prazo determinado só surge, todavia, num estádio avançado da disciplina das relações laborais. Entre nós, esta regra é fruto da Independência Nacional, mais precisamente do DL 5-A/75, de 23 de Julho. Antes deste Decreto, tanto o Diploma legislativo 1330, de 9 de Fevereiro de 1957, como o Código do Trabalho Rural, de 1962, embora já se reportassem aos contratos de trabalho por tempo indeterminado, deixavam ainda visíveis preocupações ligadas à proteção da liberdade pessoal do trabalhador. O artº. 23º do Diploma Legislativo 1330, de 9 de Fevereiro de 1957 estabelecia que a duração do contrato de trabalho podia ser limitada por fatores

relacionados com a natureza da entidade patronal, da exploração da empresa ou por circunstâncias especiais ligadas ao trabalhador, mas o § 2º deste artigo, manifestando ainda preocupações ligadas à proteção da liberdade de conservação do vínculo, vinha estabelecer que o trabalhador não podia obrigar-se a não denunciar o contrato, por períodos superiores a dois anos ou a deixar de invocar justas causas de denúncia[91].

V - O Código do Trabalho Rural anunciou que, na falta de convenção, o contrato de trabalho presumia-se celebrado por tempo indeterminado (artº. 18º), mas este diploma estabelecia ainda mais fortes limitações a esta regra, sempre em atenção à necessidade de proteção da liberdade pessoal do trabalhador. Com efeito, não só estipulava, nalguns casos, prazos máximos de duração do contrato de trabalho (artº. 22º) como continha uma cláusula residual a impor

[91] O Diploma Legislativo 1330 não dedicava um capítulo específico ao contrato de trabalho a prazo. Tais contratos deveriam ter prazo certo não inferior a dois anos, durante os quais era vedado ao patrão denunciar o contrato sem justa causa, como era igualmente vedado ao trabalhador obrigar-se a não denunciar o contrato. Como é notório, a norma não só protegia o trabalhador contra os despedimentos sem justa causa, mas igualmente contra a manutenção do vínculo júridico-laboral para além do prazo que efectivamente lhe convinha, ou para além das situações de justa causa de denúncia imputável ao patrão. Esta solução era reafirmada no art. 78º do mesmo diploma, segundo o qual "a estipulação de termo não obsta à denúncia do contrato, quando haja justa causa para isso". Porém, a lei parecia retirar pelo § único deste art. o que concedia ao trabalhador no § 2º do art. 28º. Isto é, ao passo que o art. 28º, § 1º dispunha que ... era vedado ao patrão a denúncia do contrato, sem justa causa, durante o período de trabalho, o § único do art. 78º prescrevia que a estipulação de termo não obstava à denúncia do contrato sem justa causa, se o contrário não tivesse sido convencionado, ou não se deduzisse das circunstâncias do contrato. Em nosso entender, a dúvida sanava-se no sentido de que, no que respeita ao patrão, lhe era vedado rescindir o contrato sem justa causa, durante o periodo por que foi celebrado. Quanto ao trabalhador, poderia, nas mesmas condições, denunciar o contrato se o contrário não resultasse expressa ou tácitamente das condições do contrato.

a redução do prazo contratual a seis meses, sempre que o contrato de trabalho estipulasse prazo superior aos limites máximos consentidos por lei (artº. 21º nº. 3). Aliás, este diploma ainda continha normas sobre o modo como o trabalhador devia prestar o seu consentimento e assegurava-lhe um prazo de três meses para se retratar (artº. 11º), pugnando pela invalidade do contrato, por falta ou vício de declaração. Este Código estabelecia igualmente a regra segundo a qual o trabalhador não podia obrigar-se a não denunciar o contrato e a prorrogação deste não podia ser presumida (artº. 19º), dependendo do consentimento expresso do trabalhador.

VI - Todas estas medidas limitavam fortemente os contratos de trabalho por tempo determinado, numa saga secular de proteção da liberdade pessoal do trabalhador. O *termo* funcionou, portanto, como uma cláusula de proteção da liberdade pessoal do trabalhador.

E trata-se, como vimos, de uma medida que remonta à *locatio conductio operarum* romana. Uma das características da *locatio conductio operarum* era a de se tratar de um contrato a termo[92]. Todos concordam que a *locatio conductio operarum* está associada ao aparecimento da categoria dos *libertos*. O *termo* surge, portanto, como um fator de proteção do liberto, visto que a liberdade é julgada incompatível com os contratos de trabalho perpétuos. Rejeita-se, assim, uma modalidade de prestação do trabalho, que, em razão da sua duração, é suscetível de se confundir com a escravatura.

[92] Sobre as características deste contrato, cf. MENEZES CORDEIRO, *isenção de Horário..., pp.* 18. No sentido de que a *locatio-conductio* era um contrato por tempo determinado, cf. Armando TORRENT RUIZ, *Manual de Derecho Privado Romano*... pp. 461.

VII - Posteriormente, filósofos, juristas e legisladores anunciaram, repetidamente, a nulidade dos contratos celebrados por toda a vida. Os praxistas portugueses retiraram desta proibição dois princípios: *o princípio da temporalidade* dos contratos de prestação de serviço doméstico e o *princípio proibitivo da perpetuidade*[93] porque, dizia DIAS FERREIRA em comentário ao artº. 1371º do Código Civil de 1867, "o contrato de serviço doméstico por toda a vida representaria a alienação da liberdade e uma espécie de escravidão disfarçada sob o nome de prestação de serviço" e "se o contrato for por prazo tão longo que iluda o princípio proibitivo do serviço perpétuo, tanto o amo como o serviçal, além das ações ordinárias a que podem recorrer, sem por isso ficarem obrigados a perdas e danos (...), têm meio fácil de quebrar essa relação perpétua"[94].

VIII - Esta proibição anunciada pelo Código Civil francês de 1804 (artº. 1780), influenciou não apenas o Código Civil português de 1867, como o Código Civil espanhol, cujo artº. 1583 estabelece ainda hoje que "*el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*"[95]. A norma do Código Civil de 1867 não transitou para o Código Civil de 1967, em virtude da autonomização da legislação laboral, mas também porque a própria filosofia personalista acolhida neste Código e o regime associado aos direitos da personalidade dispensava a referência a uma norma desse teor.

[93] Cf. José DIAS FERREIRA, *Código Civil português annotado,* segunda edição, pp. 41.
[94] Ob. loc. Cit..
[95] Sobre esta norma, cf. Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*… Pp. 459.

Na sequência da abolição da escravatura, as medidas legislativas subsequentes consideraram sistematicamente nulos os contratos celebrados para além de determinado prazo. O artº. 14º § 1º, 1º do Regulamento do Trabalho dos Indígenas de 9 de Novembro de 1899 considerava nulos os contratos "que estipularem prestação de serviços por mais de cinco anos". Esta medida foi sucessivamente retomada pelo Regulamento de 27 de Maio de 1911[96], pelo Regulamento de 14 de Outubro de 1914, este aprovado pelo Decreto nº. 951[97] e pelo Código do Trabalho dos Indígenas, aprovado pelo Decreto nº. 16 199, de 6 de Dezembro de 1928.

A evolução subsequente permitiu um salto qualitativo nesta matéria. Não só foi abandonada a ideia de utilização do prazo como meio de proteção, como passou-se a pugnar pela inexistência de qualquer prazo. Os contratos de trabalho passaram a ser, em regra, celebrados por tempo indeterminado[98].

O fenómeno que conduziu ao abandono do *princípio da temporaneidade dos contratos de trabalho* prende-se com a consolidação de determinadas posições jurídicas ligadas à proteção da pessoa humana e, em alguma medida, com o aperfeiçoamento de técnicas legislativas que permitem hoje alcançar o mesmo desiderato, sem necessidade de recorrer a essa regra, ela própria incompatível com o exercício e a proteção dos bens de personalidade. Este fenómeno está associado à evolução do

[96] Este Regulamento encontra-se publicado no B.O. nº 9, suplemento nº. 2, de 7 de Março de 1913. O art. 23º § único deste Regulamento declarava nulos os contratos que estipulassem prestação de serviço por mais de dois anos.

[97] Este Regulamento encontra-se publicado no suplemento nº. 22 ao B.O. nº. 51, de 24 de Dezembro de 1914.

[98] Na Europa a evolução assentou em pressupostos diversos. Cf. sobre este ponto, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho...*, pp. 617 e segs.

constitucionalismo que fortaleceu a proteção dos *direitos, liberdades e garantias* fundamentais e permitiu a afirmação da pessoa humana. A rejeição da escravatura torna-se um dado adquirido e consolidado. A proibição dos contratos por toda a vida deixa de ser uma preocupação primeira, porque passa a estar diluída na proibição genérica de limitação voluntária dos direitos da personalidade, quando essa limitação seja contrária à *ordem pública*. A sanção da nulidade prevista no artº. 79º do Código Civil à limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade contrária aos princípios da ordem pública, é não apenas aplicável à escravatura, como também aos contratos de trabalho por toda a vida e a toda e qualquer outra forma de limitação dos direitos de personalidade ofensiva da ordem pública e dos bons costumes.

Além disso, o Código Civil de 1967 fortaleceu as formas de tutela, concedendo ao titular dos direitos da personalidade o poder de, a todo o tempo, e independentemente da invocação ou demonstração da causa, "revogar" a limitação livremente consentida, sediando, por esta via, a proteção dos direitos da personalidade na vontade do próprio titular destes direitos. Trata-se, como já se viu, de uma proteção fortíssima, pois, reconhece ao titular do direito da personalidade o recurso à *autotutela específica* para pôr termo a toda e qualquer situação jurídica ligada ao exercício dos direitos da personalidade. E esta faculdade configura-se não apenas como uma reserva de ordem pública, mas também como uma *reserva pessoal*, na medida em que poderá ser utilizada pelo titular dos direitos da personalidade mesmo em situações por ele próprio criadas e que não justificam a intervenção da reserva de ordem pública. Na verdade,

ele não necessita de invocar qualquer motivo para pôr termo à limitação livremente consentida, donde resulta que essa reserva é configurada por lei como um poder pessoal absoluto. Todavia, a lei obriga-o a indemnizar àquele que legitimamente realizava o aproveitamento dos seus bens da personalidade, quando a denúncia envolver prejuízos para as legítimas expectativas daquele.

IX - Consolidado o direito a valer sempre e em todo o caso como pessoa, o aperfeiçoamento subsequente aponta para a proteção do *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. O valor pessoa passa, portanto, a ser encarado numa perspetiva dinâmica. Mostra-se necessário garantir a *liberdade geral de ação*[99], a autonomia privada, o direito de realizar escolhas livres, como seja a liberdade de escolha da profissão, o direito ao trabalho e o direito à segurança no trabalho que se associam, naturalmente, ao direito a uma vida digna para o trabalhador e a sua família. Não se trata de uma alteração de perspetivas, mas sim e apenas do desenvolvimento natural da perspetiva originária. Consolidado um patamar de evolução, parte-se para um novo limiar, sempre com vista ao aperfeiçoamento pessoal e relacional. Neste sentido, o *princípio da segurança no emprego*, a que se associam os contratos de trabalho por tempo indeterminado, mais não é do que a expressão dinâmica da proteção da liberdade pessoal no seu processo de desenvolvimento e consolidação ao longo dos séculos[100].

[99] Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 286.

[100] A regra dos contratos de trabalho por tempo indeterminado é garantida, hoje, pela generalidade das legislações: cf., a este respeito, sobre o direito francês, LARDY-PÉLISSIER, e outros, *Le Code du Travail annoté..., pp.* 83 e segs.

7. Limitação voluntária e natureza do direito à greve

I - A greve prende-se, antes de mais, com o exercício da liberdade individual. Nesta medida é um ato pessoal, portanto, associado aos direitos da personalidade. É, com efeito, como ato pessoal fundado no exercício da liberdade individual que o trabalhador aceita prestar a sua atividade a outra pessoa e é igualmente como ato pessoal que o trabalhador decide, de forma unilateral e sem o concurso da vontade do empregador, suspender essa prestação durante um certo período de tempo, no que se traduz o exercício do direito à greve. Trata-se, com efeito, de um ato pessoal complexo, pois, exprime-se na resolução intelectual de omitir, de forma deliberada e durante um período determinado, a prestação que, por força de um contrato de trabalho, é devida pelo trabalhador ao empregador, e de concertar com outros trabalhadores o momento dessa omissão, com o objetivo de condicionar uma certa posição psicológica do empregador no sentido favorável aos interesses do coletivo de trabalhadores.

II - A greve é, assim, tributária do modo de exercício dos direitos de personalidade. Beneficia, pois, da autotutela específica associada ao modo de exercício de tais direitos.

Se é próprio do regime jurídico dos direitos da personalidade a *livre revogabilidade (ou denunciabilidade)* das limitações voluntariamente consentidas, como reza o artigo 79º do Código Civil,

Cf. ainda o Ac. da Rel. de Évora de 18-11-97, apontando para uma caminhada em sentido inverso e para a natureza excecional dos contratos a prazo- Bol. do Min. da Just., 471, 480.

então quem pode denunciar a vinculação livremente consentida, pode, por identidade ou maioria de razão, suspender essa mesma vinculação. Portanto, a greve se situa a meio caminho entre o *pacta sunt servanda* e a *livre denunciabilidade*, sendo, todavia, legitimada por esta. Neste sentido, a greve se caracteriza como uma suspensão coletiva da limitação voluntária dos direitos da personalidade, operada por contrato de trabalho a favor do empregador.

Em regra, quem celebra um contrato deve cumpri-lo: *pacta sunt servanda*. No domínio dos contratos que têm por objeto bens da personalidade não é inteiramente assim: em direitos desta natureza a lei sedia na vontade do titular do direito um meio autónomo e unilateral de proteção: a autotutela do seu direito. Nesta medida, a greve se traduz no exercício concertado da autotutela específica reconhecida pelo artº. 79º do Código Civil a todo aquele que, por contrato, limita os seus direitos da personalidade a favor de outrem.

A proteção que este artigo confere ao titular do direito é mais poderosa que a decorrente da *legitima defesa* (337º do Código Civil), do *estado de necessidade* (artº. 339º do Código Civil) ou de outro meio reconhecido por lei para a realização do próprio direito, visto que o seu exercício depende unicamente da vontade do titular do direito.

III - Assim, não se nos afigura inteiramente correto afirmar que a greve não se reconduz aos cânones civilísticos[101]. Afigura-se-nos que é exatamente neste quadro, mais especificamente no quadro dos direitos da personalidade, que o instituto tem que ser compreendido.

[101] Ver, por todos, PALMA RAMALHO, *Tratado…III,* 2ª edição, pp. 517.

Na verdade, quem faz a greve são os trabalhadores: são os trabalhadores que decidem unilateralmente aderir ou deixar de aderir a uma greve; são os trabalhadores que decidem unilateralmente se mantêm ou não a paralisação e durante o tempo para que a mesma foi convocada; é sobre os trabalhadores que recaem os efeitos positivos e negativos da greve; é sobre os trabalhadores individualmente considerados que recaem as medidas de ordem pública, justificadas pela ação da greve, como seja a requisição civil – a requisição civil constrange, aliás, o trabalhador na sua liberdade individual (bem da personalidade) forçando-o a trabalhar numa situação em que declarou não pretender trabalhar… Logo, a natureza jurídica do direito à greve tem que ser buscada nos quadros legais em que se movem a liberdade individual, a limitação voluntária dessa liberdade e a faculdade de denunciar (ou suspender=greve) essa limitação para a defesa e promoção de interesses coletivos.

IV - Certa doutrina caracteriza a greve como uma forma de *autotutela*. Todavia, não a liga ao exercício dos direitos da personalidade. Assemelha-a à legitima defesa. Amauri Mascaro NASCIMENTO tem, todavia, uma formulação que se aproxima do nosso ponto de vista. Refere, com efeito: "o fundamento da greve como direito está no principio da liberdade de trabalho. Uma pessoa não pode ser constrangida a trabalhar contra a sua vontade e em desacordo com as suas pretensões. Se assim fosse estaria irremediavelmente comprometida a liberdade de trabalho, valor central que divide dois períodos da história, a escravidão e o trabalho

livre". E remata, certeiramente: "o trabalho não se desvincula da pessoa que o presta e está intimamente ligado à personalidade. O trabalho subordinado é prestado nas sociedades modernas com base no contrato, e este deve ter condições justas e razoáveis"[102].

Uma certa jurisprudência inclina-se igualmente para este ponto de vista. Na sua decisão de 16 de Setembro de 1916, nº. 18195, o Tribunal de Cassação italiano caracterizou a greve como "uma das poucas hipóteses de autotutela de necessidades primárias que determinam a suspensão das obrigações contratuais entre as partes"[103].

Assim, a greve tem, a nosso ver, a natureza jurídica de suspensão concertada (coletiva) da limitação voluntária dos direitos da personalidade operada pelo trabalhador a favor do empregador, por força do contrato de trabalho, fundando-se no artigo 79º do Código Civil.

Resta, todavia, avaliar as consequências deste ponto de vista que se ligam necessariamente a razões de política legislativa.

V - Na compreensão da natureza jurídica do direito à greve a doutrina jus-laborista introduz necessariamente a dimensão coletiva. Por isso, reclama para este instituto uma estrutura híbrida, considerando haver uma indissociabilidade entre os fenómenos laborais individuais e coletivos[104]. Pela nossa parte, não cremos que a componente coletiva seja de suma relevância para a compreensão

[102] *Curso de Direito do trabalho,* 26ª edição, pp. 1369.
[103] www.avvovatirandogurrieri.it/file/sciopero.docx.
[104] Ver, neste sentido, PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho… Parte III,* 2ª edição …pp. 516.

da natureza jurídica do instituto, componente esta que se esvai perante a força da decisão individual.

O principal papel desempenhado pelo sindicato em matéria do direito à greve assenta na congregação da vontade dos trabalhadores grevistas, levando-os a suspender, em uníssono, a execução do contrato de trabalho nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar. É na verdade o sindicato que declara a greve e dirige todas as ações tendentes à sua concretização, mas não se pode esquecer que a declaração da greve é um ato jurídico formal, em regra, da competência das associações sindicais. No limite a lei deixa numa organização *ad-hoc* dos trabalhadores a faculdade de assumir este poder organizativo. Neste particular, o sindicato desempenha um papel diretor, enquanto associação profissional congregadora da vontade dos seus associados o que, todavia, não faz perder à greve o seu sentido de ato individual de exercício coletivo.

8. Limitação voluntária e cessação das relações jurídico-laborais

I - Os fundamentos dogmáticos que subjazem à disciplina da cessação do contrato de trabalho são os mesmos que governam toda a disciplina da relação jurídico-laboral. Tem-se presente que é aproveitamento dos seus bens da personalidade que o trabalhador obtém os meios de subsistência para ele próprio e para a sua família[105]. Por este aproveitamento o trabalhador onera tais bens da

[105] No dizer de A. MONTEIRO FERNANDES, "o vínculo é o suporte dum estatuto económico, social e profissional, dado que o trabalhador empenha nele a sua força de trabalho […] a ruptura do contrato significará, deste modo, para o trabalhador,

personalidade a favor do empregador, permitindo a este modelar a sua vontade, tirar proveito da sua energia física e intelectual, condicionar a sua mobilidade, aproveitar dos seus conhecimentos e até forçá-lo a adquirir mais conhecimentos… sempre em vista do melhor desempenho profissional do trabalhador e, consequentemente, do melhor aproveitamento desses bens por parte do empregador. O trabalhador coloca-se, portanto, à disposição do empregador que, a partir da celebração do contrato de trabalho, fica com o poder de conduzir (*conductor*) aspetos importantes da sua vida pessoal e profissional.

Este estádio de sujeição resulta, portanto, de uma tensão entre a necessidade (satisfação das necessidades primárias e secundárias do trabalhador e da sua família) e o aproveitamento livre dos bens da personalidade[106]. O empregador surge como um terceiro nessa relação, pois, interpõe-se entre o titular do direito (o trabalhador) e a coisa (os bens da personalidade do trabalhador), modelando a liberdade deste, para próprio proveito. Como terceiro interessado em tirar o máximo rendimento desses bens, agora colocados à sua disposição, compreende-se que se sinta tentado a exagerar no aproveitamento desses bens: um contrato de trabalho pode, no limite, configurar uma reedição da fábula da galinha dos ovos de oiro, justificando, assim, fortes medidas de proteção.

---

o termo de uma posição global a que se ligam necessidades fundamentais" - *Direito do Trabalho,* pp 520.

[106] Esta tensão é reconhecida, nomeadamente, em A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho…,* pp. 519.

II - Estas medidas de proteção manifestam-se, como se viu, em todas as vicissitudes da relação laboral e não podiam deixar de se manifestar, igualmente, no momento da cessação do contrato de trabalho. Na verdade, a cessação da relação jurídico-laboral surge no primeiro polo da tensão necessidade-liberdade, pois, se são as necessidades do trabalhador e da sua família que o impelem a onerar os seus bens da personalidade, permitindo o aproveitamento dos mesmos por um terceiro, compreende-se que a cessação da relação jurídico-laboral represente para o trabalhador o fim de, pelo menos, uma das formas (a mais importante das formas) de suprir essas necessidades. O trabalhador almeja, portanto, em regra, a conservação do vínculo que o mantém num estádio de sujeição, dado que é pela manutenção desse vínculo que ele obtém os meios necessários para a satisfação dessas necessidades. A necessidade limita, assim, a liberdade de desvinculação na mesma medida em que o vínculo faculta os meios de a prover. É, portanto, necessário que a desvinculação não se funde no livre arbítrio do empregador, o que agravaria o estádio de necessidade do trabalhador. Este modo de protecção está hoje erigido em princípio constitucional qual seja o *princípio da segurança no emprego*.

III - A dogmática das relações laborais ao assentar materialmente nessa tensão entre necessidade e liberdade, possibilitou, no plano dos princípios, em sede da cessação das relações laborais, um outro nível de tensão entre a proteção da liberdade pessoal e a segurança no emprego. A proteção do trabalho passa a ser encarada não apenas no plano da liberdade de estabelecer, conservar e até fazer cessar

uma relação de trabalho, mas também no plano de só a fazer cessar por razões que não dependem do livre arbítrio do empregador. Nesta medida, este segundo nível de tensão tem contornos aparentes[107], pois, o *princípio da segurança no emprego* surge como instrumental da liberdade pessoal.

IV - É precisamente esta tensão de contornos aparentes que dá lugar a uma assimetria[108] de regimes quando se trata de fazer cessar o vínculo, por iniciativa do trabalhador, e quando se trata de o fazer cessar por iniciativa do empregador. A relação jurídico-laboral nasce e desenvolve-se sob o signo da diversidade jurídica e económica entre as partes, diversidade que se projeta igualmente no momento da cessação do contrato de trabalho que é igualmente tributário da disciplina determinada por essa mesma diversidade. Na verdade, o trabalhador liga todo o seu estatuto pessoal à realização da atividade a que se vinculou pelo contrato de trabalho, coloca a sua pessoa, a sua energia física e mental à disposição do empregador, diferentemente deste cujo envolvimento pessoal é muitas vezes nulo (pense-se numa grande empresa) ou diminuto, como no caso do contrato de serviço doméstico. Este diferente envolvimento pessoal projeta-se para o momento da cessação do contrato de trabalho, em

[107] O caráter aparente dessa tensão é igualmente sentida por MONTEIRO FERNANDES, referindo que "a personalidade da relação de trabalho projeta-se na ruptura do contrato sugerindo linhas divergentes de orientação para o seu regime, quer dizer, salientando interesses aparentemente inconciliáveis: por um lado ela implica que às partes seja deixada a máxima amplitude de possibilidades de desvinculação, se for acentuada a atinência do contrato à liberdade pessoal dos sujeitos; por outro lado, sugere que aquelas possibilidades sejam limitadas e condicionadas, no essencial, tendo em vista o interesse da estabilidade" - *Direito do Trabalho…,* pp. 519.

[108] A expressão é de MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho…*, pp. 520.

termos tais que não pode deixar de ser tomado em consideração. Como alerta MONTEIRO FERNANDES, se é certo que a cessação do contrato de trabalho tem consequências diminutas para o empregador, face às ofertas do mercado de trabalho, para o trabalhador a cessação do vínculo representa, muitas vezes, o fim de um estatuto pessoal, familiar e social que dependia inteiramente da conservação do vínculo laboral[109]. Daí as necessárias cautelas do legislador na configuração do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho e o aparente desequilíbrio que esse regime apresenta, quando se trata de fazer cessar o contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador ou por iniciativa do empregador.

V - Os diversos modos de cessação do contrato de trabalho espelham este ponto de vista. Na cessação do contrato de trabalho, por iniciativa do trabalhador, reconheça-se que todo os contratos de trabalho, mesmo os celebrados por tempo determinado, trazem implícita uma *cláusula de reserva* qual seja aquela que autoriza o trabalhador a pôr termo ao contrato de trabalho quando lhe aprouver, contanto que comunique ao empregador a sua vontade, com a antecedência legal[110] ou contratualmente exigida. Esta *cláusula de reserva* é uma cláusula de proteção da liberdade pessoal do trabalhador, consubstanciada em norma imperativa, que opera

[109] *Direito do Trabalho…* pp. 519-520. Cf., no mesmo sentido, A. MENEZES CORDEIRO, que, além das razões de política económica ligadas ao fenómeno do desemprego, releva a "dimensão psicológica que sempre assume para o trabalhador o ter de procurar novo emprego, sujeitando-se às constrições daí derivadas" – in *Manual de Direito do Trabalho...,* pp. 780.

[110] Hoje a lei fixa ao trabalhador que pretenda denunciar o contrato, independentemente de justa causa, a obrigação de comunicar ao empregador da sua intenção com a antecedência mínima de 15 dias, por cada ano de serviço prestado, até ao máximo de 2 meses (artº. 243º nº. 1).

mesmo contra a vontade do sujeito a quem a proteção é dirigida - o trabalhador. Isto significa que os eventuais acordos celebrados entre os sujeitos da relação laboral com vista ao afastamento desta regra imperativa são nulos e de nenhum efeito, importando a nulidade da cláusula que visou concretizar esse afastamento (nulidade parcial).

Por isso, não podemos concordar com Montoya MELGAR na afirmação segundo a qual a denúncia *ad nutum* por parte do trabalhador só seria permitida nos contratos de trabalho por tempo indeterminado, obrigando-se, portanto, o trabalhador a cumprir o acordo nos contratos de trabalho por tempo determinado[111]. Semelhante ponto de vista viola os fundamentos dogmáticos que subjazem à faculdade de denúncia *ad nutum,* fundamentos, aliás, bem compreendidos pelo ilustre jus-laborista espanhol[112]. Segundo este autor "o direito deseja garantir energicamente a liberdade do trabalhador perante os perigos que para ela podia advir a contratação por tempo indeterminado, permitindo a todo o tempo a extinção do contrato por vontade do trabalhador, sem necessidade de alegação da causa"[113]. Ora, esses fundamentos também estão presentes nos contratos de trabalho por tempo determinado. Também nestes contratos se coloca a necessidade de proteção da

[111] Segundo este autor, "a rutura *ante tempus* dos contratos de duração determinada constitui, por definição, um incumprimento". Na tese deste autor quando o trabalhador põe fim a um contrato por tempo indeterminado não viola nenhum pacto prévio, o que acontece com aquele que se encontra vinculado por um contrato de trabalho por tempo determinado – *Derecho del Trabajo*..., pp. 458-459.

[112] O autor reconduz a faculdade de denúncia, sem justa causa, à proibição de contratação vitalícia adoptada pelos Códigos Civis do sec. XIX: "– Ob. cit. pp. 459.

[113] Ob. loc. Cit.

liberdade pessoal do trabalhador, independentemente da invocação da causa.

VI - Estes mesmos fundamentos podem ser chamados à colação na compreensão dos vários motivos que podem conduzir à extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Dois aspectos revelam-se proeminentes: o comportamento devido e os factos da vida privada, já analisados.

O comportamento suscetível de constituir infração disciplinar e, consequentemente, justa causa de despedimento deve ser o comportamento devido que é aquele que resulta do contrato livremente celebrado ou das modificações operadas no conteúdo do contrato, no decurso da sua execução. Afora as situações supridas por normas supletivas ou aquelas que resultam da aplicação de normas legais imperativas, o comportamento devido tem que ser aquele que resultar do contrato de trabalho livremente celebrado, ou seja, da limitação livremente aceite à faculdade de auto-determinação. Particularmente no que respeita ao comportamento que se traduza no cumprimento de um dever de obediência ao empregador, estando afastada a faculdade de heterodeterminação, o dever de obediência tem um âmbito limitado pelo contrato de trabalho. Assim, em regra, o trabalhador exerce a atividade que corresponde à sua categoria profissional[114] e pode convencionar com o empregador que só exercerá e não exercerá mais do que a atividade que corresponde ao conteúdo da sua categoria profissional. Segue-se que a avaliação de um comportamento como violador do

[114] Artº. 40º nº. 1 do Código Laboral.

dever de obediência tem que resultar da interpretação do contrato de trabalho. Se dessa interpretação resultar que as duas partes afastaram da heterodeterminação um comportamento tido como devido, não só não pode o empregador exigir do trabalhador esse comportamento, como o trabalhador pode legitimamente recusar-se a adotar esse comportamento, sem que tal constitua violação do dever de obediência e, consequentemente, infração disciplinar sujeita a sanção disciplinar.

De notar, todavia, que mesmo na situação em que o empregador conserva a faculdade de total determinação da prestação devida pelo trabalhador, este não está vinculado a obedecer a *ordens ilegais ou ilegitimas*, mormente quando as ordens e instruções dadas pelo empregador sejam punidas por lei como crime ou contraordenação.

A solução que se ajusta aos fundamentos dogmáticos que aqui defendemos parece ser aquela que conjuga o contrato de trabalho com a responsabilização pessoal do trabalhador pelo seu julgamento. Na verdade, pelo contrato de trabalho o trabalhador concorda em submeter-se às ordens e instruções da entidade empregadora. Obriga-se, portanto, a obedecer. Deve-se aceitar, como presunção geral, que toda e qualquer ordem dada pelo empregador, nos limites do contrato de trabalho e da lei, é uma ordem válida que, portanto, deve ser cumprida nos termos configurados pelo empregador. Ao trabalhador deve ser reconhecida a consciência da ilicitude e, portanto, o poder de julgar se certa ordem é ou não legitima e, por conseguinte, sujeita ou não a cumprimento. Como tal, o trabalhador deve ser responsabilizado pelo seu julgamento, nos planos disciplinar, civil ou criminal. Resulta deste ponto de vista que

compete ao trabalhador ajuizar se deve ou não cumprir uma ordem dada pelo empregador quando se coloca em dúvida a sua legalidade.

Afigura-se-nos ser esta solução aquela que melhor se adequa ao personalismo ético. O trabalhador é uma pessoa dotada de inteligência e vontade. Como tal, está inserido num processo de aperfeiçoamento espiritual que não pode ser limitado, tratando-o como que se fosse uma máquina que reage a um comando ou como se fosse um menor. O personalismo ético obriga que a pessoa tenha direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Concomitantemente os terceiros que entram em relação com a pessoa estão vinculados a um dever geral de respeito e abstenção. É certo que o trabalhador não pode esquecer-se de que se obrigou a submeter-se, mesmo no plano intelectual, às ordens e instruções da entidade empregadora. Portanto, em regra o trabalhador está vinculado a observar o comando recebido do seu empregador. Porém, em caso de dúvida sobre o sentido ético do comando, porque o trabalhador é o titular da consciência ética, a ele deve competir valorar se o comando recebido deve ou não ser observado. Cumprir ou não cumprir uma instrução eventualmente ilegal envolve um juízo ético. Este juízo só pode ser emitido pelo titular da consciência ética[115]. Se por erro, dolo ou mera culpa o titular falhar na avaliação

[115] No sentido de que o trabalhador não está vinculado a observar instruções ilegais e reconhecendo-lhe um direito a desobedecer a tais ordens, cf. Maria do Rosário PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho – Parte II situações laborais individuais...,* pp 367. O ponto de vista é reafirmado a pp. 615. Não resulta, todavia, do pensamento da autora, a quem compete o juízo de valor sobre a legalidade ou a ilegalidade da ordem, mas parece estar subjacente no seu pensamento a ideia de que esse juízo compete ao trabalhador. Por isso, merece censura a decisão do STJ (Portugal) de 25-9-1996, nos termos do qual "desobedece ilegitimamente à entidade patronal, o trabalhador que – apesar de estar obrigado – se recusa a utilizar um reboque numa deslocação dentro do país, invocando para

feita, deve ser responsabilizado, em consequência. A responsabilização é igualmente uma forma de aperfeiçoamento espiritual.

Conclusão

O contrato de trabalho é um contrato de natureza obrigacional que tem por objeto bens da personalidade do trabalhador. Nesta medida, deixa-se permear pelo regime dos direitos da personalidade, configurando-se como um contrato de limitação voluntária dos direitos de personalidade.

A presença da pessoa e dos seus bens da personalidade no contrato de trabalho explica, a nosso ver, a amplitude da liberdade de vinculação e desvinculação reconhecida ao trabalhador, em termos não reconhecidos ao empregador, numa clara projeção da faculdade de livre revogabilidade (ou denunciabilidade) das limitações voluntariamente consentidas nos direitos da personalidade; explica a amplitude dos poderes do Estado na imposição de normas imperativas no quadro das relações laborais, sejam aquelas que vinculam o empregador, sejam aquelas que

tal, o facto de o reboque só estar licenciado para circular em deslocações internacionais". O STJ justifica a sua decisão com o seguinte argumento de todo estranho: "A falta de licenciamento da viatura para o transporte nacional de mercadorias só implica uma sanção legal para a própria entidade patronal, não para o trabalhador. Do cumprimento dessa ordem não resultaria, para o trabalhador, qualquer ofensa aos seus direitos, liberdades e garantias, pelo que tal ordem é legítima, e o seu não acatamento traduz-se em justa causa de despedimento, pois pela sua gravidade e consequências tornou imediata e praticamente impossível a relação de trabalho" - Acs. Dout. do STA, 420, 1485.

vinculam o próprio trabalhador e bem assim todo o direito das condições de trabalho, que, de igual modo, representam uma clara projeção do contra-limite da ordem pública à faculdade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, a que se reporta o artº. 79º do Código Civil.

Além disso, este ponto de vista explica o sentido do risco laboral; rejeita a ideia de incorporação ou de existência de uma comunidade entre empregador e trabalhador; traz alguma luz sobre a avaliação dos factos da vida privada do trabalhador; esclarece os fundamentos do poder disciplinar, explica a natureza jurídica do direito à greve e da requisição civil e outras vicissitudes da relação laboral.

Temos, assim, para nós, sem prejuízo de melhor investigação sobre o assunto, que o contrato de trabalho pode perfeitamente ser configurado como um contrato obrigacional que tem por objeto bens da personalidade do trabalhador, ou para usar a expressão legal, como um contrato de limitação voluntária dos direitos da personalidade.

Bibliografia

Abrantes, José João: *Contrato de trabalho e Direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2005.

Almeida, Geraldo da Cruz: *Direito do Trabalho Cabo-verdiano I - Dogmática específica, fontes, relações individuais de trabalho,* Imprensa Nacional, Praia, 2010.

Aristóteles: Ética a Nicomaco- Livro I.1 – tradução de Leonel Vallandro e Gerd BORNHEIM, Editor: Victor Civita.

Ascensão, José de Oliveira: *Os Direitos de personalidade no Código Civil brasileiro,* http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-os-direitos-de-personalidade-no-codigo-civil-brasileiro.pdf

Constant, Benjamim: *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos,* Discurso pronunciado no Athénée royal de Paris, 1819. Tradução de Loura Silveira realizada a partir da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes* (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980).

Cordeiro, António Menezes: *Direito do Trabalho I Direito europeu, Dogmática geral, Direito colectivo*, Almedina, 2019.

Cordeiro, António Menezes: *Da situação Jurídico-laboral: perspectivas dogmáticas* do Direito do Trabalho, Revista da Ordem dos Advogados, 1982, pp 89 e segs.

Cordeiro, António Menezes: *Manual de Direito do Trabalho,* Coimbra 1991.

Cordeiro, António Menezes: *Tratado de Direito Civil Português,* I Parte geral, Tomo III, pessoas, 2ª edição 2007.

Correia, António Ferrer: *Lições de Direito Internacional Privado I,* Coimbra, Almedina, 2000.

Dray, Guilherme: *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho, sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, 1999.

Dray, Guilherme: *Direitos de personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho,* Almedina, 2006.

Guarino, Antonio: *Diritto Privato Romano,* Undezima edizione, Napoli 1997.

Guerra, Amadeu: *A privacidade no local de trabalho – As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados – uma abordagem ao Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004.

Jacinto, José Luís de Moura, *O trabalho e as relações internacionais*, Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2002.

Vasconcelos, Joana: *Anotação ao artigo 81º* - Comentário ao Código Civil, Parte Geral, Universidade Católica portuguesa, - Coordenação Luis Carvalho Fernandes-José Brandão Proença, Lisboa, 2014.

Júlio Manuel VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho,* Coimbra Editora, 2007.

Laborem exercens: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html.

Leitão, Luis Menezes: *Direito do Trabalho,* 5ª edição, Almedina, 2016.

Lorenzetti, Ricardo Luis: *Las normas fundamentales de derecho privado,* Rubinzal – Culzoni editores, Argentina, 1995,

Martinez, Pedro Romano,Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luis Gonçalves da Silva: *Código do Trabalho anotado,* 11º edição, Almedina 2017.

Martinez, Pedro Romano: *Direito do Trabalho*, Instituto do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa/Almedina, 8ª edição, 2017.

Martinez, Soares: *Filosofia do Direito*,Coimbra, Almedina, 1995.

Martins, João Zenha: *Dos Pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016.

Marx, Karl: *A miséria da filosofia,* Edições Avante, Lisboa 1991, tradução de Zeferino COELHO.

Mendes, João João de Castro: *Direitos, Liberdades e garantias – alguns aspectos gerais (artigos 25º a 49º)* - Estudos sobre a Constituição- Volume I, pp. 93 e segs, Livraria Petrony, 1977.

Melgar, Alfredo Montoya: *Derecho del Trabajo*, Derecho del Trabajo, 27ª edición, Tecnos, Madrid, 2006.

Miranda, Jorge e Rui Medeiros: Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

Pereira, António Garcia: *As lições do Grande mestre ALONSO OLEA – a atualidade do Conceito de alienidade no século XXI* - Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea, Almedina, 2004, pp 55 e segs.

Pinheiro, Luís de Lima: *Direito Internacional Privado, vol. I, introdução e direito de conflitos – Parte Geral,* Almedina, 2016, 3ª edição refundida.

Pinto, Paulo Mota: *Direitos da personalidade e direitos fundamentais – Estudos,* Gestlegal, Coimbra, 2018.

Ramalho, Maria do Rosário Palma: *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho,* Almedina 2000.

Ramalho, Maria do Rosário Palma: *Do Fundamento do Poder disciplinar,* Coimbra, 1993.

Ramalho, Maria do Rosário Palma: *Estudos de Direito do Trabalho,* vol. I Almedina, 2003.

Ramalho, Maria do Rosário Palma: *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I Dogmática Geral,* 4ª edição, Almedina, 2015.

Ramalho, Maria do Rosário Palma: *Tratado de Direito do Trabalho Parte II, Situações Laborais individuais,* 6ªª edição, Almedina, 2016.

Rouxinol, Milena Silva: *Contrato de trabalho – um modelo formoso e não seguro (ou: quando o trabalhador é um "Adónis musculado deambulando pela praia")* - Direito do Trabalho e as empresas novos desafios, novas soluções – Congresso Internacional de Ciências jurídico-empresariais, ocorrido em Leiria - Outubro de 2017, edição Dezembro de 2017, pp. 7 e segs.

Ruiz, Armando Torrent: *Manual de Derecho Privado Romano*, Madrid, Edisofer, 2008

Santos, Alessandro Pombo: *Breves notas sobre a "eficácia horizontal dos direitos humanos"* In http://datavenia.net/artigos/brevesnotassobreeficaciahorizontadireitoshumanos.html

Schroeder, Helena Carolina: *Os "limites da limitação voluntária" dos direitos da personalidade diante do mínimo existencial e do núcleo duro dos direitos fundamentais,* XIII seminário internacional – demandas sociais e políticas públicas nas sociedades contemporâneas & IX mostra internacional de trabalhos científicos – 2016 - https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/

article/download/15765/3665

Schwabe, Jürgen: *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão,* tradução de Beatriz Hennig Leonardo Martins Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro Vivianne Geraldes Ferreira, Fundação KONRAD-ADENAUER, 2005.

Moreira, Teresa Coelho: *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador* - Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea, Almedina, 2004, .pp. 613 e segs.

Wilfert, Joël: *As grandes noções da filosofia (A liberdade)*, Instituto Piaget, Lisboa, 2002

Xavier, Bernardo da Gama Lobo: Curso do Direito do Trabalho, 2ª edição 1996.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo: *A constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores* - Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Olonso Olea, Almedina, 2004, pp 163 e segs.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos, Tatiana Guerra de Almeida: *Manual de Direito do Trabalho,* 2ª edição revista e actualizada, Lisboa, 2014.

ESPANHA



LA LEY FEDERAL ALEMANA SOBRE «EL TRABAJO DEL MAÑANA», DE 20 MAYO 2020. UN ESTUDIO COMPARADO CON EL DERECHO ESPAÑOL*

THE GERMAN FEDERAL STATUTE ON «THE WORK FOR TOMORROW», OF 20 MAY 2020. A COMPARATIVE STUDY WITH SPANISH LAW

Alberto Arufe Varela**

Sumario: 1. Presentación.- 2. Una ley concebida antes de la pandemia.- 3. Una ley gestada y alumbrada durante la pandemia.- 4. Una ley «de artículos», reformadora especialmente del derecho de la seguridad social.- 4.1. Sus modificaciones de la legislación laboral no codificada.- 4.2. Sus modificaciones del código de seguridad social.- 4.3. Sus modificaciones de otras leyes.- 5. Epílogo. Una ley congruente con los objetivos del plan de recuperación para Europa.- bibliografía citada.

Resumen:

La popularmente llamada Ley sobre «el trabajo del mañana», recientemente promulgada en Alemania, tiene un interés comparatista muy grande desde el punto de vista español. Se orienta a ampliar la alfabetización digital del mundo laboral alemán, así como a mejorar la eficacia del modelo alemán de servicios públicos de empleo. Coloca a Alemania en una posición ideal para captar y ejecutar recursos económicos suficientes del llamado «Plan de recuperación para Europa».

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-100, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña.

Abstract:
The popularly called Statute on «the work for tomorrow», newly enacted in Germany, has a very high comparative interest from the Spanish point of view. It is aimed at enhancing the digital alphabetization of the German manpower, as well as improving the efficacy of the German model of public services of employment. It places Germany in an ideal position for getting and implementing economic resources coming from the so-called «Recovery plan for Europe».

1. Presentación

En el *Boletín Oficial Federal* alemán *(Bundesgesetzblatt*) de 28 mayo del corriente año 2020, aparece publicada la protagonista estelar de este trabajo[1]. Se trata de la Ley para el fomento de la formación profesional continua en el cambio estructural y para el perfeccionamiento del fomento de la formación profesional (*Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung*), cuya denominación abreviada oficiosa (no oficial) es Ley del trabajo del mañana (*Arbeit-von-morgen-Gesetz*)[2], y cuya abreviatura de nuevo oficiosa, siempre tan útil, es BeWeAUsbFG[3]. Desde el punto de vista del Derecho español, tiene un interés comparatista muy grande, tanto por razones procedimentales (esto es, de tramitación parlamentaria) como por razones sustantivas o de fondo. En cuanto a las primeras, hay que indicar que la ley fue concebida antes de la aparición de la pandemia del coronavirus (lo que, en principio, no

[1] Parte I, pp. 1044 y ss.

[2] Véase el sitio oficial en Internet del Ministerio federal alemán de Trabajo y Seguridad Social, ubicado en www.bmas.de (más en concreto, en el enlace https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Arbeit-von-morgen/arbeit-von-morgen.html [última entrada, el 18 octubre 2020]).

[3] Al respecto, véase el utilísimo sitio en Internet www.buzer.de («Leyes y reglamentos del Derecho federal alemán en Internet» [última entrada, el 18 octubre 2020]).

posee ningún interés comparatista; cfr. *infra*, 2), prosiguiendo su tramitación parlamentaria cuando la pandemia golpeaba no sólo Alemania, sino también todo el mundo (lo que sí posee mucho interés comparatista, desde el punto de vista español, pues durante la pandemia el Parlamento español, a diferencia del *Bundestag*, quedó reducido a la condición de ser prácticamente poco más que un florero; cfr. *infra*, 3). En cuanto a las razones de fondo, su interés comparatista es igualmente evidente, pues procede —en lo esencial— a modificar dos Libros del Código alemán de Seguridad Social (cfr. *infra*, 4), encajando como un guante estas enmiendas en uno de los objetivos perseguidos por el llamado «Plan de Recuperación para Europa», en cuanto que instrumento concebido por la Unión Europea para paliar los efectos de la hecatombe económica que se avecina, resultando ser dicho objetivo el de la «digitalización» del mundo laboral alemán (cfr. *infra*, 5).

2. Una ley concebida antes de la pandemia

Como es sabido, una obsesión típicamente alemana es la relativa a la formación profesional (*Ausbildung*), en sus diversas variantes, incluida la de la formación profesional continua (*beruflichen Weiterbildung*) o en el puesto de trabajo[4], reflejando esta peculiar obsesión alemana los programas de los dos grandes partidos políticos, de centroderecha y de centroizquierda, que concurrieron a las

[4] Al respecto, recientemente, véase G. RING, «Weiterbildungansprüche abhängig Beschäftigter in Deutschland», en el volumen *Lifelong Learning durch berufliche Weiterbildung. Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, ÖGB Verlag (Viena, 2017), pp. 160 y ss.

elecciones generales del pasado año 2017. En este sentido, el programa político de la CDU-CSU (esto es, el de la Sra. Angela MERKEL)[5] afirmaba al respecto, en lo esencial, de un lado, que «la digitalización del mundo laboral ofrece oportunidades en nuevos puestos de trabajo, mercados y tecnologías, para mejorar la vida de las personas»[6]; y de otro lado, que «las grandes oportunidades que en Alemania están conectadas a la digitalización, sólo podemos aprovecharlas realmente si disponemos en todos los sectores de mano de obra excelente y suficientemente bien formada»[7], por lo que «necesitamos una "ofensiva de formación digital"»[8]. En cuanto al programa político del SPD (equivalente del Partido Socialista Obrero Español o PSOE)[9], lo que se afirmaba —en la misma línea— era que «el trabajo se encuentra en cambio»[10], que «apoyaremos a las personas por medio de mejores posibilidades de formación continua»[11] y que «no nos conformamos con que en Alemania todavía

[5] Puede manejarse su texto en el sitio oficial en Internet de la CDU, ubicado en www.cdu.de (más en concreto, a través del siguiente enlace https://www.cdu.de/regierungsprogramm [última entrada, el 18 octubre 2020]).

[6] Cfr. p. 21. Textualmente, «*Die Digitalisierung der Arbeitswelt bietet Chancen auf neue Arbeitsplätze, Märkte und Technologien, um das Leben der Menschen zu verbessern*».

[7] Cfr. p. 53. Textualmente, «*Die großen Chancen, die für Deutschland mit der Digitalisierung verbunden sind, können wir nur dann wirklich nutzen, wenn wir in allen Bereichen über genügend gut und hervorragend ausgebildete Arbeitskräfte verfügen*».

[8] *Ibidem*. Textualmente, «*brauchen wir eine „Digitale Bildungsoffensive"*».

[9] Su texto puede manejarse en el sitio oficial en Internet del SPD, ubicado en www.spd.de (más en concreto, a través del siguiente enlace https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Bundesparteitag_2017/Es_ist_Zeit_fuer_mehr_Gerechtigkeit-Unser_Regierungsprogramm.pdf [última entrada, el 18 octubre 2020]).

[10] Cfr. p. 16. Textualmente, «*Arbeit befindet sich im Wandel*».

[11] Cfr. p. 17. Textualmente, «*wir werden die Menschen durch bessere Weiterbildungsmöglichkeiten unterstützen*».

haya 7,5 millones de analfabetos funcionales»[12], por lo que «necesitamos una estrategia de formación profesional para el mundo laboral 4.0, de manera que se siga el paso de las modificaciones como las de la digitalización»[13].

Tras la celebración de las elecciones, y a la vista de sus resultados, la CDU-CSU y el SPD firmaron un «contrato de coalición [*Koalitionsvertrag*]», suscrito en Berlín el día 12 marzo 2018, que hizo nacer la tercera gran coalición política entre el centroderecha y el centroizquierda alemanes, actualmente gobernante en dicho país[14]. Como ya tuve ocasión de poner de relieve a propósito del segundo «contrato de coalición» entre dichos dos grandes partidos, se trata de un verdadero contrato «bilateral», con sus cesiones y renuncias recíprocas, sus propuestas legislativas de desarrollo concretas, así como con su voluntad formalizada en el texto de que el pacto en cuestión se firmaba para ser cumplido[15]. Lógicamente, este nuevo «contrato de coalición» reflejaba el tema del impacto de

[12] Cfr. pp. 17-18. Textualmente, «*Wir finden uns nicht damit ab, dass es in Deutschland weiterhin 7,5 Millionen funktionale Analphabeten gibt*».

[13] Cfr. p. 18. Textualmente, «*Wir brauchen eine Ausbildungsstrategie für die Arbeitswelt 4.0, um mit Verände-rungen wie der Digitalisierung Schritt zu halten*».

[14] Su texto puede manejarse en el sitio oficial en Internet del Gobierno de la Federación, ubicado en www.bundesregierung.de (más en concreto, a través del siguiente enlace https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906 [última entrada, el 18 octubre 2020]). Desde la perspectiva de su contenido de seguridad social, véase A. ARUFE VARELA, «El contenido de seguridad social del contrato de coalición de 2018, entre la derecha y la izquierda alemanas», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16 (2018), pp. 235 y ss.

[15] Al respecto, A. ARUFE VARELA, «La Canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre "el Contrato de Coalición" de 16 diciembre 2013», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014), pp. 19 y ss.

la digitalización sobre la formación profesional en Alemania, indicando —en lo esencial, sobre la base de que «la formación profesional en Alemania es un modelo exitoso»[16]— que «además queremos consolidar la "iniciativa formación profesional 4.0", fortalecer la formación continua de aprendizas y aprendices, así como ampliar el programa especial para la digitalización de los lugares de formación profesional supraempresariales (ÜBS)»[17]. Como resultaba previsible, el legislador alemán se puso manos a la obra, al efecto de dar cumplimiento a dicho «contrato de coalición», también en lo tocante al asunto de la formación profesional digital, en muy poco tiempo. De ahí la promulgación de la Ley para el reforzamiento de las oportunidades de cualificación y para más protección en el seguro de desempleo (*Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung*), o simplemente Ley de oportunidades de cualificación (*Qualifizierungschancengesetz*), de 18 diciembre 2018[18], que es —en lo esencial— una ley reformadora del Derecho codificado alemán de la Seguridad Social[19]. Sobre esta base, la Ley sobre «el trabajo del mañana» es un paso reformador más, siempre

[16] Cfr. p. 29. Textualmente, «*Die berufliche Bildung in Deutschland ist ein Erfolgsmodel*».

[17] Cfr. p. 30. Textualmente, «*Wir wollen zudem die „Initiative Berufsbildung 4.0" ausbauen, die Weiterbildung von Ausbilderinnen und Ausbildern stärken sowie das Sonderprogramm zur Digitalisierung überbetrieblicher Berufsbildungsstätten (ÜBS) ausweiten*».

[18] *Boletín Oficial Federal* de 21 diciembre 2018, parte I, p. 265l.

[19] Esta ley reformadora tuvo un impacto inmediato en la jurisprudencia, acreditándolo así la referencia a ella contenida en una Sentencia (*Urteil*) del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) de 21 enero 2020 (referencia oficial 1 AZR 149/19), marginal 39.

en línea con el «contrato de coalición»[20]. Lo comprobaremos dentro de un momento, pero antes conviene realizar un apunte de Derecho comparado, para comprobar cómo se encontraba el asunto de la formación profesional en España hasta poco antes de irrumpir la pandemia del coronavirus en mi país.

En España, no queda más remedio que afirmar que el tema de la formación profesional es un asunto «gafe» (el equivalente de esta palabra española en portugués, inglés y alemán es, respectivamente, «*pé-frio*», «*jinxed*» y «*Unglücksbringer*»). Me limitaré a aportar tres evidencias, al efecto de probar que se trata del típico asunto español «gafado». En primer lugar, la de que el artículo 11, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores (precepto regulador del tradicional contrato de aprendizaje, llamado ahora «contrato para la formación») venga teniendo una convulsa existencia jurídica, al padecer su tenor modificaciones continuas, la última de las cuales se ha producido con la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En segundo lugar, la de que al Real Decreto 1529/2012,

[20] Lo ponía de relieve la «motivación» del proyecto de ley de la misma, a la que aludiré luego (*infra*, apartado 3, párrafo segundo), en la cual se afirmaba literalmente lo siguiente: «Esto se corresponde también con un objetivo del contrato de coalición de los grupos del Gobierno, que prevé fomentar la formación continua de los trabajadores menos cualificados y establecer los requisitos para que la formación profesional y la formación continua profesional se acompase con la dinámica creciente de las exigencias de cualificación [*Dies entspricht auch einem Ziel des Koalitionsvertrages der Regierungsfraktionen, der vorsieht, die Weiterbildung von geringqualifizierten Beschäftigten zu fördern und Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die berufliche Aus- und Weiterbildung mit der wachsenden Dynamik veränderter Qualifikationsanforderungen Schritt hält*]» (p. 24).

de 8 noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, de desarrollo del precepto estatutario recién citado y que supuestamente pretendía importar el modelo contractual alemán de formación profesional, haya acabado pasándole lo mismo desde que se promulgó, pues sólo en el año 2013 (esto es, muy poco después de entrar en vigor) tuvo que ser enmendado hasta en tres ocasiones[21]. Y en tercer lugar, el hecho de que la Ley 30/2015, de 9 septiembre, por la se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, tuviese que ser promulgada para poner fin a los casos de corrupción existentes en las asociaciones empresariales y sindicales, sobre todo en lo tocante a la utilización por las mismas de los fondos de formación profesional ocupacional[22].

3. Una ley gestada y alumbrada durante la pandemia

Sobre la base de que España se confinó (y en buena medida, se «apagó») con la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (sucesivamente prorrogado hasta el día 21 junio 2020), llama poderosamente la atención —desde el punto de vista español— que

[21] Críticamente sobre dicho Real Decreto, véase A. SEMPERE NAVARRO, «Cuestiones prácticas del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2012), pp. 55 y ss.

[22] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Continuing vocational training legal framework and funding strategies: A Spanish perspective», en el volumen *Lifelong Learning durch berufliche Weiterbildung. Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, cit., pp. 132 y ss.

la Ley alemana sobre «el trabajo del mañana» se gestase y alumbrase, sin interrupción de las actividades gubernamentales y parlamentarias, cuando resultaba evidente que el coronavirus se había instalado en Alemania. Al respecto, las fechas más significativas son las siguientes: 1) el 14 febrero 2020, el Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social (*Bundesministerium für Arbeit und Soziales*)[23], cuyo titular es el socialista Sr. Hubertus HEIL, hizo público el que con terminología española podría denominarse «anteproyecto» de la ley (en alemán, «*Referentenentwurf*»), que no contenía ninguna alusión a la pandemia del coronavirus; 2) entre el 25 y el 27 febrero 2020, se hicieron públicas hasta ocho tomas de posición (*Stellungnahmen*) sobre el anteproyecto, destacando especialmente las de la DGB (esto es, la poderosa Federación Alemana de Sindicatos, que cuenta con más de cinco millones de afiliados)[24], la de la Federación Alemana de Cámaras de Comercio e Industria, así como la de la Agencia Federal de Empleo (esto es, la entidad gestora alemana del seguro social de desempleo); 3) el 10 marzo 2020, se publicó el «proyecto del Gobierno [*Regierungsentwurf*]», que se corresponde con el texto del proyecto de ley (*Gesetzentwurf*) presentado conjuntamente ante la Cámara Baja alemana por los grupos parlamentarios de la CDU-CSU y del SPD, que sí contenía ya dos referencias expresas a la pandemia del coronavirus; 4) de este proyecto de ley se desgajó otro proyecto de

[23] Para el seguimiento del *iter*, resulta muy útil el sitio web en Internet del Ministerio federal alemán de Trabajo y Seguridad Social, ya citado (*supra*, nota 2).

[24] Sobre dicha central sindical, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009), pp. 85 y ss.

ley, tramitado con carácter urgentísimo, que acabó publicándose en el *Boletín Oficial* de la Federación alemana de 14 marzo 2020 como Ley para la mejora temporal de las normas sobre el subsidio de trabajador recortado por causa de la crisis (*Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld*), que fue la primera respuesta legislativa alemana laboral y de seguridad social, frente a la pandemia del coronavirus[25]; y 5) por fin, en el citado *Boletín Oficial Federal* de 28 mayo 2020 se publicó el texto de la protagonista estelar de este trabajo. Dado que se trata de una ley carente de lo que con terminología española se denominaría «preámbulo» o «exposición de motivos», resulta obligado seguir llamando la atención sobre el anteriormente citado «proyecto de ley», respecto del cual insistiré sólo sobre un concreto aspecto, especialmente relevante desde el punto de vista del Derecho español.

Dado que en España se legisla, como regla general, disparando siempre con pólvora del rey (esto es, sin la correspondiente memoria económica de costes acompañante), a cualquier español le atraería como un imán el gigantesco subapartado VI de la «Parte general [*Allgemeiner Teil*]» de la «Motivación [*Begründung*]» del proyecto de ley, allí donde trata de los «Gastos presupuestarios sin coste de cumplimiento [*Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand*]» y de los «Costes de cumplimiento [*Erfüllungsaufwand*]» (y dentro de estos últimos, especialmente los relativos a «Ciudadanas y ciudadanos

[25] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020), pp. 518 y ss.

[*Bürgerinnen und Bürger*]», así como a la «Administración [*Verwaltung*]»). A este respecto, me limitaré a aducir sólo tres muestras o ejemplos, eso sí, totalmente reveladoras del que podría denominarse *modus germanicus* de elaborar leyes. En primer lugar, la afirmación de que «el perfeccionamiento de la regulación de la autorización de medidas conduce a tarifas de costes promedio en la Federación más altas, y con ello, a un incremento de gastos en prestaciones para la inserción laboral en cuantía de hasta 176 millones de euros por año, en el medio plazo»[26]. En segundo lugar, la indicación de que «el proyecto de ley prevé en el nuevo parágrafo 54a, apartado 6, del [Libro] III del C[ódigo de]S[eguridad]S[ocial], para un participante en la cualificación de acceso, la posibilidad de solicitar costes de viaje»[27], teniendo en cuenta que «tomando 10.000 solicitudes y coste temporal de 12 minutos por caso, se deriva un coste global de 2.000 horas por año»[28]. En tercer lugar, en fin, la concreción de que «el mayor número e importancia de las entrevistas de asesoramiento e intermediación, que lleva aparejado el reforzamiento del proceso de intermediación, también en el contexto directo de la inscripción del desempleo, conduce a un coste corriente de cumplimiento para la A[gencia]F[ederal de]E[mpleo]

[26] Cfr. p. 27. Textualmente, «*Die Weiterentwicklung der Regelungen zur Maßnahmezulassung führt zu höheren Bundesdurchschnittskostensätzen und damit zu Mehrausgaben für Leistungen zur Eingliederung in Arbeit in Höhe von mittelfristig bis zu 176 Millionen Euro pro Jahr*».

[27] Cfr. p. 29. Textualmente, «*Der Gesetzentwurf schafft im neuen § 54a Absatz 6 SGB III für an einer Einstiegsqualifizierung Teilnehmende die Möglichkeit, Fahrkosten zu beantragen*».

[28] *Ibidem*. Textualmente, «*Bei angenommen 10 000 Anträgen und einem Zeitaufwand von 12 Minuten pro Fall ergibt sich ein Gesamtaufwand von 2 000 Stunden pro Jahr*».

valorado en alrededor de 9,9 millones de euros anuales»[29], teniendo en cuenta que «a este respecto, hay que partir de que, con alrededor de 246.000 personas, hay que realizar una entrevista adicional con una duración de alrededor de 45 minutos, sobre la base de una tarifa salarial de 53,47 euros por hora»[30].

Frente a la naturalidad con que el *Bundestag* siguió cumpliendo sus funciones durante la «primera ola» de la pandemia, el Parlamento español no promulgó durante ese período, en cambio, ni una sola ley (la Ley 1/2020 se promulgó con fecha 15 julio, esto es, casi un mes después de haberse levantado en España el estado de alarma). Es cierto que muchos políticos y políticas españoles se infectaron al comienzo de la recién citada «primera ola», como en los casos notorios de la Vicepresidenta Primera del Gobierno, de la Ministra de Igualdad o de la Ministra de Política Territorial y Función Pública, todas ellas parlamentarias y participantes en una multitudinaria manifestación feminista celebrada en Madrid el día 8 marzo 2020 (entre las mujeres no parlamentarias participantes, también se infectó la esposa del Presidente del Gobierno, Sr. SÁNCHEZ), las consecuencias de cuya convocatoria se encuentran todavía *sub iudice* ante los tribunales españoles. Esta inacción parlamentaria española se colmó con una increíble, improvisada,

[29] Cfr. p. 30. Textualmente, «*Die mit der Stärkung des Vermittlungsprozesses einhergehende größere Zahl und Bedeutung der Beratungs-und Vermittlungsgespräche auch im unmittelbaren Kontext des Eintritts der Arbeitslosigkeit führt zu laufendem Erfüllungsaufwand bei der BA von geschätzt rund 9,9 Millionen Euro jährlich*».

[30] *Ibidem*. Textualmente, «*Dabei wird davon ausgegangen, dass mit rund 246 000 Personen zusätzliche Gespräch mit einer Dauer von rund 45 Minuten auf Basis eines Lohnsatzes von 53,47 Euro pro Stunde zu führen sind*».

contradictoria, histérica y sin precedentes en la historia post-constitucional española promulgación de hasta diecisiete Reales Decretos-ley[31], que comenzó con la promulgación del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, y que concluyó —tomando siempre como referencia la finalización del estado de alarma— con la promulgación del Real Decreto-ley 22/2020, de 16 junio, por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento.

4. Una ley «de artículos», reformadora especialmente del derecho de la seguridad social

Con terminología alemana, la ley sobre «el trabajo del mañana» es una «ley de artículos [*Artikelgesetz*]», esto es, una ley cuyo contenido no se divide en parágrafos (*Paragrafen*) —a diferencia de lo que sucede con la generalidad de leyes y reglamentos de la Federación alemana—, sino precisamente en porciones normativas mayores a las usuales, que son en Alemania los «artículos». Esto se debe a que se trata de una ley reformadora de otras leyes promulgadas con anterioridad a ella (en consecuencia, se trata de una «*Änderungsgesetz*»), cuyos concretos parágrafos enmendados se especifican, como es lógico, en los artículos que componen la

[31] Popular y malévolamente llamada en España «la yenka» [al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Pandemia del coronavirus, tutela cautelar laboral y trabajadores de atención domiciliaria», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1 (2020), pág. 178].

misma[32]. Estos artículos son diecinueve, poseyendo carácter reformador los dieciocho primeros, pues el artículo 19 regula el asunto de su «entrada en vigor», precisamente con este rótulo («*Inkrafttreten*»). Este artículo 19 es un precepto muy complejo, al estar subdividido en siete apartados, repercutiendo en esta complejidad suya el hecho de que el articulado de la ley esté integrado por lo que, con terminología española, podrían denominarse disposiciones transitorias y disposiciones derogatorias, a las cuales me referiré dentro de un momento. En cuanto al fondo, se trata de una ley esencialmente reformadora de dos Libros del Código alemán de Seguridad Social [cfr. *infra*, B)], aunque también procede a enmendar ciertas leyes laborales de la Federación, alguna de ellas muy típicamente alemana [cfr. *infra*, A)], al igual —aunque más episódicamente— que otras leyes federales no incardinables ni en el ordenamiento laboral alemán, ni tampoco en el ordenamiento laboral de seguridad social, si bien una de estas otras leyes resulte más fronteriza con el ordenamiento laboral que con el ordenamiento de seguridad social, aunque esto —como se verá— sorprenda mucho en España.

4.1. Sus modificaciones de la legislación laboral no codificada

Sobre la base de que la legislación laboral alemana se encuentra desperdigada en una multitud de leyes federales, al haber fracasado

[32] En este contexto, sobre leyes alemanas «madres» y leyes alemanas «hijas», véase A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), pp. 3 y ss.

los intentos de codificación de la misma[33], las leyes laborales reformadas por la protagonista estelar de este trabajo son cinco. Todas tienen su equivalente, más o menos próximo o lejano, con leyes del ordenamiento jurídico laboral español, salvo en un caso. Estas leyes enmendadas son las siguientes: 1) la Ley de organización de la empresa (*Betriebsverfassungsgesetz*), de 15 enero 1972, reguladora de la representación legal de los trabajadores en los centros de trabajo privados (esto es, lo que los alemanes llaman «cogestión en el centro de trabajo [*Mitbestimmung im Betrieb*]»), cuyo equivalente español es el Título II del Estatuto de los Trabajadores, regulador de los delegados de personal y de los comités de empresa[34]; 2) la Ley del comité portavoz (*Sprecherausschussgesetz*), de 20 diciembre 1988, totalmente carente de equivalencias en el ordenamiento jurídico laboral español, pues se trata de una ley reguladora de la representación legal de los trabajadores directivos (*leitenden Angestellten*) en el centro de trabajo (más en concreto, aquellos centros de trabajo que cuenten con al menos diez trabajadores directivos); 3) la Ley sobre los comités de empresa europeos (*Europäische Betriebsräte-Gesetz*), de 28 octubre 1996, cuyo equivalente en España es la Ley 10/1997, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, ambas de transposición de la Directiva 94/45/CE del

[33] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pp. 2 y ss.

[34] Críticamente, véase A. ARUFE VARELA, «Los representantes legales o unitarios "extraestatutarios" de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005), pp. 297 y ss.

Consejo, de 22 septiembre 1994; 4) la Ley sobre la implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea (*SE-Beteiligungsgesetz*), de 22 diciembre 2004, cuyo equivalente español es la Ley 31/2006, de 18 octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, habiendo transpuesto ambas la Directiva 2001/86/CE del Consejo, 8 octubre 2001[35]; y 5) la Ley sobre la implicación de los trabajadores en una sociedad cooperativa europea (*SCE-Beteiligungsgesetz*), de 14 agosto 2006, cuyo equivalente español es la ley recién citada, habiendo transpuesto ambas normas la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 julio 2003.

En la Ley sobre «el trabajo del mañana», los preceptos modificadores de las citadas cinco leyes laborales son sus artículos 5 a 14, que conforman cinco pares de preceptos. Todos estos pares de preceptos obedecen a la misma dinámica, dado que el primer precepto del par contiene una disposición transitoria (en la que se ciñe la vigencia del concreto parágrafo de la ley laboral modificada a un determinado período de tiempo), mientras que el segundo precepto del propio par contiene una disposición derogatoria (por virtud de la cual se elimina el contenido del concreto parágrafo modificado, a partir de 1 enero 2021). Aunque todos esos pares de artículos son idénticos, me centraré —al efecto de ejemplificarlo— en los artículos 5 y 6 (de modificación de la citada Ley de organización de la empresa), afirmando a este respecto: 1) el

[35] Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2009), pp. 2572 y ss.

artículo 5, que se modifica el parágrafo 129 de dicha Ley, el cual pasa a disponer que «la participación en las reuniones del comité de empresa …, así como la adopción de acuerdos, pueden llevarse a cabo por medio de vídeoconferencia y teleconferencia, cuando se garantice que los terceros no puedan conocer el contenido de la reunión»[36], teniendo en cuenta que «la grabación no resulta admisible»[37]; 2) el artículo 6, por su parte, que «se deroga … el parágrafo 129 de la Ley de organización de la empresa»[38]; y 3) teniendo en cuenta que esta derogación queda pospuesta para un momento ulterior, pues el apartado 6 del artículo 19 indica que «los artículos … 6, 8, 10, 12 y 14 entran en vigor el 1 enero 2021»[39].

Estos cinco pares de artículos no figuraban ni en el originario anteproyecto de ley sobre «el trabajo del mañana», ni tampoco en el originario proyecto de ley tramitado en la Cámara Baja alemana, habiendo sido incorporados, a través de las correspondientes enmiendas, en la sesión celebrada en dicha Cámara el día 22 abril 2020[40]. Aunque, como acaba de verse, se refieren a las reuniones telemáticas de los órganos de representación de los intereses de los trabajadores (abordando, en consecuencia, asuntos digitales), su

[36] Inciso primero. Textualmente, «*Die Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats … sowie die Beschlussfassung können mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können*».

[37] Inciso segundo. Textualmente, «*Eine Aufzeichnung ist unzulässig*».

[38] Textualmente, «*§ 129 des Betriebsverfassungsgesetz … wird aufgehoben*».

[39] Textualmente, «*die Artikel … 6, 8, 10, 12 und 14 treten am 1. Januar 2021 in Kraft*».

[40] Véase Acta de la sesión, en el sitio oficial en Internet de la Cámara Baja alemana, a través del enlace http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/187/1918753.pdf (última entrada, el 18 octubre 2020).

inclusión en la Ley sólo cabe calificarla de muy forzada; y más, si se tiene en cuenta que se trata de una Ley sobre «el trabajo del mañana». En efecto, en mi opinión, lo pretendido por las representaciones de intereses de los trabajadores, al modo del «canto del cisne», es la vuelta al trabajo del ayer (o si se quiere, la vuelta a la «vieja normalidad»), suponiendo que la pandemia del coronavirus acabará pasando, y suponiendo, además, que cuando pase se volverá a las viejas prácticas de antaño, como los viajes para participar en reuniones, el desarrollo de éstas por espacio de varios días con alojamiento en hoteles «confortables», el cobro de dietas y viáticos correspondientes a los viajes en cuestión, etc., sin caer en la cuenta de que —especialmente por imperativos de carácter económico— todo ese pasado quizá se lo haya llevado el viento («*gone with the wind!*»), y de que las nuevas tecnologías han llegado para quedarse, también en el ámbito de actuación de los órganos colegiados, aunque haya muchos —incluso en Alemania— que no lo vean así, lo que explica que estos pares de preceptos se encuentren no sólo ligados a la pandemia (en el caso del nuevo parágrafo 129 de la Ley de organización de la empresa, su rótulo «Reglas especiales con motivo de la pandemia COVID-19 [*Sonderregelungen aus Anlass del COVID-19-Pandemie*]», lo dice todo), sino también en línea con el «paquete de protección social», promulgado a causa de la pandemia del coronavirus, y cuando la duración de ésta se preveía de corta duración[41], según el cual las reuniones telemáticas de las

[41] Se trata de la Ley para el acceso facilitado al aseguramiento social y para la movilización y para la protección de los prestadores de servicios sociales como consecuencia del Coronavirus SARS-CoV-2 (Paquete de protección social) [*Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2*

entidades gestoras de la seguridad social alemana se impusieron igualmente con matices de carácter cronológico («el parágrafo 64, apartado 3a, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social [relativo a que "los órganos de auto-administración y las comisiones especiales … pueden decidir por escrito sin reunión presencial"] pierde su vigencia el 1 octubre 2020»)[42], al igual que sucede con estos cinco pares de preceptos a que acabo de hacer referencia.

4.2. Sus modificaciones del código de seguridad social

En realidad, el grueso del contenido de la Ley sobre «el trabajo del mañana» se orienta a la modificación de dos de los doce Libros de que se compone en la actualidad el Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*) o, en su acrónimo oficial, SGB[43]. Se trata de su Libro II, regulador de la protección asistencial (esto es, financiada con cargo a impuestos) de la contingencia de desempleo[44], así como de su Libro III, regulador de la protección contributiva (esto es, financiada con cargo a cotizaciones sociales,

(Sozialschutz-Paket)], de 27 marzo 2020 (*Boletín Oficial Federal* de 27 marzo 2020, parte I, p. 575). Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», cit., pp. 517 y ss.

[42] Cfr. artículo 11 (rotulado «Entrada en vigor y pérdida de vigencia [*Inkrafttreten, Außerkrafttreten*]»), apartado 3, inciso primero, de la Ley de 27 marzo 2020.

[43] Sobre la estructura de dicho monumento jurídico contemporáneo, véase A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008), pp. 197 y ss.

[44] Sobre él, considero actualmente comentario de referencia J. MÜNDER y U. GEIGER, *Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar*, 7ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2020), 1367 pp.

pagadas por empresarios y por trabajadores) de la propia contingencia de desempleo[45]. Simplificando, puede afirmarse que se trata de los dos Libros reguladores de las funciones y competencias del servicio público alemán de empleo, encarnado en una única entidad gestora de ámbito federal, denominada Agencia Federal de Empleo (*Bundesagentur für Arbeit*). Desde el punto de vista español, se trata de un organismo sorprendente, pues permite hablar de un modelo de gestión de la política de empleo que es a la vez unitario e integral, encontrándose así en las antípodas del modelo español de servicios públicos de empleo, tan ineficiente, que no es ni unitario (al estar territorialmente troceada la política activa de empleo entre nuestras diecisiete Comunidades Autónomas) ni integral (al ser compartimentos estancos la política activa y la política pasiva de empleo). A pesar de la aparente perfección de este modelo alemán, cabe afirmar que la Ley sobre «el trabajo del mañana» opera una importante puesta al día del modelo en cuestión, que hace hincapié en la protección contributiva del desempleo. En efecto, del citado Libro II se modifican sólo dos parágrafos[46], mientras que en el Libro III la modificación afecta a nada más y nada menos que cuarenta parágrafos del mismo[47], aproximadamente un 10 por ciento del total de parágrafos del Libro en cuestión.

[45] Sobre él, considero actualmente comentario de referencia J. BRAND (Editor), *SGB III. Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung. Kommentar*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018), 1245 pp.

[46] Más en concreto, se trata de los parágrafos 16 y 82.

[47] Más en concreto, se trata de los parágrafos 3, 22, 38, 45, 54a, 56, 57, 61, 74, 75, 75a, 76, 77, 79, 81, 82, 106, 106a, 109, 110, 111, 111a, 130, 131a, 141, 144, 321, 179, 180, 181, 323, 324, 325, 327, 333, 404, 405, 419, 421 y 450.

La «motivación» del proyecto de ley resulta esencial, a efectos de desentrañar el sentido de estas modificaciones operadas en los Libros II y III del Código de Seguridad Social. Al respecto, las afirmaciones cruciales en ella son tres. En primer lugar, detectar la existencia de un problema, pues «la porción de trabajadores con deber de aseguramiento en la seguridad social en profesiones cuyas actividades ya podrían ser sustituidos por ordenadores o por máquinas controladas por ordenadores ha aumentado considerablemente en los últimos años»[48]. En segundo lugar, concretar una terapia para hacer frente al problema en cuestión, indicando que «para contrarrestar el desequilibrio de cualificación y para garantizar especialistas suficientemente cualificados, pero también para suavizar las consecuencias negativas a los trabajadores y para evitar el desempleo condicionado a la tecnología, debe fortalecerse la formación profesional y la formación continua, así como la cualificación profesional, en relación con el aprendizaje a lo largo de la vida»[49]. Y en tercer lugar, la realización de un pronóstico relativamente negativo, pues «el cambio estructural económico y profesional, según cálculos del Observatorio Especializado del Ministerio federal de Trabajo y de Seguridad Social (BMAS), creará hasta el año 2035 un total de casi 3,3 millones de puestos de trabajo, pero simultáneamente desaparecerán alrededor de 4 millones de

[48] P. 20. Textualmente, «*Der Anteil sozialversicherungspflichtig Beschäftigter in Berufen, deren Tätigkeiten bereits jetzt durch Computer oder computergesteuerte Maschinen ersetzt werden könnten, ist in den letzten Jahren merklich gestiegen*».

[49] P. 21. Textualmente, «*Um dem qualifikatorischen Mismatch entgegenzuwirken und ausreichend qualifizierte Fachkräfte zu sichern, aber auch negative Folgen für Beschäftigte abzufedern und technologiebedingte Arbeitslosigkeit zu vermeiden, müssen im Sinne des lebensbegleitenden Lernens Aus-und Weiterbildung sowie berufliche Qualifizierungen gestärkt werden*».

puestos de trabajo (Pronóstico del BMAS sobre "Mundo laboral digitalizado", Informe de investigación 526/1K)»[50].

La «motivación» del proyecto de ley contiene una extraordinaria riqueza de afirmaciones y datos, que permiten comprender cabalmente lo pretendido por las modificaciones de los parágrafos de los Libros II y III del Código de Seguridad Social, a que antes hice referencia. En ella, destacan especialmente los tres siguientes ejes argumentativos. En primer lugar, el reforzamiento de la formación profesional continua (o «dual»), tan típicamente alemana, a efectos de conseguir el incremento de la digitalización de los trabajadores, pues «la formación continua puede ayudar a las empresas a garantizar su necesidad de mano de obra con competencias adecuadas, lo cual también es importante sobre la base de la escasez creciente en muchos ámbitos del mercado de trabajo»[51], teniendo en cuenta que «la formación continua de los trabajadores tiene la ventaja, frente a una nueva contratación, de que las empresas ya conocen bien a sus trabajadores y su potencial»[52], y además, que «gracias a la formación continua pueden evitarse costes de búsqueda de personal y una eventual provisión errónea, en caso de

[50] Cfr. p. 20. Textualmente, «*Der wirtschaftliche und berufliche Strukturwandel lässt nach Berechnungen des Fachkräftemonitorings des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) bis zum Jahr 2035 insgesamt fast 3,3 Millionen Arbeitsplätze entstehen, gleichzeitig werden aber auch rund 4 Millionen Arbeitsplätze wegfallen (BMAS-Prognose „Digitalisierte Arbeitswelt", Forschungsbericht 526/1K)*».

[51] Cfr. p. 23. Textualmente, «*Weiterbildung kann Betrieben helfen, ihren Bedarf an Fachkräften mit adäquaten Kompetenzen zu sichern, was auch aufgrund der zunehmenden Engpässe in manchen Bereichen des Arbeitsmarktes bedeutsam ist*».

[52] *Ibidem*. Textualmente, «*hat die Weiterbildung der Beschäftigten gegenüber einer Neueinstellung den Vorteil, dass die Betriebe ihre Beschäftigten und deren Potenziale bereits gut kennen*».

reclutamiento externo (Informe abreviado del IAB, 16/2019)»[53]. En segundo lugar, fomentar que la población empleada y no empleada adquiera títulos de formación profesional vinculados a las nuevas competencias digitales, afirmando a este respecto que «en vista de las buenas oportunidades del mercado de trabajo para el personal especializado y del alto riesgo de desempleo y del alto riesgo de sustituibilidad de los menos cualificados, el proyecto de ley prevé el derecho al fomento de la post-cualificación profesional para la recuperación de una titulación profesional»[54], teniendo en cuenta que «las modificaciones legales para la post-cualificación de los menos cualificados no sólo son importantes para tratar eficazmente del paro de larga duración, sino también para satisfacer la necesidad de personal especializado en el segmento medio de la cualificación»[55]. En tercer lugar, la digitalización absoluta de la citada Agencia Federal de Empleo, en cuanto que único órgano gestor en Alemania de todas las políticas de empleo, activas y pasivas, pues «las modificaciones en relación con la comunicación temprana de la demanda de empleo, y la posibilidad de la comunicación electrónica del desempleo en el portal específico de la A[gencia]F[ederal de]E[mpleo], sirven para el perfeccionamiento, acorde con los

[53] *Ibidem*. Textualmente, «*Über eine Weiterbildung können sie Kosten der Personalsuche und eine etwaige Fehlbesetzung im Falle einer externen Rekrutierung vermeiden (IAB-Kurzbericht 16/2019)*».

[54] *Ibidem*. Textualmente, «*Angesichts der guten Arbeitsmarktchancen für Fachkräfte und das hohe Arbeitslosigkeits-und Substituierungsrisiko von Geringqualifizierten sieht der Gesetzentwurf einen Rechtsanspruch auf Förderung einer beruflichen Nachqualifizierung zum Nachholen eines Berufsabschlusses vor*».

[55] Cfr. pp. 23-24. Textualmente, «*Die gesetzlichen Änderungen zur Nachqualifizierung von Geringqualifizierten sind nicht nur bedeutsam, um Langzeitarbeitslosigkeit wirksam zu begegnen, sondern auch um den Bedarf an Fachkräften im mittleren Qualifikationssegment zu decken*».

tiempos y cercano a los ciudadanos, de los servicios administrativos y de los procesos administrativos digitales en el seno de la A[gencia]F[ederal de]E[mpleo]»[56], teniendo en cuenta que «esto incluye también la posibilidad de llevar a cabo entrevistas de asesoramiento y de intermediación por videollamada, para poder utilizar lo mejor posible el tiempo, hasta la terminación de la relación laboral, en el proceso de intermediación»[57], y con ello, «proporcionar una forma equivalente y segura para el acceso, acorde con los tiempos, a un procedimiento prestacional moderno y digitalizado, a las personas que quieren usar esa forma»[58].

4.3. Sus modificaciones de otras leyes

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, en donde el legislador suele abandonar a su suerte las leyes y reglamentos que promulga, a pesar de que continúan estando vigentes, el legislador alemán es infinitamente más cuidadoso y más pulcro, pues procede a retocar los textos legales y reglamentarios vigentes, al efecto de mantener siempre al día las concordancias y remisiones que los

[56] Cfr. p. 25. Textualmente, «*Die Änderungen bei der frühzeitigen Arbeitsuchendmeldung und die Möglichkeit einer elektronischen Arbeitslosmeldung im Fachportal der BA dienen der zeitgemäßen und bürgerfreundlichen Weiterentwicklung von digitalen Verwaltungsleistungen und Verwaltungsprozessen bei der BA*».

[57] *Ibidem*. Textualmente, «*Das beinhaltet auch die Möglichkeit zur Durchführung von Beratungs- und Vermittlungsgesprächen per Videotelefonie, um die Zeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestmöglich für den Vermittlungsprozess nutzen zu können*».

[58] Cfr. pp. 25-26. Textualmente, «*gegenüber der Meldung durch persönliche Vorsprache eine gleichrangige und rechtssichere Form für einen zeitgemäßen Zugang zu einem modernen, digitalisierten Leistungsverfahren für die Personen schaffen, die diese Form nutzen möchten*».

mismos efectúan a otras normas ulteriormente enmendadas. Es el caso de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley sobre «el trabajo del mañana», que proceden a poner al día las remisiones efectuadas por tres concretas normas a parágrafos del Libro III del Código de Seguridad Social, tras las enmiendas efectuadas en ellos por la Ley en cuestión. De estas tres normas, dos tienen un claro carácter extralaboral, pues se trata de la Ley de extranjería (*Aufenthaltsgesetz* o, en su acrónimo oficial, AufenthG), de 30 julio 2004[59], así como del Reglamento de fomento de la lengua alemana (*Deutschsprachförderverordnung* o, en su acrónimo oficial, DeuFöV), de 4 mayo 2016[60]. La tercera norma es una Ley fronteriza entre el ordenamiento laboral y el ordenamiento de seguridad social, aunque —desde el punto de vista del Derecho español— presenta un interés comparatista muy grande. Se trata de la Ley de compensación de costes (*Aufwendungsausgleichsgesetz* o, en su acrónimo oficial,

[59] Según el artículo 16 de la Ley sobre «el trabajo del mañana», la Ley de extranjería «se modifica como sigue [*wird wie folgt geändert*]», de manera que «en el parágrafo 44, apartado 4, inciso 2, núm. 1, letra b, la expresión "parágrafo 130" se sustituye por la expresión "parágrafo 74"» (núm. 1; textualmente, «*In § 44 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 Buchstabe b wird die Angabe „§ 130" durch die Angabe „§ 74" ersetzt*»), mientras que «en el parágrafo 45a, apartado 2, inciso 3, núm. 2, la expresión "parágrafo 130" se sustituye por la expresión "parágrafo 74"» (núm. 2; textualmente, «*In § 45a Absatz 2 Satz 3 Nummer 2 wird die Angabe „§ 130" durch die Angabe „§ 74" ersetzt*»). Sobre dicha ley, considero comentario de referencia B. HUBER y J. MANTEL (Editores), *Aufenthaltgesetz / Asylgesetz. Mit Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), 1800 pp.

[60] Según el artículo 17 de la Ley sobre «el trabajo del mañana», el Reglamento de fomento de la lengua alemana «se modifica como sigue [*wird wie folgt geändert*]», de manera que «en el parágrafo 4, apartado 1, inciso 1, núm. 1, letra a, la expresión "parágrafo 130" se sustituye por la expresión "parágrafo 74"» (núm. 1; textualmente, «*In § 4 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Buchstabe a wird die Angabe „§ 130" durch die Angabe „§ 74" ersetzt*»), mientras que «en el parágrafo 16, inciso 1, se suprimen las palabras "o el parágrafo 130 del Libro Tercero del Código de Seguridad Social"» (núm. 2; textualmente, «*In § 16 Satz 1 werden die Wörter „oder § 130 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch" gestrichen*»).

AAG), de 22 diciembre 2005[61], reguladora de las bonificaciones que la seguridad social alemana abona a las pequeñas y medianas empresas, como consecuencia del pago directo por estas últimas a los trabajadores accidentados o enfermos del subsidio de incapacidad temporal, que no es en Alemania ninguna prestación de seguridad social, a diferencia de lo que sucede en España, sino un mecanismo de continuación temporal del pago del salario (el nombre de esta institución, que lo dice todo, es precisamente «continuación del pago del salario [*Entgeltfortzahlung*]»)[62].

5. Epílogo. Una ley congruente con los objetivos del plan de recuperación para europa

Como es sabido, la crisis económica sin precedentes (a calificar casi de verdadera hecatombe económica, provocada por la pandemia del coronavirus) dio lugar a una rápida reacción autodefensiva de las instituciones de la Unión Europea, la cual aparece formalizada en un complejísimo documento titulado «Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión extraordinaria de 17, 18, 19, 20 y 21

[61] Según el artículo 15 de la Ley sobre «el trabajo del mañana», «en el parágrafo 11, apartado 2, núm. 3, de la Ley de compensación de costes …, las palabras "concedidas … parágrafo 79, apartado 2, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social", se sustituyen por las palabras "promovidas … parágrafo 76, apartado 7, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social"» (textualmente, «*In § 11 Absatz 2 Nummer 3 des Aufwendungsausgleichsgesetzes …, werden die Wörter „§ 79 Absatz 2 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch bezuschusste" durch die Wörter „§ 76 Absatz 7 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch geförderte" ersetzt*»).

[62] Sobre el tema, véase A. ARUFE VARELA, «La incapacidad temporal derivada de riesgos comunes en el Derecho alemán. Un estudio comparado con el Derecho español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012), pp. 17 y ss.

julio 2020», fechado en Bruselas precisamente el último de los días recién mencionados. En el preámbulo de este documento, se afirma —entre otras varias cosas[63]— lo siguiente: 1) «la crisis de la COVID-19 plantea un desafío de proporciones históricas para Europa»[64]; 2) «lentamente, estamos saliendo de la grave crisis sanitaria»[65], por lo que, aunque «sigue siendo necesario extremar la vigilancia de la situación sanitaria, ahora la atención se desplaza a mitigar los daños socioeconómicos»[66]; y 3) «esto requiere un esfuerzo sin precedentes y un planteamiento innovador que impulsen la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión Europea»[67]. Evidentemente, este esfuerzo extraordinario exige allegar recursos igualmente extraordinarios, radicando la principal novedad de dichas «conclusiones», a estos concretos efectos, en el hecho de que la Unión Europea pasa a convertirse por vez primera en un sujeto político deudor, de manera que —siempre según las «conclusiones»— «se autorizará a la Comisión a contraer empréstitos en los mercados de capitales en nombre de la Unión»[68], teniendo en cuenta que esta autorización de contraer deudas lo es «por un importe máximo de 750 000 millones EUR a precios de 2018»[69], y que «de conformidad con el principio de buena gestión financiera, el reembolso se

[63] Localizable en el sitio oficial en Internet de la Comisión, ubicado en https://ec.europa.eu (en el enlace https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es [última entrada, el 18 octubre 2020]).
[64] Cfr. p. 1.
[65] *Ibidem*.
[66] *Ibidem*.
[67] *Ibidem*.
[68] Cfr. p. 2.
[69] Cfr. p. 3.

programará de manera que se garantice una reducción constante y previsible de los pasivos hasta el 31de diciembre de 2058»[70].

En cuanto a la movilización de los recursos de este «plan de recuperación para Europa», sólo cabe hablar de un parecido irresistible con la movilización de los recursos del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, últimamente regulado por el Reglamento 1309/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 diciembre 2013[71]. En efecto, en cuanto al procedimiento de obtención de «subvenciones» y «préstamos» por parte de los Estados miembros, cabe hablar aquí de trámites procedimentales similares a los de dicho Fondo, reconducibles —en lo más esencial— a los tres siguientes: 1) «los Estados miembros elaborarán planes nacionales de recuperación y resiliencia que expongan el programa de reformas e inversiones del Estado miembro en cuestión para el período 2021-2023»[72]; 2) «la Comisión evaluará los planes de recuperación y resiliencia en un plazo de dos meses a partir de su presentación»[73], teniendo en cuenta —y esta afirmación me parece crucial— que «la contribución efectiva a la transición ecológica y digital también será condición indispensable para conseguir una evaluación positiva»[74]; y 3) «la Comisión adoptará una decisión sobre la evaluación del cumplimiento satisfactorio de las metas y los objetivos pertinentes y

[70] *Ibidem*.

[71] Sobre las fuentes reguladoras (paradójicamente norteamericanas, aunque sorprenda) tenidas en cuenta para estructurar el Fondo en cuestión, véase A. ARUFE VARELA, *Los despidos colectivos en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español y el de la Unión Europea*, Netbiblo (A Coruña, 2014), pp. 83 y ss.

[72] Cfr. p. 5.

[73] Cfr. p. 6.

[74] *Ibidem*.

sobre la aprobación de los pagos de conformidad con el procedimiento de examen»[75]. Por lo demás, el parecido se extrema, si examina, de un lado, la llamada «Metodología de asignación de recursos globales por Estado miembro para el período 2021-2027»[76], con sus continuas alusiones a las llamadas regiones «de nivel NUTS 2»[77], al igual que sucede en el citado Reglamento del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización; y de otro lado, si se repara en el dato de que existen «porcentajes de cofinanciación»[78], con el consiguiente efecto multiplicador de los fondos aportados por la Unión Europea, los cuales oscilan entre el 40 por ciento («para las regiones más desarrolladas») y el 85 por ciento («para las regiones menos desarrolladas»).

A la vista de esta estructuración del «plan de recuperación para Europa», resulta evidente que la médula de la Ley sobre «el trabajo del mañana» (recuérdese, la reforma de los Libros II y III del Código alemán de Seguridad Social, reguladores de la gestión de las políticas de empleo por parte de la citada Agencia Federal de Empleo) coloca a Alemania en una posición especialmente idónea para captar y ejecutar eficazmente los fondos que a dicho país puedan corresponderle con cargo a dicho plan, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque pretende ahondar en la digitalización de la actuación administrativa de la Agencia Federal de Empleo, cuya peculiar estructuración territorial (no superpuesta

[75] *Ibidem*.
[76] Cfr. pp. 24 y ss.
[77] Cfr., por ejemplo, pp. 28, 29 y 30.
[78] Cfr. pp. 34-35.

a la estructuración político-territorial alemana, sino adaptada a la de las regiones o zonas NUTS 2) se ha revelado ya especialmente ágil y poco burocrática, al efecto de captar y ejecutar recursos económicos procedentes del antiguo Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización[79]. En segundo lugar, porque la completa alfabetización digital de la población activa alemana, pretendida por la Ley sobre «el trabajo del mañana», permite concebir proyectos financiables, cuya repercusión digital queda prácticamente asegurada (recuérdese que la Comisión Europea tiene que tener en cuenta, al efecto de evaluar positivamente los proyectos financiables, «la contribución efectiva a la transición ecológica y digital»). Lo que pueda ocurrir en España, respecto de dicho plan europeo, parece actualmente impredecible. Ahora bien, el elevado índice de analfabetización digital existente en la sociedad española, así como las disfuncionalidades de nuestro sistema de servicios públicos de empleo (que no es ni unitario ni integral, encontrándose en las antípodas del modelo alemán de servicios públicos de empleo), no permite presagiar nada bueno, evidenciándolo así la escasa captación de recursos económicos procedentes del citado Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización de los que España, en su día, pudo beneficiarse[80].

[79] Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «El modelo alemán de gestión de las políticas de empleo», en el volumen *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008), pp. 388-389.

[80] Sobre el tema, en relación con Portugal, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Portugal y Alemania ante el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. Un estudio comparado», en el vol. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. II, Universidad Católica Portuguesa (Lisboa, 2015), pp. 191 y ss.

Bibliografía citada

A. ARUFE VARELA, «Los representantes legales o unitarios "extraestatutarios" de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127 (2005).

A. ARUFE VARELA, *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

A. ARUFE VARELA, «Los equívocos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el principio de automaticidad de las prestaciones. Su verificación a través del derecho alemán de la seguridad social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 77 (2008).

A. ARUFE VARELA, «El modelo alemán de gestión de las políticas de empleo», en el volumen *Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2008).

A. ARUFE VARELA, «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2009).

A. ARUFE VARELA, «La incapacidad temporal derivada de riesgos comunes en el Derecho alemán. Un estudio comparado con el Derecho español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012).

A. ARUFE VARELA, *Los despidos colectivos en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio comparado con el Derecho español y el de la Unión Europea*, Netbiblo (A Coruña, 2014).

A. ARUFE VARELA, «La Canciller Merkel y el salario mínimo interprofesional alemán. Un estudio laboral sobre "el Contrato de Coalición" de 16 diciembre 2013», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VI (2014).

A. ARUFE VARELA, «El contenido de seguridad social del contrato de coalición de 2018, entre la derecha y la izquierda alemanas», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 16 (2018).

J. BRAND (Editor), *SGB III. Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung. Kommentar*, 8ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2018).

B. HUBER y J. MANTEL (Editores), *Aufenthaltgesetz / Asylgesetz. Mit Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80. Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Portugal y Alemania ante el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización. Un estudio comparado», en el vol. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. II, Universidad Católica Portuguesa (Lisboa, 2015).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Continuing vocational training legal framework and funding strategies: A Spanish perspective», en el volumen *Lifelong Learning durch berufliche Weiterbildung. Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, ÖGB Verlag (Viena, 2017).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «Pandemia del coronavirus, tutela cautelar laboral y trabajadores de atención domiciliaria», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1 (2020).

J. MÜNDER y U. GEIGER, *Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar*, 7ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2020).

G. RING, «Weiterbildungansprüche abhängig Beschäftigter in Deutschland», en el volumen *Lifelong Learning durch berufliche Weiterbildung. Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, ÖGB Verlag (Viena, 2017).

A. SEMPERE NAVARRO, «Cuestiones practices del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la

formación profesional dual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2012).

EL DEBATE EN TORNO A LA ADAPTACIÓN O SUPERACIÓN DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO REFERENCIAL DEL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

UN DEBATE GLOBAL DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

THE DEBATE AROUND THE ADAPTATION OR OVERCOMING SUBORDINATION AS A REFERENCETIAL ELEMENT OF LABOUR LAW IN THE FACE OF NEW FORMS OF WORK

A GLOBAL DEBATE FROM THE SPANISH PERSPECTIVE

Jesús Cruz Villalón*

Sumário: 1. Transformaciones globales que propician un debate común - 2.- Debate común, con impacto nacional diferenciado desde la perspectiva jurídica - 3.- Elementos básicos de partida para entender el debate en España - 4.- Crítica a las tesis de la dependencia económica - 5.- Hacia un tronco básico de tutela, con sucesiva diversificación normativa - 6.- La necesaria diversificación normativa a través de las relaciones laborales especiales y modalidades contractuales: el trabajo a distancia - 7.- La tutela efectiva y eficiente del trabajo autónomo económicamente dependiente - 8.- Bibliografía básica de referencia

Resumo:

El debate legal, jurisprudencia y académico en torno a la subordinación como elemento clave de frontera entre el trabajo asalariado y el autónomo ha estado presente entre nosotros prácticamente desde la consolidación y expansión del

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

Derecho del Trabajo, cuando menos en aquellos países en los que la legislación laboral ha tenido un protagonismo central en el diseño de las relaciones laborales. Sin embargo, este debate se ha recrudecido en los últimos tiempos, emergiendo ciertas tesis acerca de la decadencia y posible desaparición de la subordinación como referente legal. Esto último deriva de múltiples factores, políticos, económicos y sociales, pero sobre todo se debe a las transformaciones tecnológicas, derivadas de la implantación de la digitalización y de las tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a los cambios organizativas empresariales, esencialmente a resultas de la generalización de las fórmulas de descentralización productiva y de intensificación del trabajo a distancia. El presente trabajo pretende abordar esta cuestión, desde la perspectiva de que las causas determinantes son de carácter global y transnacional, pero con notables condicionantes nacionales que impiden generalizaciones y, por ello, se efectúa desde la perspectiva del sistema español de relaciones laborales. El trabajo aboga por la buena salud en nuestro ordenamiento del criterio de la subordinación, al que se le augura larga vida. Ello lleva a rechazar las posiciones de quienes auguran su superación y sustitución por el criterio de la dependencia económica. Eso sí, se entiende que la pervivencia de la subordinación debe realizarse a partir de cuatro premisas de adaptación imprescindible: 1) la posibilidad de establecer unos derechos básicos comunes para todo trabajo personal realizado para otro, sobre la base de una nueva comprensión de los derechos laborales garantizados constitucionalmente, para extenderlos más allá del trabajo subordinado; 2) la construcción de un concepto flexible de la subordinación, que incluya forma amplias de hetero-organización; 3) la diversificación normativa en el seno del trabajo subordinado con diversos niveles de tutela flexibilidad a través de un justo entendimiento de las denominadas “relaciones laborales especiales” y, sobre todo, de las “modalidades contractuales” con régimen singularizado como el trabajo a distancia, 4) con un desarrollo eficiente de la tutela del contratante débil en el ámbito del trabajo autónomo económicamente dependiente sin romper los moldes de su clara separación del trabajo subordinado.

Abstract:

The legal, jurisprudential, and academic debate around subordination as a key element of the border between salaried and self-employed work has been present among us practically since the consolidation and expansion of Labour Law, at least in those countries in which the labour legislation has played a central role in the design of labour relations. However, this debate has intensified in recent times, with the emergence of certain theses about the decline and possible disappearance of subordination as a legal reference. The latter derives from multiple political, economic, and social factors, but above all it is due to technological transformations, derived from the introduction of digitalization and information and communication technologies, together with business organizational changes, essentially resulting from the generalization of the

formulas for productive decentralization and intensification of remote work. The present work aims to address this question, from the perspective that the determining causes are global and transnational in nature, but with notable national conditioning factors that prevent generalizations and, therefore, it is carried out from the perspective of the Spanish labour relations system. Work advocates good health in our system for the criterion of subordination, which is promised a long life. This leads to rejecting the positions of those who predict the overcoming and replacement of the same by the criterion of economic dependence. Of course, it is understood that the survival of subordination must be carried out from four essential premises of adaptation: 1) the possibility of establishing common basic rights for all work carried out by one person in favour of another, based on a new understanding of constitutionally guaranteed labour rights, to extend them beyond subordinate work; 2) the construction of a flexible concept of subordination, which includes broad forms of hetero-organization; 3) regulatory diversification within subordinate work with various levels of tutelage flexibility through a fair understanding of the so-called "special labour relations" and, above all, of the "contractual modalities" with a singularized regime such as remote work , 4) with an efficient development of the protection of the weak contractor in the field of economically dependent autonomous work without breaking the frames of its clear separation from subordinate work.

1. Transformaciones globales que propician un debate común

La extensión de la digitalización, unida a los cambios en la organización de las empresas, está provocando un intenso impacto sobre los diferentes modos de inserción de los trabajadores en el mercado de trabajo. Se trata de un fenómeno que tiene tras de sí ya un amplio desarrollo temporal y que se vislumbra como un cambio profundo con la emergencia de nuevas formas de empleo, pero también con un impacto decisivo sobre la generalidad de los trabajos, incluidos los más tradicionales. Debe destacarse a estos efectos que los cambios que se están produciendo, desde el punto subjetivo, están influyendo más allá de los supuestos que de manera ejemplificativa o típica se suelen tener en mente como referentes básicos de lo que está sucediendo.

Más aún, habitualmente los ejemplos reiteradamente más citados no constituyen, a nuestro juicio, los más relevantes a estos efectos. Resulta recurrente tomar como referentes con demasiada centralidad las actividades conectadas con el sector del transporte, sea de personas o sea de mercancías, bien lo sea apelando al modelo de negocio propio de una concreta empresa como es el caso de uber, o bien con referencia a variantes diversas de distribuidores de mercancías para los que se utiliza un nuevo calificativo como es el de "*riders*", como si la descripción de su actividad profesional de distribuidores de mercancías no fuera su seña de identidad por apelar a una labor tradicional en exceso. Sin desmerecer el impacto que estas formas de negocio están teniendo en casi todos los ámbitos doctrinales, lo cierto es que resulta distorsionador tener en mente estas actividades como las prototípicas de lo que está sucediendo, cuando pueden posiblemente constituir tan solo la punta del iceberg, así como por el hecho de no ser en el fondo el cambio tecnológico del uso de las plataformas un elemento tan impactante en la actividad laboral concreta que se desarrolla por estos profesionales; no se trata de auténticos trabajadores "de" plataformas, por cuanto que las mismas son un elemento puramente instrumental del ejercicio de los poderes organizativos y de control de la empresa, pero no el medio de trabajo del profesional, que sigue siendo un vehículo tradicional. Pero, igualmente, por cuanto que los cambios tecnológicos que se avecinan pueden llegar a provocar una automatización completa de los servicios de transporte que ofrecen estas empresas, de modo que no es aventurado pensar en su ejecución en el futuro en breve plazo sin empleados directos de

transporte, con fuerte destrucción de empleo en la labor mecánica del desplazamiento sea de personas o de mercancías; de verificarse ese futuro escenario, lo relevante pasarían a ser los empleados que manejan a distancia la tecnología del transporte automatizado sin conductor o prestan servicios en las plataformas y no tanto quienes ejecutan materialmente el servicio de transportes, llamados a desaparecer. En tal nuevo escenario, ni existirían "*riders*" ni conductores de uber, sino gestores de plataformas e ingenios de transportes sin personal a bordo.

En definitiva, lo obligado a destacar desde este momento de arranque es que en este debate en muchas ocasiones, apuntando a la luna, erróneamente dirigimos la mirada sólo al dedo (que constituye un elemento instrumental) y olvidándonos de mirar al satélite (que conforma la realidad subyacente decisiva).

Más aún, lo destacable en el debate actual es que este tipo de transformaciones se están produciendo de forma universal en la práctica totalidad de las economías, cuando menos en la totalidad de las economías desarrolladas de la era postindustrial donde la normativa laboral tiene un peso relevante. En efecto, la globalización económica --más allá de las correcciones que se están apreciando en los últimos años por motivos políticos, ambientales o sanitarios--, se está verificando con total plenitud en el terreno de la universalización de la digitalización y, con la misma sobre las formas de organización empresariales que acaban desembocando en las nuevas formas de trabajo. Por tanto, las nuevas formas de

trabajo, así como la transformación de las más tradicionales, constituyen una realidad de generalizada presencia en todos los sistemas modernos de relaciones laborales.

Lo anterior tiene como ventaja que el actual debate doctrinal acerca del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre el sistema de relaciones de trabajo constituye un elemento presente en la práctica totalidad de los países. Tenemos una base económico-productiva que discurre en la misma dirección, de modo que el debate doctrinal en la generalidad de los países se construye sobre una misma realidad laboral. No cabe la menor duda que el debate en torno a los ámbitos subjetivos de aplicación de la legislación laboral constituye algo presente de forma permanente y continuada en todos los países, podría decirse que incluso prácticamente desde los orígenes mismos de la legislación laboral, especialmente recurrente en aquellos países donde la normativa laboral constituye una pieza relevante y protagonista en la ordenación y diseño del mercado de trabajo. Si a eso añadimos que la subordinación ha constituido en muchos sistemas nacionales el elemento clave para marca ciertas fronteras, en una dualidad desde el punto de vista jurídico de inserción en el mercado de trabajo, resulta manifiesto que la funcionalidad y virtualidad de la utilización del criterio de la subordinación con la evolución de los cambios productivos, organizativos y técnicos de las empresa haya estado presente en el debate doctrinal de muy diversos sistemas nacionales de relaciones laborales. Eso sí, en estos momentos este elemento es perceptible como mucho más universal, en la medida en que dicho debate viene

se presenta como consecuencia sobre todo de la digitalización de la economía y del impacto que la misma presenta sobre el empleo, que es algo común insistimos a realidad de los diferentes países.

En definitiva, todo lo anterior permite afirmar que las preocupaciones o desafíos puedan ser similares, de modo que podemos llegar a desarrollar un cierto debate académico global, a partir de un fuerte proceso de convergencia en la realidad empresarial sobre la que se actúa, así como por el posible uso de categorías jurídicas similares. Incluso este último elemento puede afirmarse que se acentúa en el ámbito de la Unión Europea, donde, a pesar de que desde el punto de vista normativo no existe un concepto propiamente dicho de trabajador sometido a la armonización legislativa de la Unión, que pudiéramos calificar como concepto europeo, si existen ciertas pautas comunes, a partir de la progresiva labor de construcción interpretativa de las Directivas en materia social por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; labor de construcción interpretativa que, no por casualidad gira en torno a el elemento de la subordinación, que viene a convertirse ya a nuestro juicio casi en una categoría jurídica propia del Derecho de la Unión.

2. Debate común, con impacto nacional diferenciado desde la perspectiva jurídica

Ahora bien, la consideración precedente en torno a la universalidad del debate debe ser inmediatamente corregida, desde

el instante en que también debe hacerse hincapié en el dato de que la respuesta jurídica difiere significativamente según el país que tomemos como referencia. En esta materia el análisis de Derecho comparado resulta bastante más complejo y en absoluto puede ser objeto de simplificaciones; ni siquiera resulta fácil proyectar la presencia de modelos básicos de referencia, que permita agrupar diversos sistemas nacionales por el tipo de intervención jurídica que se presenta. La unificación por grupos de países en esta materia puede resultar algo arbitraria, que puede no ofrecer la pluralidad de situaciones que se presentan e incluso a veces netamente influida por valoraciones distorsionadas por efectuar el análisis de la perspectiva de la situación de cada país, por tanto con un carácter eminentemente autorreferencial.

Eso sí, en términos de primera aproximación, cabe efectuar algunas consideraciones básicas en base a la actitud de partida o escenario general de los diversos países.

Ante todo, es obligado referirse a modelos de sistemas de relaciones anclados en posiciones estrictamente neoliberales, donde la intervención de la normativa laboral, sea resultado de la actuación del poder público o sea derivada de la negociación colectiva, resulta prácticamente marginal o irrelevante. En estos países, donde el Derecho del Trabajo apenas incide sobre el devenir de las relaciones laborales, el asunto que pretendemos abordar aquí, como resulta bien fácil comprender, resulta prácticamente desconocido o carente de todo interés.

De otra parte, pueden identificarse otra serie de países donde, aunque la legislación laboral presenta un cierto peso en la delimitación de formas de inserción en el mercado de trabajo, ni se advierte actuaciones recientes en el ámbito legislativo, ni intervención relevante por parte de la jurisprudencia, de modo que podría afirmarse que los criterios al efecto se encuentran bastante estabilizados, sin perspectivas de cambio en el inmediato futuro, por lo que el debate científico puede existir, pero más en el terreno de la economía o de la sociología del trabajo, pero no desde el campo de lo jurídico. En unos casos se trata de modelos que trabajan sobre una división estrictamente bipolar entre trabajadores autónomos (*self-employed*) y trabajadores asalariados (*salaried workers*), o bien con una diversificación superior distinguiendo en dentro de los trabajadores asalariados entre trabajadores subordinados en sentido estricto (*workers*) y empleados (*emploees*). En todo caso, sea de un tipo o de otro, se percibe que, incluso si este debate está emergiendo en este tipo de países, lo es en forma muy embrionaria, sin que en ningún caso se vislumbres perspectivas de alteración de una utilización bastante consolidada del criterio de la subordinación o de la diferenciación entre las dos grandes variantes de asalariados establecidas desde tiempo atrás.

Finalmente, podríamos centrarnos en aquellos países donde la comparación puede tener mayor significación, por cuanto que la legislación laboral presenta un protagonismo indiscutible en la gestión del mercado de trabajo, existen importantes tensiones en las fronteras tradicionales entre el trabajo autónomo y el trabajo el

punto de partida se presenta en cierto modo diferente, presentándose discusiones jurídicas a muy diversos niveles acerca de la adecuación de los criterios actuales a la nueva realidad empresarial, lo sea desde el punto de vista tecnológico o desde la perspectiva organizativa o productiva, todas ellas con palpable repercusión respecto del encaje jurídico de ciertas forma de empleo más o menos novedosas, más o menos tradicionales.

Eso sí, incluso centrándonos en estos últimos países, los condicionantes de partida son igualmente diferentes, por cuanto cada uno de ellos parte de un diseño normativo diverso. Incluso partiendo como elemento común estos países del criterio de la subordinación, el modo de entender el mismo es diferente en su origen, bien lo sea por serlo de forma clara en términos legales o menos en términos jurisprudenciales, en uno de forma más expresa en otros de manera más implícita. Más aún, en algunos países se identifica la presencia de terceras categorías, bien intermedias entre las dos básica o bien como variantes de la dualidad inicial trabajo autónomo versus trabajo subordinado.

Más aún, posiblemente influyan más en este debate otros elementos próximos, pero inicialmente no directamente concernidos por la separación jurídico-formal de la frontera. Entre esos elementos destacaría dos de mayor relevancia. El primero de ellos, el relativo al diferencial de costes entre la opción por el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, bien directos de carácter retributivos o bien indirectos respecto de las obligadas aportaciones

al sistema público de Seguridad Social; en unos casos, el diferencial de costes se presenta como muy elevado, mientras que en otro se aprecia una relativa convergencia, lo que desemboca en que el debate sea más agudo en el primer caso y menos en el segundo. El segundo de ellos, se encuentra conectado con la cultura jurídica o laboral en la materia, por cuanto que en algunos países se adoptan posiciones de partida propensas a adaptar el sistema legal a las nuevas realidades, mientras que en otros casos se percibe todo el fenómeno en clave de requerimiento de dosis superiores de flexibilidad o de rechazo de fórmulas de ingeniería contractual que se presuponen claramente fraudulentas, de lo que deriva en uno y otro caso rechazo de cualquier intervención de cambio a estos efectos.

Una prueba bien elocuente de todo lo anterior, es que, a pesar de que desde la interpretación elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el referente de partida sea un deslinde de regímenes jurídicos en base al criterio de la subordinación, ello sólo tiene alcance a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, en particular de las Directivas en materia de armonización legislativa, pero no para lo que decidan como regulación interna cada Estado miembro a efectos de la legislación laboral general y, en particular, respecto de aquellas instituciones laborales no afectadas por las mencionadas Directivas. Más aún, a pesar de que el Tribunal de Luxemburgo se decante claramente por el criterio de la subordinación, no lo llega a institucionalizar como tal elevándolo a la categoría de concepto comunitario de trabajador y, mucho menos,

es un criterio que se haya atrevido ninguna Directiva a incorporar formalmente como tal; si acaso, existe individualizadamente una definición de que se entiende por "trabajador" a efectos de cada concreta Directiva, pero con una definición que da juego para incluir diversas opciones legislativas nacionales y, desde luego, en ningún caso con voluntad de provocar generalizaciones a estos efectos. A la postre, el debate que se aprecia, a veces incluso encendido, en algunos Estados miembros respecto de las fronteras entre lo incluido y lo excluido de la legislación laboral, del uso más o menos apropiado de la subordinación, apenas parece que presente permeabilidad para desarrollarse también en el ámbito de la Unión Europea.

Sean estas las circunstancias determinantes o sean otras diferentes, en todo caso lo que se puede afirmar con rotundidad es que tanto el referente legislativo de partida como las actitudes de los diferentes protagonistas a intervenir sobre la materia son relativamente distintos según países; y, al detectarse tales diferencias, lo cierto es que ello condiciona notablemente el debate académico en los respectivos países.

Aceptando esta disparidad de partida, la conclusión no puede ser otra que las reflexiones que siguen, por mucho que pretendan situarse en un plano global o transnacional, necesariamente en mi caso van a encontrarse estrechamente condicionadas por la realidad concreta de España, por la evolución normativa y jurisprudencial que ha tenido esta materia entre nosotros y, a la postre por las actitudes de los diferentes protagonistas (empresariales y sindicales) al

respecto. El dato cuantitativo de partida viene a ser muy indicativo del alcance del asunto, comparativamente entre unos y otros mercados de trabajo; por ejemplo, por aportar un simple dato orientativo, en España el porcentaje de la población ocupada con la condición de trabajadores autónomos en el sentido estricto del término se sitúa en torno al 11 % del total de la población ocupada, cifra significativamente más reducida respecto de otros países como es el caso de Italia, al mismo tiempo que se aprecia que ese porcentaje no crece en los últimos tiempos, de modo que las variaciones estadísticas de encuentran más vinculadas al cambio de ciclo económico y, por ahora, no influidas por los cambios organizativos y tecnológicos en las empresas. Dicho de otro modo, se participa en un debate hoy en día global, a partir de transformaciones tecnológicas y organizativas que vienen a impactar de manera similar sobre cualquier mercado de trabajo, pero que necesariamente acaba siendo una lectura nacional. Por tanto, lo autorreferencial se encuentra palpablemente en el debate legislativo, jurisprudencial, sindical y académico en España, de lo que con enorme dificultad puede escapar quien redacta estas páginas.

Última aclaración de carácter general a los efectos de entender el alcance y el valor a otorgar al presente estudio: el mismo se efectúa con voluntad de visión global, pero desde la perspectiva no sólo española, sino adicionalmente desde la posición personal en el análisis de la materia. Dicho de otro modo, esta temática, como sucede en algunos otros países, aborda una cuestión para la que se

está desarrollando un debate muy vivo e intenso entre nosotros, donde las posiciones son muy diversas. Al ser escasas las unanimidades al respecto, la exposición que sigue, no pudiendo ser meramente descriptiva del estado de la cuestión, efectúa valoraciones personales, que aunque personalmente entienda que tienen su base argumental, no son compartidas necesariamente por el conjunto de la doctrina española. En esa clave, procedo a efectuar mi relato.

3. Elementos básicos de partida para entender el debate en España

Como premisa para abordar el debate actual en torno a la materia, con vistas al especialista no nacional, resulta conveniente, aunque sea en términos muy esquemáticos, describir las características de partida que constituyen referente de comprensión necesarias del marco regulativo español.

Ante todo, el sistema nacional desde tiempo muy atrás se ha caracterizado por una expresa previsión legal de la definición de trabajador asalariado, por diferencia al trabajo autónomo. De este modo, cuando menos desde la Ley de Contrato de Trabajo, se define formalmente el ámbito de aplicación de la referida norma, con delimitación legal en base a una definición abstracta de qué se entiende por el trabajador sometido a dicha norma, que a la postre lo es al conjunto de la legislación laboral.

En concreto, en esos momentos de mitad del siglo pasado la definición legal giraba en torno al requisito de la "dependencia", que se convertía en el elemento clave que marcaba la frontera con el trabajo autónomo.

En torno a la década de los años sesenta se abre un debate doctrinal acerca de cuáles habrían de ser los datos delimitadores decisivos de la mencionada frontera. En esos momentos se extiende un término que se pretende sea original, muy propio del debate nacional autárquico del momento que pretendía crear categorías diferenciadas de las propias existentes de manera casi universal en el resto de Europa. De este modo, frente a la "subordinación" como elemento decisión de la frontera, se acuña el término de "ajenidad", con referencia al del trabajador que presta servicios "por cuenta ajena", para desmarcarlo de las notas más tradicionales del ejercicio de los poderes directivos del empleador. De este modo, como contrapunto, al trabajador "autónomo" comienza a denominarse trabajador "por cuenta propia" como diferenciado del asalariado que lo es por cuenta ajena. Ello deriva en que emerjan en la doctrina nacional diversas tesis acerca del modo cómo había de interpretarse el significado concreto de la ajenidad con diferentes construcciones al efecto: "ajenidad en los riesgos" (Bayón Chacón), "ajenidad en los frutos" (Alonso Olea), "ajenidad en la utilidad patrimonial" (Montoya Melgar), "ajenidad en la titularidad de la organización" (Albiol Montesinos), "ajenidad en el mercado". Tales tesis alcanzan un eco desigual, en todo caso son tomadas en consideración por parte primero de la jurisprudencia y sucesivamente llegan a ser acogidas

por la propia norma legal con carácter general y para marcar la frontera en ciertos supuestos específicos. Por contraste, no dejan de formularse otras tesis, más en consonancia con la dinámica europea, que pretenden incorporar al modelo español la idea de la "subordinación" como criterio central y decisivo (Rodríguez-Piñero).

Más allá del recordatorio de un debate de bastantes décadas atrás, casi olvidado por la doctrina laboralista actual, lo cierto es que la misma fue decisiva, al extremo que ha calado en la terminología científica y que incluso en el lenguaje coloquial se habla de trabajador "por cuenta ajena" y en modo alguno la de trabajador "asalariado", "dependiente" o "subordinado". Por ello, sigue teniendo su impacto en el momento actual, por un doble motivo.

De un lado, por cuanto que la jurisprudencia sigue utilizando, por separado o bien acumulativamente, a los efectos de resolver concretos asuntos conflictivos muy actuales; por ejemplo, se utilizan la mayoría de estas tesis como elementos argumentales decisivos a los efectos de declarar nuestro Tribunal Supremo a los "*riders*" el carácter de trabajadores sometidos a la legislación (STS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924).

De otro lado, a partir de finales de la década de los años setenta del siglo pasado el criterio de la ajenidad se incorpora a nuestra legislación laboral, para hacer dúo con la subordinación, para identificar los dos rasgos definitorios del trabajo asalariado (Ley de Relaciones Laborales de 1976, Estatuto de los Trabajadores de 1980).

Se trata de una fórmula que se consolida, siendo la actualmente acuñada en nuestro vigente Estatuto de los Trabajadores; así el trabajador asalariado viene definido por la acumulación de los dos datos, ajenidad y dependencia: el trabajador que presta servicios "por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección" del empleador. Como contrapunto, el Estatuto del Trabajo Autónomo (2007) definirá a este como el que realiza su actividad profesional "por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona". Se cristalizan como dos requisitos que se conciben como indisolublemente unidos, en términos tales que la premisa legal es que sólo es posible pensar que o bien concurren los dos elementos (ajenidad y dependencia) encontrándonos ante un trabajador asalariado, o faltan ambos situándonos en el terreno del trabajo autónomo o por cuenta propia. Se trata de una idea muy generalizada, si bien personalmente no la comparto, en la medida en que mi posición es la de entender que cierto tipo de trabajadores autónomos pueden prestar servicios por cuenta ajena pero se encuentran extramuros de la legislación laboral por faltarles el requisito de la subordinación.

En todo caso, todas estas tesis sobre la ajenidad han servido para afianzar el modelo dual de división en teoría nítida entre dos modos plenamente diferenciados, incluso antagónicos de insertarse en el mercado de trabajo: asalariados y autónomos. Como contraste, se percibe una corriente muy notable de quienes no admiten fórmulas intermedias entre las dos opciones, si bien se adopte tal actitud desde posiciones opuestas en la valoración de esas situaciones

intermedias: los unos porque las entienden como expresiones de falsos autónomos o mecanismos que favorecen la huida del Derecho del Trabajo, los otros porque lo perciben como un intento de laboralización de quienes deben situarse desde el punto de vista jurídico estrictamente en el terreno de la pura contratación civil basada en la autonomía individual de la voluntad.

En paralelo, como ya hemos dado a entender, la subordinación pervive como criterio exigido legalmente, interiorizado por la jurisprudencia y asimilado por la propia doctrina, en clave de incorporación del trabajador de modo genérico a una organización "ajena", titularidad del empleador, con lo cual incluso la subordinación llega a explicarse como una tesis más de la ajenidad". En estos términos, la comprobación de la concurrencia de la subordinación se produce por la vía de la constatación del ejercicio por parte del empleador de sus típicos poderes directivos, incluidos los organizativos, de control y disciplinarios. En términos prácticos, conforme va evolucionando la realidad productiva, organizativa y tecnológica de las empresas, en paralelo a la expansión subjetiva en la aplicación de la legislación laboral para incorporar a profesionales con notable capacidad de autonomía técnica, tanto doctrina como jurisprudencia van evolucionando. En concreto, ya desde mediados de la década de los años ochenta del siglo pasado se observa, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, una comprensión flexible del requisito de la subordinación, de modo que no responda a los estereotipos clásicos del trabajador industrial fordista que trabaja en la cadena de producción sometido a estrictas reglas de

lugar, tiempo y modo de ejecución del trabajo (SSTS 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, ECLI:ES:TS:2017:4552; 25 de marzo de 2013, rec. 1564/2012, ECLI:ES:TS:2013:2389; 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010, ECLI:ES:TS:2010:7764; 20 de julio de 2010, rec. 3344/2009, ECLI:ES:TS:2010:4450; 7 de octubre de 2009, rec. 4160/2008, ECLI:ES:TS:2009:6415). La jurisprudencia ha venido elaborando un concepto muy amplio, admitiendo la nota diferencial de una manera flexible, siempre que se advierta un genérico poder de mando en la empresa y un correlativo deber de obediencia en el trabajador, pero destacando, en todo caso, que lo relevante para la determinación de si existe o no contrato de trabajo es la obediencia al poder de dirección y de mando del empresario. Se entiende así la subordinación como el estar situado el trabajador dentro de la esfera organicista y rectora de la empresa (STS 29 diciembre 1999, RJ 2000/1427; 19 de febrero de 2014, RJ 2075; STS 16 de noviembre de 2017, rec. 2806/2015, ECLI:ES:TS:2017:4552; STS 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012, ECLI:ES:TS:2014:1404.)

Esa adaptación progresiva del alcance de la subordinación provoca que se hayan podido asimilar, sin mayores dificultades realidades diversas de trabajos con importantes dosis de decisión personal acerca del modo de ejecutarlos, sin necesidad de poner en cuestión su carácter de trabajo subordinado. A tal efecto, la jurisprudencia utiliza una serie de indicios fácticos en el proceso probatorio para efectuar un proceso de argumentación valorativa de conjunto acerca de hasta qué punto la situación global permite calificar al supuesto como de carácter subordinado o autónomo;

ningún indicio se eleva a la categoría de requisito imprescindible, pus lo que primea es el análisis de conjunto, que lleva al convencimiento del carácter subordinada o autónoma de la relación jurídica establecida (SSTS de 25 de septiembre de 2020, rec. 4746/2019, ECLI:ES:TS:2020:2924; 11 de mayo de 2009, rec. 3707/2007, ECLI:ES:TS:2009:3784; 7 de octubre de 2009, rec. 4169/2008, ECLI:ES:TS:2009:6415; 29 de noviembre de 2010, rec. 253/2010, ECLI:ES:TS:2010:7764; 19 de febrero de 2014, rec. 3205/2012, ECLI:ES:TS:2014:1404; 16 de noviembre de 2017, rec. 2806, ECLI:ES:TS:2017:4552; 4 de febrero de 2020, rec. 3008/2017, ECLI:ES:TS:2020:434). A mayor abundamiento, esta técnica judicial se encuentra lo suficientemente asentada, como para que, a pesar de trabajarse con esta técnica de indicios, ello no desemboque ni en discrecionalidad judicial ni en inseguridad jurídica. Puede existir un proceso lento de discusión para supuestos concretos, si bien al final se consolida con una jurisprudencia clara por parte del Tribunal Supremo, que elimina tanto los riesgos de arbitrariedad judicial como de inseguridad jurídica.

De este modo, esto ha permitido integrar en el ámbito de la subordinación trabajadores con libertad de horario, que ejecutan su trabajo a distancia, con ámbito propio de decisión de su propio trabajo, sin obligación de asumir todos los encargos del empleador, incluso trabajadores que materialmente tienen se someten a un contrato "cero hora" por mucho que formalmente están prohibidos por la legislación laboral, con esporádica sustitución de su trabajo por otros, etc.; lo que ha desembocado con naturalidad en la

declaración unánime por parte de la sala de lo social del Tribunal Supremo de los '*riders*' como trabajadores plenamente sometidos a la legislación laboral, por tanto negando su condición de autónomos. A mayor abundamiento, estos procesos se retroalimentan, en la medida en que en ocasiones la consolidación de ciertos criterios jurisprudenciales provoca sucesivamente intervenciones legislativas, en unos casos de corrección legal excluyendo expresamente a determinados supuestos de la condición de trabajadores subordinados (transportistas de mercancías, 1994), en otros casos confirmando la inclusión de los supuestos (propuesta gubernamental de inclusión de los trabajos a través de plataformas en el ámbito de lo laboral, 2020).

Conviene destacar que ese proceso de flexibilización de la subordinación, visto desde la perspectiva de la emergencia de otras construcciones desarrolladas en algunos países, han desembocado en que prácticamente nadie ha defendido la identificación de categorías intermedias entre la subordinación y autonomía como elemento de deslinde entre las dos categorías tradicionales de trabajadores presentes en nuestro mercado de trabajo. Aclaro, no es que no se hayan propuesto fórmulas alternativas de modificación legal de la frontera del ámbito de aplicación de la legislación laboral, o bien de implantación de categorías diversas; el matiz consiste en que cuando se ha realizado algunas de estas propuestas nadie lo ha hecho a partir de una reconstrucción del requisito de la subordinación. Dicho de forma nítida, y en lo concreto, desde la concepción del modelo español para todos, subordinación viene a constituir un sinónimo de

dependencia, de modo que donde hay subordinación concurre dependencia y viceversa. En los mismos términos, desde la perspectiva española no resulta nada fácil alcanzar a comprender la identidad diferenciada del concepto de "hetero-organización" o de "heterodependencia", por cuanto que para jurisprudencia y doctrina la teórica idea de la hetero-organización o heterodependencia no constituiría más que una expresión más de la subordinación presente en el trabajo sometido a la legislación laboral.

4. Crítica a las tesis de la dependencia económica

A pesar de la a nuestro juicio intensa capacidad de nuestro sistema legal para adaptarse a los cambios organizativos y tecnológicos empresariales, perviven indiscutibles resultados de insatisfacción en cuanto a los resultados. De un lado, concurren prácticas de "ingeniería contractual" que acentúan las prácticas de "huida del Derecho del Trabajo". Se trata esencialmente de prácticas patológicas, que se sitúan en la práctica en el territorio de la irregularidad legal, provocando un número nada desdeñables de situaciones que simplemente cabe calificar como falsos autónomos; el problema en este territorio se sitúa esencialmente en la reducida eficacia de las técnicas del control del cumplimiento de la legislación laboral y, por ende, de efectividad del aparato sancionador establecido al efecto. De otro lado, emergen indiscutible nuevas realidades, que permiten optar lícitamente, por tanto, extramuros del territorio de los falsos autónomos, por la contratación civil, mercantil o administrativa en régimen de auténtica prestación de

servicios como trabajadores autónomos. La flexibilidad empresarial, la forma de colaboración con terceros, permite la existencia de un elevado porcentaje de trabajadores autónomos, que prestan sus servicios para otras empresas, no para el gran público de usuarios y consumidores, en el marco de la descentralización productiva. Eso sí, se trata de nuevas formas de empleo, que presentan ciertos rasgos de similitud con los clásicos y propios del trabajo subordinado; rasgos de similitud que sobre todo se manifiestan en la ejecución personal y directa del trabajo por parte del profesional autónomo, así como de la intensa dependencia económica del mismo respecto de su empresa cliente.

El resultado de todo ello, desde el punto de vista sociológico, reside en que se produce un marcado desequilibrio contractual entre el trabajador autónomo y la empresa cliente, cuyo reequilibrio requiere de una intervención jurídica con los rasgos tradicionales de tutela propios del Derecho del Trabajo.

A tenor de estos resultados, desde algunas posiciones se valora que todo lo anterior puede estar mostrando que el criterio de la subordinación progresivamente se percibe como superado, de modo que proponen su sustitución por otros criterios que permitan incorporar dentro de la esfera de la legislación laboral al perfil precedente de trabajadores autónomos con marcada situación de desequilibrio contractual.

De las diferentes propuestas que se vienen formulando, destaca aquella que propugna abandonar el criterio de la subordinación para sustituirlo por el de la dependencia económica. La tesis, de prosperar y lograr elevar a rango jurídico esa referencia a la dependencia económica, ciertamente tendría un marcado carácter protector de un porcentaje considerablemente más elevado al que actualmente abarca la vigente legislación laboral.

A nuestro juicio, estas propuestas, más allá de su carácter bienintencionado, presentan enormes dificultades técnicas e institucionales, que explican que las mismas no hayan tenido una fuerte acogida doctrinal, ni siquiera sindical o política. Partiendo del objetivo a compartir de que frente a las situaciones de desequilibrio contractual derivadas de la dependencia económica se debe intervenir legalmente, adoptando una perspectiva de tutela del contratante débil, ello estimamos que no debe producirse por la vía de la superación del criterio de la subordinación y su sustitución por el criterio de la dependencia económica. Personalmente valoro dichas tesis como inasumibles desde el actual modelo laboral, cuando menos en un país como es el nuestro, al punto que incluso tendrían riesgos graves de provocar efectos boomerangs de reducción general de los estándares de tutela de los trabajadores subordinados más tradicionales.

Ante todo, la dependencia económica constituye una categoría sociológica, sin un perfil jurídico definido. En efecto, una cosa es que se presente ese elemento común de la presencia del contratante

débil, a resultas de la concurrencia de una manifiesta dependencia económica del profesional autónomo respecto de su empresa cliente, que se comparte sociológicamente con el trabajador subordinado, y otra bien diferente es que el mecanismo institucional desde la perspectiva jurídica de compensación de posiciones pueda efectuarse a través de los mismos instrumentos legales.

Ante todo, una multitud de instituciones prototípicas del régimen jurídico del contrato de trabajo se construyen sobre la base de la presencia de la subordinación jurídica, de modo que las mismas no cabe trasladarlas al ámbito del trabajo autónomo, en el bien entendido de que nos estamos refiriendo a titulares de negocios propios, de auténticos autónomos y no de falsos autónomos. Especialmente por lo que se refiere a la vertiente individual de las relaciones laborales, el grueso de la normativa laboral gira en torno a la regulación de los poderes empresariales, sean de carácter organizativo, de control de la prestación de servicios y disciplinarios, se diseñan sobre la premisa de la subordinación, que constituye la base de partida tanto para el reconocimiento formal de los poderes laborales titularidad del empleador como de la viabilidad de imponerle límites materiales o procedimentales. Todo ello, desde el punto de vista técnico resulta inviable trasladarlo al ámbito del trabajo autónomo, donde la premisa real es la ausencia de tales poderes a favor de la empresa cliente. Desde el punto de vista jurídico, el desequilibrio contractual del trabajo subordinado deriva de la presencia de los poderes unilaterales empresariales, mientras que en el autónomo con dependencia económica persiste la debilidad

contractual a pesar de la ausencia de atribución de tales poderes unilaterales a la empresa cliente.

De este modo, por mucho que actuemos en el territorio de las reglas tradicionales laborales no podremos corregir el desequilibrio entre estos autónomos económicamente dependientes, pues dicho desequilibrio se articula jurídicamente por canales diversos que no serían corregidos por la vía de una operación simplista de automática incorporación al ámbito de aplicación de la legislación laboral. Con ello, lo único que se lograría sería un cierto nominalismo, que desembocaría en crear por imperativo legal ahora la categoría de los "falsos subordinados"; podrían alcanzar la condición formal pero no una eficiente tutela jurídica. Incluso en la hipótesis de que se lograra el resultado de articular un régimen de tutela estricta para este perfil de trabajadores autónomos el resultado sería la introducción de un escenario de encorsetamiento por la vía de reglas rígidas, poco adaptables a un modelo económico que requiere de las correspondientes dosis de flexibilidad organizativa. En el fondo, podría provocar una prohibición de formas de auténtico trabajo autónomo que no responde a las exigencias del tráfico económico. A mayor abundamiento, se trataría de una fórmula que podría entrar en colisión con las exigencias de la libre concurrencia mercantil, tanto desde la perspectiva constitucional como de la europea. Y, a la postre, podría incluso provocar el efecto boomerang de provocar presiones hacia la reducción de los estándares de tutela tradicionales propios de la legislación laboral, con efectos negativos sobre el

segmento más vulnerable de los trabajadores subordinados clásicos y "ortodoxos".

5. Hacia un tronco básico de tutela, con sucesiva diversificación normativa

Derivada de la a mi juicio inviabilidad de adoptar el criterio de la dependencia económica, la consecuencia es, igualmente a mi criterio, la imposibilidad de establecer un régimen unitario de intervención legal. En concreto, estimo irrealizable un sistema de protección de la persona que presta servicios para otra, es decir por cuenta ajena, con independencia de que lo lleve a cabo en régimen de subordinación o de autonomía. Las formas de inserción en el mercado de trabajo del conjunto de quienes efectúan trabajos personales para otros resulta tan dispar, que se presenta como ilusorio un tratamiento unitario del conjunto de los trabajadores por cuenta ajena. Por ser más precisos, ello sólo sería viable en términos institucionales con una opción de desmantelamiento del conjunto del acervo jurídico protector del trabajo subordinado prototípico cuando menos del Derecho del Trabajo propio de la Europa continental; un desmantelamiento que sólo conduciría a volver a modelos decimonónicos basado en un sistema arcaico prototípico de lo que sería un estricto liberalismo en el sentido más puro y ortodoxo del término.

Lo anterior no comporta, ni mucho menos, mantenernos anquilosados en el círculo más reducido de la subordinación clásica,

que con el paso del tiempo comportaría resultados similares a los anteriores, de una tutela tradicional del Derecho del Trabajo, pero de impacto cada vez más limitado desde el punto de vista subjetivo.

Por el contrario, cabrían respuestas más afinadas, que contemplasen respuestas diferenciadas según las características y perfiles de las diferentes formas de trabajo, tanto las más tradicionales como las más novedosas.

Sí podemos compartir la idea de que el conjunto de los trabajos realizados para otros, lo que en terminología española denominaríamos por cuenta ajena, requieren de una intervención legislativa allí donde se detecten situaciones de desequilibrio contractual y, por ende, con una lógica de tutela del contratante débil. Pero ello, debe producirse a partir de respuestas no homogéneas.

Esa intervención, en su arranque sí que podría partir de un tronco común de tutela básico para todos cuantos prestan sus servicios por cuenta ajena. En concreto, ese tronco común podría construirse a parte de una relectura de los textos constitucionales receptores de la llamada "constitucionalización" del Derecho del Trabajo, a resulta de la evolución desde el Estado constitucional liberal al Estado social de Derecho. Esa relectura consistiría en superar que esa constitucionalización del trabajo, por la vía de la recepción de ciertos principios o derechos laborales en algunos textos de segunda generación, lo es en relación con el prototipo del trabajador

subordinado. Dicho de otro modo, cabría una relectura de los textos constitucionales, en clave de interpretar que algunos de los derechos laborales incorporados en los textos constitucionales lo son respecto de cualquier profesional que presta servicios de manera personal para otros en el marco de la descentralización productiva y no para la generalidad de los usuarios y consumidores: derecho al trabajo, políticas públicas orientadas al pleno empleo, libertad de elección de profesión u oficio, suficiencia retributiva, no discriminación en el trabajo, garantía del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicos inespecíficos, etc. Un desarrollo en esa clave constitucional de tales derechos conformaría ese tronco común de derechos básicos.

Eso sí, lo anterior, no puede concebirse como alternativo a la regulación en clave de un régimen legal más completo del contrato de trabajo o de ciertas situaciones singulares de trabajadores autónomos, que requieren ir más allá de lo anterior. Eso sí, de nuevo, este elemento de pervivencia de las reglas más tradicionales propias del trabajo subordinado o de consideración de la diversidad sociológica del trabajo autónomo, tampoco puede concebirse desde la uniformidad. Ello sólo puede acometerse con eficacia en la tutela del trabajador y con sensibilidad obligada a los requerimientos de flexibilidad precisos para un funcionamiento eficiente de la economía, a partir de un modelo de diversificación normativa; diversificación normativa que requeriría intensidades diversas de tutela según situaciones y atención a los requerimientos de flexibilidad igualmente diferenciados.

Desde la perspectiva de la técnica jurídica, cabría acudir a dos alternativas básicas, la primera en el campo del trabajo subordinado, la segunda de ellas en el territorio del trabajo autónomo, por tanto, sobre la premisa de mantener dos grandes ramas de división a partir del anterior tronco común básico: trabajo subordinado y trabajo autónomo.

En definitiva, caben dos fórmulas alternativas y acumuladas de reacción, que pueden presentarse como fórmulas de equilibrio, que logren con mayor eficacia y eficiencia tanto las dosis de tutela necesarias para el conjunto de los trabajadores con independencia del modo como se inserten en el mercado de trabajo, que al propio tiempo pueda resultar compatible con las exigencias de flexibilidad requeridas por el nuevo escenario tecnológico y organizativo empresarial.

Se trata, de un lado, de extender en la medida de lo necesario, fórmulas jurídicas de diversificación normativa, en el sentido de constatar que no todas las situaciones de subordinación son idénticas. Se trata especialmente de aceptar que la expansión subjetiva del Derecho del Trabajo, a resultas de una comprensión flexible de la subordinación, desemboca en realidades laborales muy dispares; diversidad que en algunos supuestos conduce a fenómenos de superior flexibilidad en las condiciones laborales, que requiere de regímenes jurídicos en los que la intensidad de la tutela sea diferente. Ello, en el sistema contractual laboral español se podría

canalizar por la vía de las relaciones laborales especiales o de las modalidades contractuales específicas.

De otro lado, se trataría de asumir la presencia real, desde la perspectiva sociológica de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, incorporados con escaso éxito por parte del ordenamiento español desde 2007, que requeriría hacer el diagnóstico de su fracaso y de repensar la respuesta oportuna para corregir los resultados actuales.

6. La necesaria diversificación normativa a través de las relaciones laborales especiales y modalidades contractuales: el trabajo a distancia

Desde la década de los años setenta del siglo pasado se estableció en la legislación laboral en España la categoría de las "relaciones laborales especiales", como una modalidad contractual integrada dentro del ordenamiento laboral, pero al margen inicialmente del contrato de trabajo ordinario. En estos momentos se encuentra recogido el listado de relaciones especiales dentro del Estatuto de los Trabajadores, como supuestos a los que inicialmente no se les aplica dicha Ley, con remisión a una norma específica para cada relación especial, sin perjuicio de que la práctica totalidad (salvo para el personal de alta dirección) de ellas posterior se declarase de aplicación supletoria el propio Estatuto de los Trabajadores. El mecanismo ha servido en unos casos para integrar dentro de la legislación laboral a supuestos que inicialmente se

encontraban fuera del ámbito de la legislación laboral (altos cargos, servicio doméstico), mientras que en otros casos era el resultado de la dificultad de aplicar con automaticidad la legislación común a este tipo de supuestos singulares (deportistas profesionales, operadores mercantiles, artistas en espectáculos públicos, penados en instituciones penitenciarias, etc.).

En algunas ocasiones se ha abusado de esta categoría, con una ampliación de la relación de supuestos excesiva, incluso a veces de notable arbitrariedad, pues las especialidades en algunas ocasiones son de tono menor y vienen predeterminadas más por factores de carácter más estrictamente políticos que de coherencia con el diseño de la institución. Tal sucede, por ejemplo, con la declaración como tales del trabajo de los discapacitados en centros especiales de empleo, los residentes especialistas en centros de salud, o bien los abogados que prestan servicios en despachos de abogados.

En todo caso, más allá del uso más o menos correcto de esta categoría, se trata de una técnica jurídica que puede ser apropiada para dar respuesta a nuevas formas de trabajo en relación con su inserción en la empresa que, manteniendo el carácter subordinado de la relación laboral, sin embargo requieren de dosis superiores de flexibilidad en las condiciones de trabajo a las más tradiciones y típicas del trabajo asalariado. En estas condiciones, ello puede permitir para ciertos trabajos una acogida sin tensión dentro del ámbito aplicativo de la legislación laboral, con criterios de nítida tutela al contratante débil, pero facilitando al propio tiempo las

necesidades de adaptación a los requerimientos organizativos y tecnológicos de las empresas.

Complementariamente a lo anterior, la legislación laboral ha incluido también otras regulaciones singulares bajo la denominación de "modalidades contractuales", que despliegan una funcionalidad bastante próxima a la anterior. Por mencionar a título de ejemplo, los supuestos más emblemáticos de estas modalidades, podemos referirnos al trabajo a tiempo parcial, a los contratos formativos y al trabajo a distancia, incluido dentro de este último al teletrabajo. La diferencia principal reside en que se parte de la premisa de la aplicación general de la legislación laboral común, sin perjuicio de que se establezca una regulación propia para las mismas, que con idéntica lógica permita unas reglas de adaptación a las especialidades establecidas en las mismas. Es cierto que a veces en la práctica nos podemos encontrar con resultados de que las especialidades son mayores en el caso de las modalidades que de las relaciones especiales, al extremo de que las diferencias materiales resultan a veces especialmente difusas, con independencia de que la técnica jurídica empleada en uno y otro caso se presente como claramente diferente. La razón de inclusión de estas situaciones entre las "modalidades" y no entre las "relaciones especiales", puede resultar igualmente aleatoria, al extremo que algunos supuestos de relaciones especiales encajarían mejor dentro de la categoría de modalidades contractuales y viceversa.

En todo caso, de nuevo, nos encontramos ante realidades que exigen fórmulas de diversificación normativa, a los efectos de atender a las singularidades propias de ciertos trabajos, que de este modo lo hagan plenamente compatible con su inserción dentro del trabajo subordinado y, por ende, dentro de la legislación laboral.

El trabajo a distancia. Ejemplo paradigmático de esto último se encuentra en la muy reciente aprobación de una regulación completa del trabajo a distancia, tanto del tradicional como del teletrabajo, a través de un Real Decreto-Ley del presente año (RDL 28/2020, de 22 de septiembre, BOE 23 de septiembre). Baste con indicar la trascendencia de la intervención normativa que hasta el presente no había tenido prácticamente ningún impacto aplicativo práctico en España lo establecido en el acuerdo europeo sobre el teletrabajo. Simbólico igualmente resulta que su regulación, hasta ahora recogida en un solo precepto del Estatuto de los Trabajadores, para a regularse en una norma independiente, que dedica más de 25 preceptos a la regulación de esta modalidad contractual, sin perjuicio de contener la misma una amplia remisión a la negociación colectiva, para que en clave de complementariedad proceda a implementar las previsiones generales contenidas en la presente ley y aparte de efectuar una remisión a normativa específica para el teletrabajo en el empleo público dado que se trata de una norma sólo aplicable al sector privado.

Comoquiera que en las más de las ocasiones este trabajo a distancia no se efectúa al completo fuera de los locales de la

empresa, sino que con mayor o menor intensidad tiene carácter semipresencial o semi a distancia, se establece un umbral a partir del cual se considera que el mismo se regula por la normativa específica para el mismo: tiene tal carácter cuando se realiza a distancia un mínimo del 30 % de la jornada en un período de referencia de tres meses. Lo anterior se contempla sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se pueda establecer también una jornada mínima presencial para todos los trabajadores a distancia.

A esta modalidad contractual se someten dos tipos de situaciones de perfiles sociológicos bien opuestos: uno, los trabajos artesanales a domicilio que presentan un cariz cuasi preindustrial; el otro, el denominado teletrabajo, caracterizado por que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En todo caso, uno y otro se someten legalmente a idéntico régimen jurídico, sin perjuicio de que deban adaptarse en sus condiciones de trabajo a las peculiaridades bien diversas de ejecución del trabajo en cada uno de sus tipos.

En ambos casos, por la circunstancia de realizarse el trabajo fuera de los locales de la empresa, puede resultar más compleja la diferenciación de estos contratos de trabajo a distancia respecto de ciertas formas de trabajo autónomo, dado que ciertas manifestaciones típicas de la subordinación del trabajador pueden quedar diluidas. En todo caso, requisito imprescindible es que se

mantenga en estos casos el elemento de la subordinación para que se incluya como manifestación de una relación laboral sometida a contrato de trabajo, lo que se puede constatar a través de ciertos indicios de los que se deduzca que el trabajo se efectúa dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, siendo imprescindible que se realice personalmente por el propio trabajador, aunque se lleve a cabo a distancia (STS de 22 de abril de 1996, RJ 3334; 12 de septiembre de 1988, RJ 6870; 17 de mayo de 1988, RJ 4238). A estos efectos la nueva norma, no disipa las dudas al respecto, y pierde la ocasión de haber establecido alguna mínima pauta orientativa de cómo se marca la frontera específica entre el trabajo a distancia subordinado respecto del trabajo a distancia autónomo. La nueva norma se limita a establecer que la misma será de aplicación a las relaciones de trabajo en las que concurran los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para declarar una prestación de servicios como trabajo asalariado; en definitiva, allí donde concurran los tradicionales elementos de la ajenidad y la subordinación, pero sin precisar cuándo se darían los datos facticos determinantes de la subordinación, que resulta imprescindible para aportar seguridad jurídica en una frontera especialmente difícil en estos casos. Es cierto que allí donde un porcentaje significativo del trabajo presencial se efectúe en los locales de la empresa, permitirá detectar la subordinación respecto del período de presencia, pero lo hará más complejo cuando la totalidad de la actividad se ejecute a distancia salvo momentos puntuales. Las organizaciones sindicales pretenden que por vía de la negociación colectiva se establezcan períodos mínimos de presencialidad en el trabajo a distancia,

posibilidad que expresamente contempla en la Ley como materia regulable a través de los convenios colectivos. Sin embargo, esa pretensión sindical, a la que no se oponen de principio las representaciones empresariales, a mi juicio, más allá de su objetivo bienintencionado, a mi juicio presenta también un enorme riesgo, por cuanto el mismo puede provocar un efecto colateral; en concreto, la exigencia a través de la negociación colectiva de un período mínimo de presencialidad para el trabajo subordinado a distancia, puede provocar el efecto boomerang indeseado que se presuma que todo trabajo a distancia sin porcentaje alguno de presencialidad tiene el carácter de autónomo y, por tanto, se sitúe fuera del ámbito de la legislación laboral. Con ello, se acabaría excluyendo del trabajo subordinado a distancia fórmulas de incentivo al mismo que tienen una gran potencialidad de desarrollo con efectos beneficiosos económicos y sociales. De un lado, en España surge como nueva sensibilidad los problemas de despoblamiento de ciertas zonas rurales, la llamada entre nosotros la España "vaciada", que podrían compensarse con políticas de implantación fuerte de la digitalización en esos territorios, que permita unas ofertas de teletrabajo pleno, sin presencialidad alguna, pero con clara presencia de los elementos de subordinación. De otro lado, la pandemia parece mostrar el agotamiento de un patrón de crecimiento con fuerte centralidad de la actividad turística en zonas agradable para vivir por sus condiciones climatológicas; en esas zonas geográficas, también se comienza a reorientar su actividad productiva, para ofrecer el desplazamiento para residir a población que podría desarrollar actividad profesional en régimen de

teletrabajo para empresas transnacionales. En los mismos términos, se trataría de fenómenos de expansión de un teletrabajo con la totalidad de la jornada a distancia, sin presencialidad salvo momentos muy puntuales, pero que no por ello dejaría de ejecutarse en régimen de subordinación. Sin lugar a dudas, todos estos fenómenos provocarán nuevas tensiones entre en las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo. Ello podría ser abordado en la nueva regulación anunciada por el Gobierno de establecimiento de criterios acerca de la concurrencia de la subordinación en el ámbito de los trabajos de plataforma, que en todo caso acabará siendo un asunto de segura judicialización entre nosotros.

Principio de voluntariedad de la modalidad contractual. Siguiendo la estela del acuerdo europeo, regla de partida básica en el trabajo a distancia es que el mismo debe efectuarse voluntariamente, por tanto, requiere del libre acuerdo entre las partes, bien en el momento inicial de celebración del contrato de trabajo, o bien en el momento posterior si se desea transformar tanto sea un trabajo presencial en a distancia como a la inversa de a distancia en presencial, incluida la modificación de incremento o reducción del porcentaje de presencialidad; sin que, en sentido negativo sea admisible su imposición unilateral por cualquiera de las partes o por derivación de un acuerdo colectivo (STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004, RJ 4060). Eso sí, se le reconoce al trabajador el derecho a solicitar pasar a prestar su trabajo a distancia para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida laboral o

familiar, si bien ello queda condicionado a los términos en que se pacte en la negociación colectiva y, a falta de pacto en convenio colectivo se contempla un período de negociación que puede desembocar en la negativa del empleador, quien en todo caso deberá indicar las razones objetivas justificativas de su oposición. Forma parte igualmente del principio de voluntariedad la decisión del trabajador de elegir el lugar concreto de ejecución del trabajo, lo sea en su domicilio o en otro sitio elegido por este, si bien el empleador debe conocer el sitio donde se realiza a efectos de cumplimiento de su deber de seguridad y salud en el trabajo, por lo que debe constar en el acuerdo de trabajo a distancia el preciso lugar en el que se va a efectuar.

Formalización del acuerdo de trabajo a distancia. A mayor abundamiento, esa voluntad de las partes debe expresarse por escrito y con el contenido preciso que viene identificado legalmente. En concreto, la norma de forma muy pormenorizada enumera los contenidos que necesariamente debe contener dicho acuerdo. La empresa debe entregar a la representación legal de los trabajadores y a a oficina de empleo una copia del acuerdo de trabajo a distancia y de sus actualizaciones, incluida la notificación del porcentaje de presencialidad, excluyendo aquellos que puedan afectar a la intimidad o privacidad del trabajador.

La falta de formalización por escrito del acuerdo de trabajo a distancia, a semejanza con lo que sucede con la validez del contrato de trabajo, no provoca su nulidad, sino exclusivamente su presunción

de celebración por tiempo indefinido y a tiempo completo, sin perjuicio de que adicionalmente cabe la imposición de la correspondiente sanción administrativa por estar ello tipificado como infracción grave. De igual forma, el incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores no afecta a la validez del contrato, pero si es susceptible de sanción administrativa por infracción grave.

Igualdad de trato y de oportunidades. En cuanto a las condiciones de trabajo, igualmente en correspondencia con lo establecido por el acuerdo europeo sobre teletrabajo, el principio general es el reconocimiento al trabajador a distancia de los mismos derechos que le corresponden a quienes prestan sus servicios en los locales de trabajo de la empresa, salvo aquellos inherentes a la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional. Esta igualdad de trato de extiende al conjunto de los derechos y situaciones del trabajador a distancia, respecto de los trabajadores presenciales: retribución y costes laborales, derecho al horario flexible y al registro horario adecuado, a la desconexión digital, modificación de condiciones, discriminación por razón de género y Planes de igualdad, acoso en el trabajo, conciliación y corresponsabilidad familiar, derecho a la formación y a la promoción profesional, derecho a la prevención de riesgos laborales, al uso de los medios digitales y al protección de la

intimidad y a la protección de datos, a los derechos colectivos, a las facultades de control empresarial.

Derechos económicos. En particular, tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional, nivel, puesto y funciones, así como los complementos establecidos para las personas trabajadoras que solo prestan servicios de forma presencial, particularmente aquellos vinculados a las condiciones personales, los resultados de la empresa o las características del puesto de trabajo. Ello ha de entenderse no en el sentido formalista de que no puedan existir diferencias retributivas entre unos y otros tipos de trabajos cuando concurran circunstancias objetivas y proporcionadas que justifiquen una diferencia de tratamiento, sino que ha de aplicarse el principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor con independencia de que se efectúen presencialmente o a distancia.

Elemento singular en estos casos se produce por el hecho de que al efectuarse el trabajo a distancia el trabajador podría tener determinados costes o gastos derivados del trabajo, que es claro que nunca se soporta en el trabajo presencial. A tal efecto, se prevé que quienes trabajan a distancia tienen derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo de trabajo a distancia. Ello incluye también la atención

precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo.

Más imprecisa es la norma respecto de los gastos, pues de un lado prevé que el desarrollo del trabajo a distancia debe ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte del trabajador de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral; si bien al mismo tiempo indica que los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

La importancia de la implementación a través de la negociación colectiva. Como ya hemos indicado, la nueva norma contiene importantes reenvíos a la negociación colectiva, para que esta proceda a desarrollar aspectos esenciales del trabajo a distancia. El papel asignado a los convenios colectivos en esta materia resulta crucial, al extremo que algunos aspectos de su régimen jurídico requieren de la intervención en todo caso de la intervención de integración normativa por parte de los convenios colectivos, en términos tales que su ausencia puede provocar importantes lagunas regulativas. A estos efectos, va a resultar clave el devenir de los procesos de contratación colectiva en ciertos ámbitos donde se detectan nuevas formas de negocios que, por sus características, como tales podrían encontrarse del ámbito de aplicación de los convenios colectivos más clásicos. En definitiva, pueden surgir vacíos de cobertura negocial, de modo que para estos nuevos negocios no

cupiera detectar convenio colectivo de aplicación, por no ser de referencia ni los convenios sectoriales tradicionales ni verificarse impulso de negociación en el ámbito empresarial.

7. La tutela efectiva y eficiente del trabajo autónomo económicamente dependiente

En España, con ocasión de la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo, se introdujo en 2007 una modalidad de contratación civil específica, bajo la denominación de trabajo autónomo económicamente dependiente. La finalidad del legislador no era otra que la de introducir reglas de tutela a este tipo de autónomos como contratante débil, sin por ello desnaturalizar su carácter de contrato civil de prestación de servicios como titular de una actividad profesional propia. Apenas que se efectúe una revisión del Derecho Civil moderno, se observa que este ha superado en muchas de sus manifestaciones la filosofía liberal decimonónica del formalismo de la autonomía individual de la voluntad. Baste con mencionar al efecto ejemplos tales como la protección de los arrendatarios inquilinos en el alquiler tanto de apartamentos urbanos como de fincas rústicas, o bien la extensa protección de usuarios y consumidores frente a grandes empresas. De este modo, la lógica regulativa en esta materia no es otra que la de introducir reglas de tutela del autónomo económicamente dependiente como prototipo del contratante débil, claramente diferenciado del tradicional profesional libre.

Tienen la condición de "autónomos" en la medida en que son titulares de su propia organización productiva y no se someten al poder de dirección de otro empresario, por tanto, en sentido negativo no pueden considerarse trabajadores en régimen de subordinación sometidos a la legislación laboral. Pero al propio tiempo, tienen la condición de "dependientes" en el sentido de que prestan sus servicios de manera prevalente para un mismo cliente, del cual obtienen sus principales ingresos económicos, en términos tales que ese cliente en la práctica influye sobre las condiciones de trabajo y empleo de este singular autónomo. Legalmente vienen caracterizados por la circunstancia de que, a pesar de mantener su condición de trabajadores autónomos que gestionan personalmente su actividad profesional sin rasgo alguno de subordinación jurídica, sin embargo, se da la particularidad de que mantienen una estrecha relación económica con un concreto cliente, de modo que sus ingresos fundamentales provienen del mismo.

Ello conduce a que el legislador cuando procede a delimitar el ámbito de este trabajo autónomo económicamente dependiente deba proceder a fijar dos grupos de requisitos: unos requisitos dirigidos a precisar la frontera entre trabajadores subordinados sometidos al Estatuto de los Trabajadores y los autónomos económicamente dependientes; otros requisitos dirigidos a fijar la frontera entre autónomos ordinarios y los autónomos económicamente dependientes.

Dentro del primer grupo de requisitos se encuentran los siguientes: 1) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral; 2) disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente; 3) desarrollar sus actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente; 4) percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad.

Por su parte, dentro del segundo grupo de requisitos se encuentran los siguientes: 1) percibir de la empresa cliente al menos el 75 % de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas y profesionales; 2) no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena; 3) no contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros; 4) imposibilidad de ser titulares de establecimientos abiertos al público; 5) ausencia de régimen societario en la gestión de su actividad.

Adicionalmente, existiría un tercer grupo de requisitos comunes a todo trabajador, sea autónomo económicamente dependiente o subordinado, relativos a la ejecución personal de la actividad profesional, o bien los relativos a los requisitos de formalización del contrato.

El resultado práctico de la introducción de esta modalidad contractual ha sido completamente desalentador, al extremo que casi cabe habla de un fracaso sin paliativos del objetivo del legislador de introducir mecanismos de tratamiento diferenciado, en clave de tutela, para este perfil predefinido de autónomos.

A tal efecto, se viene constatando que estadísticamente el número de autónomos que ejecutan su actividad para un solo cliente es muy superior al escaso número de trabajadores autónomos económicamente formalizados como tales. No se puede ocultar que el legislador que introdujo la figura por primera vez hace ya más de una década tenía cierta prevención, cuando no directa desconfianza, hacia un uso desviado de la figura; mayor desconfianza si cabe cabía advertir tanto desde posiciones sindicales como empresariales: las sindicales porque entendían que la creación de la figura iba a provocar un desplazamiento de tradicionales trabajadores subordinados hacia esta figura, con resultado de desprotección jurídica de los mismo; las empresariales, en sentido inverso, por cuanto que valoraban que la pretensión del legislador era simplemente la de "laboralizar" por una vía oculta a quienes tenían la condición de autónomos a todos los efectos y deberían someterse a las exclusivas pautas de la contratación civil.

El resultado de tales actitudes y posiciones, fue la de introducirse legalmente un elevado número de requisitos de muy variada índole, que dio como resultado una intensa dificultad en que esta modalidad desplegara la función social de proporcionar un mínimo de tutela a

aquellos autónomos que se encontraban en una notable posición de debilidad contractual a resultas de su relación de dependencia económica con la empresa cliente.

Desde mi personal punto de vista, lo que ha de tenerse en cuenta es que esa notable diferencia entre la realidad sociológica y estadística, de un lado, y la materialización aplicativa de la modalidad contractual, no se produce por efecto de la celebración de contratos de trabajo que deberían tener la condición de autónomos económicamente dependientes, sino por lo inverso, el sometimiento de un alto número de autónomos económicamente dependientes en el sentido material del término a la regulación del trabajo autónomo. Lo que se está produciendo es, por decirlo con simplicidad, una práctica de huida del autónomo económicamente dependiente hacia el autónomo ordinario: quien debería ser contratado como autónomo económicamente dependiente lo es como autónomo ordinario.

Siendo ello así, la conclusión es que los problemas no se encuentran en el primer grupo de requisitos, sino en el segundo grupo y en los comunes, que, o bien algunos carecen de todo fundamento y deberían eliminarse, o bien deberían dulcificarse o interpretarse en sentido finalista conforme a la funcionalidad que deben desplegar y no con el juego desviado con que actúan en ocasiones.

Desde esta perspectiva, en términos telegráficos, cabría apuntar las siguientes propuestas finales.

Una primera medida sería en relación a la calificación jurídica de la figura y su carácter impositivo '*ex lege*' de la celebración del contrato, cuando se den los presupuestos objetivos determinantes de la dependencia económica, no admitiendo el pacto entre las partes en tales circunstancias de celebración de un contrato civil o mercantil de autónomo ordinario. Recordar que, en estos momentos, la concurrencia de los presupuestos objetivos determina la celebración como tal del contrato cuando lo pactan libremente las partes o bien cuando lo exige el autónomo, si bien con la importante limitación de que debe reclamarlo judicialmente y la resolución judicial tan sólo posee efectos "*ex nunc*". Tal fórmula se presenta como excesivamente rígida respecto de lo que se establece tanto en la contratación laboral como en la propia civil. A la vista de que, en la práctica, las reclamaciones judiciales de esta naturaleza de manera generalizada no se producen si no es a resultas de la ruptura contractual entre las partes, el efecto "*ex nunc*" da lugar al resultado de que en la inmensa mayoría de las ocasiones la reclamación judicial no tenga valor jurídico alguno pues se produce cuando ya no está vigente el contrato entre las partes y el órgano judicial declararía la falta de acción procesal. Por ello, sería imprescindible cambiar el efecto "*ex nunc*" por el efecto "*ex tunc*" de la declaración judicial.

De otra parte, habría que eliminar cierto tipo de presupuestos objetivos que no poseen otro sentido que el de derivar auténticos autónomos económicamente dependientes hacía el autónomo ordinario; me refiero a requisitos tales como la imposibilidad de tener oficinas abiertas al público. Si se trata de un auténtico autónomo que puede ofrecer sus servicios al mercado, carece de sentido impedirle buscar clientela adicional, para lo que es natural la existencia de oficinas abiertas al público y que ello no les excluya de la condición de autónomos económicamente dependientes. La frontera clave debe ser el porcentaje, ya considerablemente elevado de dependencia económica, careciendo de todo sentido exigirle un dato adicional de bloqueo en la búsqueda de nuevos clientes, mientras ello no haga desaparecer la dependencia económica.

Por lo demás, las situaciones de tales profesionales no tienen por qué ser estancas, de modo que hay que favorecer los cambios de status en el devenir natural de los negocios, tanto de que el autónomo ordinario se convierta en económicamente dependiente, como a la inversa de que un autónomo económicamente dependiente se convierta en autónomo ordinario; incluso en que se pueda producir el trasvase del autónomo al asalariado y viceversa. A tal efecto, la legislación debería contemplar los mecanismos de novación contractual de todas estas variantes, con vistas a introducir claridad y seguridad jurídica en tales procesos de transición.

Igualmente resulta excesivamente rígido impedir que el autónomo económicamente dependiente pueda subcontratar con

terceros parte de su actividad. Desde luego, totalmente incomprensible mezclar las relaciones contractuales con la empresa cliente principal con las otras de carácter más marginal. La subcontratación respecto del trabajo con estas últimas no tiene por qué contaminar los esquemas de vinculación con la empresa cliente principal, por lo que, a nuestro juicio, esta prohibición carece por completo de sentido. En cuanto a la subcontratación de las tareas encomendadas por la empresa cliente principal, lo decisivo es que se mantenga el requisito de la ejecución personal del trabajo encomendado; especialmente que ello se haga respecto de la tarea principal contratada. Por ello, pueden existir actividades complementarias, que no formen parte del objeto del trabajo principal, que puedan ser encomendadas a terceros sin por ello desnaturalizar la relación con la empresa cliente principal. Se trataría más de una interpretación finalista del precepto, enlazada con el requisito de la ejecución personal del servicio, que de una imprescindible necesidad de reforma legislativa, si bien una aclaración por parte del texto legal sería más efectiva al respecto. A tales efectos, teniendo presente la admisión de excepciones por parte de la jurisprudencia a la ejecución personal del servicio en el trabajo subordinado, algo similar '*mutatis mutandi*' se podría aplicar aquí al trabajo autónomo económicamente dependiente.

La última de las medidas posibles lo sería en el terreno de los costes comparativos con los trabajadores en régimen de subordinación. En esta materia las limitaciones son superiores, en la medida en que cualquier régimen tendría que ser respetuoso con las

reglas comunitarias y constitucionales en materia de libertad de empresa y prohibitivas de las distorsiones de la libre concurrencia empresarial. Eso sí, siempre cabrían medidas en el terreno de los costes sociales, como sería establecer un régimen de cotizaciones con referencia a los ingresos reales de todos los autónomos, así como el de trasladar a la empresa cliente las cargas correspondientes a las cotizaciones sociales de estos trabajadores.

8. Bibliografía básica de referencia

AA. VV., Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios, XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. Cinca, Madrid 2016.

AA. VV., Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo", ed. Tecnos, Colección Andaluza de Relaciones Laborales, Madrid 1999.

AA.VV., Número extraordinario dedicado al Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Revista de Política Social nº 71 (1966).

M. R. Alarcón Caracuel, La ajenidad en el mercado de trabajo: un criterio definitorio del contrato de trabajo, REDT nº 28 (1986), pgs. 501 ss.

I. Albiol Montesinos, En torno a la polémica ajenidad dependencia, CCDT nº 1 (1971), pgs. 41 ss.

J. Cruz Villalón, El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo, en Revista de Derecho Social nº 83 (2018), pgs. 13 ss. También publicado como "La notion de travailleur subordonné en Espagne face aux nouvelles formes d'emploi", en Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Social, nº 2 (2019) pgs. 48 ss.

J. Cruz Villalón, Trabajadores y trabajos en el Derecho de la Unión Europea, en AA. VV., Liber Amicorum Giuseppe Santoro-Passarelli, Giurista della contemporaneità, Giappichelli editore, Turín 2018, pgs. 286 ss.

J. Cruz Villalón, El trabajo autónomo económicamente dependiente en España. Breve valoración de su impacto tras algunos años de aplicación, Documentación Laboral nº 98 (2013), pgs. 19 ss. También publicado en Diritti, lavori, Mercati nº 2 (2013), 29 pgs. 287 ss.

J. Cruz Villalón, Balance y retos del Régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos, Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social nº 144 (2019), pags. 102 ss.

S. González Ortega, Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de plataformas informáticas, TL 138 (2017), pgs. 85 ss.

J. Luján Alcaraz, La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo, ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1994.

M. R. Martínez Barroso, Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación. Análisis y propuestas de reforma, Estudios Financieros 273 (2007).

A. Todoli, Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales, en AA. VV. (M. Rodríguez Piñero y M. Hernández Bejarano), Economía colaborativa y trabajo en plataformas: realidades y desafíos, Bomarzo, Albacete 2017.

PRECONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO HISPANO-ALEMÁN DEL TRABAJO*

FORWARD CONTRACT OF EMPLOYMENT AND THE EMPLOYEES' FUNDAMENTAL RIGHTS. A COMPARATIVE SPANISH-GERMAN STUDY OF LABOUR LAW

Jesús Martínez Girón**

Sumario: 1. Introducción y planteamiento.- 2. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en España.- 3. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en Alemania.- 4. La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 27 febrero 2020, sobre extinción discriminatoria de un precontrato de trabajo.- 5. La búsqueda de un término de comparación español.- 6. Las consecuencias de la extinción de un precontrato de trabajo, violadora de derechos fundamentales del trabajador, en España.- 7. Epílogo.- bibliografía citada.

Resumen:

El precontrato de trabajo no tiene un régimen jurídico legal expreso ni en el ordenamiento jurídico español, ni tampoco en el alemán, resultando decisiva sobre el tema en ambos países la jurisprudencia laboral. En Alemania, este régimen jurídico tradicional ha sido recientemente puesto al día por una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 2020, que trata del impacto de la discriminación por razón de sexo sobre la extinción de un precontrato de trabajo. Este estudio se orienta a buscar un término de comparación de dicha Sentencia alemana en la jurisprudencia laboral española, así como a realizar una valoración crítica del

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-100, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña.

impacto en España de los derechos constitucionales fundamentales de que disfrutan los trabajadores sobre la extinción de un precontrato de trabajo.

Abstract:
The forward contract of employment does not have any express statutory regulation neither in the Spanish legal order nor in the German one, being controlling on the subject in both countries the labour case-law. In Germany, this traditional legal regime has been recently updated by a Federal Labour Supreme Court decision of 2020, dealing with the impact of sex discrimination on the termination of a forward contract of employment. This paper is aimed at looking for a term of comparison of such German decision in Spanish labour case-law, together with at making a critical assessment of the impact in Spain of the constitutional fundamental rights enjoyed by the employees on the termination of a forward contract of employment.

1. Introducción y planteamiento

En España, la protección judicial de los derechos fundamentales del trabajador ha constituido uno de los principales factores y motores de cambio del Derecho individual del Trabajo, si es que éste se examina con la perspectiva que dan los últimos cuarenta años. En realidad, con dicha expresión se alude a la protección judicial laboral de los derechos mencionados en los artículos 14 a 29 de nuestra vigente Constitución de 1978, ninguno de los cuales se refiere específicamente a los trabajadores (salvo en el caso del derecho al trabajo de los penados, contemplado en el artículo 25, y en el de los derechos de libertad sindical y de huelga, contemplados ambos en el artículo 28), lo que explica que hayan sido doctrinalmente bautizados con el nombre de derechos fundamentales «inespecíficos» de los trabajadores[1], al compartir estos últimos su

[1] Esta calificación fue doctrinalmente acuñada por M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991), p. 31.

disfrute con otros muchos ciudadanos. De entre estos derechos constitucionales fundamentales «inespecíficos» de los trabajadores, los que más juego vienen dando en la práctica son dos. De un lado, en el plano sustantivo, el derecho a no ser discriminado por el empresario, positivizado en el artículo 14 de la Constitución, donde se afirma genéricamente que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»[2]. Y de otro lado, en el plano procesal y procedimental, el derecho a no ser represaliado por haber denunciado o demandado judicialmente al empresario, usualmente denominado «garantía de indemnidad» y positivizado en el artículo 24 de la Constitución, allí donde afirma (asimismo genéricamente) que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»[3].

En España, el precontrato de trabajo —que carece de régimen jurídico legal, a diferencia de lo que sucede en Portugal— forma parte explícita del Derecho individual del Trabajo desde muchos años antes de la promulgación de nuestra vigente Constitución democrática, apareciendo registrada ya su existencia en una vieja

[2] Sobre el impacto jurisprudencial del asunto, ya desde 1981, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tramitación procesal de los despidos discriminatorios», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1987), pp. 2361 y ss.

[3] Sobre el tema, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003), pp. 635 y ss.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1950[4]. En realidad, se trata de una institución a calificar hoy como jurídicamente somnolienta, pues desde aquel lejano entonces viene gozando de una existencia relativamente plácida y sin sobresaltos, a pesar de no resultar infrecuente en absoluto que las partes ligadas por un precontrato de trabajo, real o aparente, pretendan exigir judicialmente su cumplimiento ante nuestros tribunales laborales. Siempre en España, quizá la prueba más contundente de ese régimen jurídico predecible y carente de sobresaltos, de que tradicionalmente viene gozando el precontrato de trabajo, la suministra la más reciente jurisprudencia sobre el tema de nuestro Tribunal Supremo. En efecto, la Sala de lo Social del más alto tribunal ordinario español ha sido interpelada hasta en doce ocasiones, en estos últimos diez años, al efecto de que unificase doctrina judicial relativa al precontrato de trabajo, habiéndose negado a ello en once de dichos casos[5]. La excepción la representa una reciente Sentencia

[4] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984), pp. 447 y ss; J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo: Límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (1994), pp. 657 y ss.; y J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse "perfeccionado" el contrato», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000), pp. 130 y ss.

[5] Véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 junio 2016 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2016/5056) y de 26 febrero 2019 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2019/1489), falladas en casación para la unificación de doctrina, y Autos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 enero 2011 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2011/60760), de 26 mayo 2011 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2011/263879), de 13 marzo 2012 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/141377), de 10 mayo 2012 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2012/212115), de 21 octubre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/25006), de 6 noviembre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2015/25211), de 16 marzo 2017 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/90487), de 28 junio 2017 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2017/200015) y de 22 mayo

de 2020[6], a calificar como resolución de carácter puramente continuista, pues en ella volvió a reiterarse la jurisprudencia laboral tradicional, relativa a que el plazo de ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento de un precontrato de trabajo era el de prescripción de un año, establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, en vez del de quince años fijado por el artículo 1964 del Código Civil, como erróneamente había sostenido la Sentencia recurrida y, por ello mismo, justamente casada.

En Alemania, al igual que sucede en España, la legislación laboral no se encuentra codificada[7], aunque —en materia de precontrato de trabajo— lo que de verdad convierte al Derecho alemán en un buen término de comparación con el Derecho español es el hecho de que el régimen jurídico del mismo carezca de toda regulación legal (cfr. *infra*, 3), al igual que ocurre —como ya anticipé— en el Derecho individual español del Trabajo. En Alemania, ese régimen jurídico jurisprudencial del precontrato de trabajo se ha visto recientemente puesto al día por una Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 2020, que aborda frontalmente el impacto de los derechos fundamentales del trabajador (y más en concreto, el derecho a la no discriminación de una trabajadora embarazada) sobre la extinción del precontrato de trabajo (cfr. *infra*, 4). Se trata de un tipo de asunto que no se ha planteado todavía ante los tribunales laborales

2019 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2019/200410), asimismo fallados en casación para la unificación de doctrina.

[6] Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 julio 2020 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2020/233591).

[7] Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), pp. 3-4.

españoles (cfr. *infra*, 5). Pero es claro —dada la transversalidad de los derechos constitucionales fundamentales del trabajador— que en algún momento podría llegar a plantearse, lo que anima a preguntarse qué consecuencias tendría en España la extinción de un precontrato de trabajo, admitiendo que la misma se hubiese producido con violación de los derechos fundamentales «inespecíficos» del trabajador (cfr. *infra*, 6). El punto de partida que conduzca a ese punto de llegada tiene que ser, como parece más lógico, el examen del estado actual de la cuestión del precontrato de trabajo en el Derecho español, que paso a abordar inmediatamente.

2. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en España

En España, el precontrato de trabajo nunca ha sido regulado ni por la legislación laboral sustantiva, que orbita actualmente alrededor del Estatuto de los Trabajadores de 2015, ni tampoco por la legislación laboral procesal, actualmente contenida en la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011. Esto explica que la jurisprudencia laboral afirme tradicionalmente que el precontrato de trabajo debe calificarse como «contrato … "no regulado", esto es, "atípico"»[8]. A pesar de este hecho, los tribunales laborales españoles nunca han dudado de su admisibilidad, que justifican apelando al Derecho común de las obligaciones y contratos, tal y como aparece contenido en el viejo Código Civil español de 1889. En este sentido,

[8] Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 octubre 1986 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1986/5889).

se afirma que el precontrato de trabajo es «posible en nuestro Derecho al amparo de la libertad de contratación sancionada en el artículo 1255 del Código Civil»[9], a cuyo tenor «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público». Tratándose de un contrato, le resulta también plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 1262 del Código Civil, según el cual —supuesto su carácter de contrato consensual— «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el objeto del contrato»[10]. Por eso, los tribunales laborales afirman desde siempre que el precontrato de trabajo es un «mutuo compromiso de dar y prestar trabajo en momento [futuro] determinado»[11] o «determinable»[12], sin que resulte necesario concretar el *quantum* de la retribución o la concreta jornada de trabajo a realizar, pues la legislación laboral imperativa sobre condiciones mínimas de trabajo «hace que siempre exista un contenido suficiente al que referir el consentimiento de las partes»[13]. En fin, siempre por aplicación del principio de libertad de forma consagrado en el Código Civil, el precontrato de trabajo tampoco requiere de forma especial alguna,

[9] Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 marzo 1979 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1979/1373).

[10] Párrafo primero.

[11] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 abril 1967 (*Jurisprudencia Social*, núm. 22, 1967, referencia 204).

[12] Al respecto, también con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 diciembre 1974 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1974/5257).

[13] Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 mayo 1988 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1988/4271).

pudiéndosele otorgar plena validez y eficacia, por ejemplo, aunque hubiese sido concertado «telefónicamente»[14].

Según la jurisprudencia laboral, el precontrato de trabajo es un contrato, pero en absoluto una subespecie, variante o tipo de contrato de trabajo. Ello se debe a la inexistencia de prestación de trabajo en fase precontractual, lo que explica que los tribunales laborales vengan sosteniendo desde siempre que el incumplimiento de un precontrato de trabajo no permite el ejercicio de ninguna de las acciones derivadas del incumplimiento de un verdadero contrato de trabajo y, en especial, de las tres acciones siguientes[15]. En primer lugar, la acción para exigir el pago de salarios, pues «la relación existente entre [el promitente] … y el actor sólo puede conformarse como un precontrato … y … el hoy recurrente … no realizó trabajo alguno al servicio del referido empresario, por lo que al ser el salario una contraprestación del trabajo verificado, si otra cosa fuere entendida nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto»[16]. En segundo lugar, la acción de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento contractual grave del empresario (regulada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y también llamada acción por «despido indirecto»), pues este precepto «parte de una relación laboral ya consolidada, con efectiva y real prestación de

[14] Al respecto, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 diciembre 1976 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, referencia 1977/433).

[15] Sobre el tema, en la jurisprudencia más reciente, véase Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 29 noviembre 1917 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2018/24).

[16] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 julio 1984 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1984/6181).

servicios, regulando … su extinción a instancias del propio trabajador con fundamento en la conducta o actuación del empresario, bien por haber éste modificado sustancialmente las condiciones de trabajo en perjuicio de la formación del trabajador o menoscabo de su dignidad, bien por cualquier otro incumplimiento grave …, supuestos estos totalmente diferentes del caso aquí tratado»[17]. En tercer lugar, la acción de despido, concluyéndose con rotundidad que el incumplimiento del precontrato «no legitima a los interesados para el ejercicio de acciones de despido …, cuyas resultas legales —readmisión, indemnización, salarios de tramitación— exigen la extinción de un contrato de trabajo … en ejecución …, como lo demuestra el contenido del artículo 98 de la L[ey de]P[rocedimiento]L[aboral], cuando obliga al trabajador "despedido" a detallar en su demanda "el trabajo que realizaba antes de producirse el despido, salario, tiempo y forma de pago y antigüedad", ninguna de cuyas circunstancias concurrían en los recurrentes, que ni estaban trabajando en el momento de autos ni cobraban salarios por consiguiente, ni ostentaban antigüedad alguna»[18].

Frente a esas acciones, el incumplimiento de un precontrato de trabajo permite deducir ante los tribunales laborales determinadas acciones judiciales características del Derecho común de los

[17] Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 febrero 1991 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1991/859).

[18] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 febrero 1986 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1986/807).

contratos, al amparo siempre de lo dispuesto en el Código Civil[19]. En primer lugar, y dado que «la promesa de trabajo realizada por la empresa … es eficaz, sin que su cumplimiento pueda quedar a su arbitrio»[20], la «acción para pedir su cumplimiento»[21], cuya prosperabilidad depende del juego de la *exceptio inadimpleti contractus*, razón por la cual quien reclama la dación de trabajo prometida habrá debido ponerse antes a disposición de su futuro empresario, pues «si no se presentó a trabajar en la fecha pactada …, al incumplir aquello a que se había obligado, carecía de acción para reclamar»[22]. En segundo término y junto a esta acción, con el carácter de alternativa o subsidiaria de la misma —dado que «es aplicable el artículo 1124 [del Código Civil]»[23]—, la «acción por daños y perjuicios derivada del alegado incumplimiento por parte de la empresa de la oferta de contrato por ésta realizada»[24], pues «una

[19] Sobre el tema, en la jurisprudencia más reciente, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 octubre 2018 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2019/1508).

[20] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6549).

[21] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6587).

[22] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 noviembre 1982 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1982/6085).

[23] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 abril 1975 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1975/1673). Según dicho precepto, «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (párrafo segundo, inciso primero), teniendo en cuenta que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible» (*ibidem*, inciso segundo).

[24] Por todas, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 mayo 1984 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1984/2950).

promesa de contrato [de trabajo] … que ha sido incumplida … puede dar origen a … una indemnización de perjuicios»[25], con «base en el artículo 1101 del Código Civil»[26], aunque teniendo en cuenta dos cosas. De un lado, que la indemnización pretendida, al menos en caso de incumplimiento no-doloso por parte del promitente, puede ser moderada al prudente arbitrio de los tribunales laborales, por resultar también aquí aplicable lo dispuesto en el artículo 1103 del Código Civil[27]. Y de otro lado, por resultar igualmente aplicable el artículo 1106 del propio Código Civil, que pueda pretenderse el resarcimiento de los daños y perjuicios, bien a título de lucro cesante, bien a título de daño emergente, encajando en esta última partida, entre otras varias posibles, por ejemplo, «la retribución que debió devengar y percibir [en caso de haberse cumplido la promesa de contrato por tiempo cierto] y no lo hizo por causa ajena a su voluntad e imputable, en cambio, a la entidad [promitente]»[28], aunque teniendo en cuenta que estos «salarios» no son tales, sino

[25] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 noviembre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981(6587).

[26] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 octubre 1981 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1981/6231). Según dicho precepto, «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

[27] Por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 octubre 1988 (*Aranzadi Westlaw*, referencia 1988/8183). Según dicho precepto, «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

[28] Por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 diciembre 1987 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1987/8879).

percepciones extrasalariales o «resarcimiento al "id quod interest" típico del incumplimiento de la promesa»[29].

3. El régimen jurídico del precontrato de trabajo en Alemania

En el Derecho alemán, el precontrato de trabajo (*arbeitsrechtliche Vorvertrag*) posee un régimen jurídico muy similar al recién descrito del Derecho español, eso sí, con algunas previsibles peculiaridades. Para relatar ese régimen jurídico, tomo como referencia la edición vigente del «Comentario Erfurtense» al Derecho alemán del Trabajo[30], presumiendo que expone la versión más ideológicamente neutra, más doctrinalmente admisible por todos (incluidos los tribunales de la jurisdicción de trabajo) y, especialmente, más omnicomprensiva del conjunto del Derecho alemán del Trabajo[31]. En esta obra, la descripción del grueso del régimen jurídico del precontrato de trabajo se concibe como un comentario al parágrafo 611a del Código Civil alemán (esto es, el precepto sobre el concepto de «contrato de trabajo [*Arbeitsvertrag*]»), al efecto de marcar mejor las diferencias existentes entre este contrato y el precontrato[32]. Al igual que sucede en España, el segundo carece de regulación legal específica, aunque

[29] Con el carácter de precedente, véase Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 octubre 1986 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*, referencia 1986/8748).

[30] Véase R. MÜLLER-GÖGLE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020), 3102 pp.

[31] Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "Comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009), pp. 5 y ss.

[32] Cfr. marginales 252 y ss., pp. 1441 y ss.

«la admisibilidad del precontrato se deriva del principio de libertad contractual [*die Zulässigkeit des Vorvertrags ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit*]»[33]. Con base en la doctrina científica clásica sobre el tema, encarnada en un escrito de ZÖLLNER[34], el precontrato se define como «un contrato obligacional, que obliga a las partes a la celebración de un contrato principal con un contenido obligacionalmente vinculante [*ein schuldrechtl. Vertrag, der die Parteien zum Abschluss eines Hauptvertrags mit schuldrechtl. bindendem Inhalt verpflichtet*]»[35], teniendo en cuenta que el «contrato principal» recién aludido es precisamente el contrato de trabajo.

Al igual que sucede en España, «el precontrato es eficaz sin forma, a pesar de que la forma escrita se prevea para el contrato principal [*ist trotz einer für den Haupvertrag vorgesehenen Schriftform formlos wirksam*]»[36], afirmándose incluso que «según opinión de ZÖLLNER, tampoco es necesario en el precontrato el consentimiento del comité de empresa [*noch nicht erfordlich*]»[37]. Lógicamente, la existencia de condiciones de trabajo mínimas también favorece en Alemania la estipulación de precontratos, pues «en el Derecho del Trabajo, las concretas disposiciones contractuales a menudo no se negocian individualmente entre las partes, sino que se fijan por la ley, el convenio colectivo o el acuerdo de empresa [*im*

[33] Cfr. marginal 252, p. 1441.
[34] Véase W. ZÖLLNER, «Arbeitsrechtliche Vorvertrag», en O. MARTINEK, E. MIGSCH *et al.* (Editores), *Arbeitsrecht und Sozialegrundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag*, Manz (Viena, 1983), pp. 455 y ss.
[35] Cfr. marginal 252, p. 1441.
[36] Cfr. marginal 257, p. 1442.
[37] *Ibidem*.

Arbeitsrecht sind die einzelnen Vertragsbestimmungen zwischen den Parteien oft nicht individuell aushandelbar, sondern durch G, TV oder BV vorgegeben]»[38]. Supuesto que el precontrato exista y se incumpla, «la condena a la celebración del contrato es posible [*die verurteilung zum Vertragsabschluss is somit möglich*], aunque el derecho del empresario a la prestación de trabajo no sea susceptible de ejecución forzosa [*allerdings ist … der Anspruch des AG auf Arbeitsleistung nicht vollstreckbar*]»[39]. Además, «con base en el precontrato, puede ejercitarse con posterioridad el derecho a indemnización de daños y perjuicios [*aus dem Vorvertrag kann des Weiteren ein Shadensersatzanspruch geltend gemacht wedern*], cuando la obligación de celebrar el contrato principal, durante la vigencia del precontrato, no se cumplió culposamente [*wenn die Verflichtung zum Abschluss des Haupvertrags während der Laufzeit des Vorvertrags schuldhaft nicht erfüllt wird*]»[40]. Ahora bien, al igual que sucede en España, en caso de incumplimiento del precontrato de trabajo por el empresario promitente, lo que no cabe es el ejercicio de la acción de despido, concluyéndose que «el despido no entra en consideración [*eine Kündigung kommt nicht in Betracht*], dado que en el precontrato no se trata de una relación laboral duradera, sino de un deber de prestación excepcional, orientado a la celebración de un contrato principal [*da es sich bei einem Vorvertrag nicht um ein Dauerschuldverhältnis handelt, sondern um*

[38] Cfr. marginal 253, p. 1441.
[39] Cfr. marginal 255, p. 1442.
[40] *Ibidem*.

eine einmalige Leistungspflicht, gerichtet auf den Abschluss eines Haupvertrags]»[41].

Desde el punto de vista del Derecho español individual del Trabajo, lo que más llama la atención en el régimen jurídico alemán del precontrato de trabajo es la naturalidad con que se injertan en el mismo los derechos fundamentales del trabajador, un asunto que el «Comentario Erfurtense» aborda —al hilo siempre del comentario al parágrafo 611a del Código Civil—, aunque sin cita de jurisprudencia, bajo el rótulo genérico «Prohibiciones de discriminación [*Diskriminierungsverbote*]»[42]. Se trata de una construcción realizada sobre la base de las tres siguientes afirmaciones generales: 1) «para el empresario, pueden derivarse obligaciones precontractuales del Derecho europeo …, del Derecho constitucional y de concretas normas imperativas (por ejemplo, la Ley General de Igualdad de Trato, el parágrafo 81 II del Libro IX del Código de Seguridad Social) [*vorvertragl. Pflichten können für AG aus europarechtl …, verfassungsrechtl … und einfachrechtl. Zwgd. Vorschriften (zB AGG, §81 II SGB IX)*]»[43]; 2) «como regla general, su violación no genera ningún derecho a ser contratado, sino en todo caso el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (cfr. parágrafo 15 de la Ley General de Igualdad de Trato) [*aus ihrer Verletzung folgt regelm. Kein Einstellungs-, sondern allenfalls ein Shadensersatzanspruch (vgl. §15 AGG)*]»[44]; y 3) «subsidiariamente,

[41] Cfr. marginal 259, p. 1442.
[42] Cfr. marginales 269 y 270, p. 1444.
[43] Cfr. marginal 269, p. 1444.
[44] Cfr. marginal 270, p. 1444.

hay que tener en cuenta el derecho [a indemnización] regulado en el parágrafo 823 I [del Código Civil], por causa de la violación de los derechos generales de la persona, o a la regulada en el parágrafo 826 [del Código Civil], por causa de un daño contrario a las buenas costumbres [*in Betracht kommt subsidiär. ein Anspruch aus §823 I wegen Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts oder ein solcher aus §826 wegen sittenwidriger Shädigung*]»[45]. Este impacto de las prohibiciones de discriminar sobre los deberes precontractuales del futuro empresario aparece frontalmente enjuiciado en la Sentencia a que paso a referirme a continuación.

4. La sentencia del Tribunal Federal de Trabajo de 27 febrero 2020, sobre extinción discriminatoria de un precontrato de trabajo

En esta reciente Sentencia de la Sala Segunda del más alto órgano de la jurisdicción laboral alemana[46], se discutió el impacto sobre la extinción de un precontrato de trabajo del precepto antidiscriminatorio contenido en la Ley de Protección de la Madre (*Mutterschutzgesetz*) de 23 mayo 2017[47]. Esta concreta norma era su parágrafo 17 (rotulado «Prohibición del despido [*Kündigungsverbot*]»), apartado 1, inciso 1, número 1, a cuyo tenor «el despido de una mujer es inadmisible … durante su embarazo …

[45] *Ibidem*.

[46] Referencia oficial 2 AZR 498/19. Puede localizarse en el sitio en Internet del Tribunal Federal de Trabajo (vía «*Entscheidungen*»), ubicado en www.bundesarbeitsgericht.de.

[47] Su texto, en versión consolidada, puede localizarse en el sitio en Internet de difusión del Derecho de la Federación alemana, ubicado en www.bundesrecht.juris.de.

cuando es conocido … por el empresario el embarazo en el momento del despido … [*die Kündigung gegenüber einer Frau ist unzulässig … wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft … bekannt ist*]». El supuesto de hecho enjuiciado, tal y como aparece descrito en la Sentencia, era el siguiente: 1) «el demandado, que como regla no emplea más de diez trabajadores, estipuló con la demandante el 9/14 diciembre 2017 un contrato de trabajo, para trabajar como empleada en un bufete de abogados»[48]; 2) «según su parágrafo 1, núm. 1, "la relación laboral" debía empezar el 1 febrero 2018»[49]; 3) «por escrito de 18 enero 2018, la demandante informó al demandado acerca de que se le comprobó un embarazo y, como consecuencia de una enfermedad crónica previa, se le prescribió "con eficacia inmediata la prohibición completa para trabajar"»[50]; 4) «por escrito de 30 enero 2018, el demandado extinguió "la relación laboral existente entre nosotros" con efectos del 14 febrero 2018»[51]; y 5) frente a esa decisión, «la demandante planteó temporáneamente la presente demanda»[52], teniendo en cuenta que «las partes litigan sobre la eficacia de un despido

[48] Cfr. marginal 2. Textualmente, «*Der Beklagte, der in der Regel nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, schloss mit der Klägerin am 9./14. Dezember 2017 einen Arbeitsvertrag über eine Tätigkeit als Rechtsanwaltsfachangestellte*».

[49] *Ibidem*. Textualmente, «*Nach dessen § 1 Nr. 1 sollte „das Arbeitsverhältnis" am 1. Februar 2018 beginnen*».

[50] Cfr. marginal 3. Textualmente, «*Mit Schreiben vom 18. Januar 2018 informierte die Klägerin den Beklagten darüber, dass bei ihr eine Schwangerschaft festgestellt und aufgrund einer chronischen Vorerkrankung „mit sofortiger Wirkung ein komplettes Beschäftigungsverbot" attestiert worden sei*».

[51] *Ibidem*. Textualmente, «*Der Beklagte kündigte „das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis" mit Schreiben vom 30. Januar 2018 zum 14. Februar 2018*».

[52] Cfr. marginal 4. Textualmente, «*hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt*».

ordinario»[53], con el resultado de que «el Tribunal de Trabajo ha estimado la demanda, y el Tribunal de Trabajo de Estado federado ha rechazado el recurso de apelación del demandado»[54], por lo que «con su recurso de casación, el demandado continúa perseverando en su solicitud de desestimación de la demanda»[55].

Al resolver el recurso de casación del empresario demandado, el Tribunal Federal de Trabajo tuvo que reconocer que «el tenor literal de la ley no es claro»[56], pues el citado parágrafo 17 «regula, entre otras cosas, una prohibición de despido en relación con la (futura) madre, sin determinación más detallada de qué relaciones jurídicas o contratos subyacentes están cubiertos por ella»[57]. De ahí que sometiese el precepto cuestionado a un triple escrutinio hermenéutico, realizando una interpretación sistemática, finalista y contextual del mismo, para llegar así a la conclusión de que no resultaba necesario que el contrato celebrado hubiese comenzado a ejecutarse. De acuerdo con el primero de esos tres escrutinios, concluyó que «la sistemática de la ley sugiere una interpretación, según la cual la relación jurídica en cuestión depende sólo de la

[53] Cfr. marginal 1. Textualmente, «*Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung*».

[54] Cfr. marginal 7. Textualmente, «*Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen*».

[55] *Ibidem*. Textualmente, «*Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter*».

[56] Cfr. marginal 11. Textualmente, «*Der Gesetzeswortlaut ist nicht eindeutig*».

[57] *Ibidem*. Textualmente, «*normiert ein Kündigungsverbot ua. gegenüber (werdenden) Müttern ohne nähere Bestimmung, welche Rechtsverhältnisse oder diesen zugrunde liegenden Verträge davon erfasst sind*».

existencia de … una relación laboral»[58]. De acuerdo con el segundo, constató que «en todo caso, según el objetivo legal de la prohibición de despido del parágrafo 17 …, dar a conocer la existencia del embarazo tras la conclusión del contrato de trabajo es suficiente para su intervención»[59], de manera que «el comienzo de la actividad acordada no es necesario al respecto»[60]. En fin, teniendo en cuenta que el contexto del asunto estaba también marcado por el Derecho antidiscriminatorio constitucional y el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea (este último contenido, en lo esencial, en la Directiva 92/85/CEE), concluyó igualmente que la interpretación del precepto comprensiva de las relaciones jurídicas precontractuales, de un lado, «se encuentra en conformidad con el Derecho de la Unión»[61], y del otro lado, «contra la opinión del recurso de casación, … no existen reparos jurídico-constitucionales»[62].

Por eso, confirmando las Sentencias de primera y de segunda instancia, y visto el tenor del parágrafo 134 del Código Civil (literalmente relativo a que «un negocio jurídico que viola una prohibición legal es nulo, cuando de la ley no se desprenda lo contrario [*ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot*

[58] Cfr. marginal 12. Textualmente, «*die Gesetzessystematik legt dagegen ein Verständnis nahe, wonach es nur auf das Bestehen eines auf eine Beschäftigung … gerichteten Rechtsverhältnisses ankommt*».

[59] Cfr. marginal 13. Textualmente, «*Jedenfalls nach dem Normzweck des Kündigungsverbots in § 17 … ist für dessen Eingreifen die Bekanntgabe einer bestehenden Schwangerschaft nach Abschluss des Arbeitsvertrags ausreichend*».

[60] *Ibidem*. Textualmente, «*Die Aufnahme der vereinbarten Tätigkeit ist hierfür nicht erforderlich*».

[61] Cfr. marginal 22. Textualmente, «*steht im Einklang mit dem Unionsrecht*».

[62] Cfr. marginal 25. Textualmente, «*Entgegen der Auffassung der Revision bestehen … keine verfassungsrechtlichen Bedenken*».

verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt]») desestimó el recurso de casación interpuesto por el empresario, declarando que «la extinción por el demandado el 30 enero 2018 era nula, en virtud del parágrafo 17, apartado 1, inciso 1, núm. 1, de la L[ey de]P[rotección de la]M[adre], en conexión con el parágrafo 134 del C[ódigo]C[ivil]»[63]. En relación con las consecuencias o concretos efectos jurídicos de esta Sentencia, hay que tener en cuenta que confirmaba el fallo (en alemán, «*Tenor*») de la Sentencia del Tribunal de Trabajo de primera instancia, el cual no era en absoluto un fallo de condena, sino un fallo de carácter meramente declarativo (literalmente, «se declara, que … [*es wird festgestellet, dass …*]»)[64], insusceptible de generar acción judicial para que se activase un procedimiento de ejecución de sentencia, en caso de eventual incumplimiento por el empresario del mismo. Es la lógica laboral típicamente alemana, también en asuntos por despido (aunque aquí resultase inaplicable la Ley de protección contra el despido [*Kündigungsschutzsgesetz*] de 1951, dada la reducida dimensión de la empresa vencida, la cual, recuérdese, «como regla no emplea más de diez trabajadores»), orientada a favorecer acuerdos extintivos indemnizados entre las partes litigantes[65], a cuyo efecto —quizá fijando un suelo indemnizatorio, mejorable por aplicación de los criterios reseñados en el «Comentario Erfurtense»,

[63] Cfr. marginal 32. Textualmente, «*war die Kündigung des Beklagten vom 30. Januar 2018 gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MuSchG iVm. § 134 BGB nichtig*».

[64] Esta Sentencia del Tribunal de Trabajo de Kassel de 3 mayo 2018, cuya referencia oficial es 3 Ca 46/18, puede consultarse en https://openjur.de.

[65] Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007), pp. 557 y ss.

a que antes hice referencia[66]— la Sentencia del Tribunal de Trabajo de primera instancia había concluido que «el valor de lo litigado se fija en 3.059 euros».

5. La búsqueda de un término de comparación español

Tras un repaso sereno de los repertorios de jurisprudencia que habitualmente manejamos los laboralistas españoles, creo que cabe concluir honestamente que el supuesto de hecho enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo, a que acabo de referirme, no ha sido todavía enjuiciado en España. Ello no significa, sin embargo, que quepa hablar de la inexistencia de un término de comparación español hábil con dicha Sentencia alemana, pues nuestros tribunales laborales vienen enjuiciando con relativa frecuencia la extinción de precontratos de trabajo ocurrida con violación del derecho a la garantía de indemnidad (derecho fundamental «inespecífico» del trabajador, recuérdese, positivizado en el artículo 24 de la Constitución española)[67]. Sobre este tema, en mi opinión, el precedente judicial español es una vieja Sentencia de la Sala de lo Social de Las Palmas, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 5 febrero 1999[68]. Siempre en mi opinión, se trata de un caso que ha pasado doctrinalmente desapercibido, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, la relativa a que se refiere a la empresa Correos Españoles, SA, una empresa cuyo modelo de relaciones laborales, tras su privatización, resulta

[66] Véase *supra*, apartado 3, párrafo tercero.
[67] Véase *supra*, apartado 1, párrafo primero.
[68] *Aranzadi Westlaw*, referencia AS 1999/1264.

difícilmente exportable a otras empresas españolas distintas[69]. En segundo lugar, por causa de que las Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, más recientes y que reiteran su doctrina, cargan el acento en el tema de la violación por el empresario de la garantía de indemnidad del trabajador, ubicando en un segundo plano el asunto de que lo por ellas enjuiciado era la extinción de un precontrato de trabajo[70].

En dicha Sentencia canaria, el supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: 1) tras la estipulación de sucesivos contratos de trabajo temporales con el Organismo Autónomos de Correos y Telégrafos, un trabajador presentó demanda por despido contra dicha empresa, con la consecuencia de que dicho despido fue declarado improcedente, «habiendo ejercitado el Organismo Autónomo la opción por la indemnización»[71]; 2) tras dicho pleito, «el Organismo Autónomo acuerda excluir al actor de las listas de espera, al entender que la presentación de la demanda por parte del actor reclamando la fijeza laboral supone renuncia tácita a la inclusión en las listas»[72], por lo que «el Organismo Autónomo procedió posteriormente a contratar a persona con puesto inferior en la lista»[73]; y 3) tras este hecho, el

[69] Críticamente sobre ella, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier (Barcelona, 2018), pp. 23 y ss.

[70] Al respecto, por ejemplo, véanse Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 10 mayo 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2005/2263), de 12 julio 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2005/237853), de 6 septiembre 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2005/3532) y de 11 octubre 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2006/157), y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 abril 2006 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2006/3013).

[71] Cfr. Antecedente de Hecho segundo.

[72] *Ibidem*.

[73] *Ibidem*.

trabajador demandó a la empresa por la vía del proceso laboral especial de tutela de derechos fundamentales, habiendo sido estimada su demanda por Sentencia del Juzgado de lo Social de instancia[74], la cual fue recurrida por la empresa[75]. Pues bien, al resolver este recurso, la Sentencia de la Sala canaria rechazó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la empresa recurrente, recordándole que los tribunales laborales tenían competencia plena para resolver las incidencias relativas al incumplimiento de un precontrato de trabajo. En efecto, según dicha resolución judicial, «la inclusión en dichas listas de espera equivale a un precontrato que genera entre las partes el deber de concluir el contrato de trabajo y, a partir del mismo suministrar ocupación efectiva para una de sus partes, así como para la otra, ponerse a disposición del futuro empleador»[76], resultando así inobjetable la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto, pues el litigio «se enmarca, sin duda alguna, en el ámbito de la contratación laboral»[77], al haberse limitado el actor a reaccionar judicialmente «por ver anulada su expectativa de ocupación»[78].

Esto despejado, la Sentencia confirmó íntegramente la resolución recurrida, al resultar evidente que la extinción del precontrato se había producido con violación del derecho fundamental «inespecífico» del trabajador a acudir a los tribunales en demanda de justicia, cabiendo incluso afirmar que había sido

[74] Cfr. Antecedente de Hecho tercero.
[75] Cfr. Antecedente de Hecho cuarto.
[76] Cfr. Fundamento de Derecho segundo.
[77] *Ibidem*.
[78] *Ibidem*.

discriminado. Acerca de este extremo, la Sentencia recordó a la empresa recurrente que «se ha de partir del incontrovertido hecho de que el actor, trabajador temporal del Ente demandado que acudió a los órganos jurisdiccionales dando lugar a que su cese fuera declarado despido improcedente y optando la empleadora por la indemnización, fue excluido de la lista de espera para cubrir vacantes ... como consecuencia, precisamente de ser su cese calificado como despido improcedente»[79]. Por ello mismo, resultaba indeclinable concluir que en este caso «tal trato vulnera ... el artículo 24 de la Carta Magna»[80], de un lado, «por ser discriminatorio pues no se evidencia razón alguna que justifique la exclusión del actor de las listas de espera, actuando, de este modo, de manera desigual respecto del resto de solicitantes incluidos en aquélla»[81]; y de otro lado, «porque dicho proceder, implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues su exclusión se produjo como consecuencia de acudir a los Tribunales para la defensa de sus intereses legítimos como lo demuestra el hecho de que, de no haber impugnado su cese ante el Juzgado de lo Social, el actor continuaría incluido en la lista de espera»[82].

[79] Cfr. Fundamento de Derecho tercero.
[80] *Ibidem*.
[81] *Ibidem*.
[82] *Ibidem*.

6. Las consecuencias de la extinción de un precontrato de trabajo, violadora de derechos fundamentales del trabajador, en España

Al rechazar el recurso de la empresa, esta Sentencia confirmó íntegramente el fallo de la Sentencia recurrida, redactado en los siguientes términos literales: «debo declarar y declaro que se ha producido … violación del artículo 24 de la Constitución Española, declarando consiguientemente nula la … actuación del Organismo demandado, condenando a éste a reintegrar al actor en las listas de espera de Contratación Temporal, debiendo llamarlo según el orden de las mismas, y a que abone al actor una indemnización por daños y perjuicios consistente en 61.450 pesetas más la cantidad de 4.872,8 pesetas diarias por el tiempo de duración del contrato de interinidad … que … se formalizó con [otra trabajadora] con preterición del actor por su indebida exclusión de la lista»[83]. Como se ve, se trata de un fallo que contiene tres *condenas* diferenciadas (en el sentido jurídico-procesal de la palabra «condena»), merecedoras de algún tipo de comentario. La primera es una condena de hacer («reintegrar al actor en las listas de espera de Contratación Temporal»), de cumplimiento posible en este concreto caso, al existir aquí un precontrato de trabajo de vigencia indefinida o *sine die*, pues si se tratase de un precontrato de trabajo de vigencia limitada en el tiempo, resultaría de aplicación la reiterada doctrina jurisprudencial, relativa a que la posibilidad de «"exigir el cumplimiento" … es incoercible …, a diferencia de lo que ocurre con

[83] Cfr. Antecedente de Hecho tercero.

otros contratos consensuales, como por ejemplo la promesa de venta, en cuyo caso … se puede exigir el cumplimiento de lo pactado y ejecutar el contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, incluso sustituyendo la autoridad judicial la voluntad del contratante contumaz»[84].

La segunda es una condena de dar, a título de compensación del daño emergente y del lucro cesante derivados de incumplimiento del precontrato, consistente en «la cantidad de 4.872,8 pesetas diarias [equivalentes a 29,4 euros diarios] por el tiempo de duración del contrato de interinidad … que … se formalizó con [otra trabajadora] con preterición del actor por su indebida exclusión de la lista». Se trata del criterio usualmente aplicado por nuestros tribunales laborales, supuesto que el contrato de trabajo ofrecido (como ocurría en el caso de autos) fuese de duración determinada, en el que —como antes de puso de relieve, recuérdese— los «salarios» en cuestión no son tales, sino percepciones extrasalariales o «resarcimiento al "id quod interest" típico del incumplimiento de la promesa»[85]. En cambio, si el contrato de trabajo ofrecido hubiese sido de duración indefinida, parece razonable excluir que la indemnización comprendiese todos los «salarios» que el oferido hubiese podido cobrar hasta su jubilación o su muerte (aun aplicando elementos de mitigación o moderación de tales daños), debiéndose echar mano en este tipo de supuestos de otros criterios distintos de

[84] Al respecto, por todas, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 diciembre 2006 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 2007/1387), Fundamento de Derecho tercero.

[85] Al respecto, véase *supra*, apartado 2, párrafo tercero.

cuantificación de los daños y perjuicios padecidos, sobre los que también vienen pronunciándose los tribunales laborales, como el de la indemnización máxima por despido improcedente que le hubiese correspondido percibir en caso de extinción del contrato de trabajo por tiempo indefinido prometido, aunque teniendo en cuenta que en este caso el tribunal laboral «no aplica el artículo 56 del E[statuto de los]T[rabajadores] a un supuesto distinto al que constituye el objeto de la norma, sino que toma como referencia los criterios de ésta para formular una valoración que la ley confía a su soberano criterio»[86].

La tercera es otra condena de dar («una indemnización por daños y perjuicios consistente en 61.450 pesetas [equivalentes a 370 euros]»), respecto de la que nada se dice, aunque resulta obvio que se trata de la condena automática al abono de daños y perjuicios, derivada de la violación de derechos fundamentales del trabajador. Sobre esta indemnización, el precepto clave es ahora el artículo 183 de la citada Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011, en el que se afirma «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración», que «el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como

[86] Al respecto, Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 octubre 1990 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AS 1990/2367).

de los daños y perjuicios adicionales derivados»[87]. Precisamente en supuestos de violación de la garantía de indemnidad, la última palabra sobre el tema aparece contenida en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 octubre 2017[88], fallada en casación para la unificación de doctrina, en la que se considera admisible la aplicación analógica a estos supuestos de los criterios que previene la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000, a efectos de cuantificar las multas a imponer por infracciones administrativas cometidas por el empresario[89], especialmente teniendo en cuenta que el artículo 8, apartado 2, de dicha Ley «considera infracción muy grave "las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación"»[90].

7. Epílogo

A pesar de que la versión actualmente vigente del Estatuto de los Trabajadores es de prácticamente anteayer, el Gobierno español

[87] Apartado 1.

[88] *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 2017/4918.

[89] Literalmente, «la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la L[ey de]I[nfracciones y]S[anciones en el]O[rden]S[ocial] para las infracciones producidas en el caso ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (S[entencia del]T[ribunal]C[onstitucional] 247/2006, de 24/Julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala» [cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 2, letra C)].

[90] *Ibidem*, apartado 3, letra D).

ha manifestado su intención de que se elabore «un nuevo Estatuto de los Trabajadores que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI», mencionando expresamente entre tales «retos y desafíos» los de combatir «la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica»[91]. Evidentemente, este loable propósito se ha visto afectado e, incluso, trastocado por la crisis sanitaria y económica causada por la pandemia del coronavirus, la cual parece apuntar —al menos, de momento— hacia una desordenada promulgación de normas dispersas, de carácter urgente, que en absoluto cubren todos los «retos y desafíos» que el legislador pretende encarar[92]. Cuando las aguas se remansen, quizá el legislador no debería olvidar que lo grande suele viajar acompañado de lo pequeño (y que lo mediocre, en cambio, suele desplazarse solo), pareciendo haber llegado la hora —tras setenta años de régimen jurídico exclusivamente jurisprudencial— de que al precontrato de trabajo se le haga un hueco, que no tiene por qué ser grande, en ese nuevo y proyectado «Estatuto de los Trabajadores del

[91] Cfr. disposición adicional primera del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Las expresiones entrecomilladas citadas se toman de la exposición de motivos de la propia norma (apartado VI, párrafos primero y segundo). Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «The Austrian "Abfertigung" – an employment topic in fashion in Spain», en B.-C. FUNK y N. MELZER-AZODANLOO (Editores), *Arbeiten in Würde. Festschrift für Günther Löschnigg zum 65. Geburstag*, ÖGB (Viena, 2019), p. 500.

[92] Últimamente, véase Real Decreto-ley 28/2020, de 22 septiembre, de trabajo a distancia.

siglo XXI», posibilitando no sólo la clarificación de temas «nuevos» (por ejemplo, el impacto del principio de no discriminación sobre la extinción del precontrato), sino también que temas viejos (como, por ejemplo, la competencia de los tribunales laborales para conocer del asunto o el plazo de prescripción de las acciones derivadas del mismo) dejen de discutirse ante los tribunales laborales, con la consiguiente e inútil sobrecarga de litigios cuyo resultado puede predecirse y conocerse de antemano.

Bibliografía citada

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19 (1984).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La tramitación procesal de los despidos discriminatorios», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (1987).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El precontrato de trabajo: Límites normativos y práctica judicial», *Actualidad Laboral*, núm. 3 (1994).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Cuestiones previas a la celebración del contrato de trabajo, en especial, el momento en que deba considerarse "perfeccionado" el contrato», en J. GÁRATE CASTRO (Coordinador), *Estudios de jurisprudencia social de Galicia*, Fundación Alfredo Brañas (Santiago de Compostela, 2000).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La readmisión del trabajador despedido en el Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 (2007).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El género doctrinal "Comentarios" en el Derecho alemán. A propósito del "Comentario Erfurtense" sobre Derecho alemán del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 141 (2009).

J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier (Barcelona, 2018).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «The Austrian "Abfertigung" – an employment topic in fashion in Spain», en B.-C. FUNK y N. MELZER-AZODANLOO (Editores), *Arbeiten in Würde. Festschrift für Günther Löschnigg zum 65. Geburstag*, ÖGB (Viena, 2019).

R. MÜLLER-GÖGLE, U. PREIS e I. SCHMIDT (Editores), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2020).

M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales (Madrid, 1991).

M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales», en *Derecho vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley (Madrid, 2003).

W. ZÖLLNER, «Arbeitsrechtliche Vorvertrag», en O. MARTINEK, E. MIGSCH *et al.* (Editores), *Arbeitsrecht und Sozialegrundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag*, Manz (Viena, 1983).

GUINÉ-BISSAU



AS FALTAS AO TRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE E A APLICAÇÃO DO *FAVOR LABORATORIS*

ABSENCES FROM WORK IN THE GUINEA LEGAL SYSTEM AND THE APPLICATION OF FAVOR LABORATORIS

Manuela Manuel Lopes Mendes*

Sumário: 1. Resumo – 2. Formação do contrato de trabalho – 3. Os sujeitos e o vínculo resultante da formação do contrato – 4. O regime jurídico das faltas no ordenamento jurídico guineense – 5. *Favor laboratoris* e a sua aplicação no regime jurídico das faltas – 6. Conclusão

Resumo:

O presente artigo tem como objecto a análise das faltas ao trabalho e suas consequências na relação laboral, segundo o ordenamento jurídico guineense. Visa acima de tudo, analisar até que ponto o princípio norteador do direito laboral, o *favor laboratoris* pode ser invocado e/ou prevalecer nos aspectos relacionados com as faltas. Contudo, como não se pode falar de uma consequência do contrato de trabalho, neste caso das faltas, sem antes saber se existe o contrato ou não, abordar-se-á sumariamente a formação do contrato que faz nascer direitos e obrigações das partes assim como este aspecto das faltas. Esta análise visa sublinhar até que ponto, as normas laborais, inclusive as que

* A Dra. Manuela Manuel Lopes Mendes é licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Bissau obteve o seu grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Exerce funções como Magistrada do Ministério Público desde o ano 2000. É docente Universitária e possui uma vasta experiência como formadora em diversas áreas. Foi Membro do Conselho Consultivo e Pedagógico de CESAG (Centro Africano de Estudos Superiores em Gestão) – Senegal e investigadora da Organização da Sociedade Civil – Voz di Paz – de 2007 a 2017. É Membro da Rede de Mulheres mediadoras da CEDEAO. É Regente universitária desde 2000. Actualmente é Vive-Procuradora Geral da República e Vice-presidente do Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público e Coordenadora dos serviços do Ministério Público no Sector Autónomo de Bissau e região de Biombo.

disciplinam as faltas são favoráveis ao trabalhador, abrangendo, inclusive, a sua família.

Abstract:
The purpose of this article is to analyze absences from work and their consequences in the employment relationship, according to the Guinean legal system. Above all, it aims to analyze the extent to which the guiding principle of labor law, *laboratory favor* can be invoked and / or prevail in aspects related to absences. However, as one cannot speak of a consequence of the employment contract, in this case of absences, without first knowing whether the contract exists or not, the formation of the contract that gives rise to the rights and obligations of the parties will be briefly addressed, as well as this aspect of faults. This analysis aims to underline the extent to which labor standards, including those governing absences, are favorable to the worker, including even his family.

1. Formação do contrato de trabalho

Falar das faltas ao trabalho ou qualquer outro assunto em matéria laboral, implica dizer que efectivamente existe um contrato de trabalho celebrado entre duas pessoas com capacidade para o efeito e que tenham reunido todas as outras condições que a lei exige para que tenhamos um contrato digno desse nome.

Na república da Guiné-Bissau e praticamente em todo o mundo, constituem requisitos para a formação do contrato, a capacidade laboral. Mas, segundo a nossa Lei Geral de Trabalho no seu artigo 5º, a capacidade é aferida nos termos normais da lei civil. O que significa que, em princípio, só aquele que tenha completado 18 anos, à luz da legislação civil guineense, pode celebrar validamente um contrato de trabalho, artigo 122º do Código Civil, porque só este adquire a capacidade de exercício. Contudo, o legislador ordinário admitiu no artigo 146º da Lei Geral de Trabalho que os menores de 14 anos têm capacidade laboral desde que sejam

assistidos pelos seus representantes legais e tenham frequentado, em princípio, a escolaridade mínima sob pena de anulação nos termos do artigo 125º do Código Civil. Sendo desconhecido o paradeiro do representante legal, o menor poderá celebrar, validamente, um contrato de trabalho, artigo 149º da Lei Geral de Trabalho.

Só quando o paredeiro dos pais ou tutor for desconhecido é que o menor pode celebrar, validamente, um contrato de trabalho. Em todas essas situações se exige ainda que o menor tenha frequentado o sistema de escolaridade obrigatória, condição dispensável se se provar que essa assistência não foi possível por inexistência de estabelecimentos de ensino ou razões semelhantes comprovadas, concretamente pelo Ministério da Educação. Na realidade guineense, facilmente se pode afastar esta exigência, porquanto, inexistem estabelecimentos de ensino em muitas localidades[1].

O contrato a firmar deve obedecer ainda a legalidade exigida para qualquer formação negocial, isto é, deve ter um fim e um objecto física e legalmente possíveis, determinados, ou pelo menos determinável, não ser contrário à lei, a ordem pública e nem ofensivo aos bons costumes sob pena de nulidade conforme rezam

[1] Diga-se a propósito, muitas meninas continuam a ser vítimas desta inexistência, pois, na medida as poucas escolas que existem distam das suas tabancas/residência, os pais, na tentativa de proteger as meninas, não as inscrevem nas escolas para não correrem o risco de serem violadas na longa trajectória que terão que percorrer em busca de instrução. Por essa razão, os rapazes continuam a ser privilegiados. Muitas localidades no país possuem estabelecimento de ensino, graças às igrejas, sobretudo, a católica. Infelizmente, não obstante os 47 anos de existência como Estado, país soberano, a Guiné-Bissau não consegue oferecer de forma satisfatória o direito fundamental à educação.

os artigos 180º e 181º do Código Civil. Devem ainda as partes chegar à conclusão do negócio sem qualquer vício de vontade. As respectivas vontades negociais não podem ser viciadas por erro ou coacção ou qualquer outra situação similar. Aliás, para se submeter à autoridade e direcção de alguém, a pessoa tem, no âmbito constitucional a liberdade de escolher o trabalho que quer, desde que as circunstancias assim permitirem, celebrar o contrato com quem quiser para depois se submeter ao regime jurídico do trabalho subordinado. Por isso, a vontade não pode estar inquinada de nenhum vício de vontade, erro, coacção, simulação, etc.

Um outro requisito imposto na celebração do contrato, mas cuja violação a lei não comina com nenhum desvalor do negócio jurídico firmado, é a forma. Nos termos gerais de direito, a preterição da forma legal leva a nulidade contrato, artigo 20º do C.C.

Pois bem, no ordenamento jurídico guineense, nos termos do artigo 7º da Lei Geral de Trabalho, exige-se que os contratos sejam redigidos a escrito e em triplicado, pois um dos exemplares tem que ser enviado ao Ministério da Função Pública para efeitos de fiscalização. De referir que esta formalidade de enviar exemplares à função pública caiu em desuso. Os empregadores não fazem caso disso, e, o facto de funcionar deficientemente o Serviço da Inspecção e outros departamentos da Função Pública encarregue de cuidar destas situações, os empregadores pura e simplesmente não observam esta formalidade e nada lhes acontece em termos de ”castigo” administrativo. Como dizia, nos termos da Lei Geral de Trabalho, só os contratos cuja duração inferior a 30 dias podem ser

celebrados verbalmente. Todos os outros devem respeitar a forma escrita. Mas, se houver desrespeito por essa forma, isto é, se se ajustar uma relação laboral diferente da forma escrita, o contrato mantem-se válido, imputando, presumivelmente, a culpa ao empregador conforme plasmado no artigoº 17, nº 2 da Lei Geral de Trabalho.

2. Os sujeitos e o vínculo resultante da formação do contrato

Ajustado o contrato, nasce a relação individual de trabalho que vai produzir efeitos jurídicos directa e imediatamente na esfera jurídica dos sujeitos, o empregador e o trabalhador. A partir dessa formação contratual, o trabalhador se submete juridicamente ao empregador, devendo cumprir escrupulosamente com as suas obrigações contratuais, nomeadamente, executar as tarefas ajustadas com zelo e dedicação.

Celebrado o contrato, o empregador fica investido no poder de Direcção, expresso na alínea a), nº 2, do artigo 19º, conferindo-lhe prerrogativas para organizar o trabalho por forma a obter níveis máximos de eficiência da capacidade produtiva da empresa e de aproveitamento das aptidões e conhecimento dos trabalhadores ao seu serviço. Porque a empresa não pode funcionar sem uma hierarquia, o empregador se afigura como sujeito investido para liderar a empresa, se posicionar no topo da mesma, com vista a obter o resultado por ele preconizado.

É o empregador que preconiza os resultados e arrisca em obtê-lo com a criação de empresa e consequente contratação de certas

pessoas capazes de contribuir no resultado. O poder de direcção, potestativo não extintivo, garante uma gestão adequada da empresa com a autoridade reconhecida no empregador.

Com este poder, o empregador desfruta da actividade do trabalhador ao longo da execução, não se limitando apenas a aguardar pelo resultado como sucede no contrato de prestação de serviço. Este poder lhe investe na posição de fiscalizador, instrutor e indicador das tarefas, sem extrapolar os limites da razoabilidade e legalidade. Pois, por mais que seja garantido o seu exercício, não pode afectar as garantias do trabalhador, como a categoria ou a autonomia técnica, ou ainda, envolver algum perigo à saúde e vida do trabalhador.

O empregador fica investido no poder de definir e atribuir as tarefas a exercer pelos trabalhadores, de acordo com as suas categorias profissionais. Deve procurar atribuir a cada trabalhador, funções mais adequadas às suas aptidões e qualidade profissional ou que seja, funcionalmente ligadas com a sua categoria. Esta cautela visa evitar uma desvalorização profissional do trabalhador, criar uma aparente incompetência do mesmo, porque se encontra inserido na área cujo conhecimento carece. O empregador tem a obrigação moral e jurídica de não fazer o trabalhador conformar-se simplesmente com o pagamento do salário sem utilizar a sua capacidade de trabalho, deixando-o improdutivo[2].

[2] Esta situação raras vezes acontece nas empresas privadas. Mas, no funcionalismo público guineense, pode-se encontrar centenas de pessoas sem tarefas atribuídas. Deslocam-se todos os dias para o serviço, mas nada fazem. No final do mês, auferem o seu salário como se estivessem no exercício pleno das

Uma inactividade prolongada é também susceptível de pôr em causa o bom nome e a reputação do trabalhador, sem contar que pode constituir justo motivo para rescindir o contrato.

Ao determinar as funções, também lhe resta conformar-se com a prestação que apesar das orientações devidamente exteriorizadas no uso do poder de direcção, não se tenha logrado uma vantagem. Excluem-se, claro, as actuações violadoras dos deveres acessórios que podem originar um poder disciplinar com a correspondente sanção. Queremos, apenas, realçar o dever conformativo da prestação.

É necessário que o empregador respeite o contrato celebrado e que permita ao trabalhador demonstrar, actuando, as suas qualidades e o seu saber-fazer no posto contratualmente combinado. Essa situação também lhe permite aperfeiçoar cada vez mais na execução das suas tarefas e, criar mais ”expertise”, enquanto durar o contrato. Contudo, o aperfeiçoamento poderá também ser alcançado quando empregador colocar em prática algum plano de formação profissional (que constitui uma das suas competências), previamente elaborado e que contribui não só para o aumento da produção e produtividade bem como para o enriquecimento profissional e cívico dos trabalhadores ao seu serviço.

suas funções. Alguns aproveitam o tempo, quase totalmente livre, para fazer algo que não tenha nada a ver com o serviço, inclusive, ver filmes on line. Grave!

3. O regime jurídico das faltas ao trabalho no ordenamento jurídico guineense

Conforme definido na Lei, designa-se falta, a ausência do trabalhador no local e durante o horário de trabalho a que está obrigado.

As faltas ao trabalho trazem prejuízo para ambas partes do contrato. O trabalhador pode perder a retribuição e o empregador perde sempre o fluxo de trabalho. A falta de um trabalhador determinante no sector produtivo pode originar quebra de produção, inviabilizar outras actividades complementares.

A relação laboral devidamente formada investe ainda o empregador no poder de estabelecer ou alterar o horário de trabalho, dentro dos limites legais e ainda assegurar o cumprimento da disciplina no trabalho. Para o efeito, o empregador deve elaborar de forma clara e concisa, o regulamento interno da empresa e ser devidamente comunicado aos trabalhadores.

O regulamento interno deve ser fixado num local de fácil acesso a todos, evitando assim as justificações por razões ligadas ao desconhecimento ou ininteligibilidade.

Sendo a relação laboral subordinada, aquele que figura na posição de superior, mandante, deve também adoptar condutas que não prejudiquem os trabalhadores que lhe devem obediência. Ademais, o facto da relação laboral se caracterizar pela fidúcia que cada uma das partes deposita na outra, *intuitu personae*, a comunicação deve ser mais flexível e esclarecedora possível.

Conforme reza a nossa lei laboral, nº 2, al. b) do artigo 19º, compete ao empregador estabelecer e alterar o horário de trabalho. É ao empregador que compete determinar as horas do início e do termo do período normal de trabalho diário, a que o trabalhador se submete, assim como dos intervalos de descanso.

É a partir da definição do horário de trabalho que podemos aferir o cumprimento rigoroso do dever assessório de assiduidade e pontualidade. É partir daqui que podemos concluir pela existência de faltas dadas ao trabalho ou não.

A falta, segundo a noção supra é a ausência do trabalhador no local de trabalho e durante o horário de trabalho a que está obrigado. O trabalhador está obrigado a marcar presença todos os dias e na hora certa no seu local de trabalho previamente indicado pelo empregador. É ao empregador que compete determinar o local[3] de trabalho que o trabalhador deve observar escrupulosamente.

Como é consabido, o trabalhador pode, enquanto durar a relação laboral vir a dar faltas. Estas faltas podem ser justificadas e injustificadas.

No ordenamento jurídico guineense, artigo 86º da Lei Geral de Trabalho, entra no elenco de faltas justificadas:

a) As dadas por altura do casamento do trabalhador até sete dias úteis, consecutivos.

Na previsão constante no projecto de Código Trabalho, constam apenas as dadas, por sete dias seguidos. O regime consagrado na

[3] A determinação do local de trabalho também a definir certas situações como de acidente de trabalho, uma vez que este deve ser um contecimento que deva ocorrer no local de trabalho e durante o perido normal de trabalho. Não exclui, claro os acidentes de percurso.

Lei Geral de Trabalho actual é mais benéfico, pois, os sete dias seguidos vão englobar também o sábado e domingo seguintes, o que seria menos vantajoso para o trabalhador. Muitos trabalhadores combinam esta data com o aproximar das férias laborais, visto que, o casamento é uma festa memorável em todo mundo. Mas no caso específico guineense, as pompas, os preparativos, o tempo que isso requer, sete dias não chegam para preparar, comemorar como normalmente é costume. Por isso, muitos preferem tomar os sete dias, seguido dos dias de férias conforme o seu serviço, aproveitando para gozar a respectiva lua-de-mel. Estas faltas não dão lugar à perda de retribuição e nem mexem com a antiguidade do trabalhador. Recebe a sua retribuição na íntegra, podendo ainda obter alguma prenda do empregador pela iniciativa de formar família. Claro que isso não tem nada a ver com a relação laboral. Até porque, prenda de casamento recebe-se de qualquer familiar ou amigo.

b) As dadas por altura do nascimento do filho, até um dia. Esta respeita ao pai trabalhador, que segundo a nossa lei não possui uma verdadeira licença de paternidade. Para as trabalhadoras, a Lei Geral do Trabalho atribui licença de gravidez e de maternidade às mulheres por um período de sessenta dias, sem perda de retribuição, gozadas interpoladamente antes e depois do parto ou duma só vez depois do parto, nº 1 do artigo 158º Lei Geral do Trabalho. O estatuto disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central[4] fala, em faltas por maternidade.

[4] Lei nº 9/97 de 2 de Dezembro, publicação, Suplemento ao Boletim Oficial nº 48º, de 1997.

Mesmo que por azar tiver havido parto de nado-morto ou morte de nado vivo, a licença continua a ser concedida nos mesmos moldes. Ainda durante a gravidez, a mulher tem o direito de se ausentar do serviço sem perda de retribuição, por tempo estritamente indispensável à obtenção de assistência médica na gravidez, se esta não puder ser prestada fora do horário de trabalho. Pode, portanto, esse tempo ser inferior ao período normal de trabalho daquele dia .

Importa ainda referir que a trabalhadora pode ainda dar falta, ausentar-se do serviço, na expressão da lei, sem perda de retribuição, para prestar assistência inadiável ao filho ou para o acompanhar na obtenção de assistência médica, sempre que esta não puder ser prestada fora do horário de trabalho. A assistência inadiável acaba por ser um termo indeterminável, podendo, em várias situações criar complicações para a trabalhadora, nos casos em que o empregador não aceite a justificação. Ademais, a nossa lei refere apenas ao filho sem determinar se se trata do filho menor ou maior. Tratando-se daquele caso, até que idade? E no caso do filho maior mas que viva no mesmo agregado familiar será possível prestar esta assistência inadiável?

Não estando contemplado na lei, qualquer ausência de um trabalhador seja ele homem ou mulher para dar assistência inadiável a um filho maior que convive com os pais, o empregador pode marcar a falta, descontar o respectivo dia em falta e ainda instaurar o competente processo disciplinar por incumprimento do dever de assiduidade. Pode ainda tomar outras medidas porque o

trabalhador se ausentou do local de trabalho sem a prévia autorização.

Independente da lei não ter determinado expressamente estes casos, pode haver ainda outros motivos que impliquem assistência inadiável diferente da doença ou acidente, e, consequentemente, a falta ao trabalho. Por essa razão, concordo plenamente com o Prof Monteiro Fernandes[5], "…haverá sempre que ponderar a adequação de cada situação concreta à impossibilidade da prestação de trabalho que directamente determina a falta, ou seja, o juízo de apreciação terá que reflectir um critério de adequação social aplicado à não comparência ao serviço e à ocorrência invocada como suporte de assistência inadiável".

Como já se disse supra, pode haver outras causas que motivem a falta (diferente de doença ou acidente). É o caso por exemplo de acompanhamento escolar, que a legislação portuguesa consagra[6], e que se encontra totalmente ausente na nossa legislação. Se um dos pais e/ou encarregado de educação é convocado para uma reunião de notas, de informação do desempenho e comportamento do filho, por exemplo, nos finais do trimestre ou semestre que precedem a publicação de notas e não tiver ninguém que o possa substituir, é justo que falte para cumprir com o acompanhamento da sua criança. Estas reuniões são importantes para os pais se inteirarem da vivência comportamental e desempenho dos filhos, permitindo-lhes melhorar ou alterar a forma com que lidam com os mesmos na educação e seguimento.

[5] António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 12ª edição, 2ª reimpressão, Almedina, 2005, pag 387.

[6] Cfr. António Monteiro Fernandes, ob. Cit. P. 388.

Usar o mesmo regime de situações de faltas constantes na lei para estas outras situações descritas, mas que não se configuram em nenhuma disposição legal, constitui um *favor laboratis* para nós da mesma forma que consideramos o *ius variandi* não proibido (que melhore a situação do trabalhador, que se pode considerar uma promoção temporária) como um favorecimento. Conhecemos e respeitamos a posição do Prof. Pedro Romano Martinez[7] que nega uma aplicação do *favor laboratoris* porque as normas laborais já protegem o trabalhador. Continuamos a defender a aplicação do *favor* por vários motivos, ainda que as leis laborais já trazem protecção ao trabalhador.

c) As dadas por motivo de falecimento do cônjuge ou de parente ou afim, no primeiro grau da linha recta, até sete dias consecutivos, ou afim da linha recta, ou segundo grau da linha colateral, ate três dias; a lei brasileira consagra um regime especial e mais favorável para os professores que terão 9 dias e não os três habituais em caso de casamento falecimento do cônjuge, pai ou mãe ou de filho[8].

O empregador não pode dificultar nem adiar a presença do trabalhador nos eventos de falecimento do seu parente. Se por exemplo, houver algum motivo justificado e imperioso para justificar a continuação da laboração pelo trabalhador naquele dia, por exemplo, porque tem que entregar para uma outra região, mercadorias facilmente deterioráveis, o empregador poderá incorrer no pagamento da indemnização por esse motivo. Pois, não

[7] Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 2ª Edição, Almedina, reformulada e adaptada ao código do Trabalho, 2005, pag.216 e ss.

[8] ORTEGA E IEIRI. In www.SPADVOGADO.COM.BR

podendo participar no velório ou inteiro de um ente querido que a lei dispensa a laboração, constitui uma violação do direito do trabalhador. Pode-se considerar tal facto abusivo e até ilícito, porque o empregador tem sempre a possibilidade de procurar vias alternativas para isso, nomeadamente, recorrer ao *ius variandi*. Seria sensato após essa violação, o empregador conceder algum dia ao trabalhador. É verdade que o dia de folga eventualmente concedido não compensa a falta, o sentimento de aproximar, velar o ente querido e acompanhá-lo à sua última morada, mas de certa forma, alivia o seu sofrimento.

Mesmo sabendo que em outras paragens legislativas estes prazos são relativamente curtos, cá entre nós, é muito criticado tendo em conta a realidade africana. A maioria dos trabalhadores tende a cumprir. Mas um número considerável resolve dar faltas e arcar com as consequências, perdas da retribuição dos dias da não comparência ao serviço.

d) As dadas por motivo de exercício de funções sindicais, nos limites que a lei fixar; como é o caso das reuniões de concertação social com o Governo e Organizações de Empregadores ou um só empregador;

A nossa lei da Liberdade Sindical[9] fixa apenas 5 dias em cada mês para os dirigentes que façam parte do órgão da administração sindical, sendo remunerados o tempo de falta dentro deste limite. Ultrapassando estes dias, incorrem em faltas injustificadas com todas as consequências: perda da retribuição, desconto na

[9] Lei nº 8/91 de 3 de Outubro, publicado em Suplemento ao Boletim Oficial nº 33/91.

antiguidade e ainda a possibilidade de enfrentarem um processo disciplinar.

e) As dadas por motivo de exercício de funções em organizações de massas, nos limites que a lei fixar; esta situação praticamente não existe, pois, com a entrada do multipartidarismo, as organizações de massa que eram essencialmente do partido libertador, deixaram de ter o peso e protecção de que beneficiavam.

f) As dadas nos dias de prestações de provas em estabelecimentos de ensino, também nos limites pré-fixados; infelizmente, desde a existência da Lei Geral do Trabalho em 1986 que se consagrou este dispositivo, não houve até a presente data outro dispositivo que fixe de forma concreta esses limites. Não existe nenhum documento regulador do regime trabalhador estudante. O que implica dizer que, o trabalhador pode de facto estar neste regime e deparar com a incompreensão do seu empregador em permitir-lhe ausentar para a prestação de prova ou outro acto ligado ao ensino que frequenta. Sobretudo, quando falamos em ausências que ultrapassem um ou dois dias porque não existe um regime balizador.

Vislumbra-se, no entanto, uma atenção com o projecto de lei que o golpe militar de 12 de Abril de 2012 inviabilizou. Neste projecto de código, figura que é trabalhador-estudante, aquele que presta uma actividade sob autoridade e direcção de outrem e que frequenta qualquer nível de educação escolar, incluindo cursos de pós-graduação, em instituição de ensino.

Embora o projecto condicione a manutenção do regime ao aproveitamento escolar, os empregadores devem elaborar horários de trabalho específicos para os trabalhadores-estudantes, com flexibilidade ajustável à frequência das aulas e à inerente deslocação para os respectivos estabelecimentos.

No entanto, se não for possível elaborar horários específicos para o trabalhador-estudante, ser-lhe-á dispensado até seis horas semanais, sem perda da retribuição ou de qualquer outra regalia, se assim o exigir o respectivo horário escolar. Mas tudo isso deverá ser objecto de acordo entre o empregador e o próprio trabalhador estudante, envolvendo também as representações sindicais, se houver, com vista a conciliar e acautelar interesses de ambos. Na falta de acordo o projecto consagra solução[10].

O trabalhador estudante tem direito de faltar para a frequência de aulas assim como para realização de provas[11]. Neste caso o empregador pode, como em todos os casos de falta, exigir, a todo tempo, prova da necessidade das referidas declarações e do horário

[10] Cfr artigo 282 do Projecto de Código de Trabalho: A dispensa de serviço para frequência de aulas prevista neste artigo poderá ser utilizada uma só vez ou fraccionadamente e depende da duração do trabalho semanal, nos seguintes termos: Duração de trabalho entre vinte e vinte e nove horas – dispensa até três horas; Duração de trabalho entre trinta e trinta e três horas – dispensa até quatro horas; Duração de trabalho entre trinta e quatro e trinta e sete horas – dispensa até cinco horas; Duração de trabalho igual ou superior a trinta e oito horas – dispensa até seis horas.

[11] O trabalhador-estudante tem direito a ausentar-se, sem perda de vencimento ou qualquer outra regalia, para prestação de provas de avaliação, nos seguintes termos: Até dois dias por cada prova de avaliação, sendo um, o da realização da prova e outro o imediatamente anterior, incluindo sábados, domingos e feriados; No caso de provas em dias consecutivos ou de mais de uma prova no mesmo dia, os dias anteriores serão tantos quantas as provas de avaliação a efectuar, aí se incluindo sábados, domingos e feriados; Os dias de ausência referidos nas alíneas anteriores não poderão exceder um máximo de quatro por disciplina.

das provas (quer escritas, como orais) de avaliação dos conhecimentos ou exames.

g) As motivadas por impossibilidade de prestar o trabalho devido a facto quer não seja imputável ao trabalhador, nomeadamente, doença, acidente, ou cumprimento de obrigações legais;

Estando doente ou acidentado, deve o trabalhador comunicar o facto ao empregador para que a sua ausência seja justificada. Deve ainda entregar os comprovativos médicos que reforçarão a situação endémica.

Certo é que, em alguns casos o mal-estar ou a indisposição que impeça a ida ao trabalho pode requerer apenas descanso, sem necessidade de observação médica. São exemplo disto, as situações de gripe ou indisposições que impedem a comparência no local de trabalho, mas não exigem maior cuidado . Sem uma declaração médica, a decisão de considerar (ou não) a falta justificada depende do bom senso e da relação entre o trabalhador e a entidade patronal. Pode acontecer que alguns empregadores se contentem apenas com a comunicação da da ausência via e-mail ou telefone. Outros podem solicitar um comprovativo médico, o que implica sempre a deslocação a uma consulta ou a presença de um médico no domicílio. Agora se o caso não precisa de uma intervenção médica, o trabalhador fica penalizado porque o empregador pode não aceitar a justificação e, por conseguinte, considerar a falta injustificada.

As ausências podem ainda provocados pela doença não do trabalhador mas do filho. Se o filho ou enteado for maior de idade,

mas viver com os pais e precisar de assistência por motivos de saúde, as ausências mantêm-se. O empregador pode solicitar um comprovativo de morada (emitido pela junta de freguesia, onde existir). Estas faltas podem ser descontadas no ordenado, mas é possível compensá-las através de um pedido de subsídio à Segurança Social.

Nós não podemos fazer isso por falta de organização administrativa. Não há nenhuma instituição ou departamento que possa conferir documento semelhante para comprovar o seu agregado familiar, exigir qualquer outro sem contar que também "enchemos" a casa de outros familiares e até filhos de amigos que ficam ao nosso cuidado. Será que o empregador deve aceitar situações semelhantes? Não seria um favorecimento demais? Mesmo que pugnemos pelo tratamento mais benéfico ao empregador, deve haver uma baliza sob pena de prejudicar a empresa e os outros trabalhadores de forma directa ou indirecta. Não são todos os casos que devem ser aceites, sob pena de estarmos a advogar desta feita, pela injustiça.

Ademais, os trabalhadores devem de tudo fazer para serem substituídos neste caso. Só faltando em caso de impossibilidade desta substituição.

Daí concordamos plenamente que o empregador exija comprovativos sobre a necessidade da assistência e a impossibilidade de recorrer a outro familiar para prestá-la.

Seria salutar, de todo, que a lei definisse essas situações.

h) As motivadas por prisão preventiva ou pena de prisão até um mês; eu acrescentaria aqui por motivo da detenção, pois, alguém pode ser detido erroneamente, provando a sua falta ao trabalho. Seriam então justificadas as dadas por motivo da detenção ou prisão preventiva. Quando se dá a prisão preventiva, apenas pende sobre a pessoa suspeita de ter praticado determinado crime sob investigação e o receio do investigado/suspeito vir a perturbar a investigação ou fugir. Não implicam a culpa, a responsabilidade do trabalhador porque ainda se está na fase da investigação. Estas motivações podem levar a prisão preventiva e ocasionar ausências no local de trabalho durante alguns dias ou meses. Claro que se a situação durar mais de trinta dias, a nossa lei manda aplicar o regime de suspensão do contrato por razões ligadas ao trabalhador. Com a suspensão do contrato, suspendem-se os efeitos do contrato, nomeadamente, a prestação da actividade e a retribuição, artigo 117º LGT.

i) As prévia ou posteriormente autorizadas pelo empregador; ele pode por solicitação do trabalhador consentir que este falte por motivos não elencados na lei. Neste caso, a falta se justifica e não haverá perda de retribuição. Ou podem combinar que se perca a retribuição mas não deverá atingir a antiguidade do trabalhador.

Talvez entrariam aqui também as que o trabalhador pode dar para assistir ao cônjuge doente ou qualquer outro familiar incluído no seu agregado familiar, contanto que se prove por documento, que o familiar doente integra o agregado.

j) As que como tal forem consideradas em outras leis, como o caso das faltas dadas por motivos relacionados com a aderência a greve.

De referir que apesar de serem todos justificados, alguns dão lugar a perda a retribuição do trabalhador, não mexendo, contudo, com a sua antiguidade.

Mas, por razões imperativas e de urgência, o trabalhador pode faltar, justificando e pedir autorização posteriormente como a própria lei permite.

4. *Favor laboratoris* e a sua aplicação no regime jurídico das faltas

O princípio do tratamento mais favorável

Este princípio bem pensado na relação laboral, visa assegurar maior equilíbrio nas relações laborais. É um princípio fundamental do direito do trabalho, não devendo permitir que o empregador que já goza de uma ascendência, superioridade em relação ao trabalhador, faça mais abusos, a coberto do seu poder de direcção. Como diz o Prof. Bernardo Xavier[12], o direito do trabalho estabelece um regime de tutela para o trabalhador, já que este se encontra despojado da propriedade dos meios de produção, está sujeito à autoridade contratual do empregador, às coerções da vida da empresa e não tem resistência económica relativamente àquele.

[12] Bernardo da Gama Lobo Xavier, Curso de Direito do Trabalho, I Introdução Quadros Organizacionais e Fontes, 3º Edição, Verbo, 2004, Pág. 616.

No realce da grandeza e multifacetada importância deste princípio, escreve o Prof. João Leal Amado[13] que o *favor laboratoris,* enquanto princípio norteador da aplicação das normas juslaborais — princípio basilar e clássico do Direito do Trabalho, se desdobra analiticamente nas seguintes proposições nucleares:

i) O Direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protectivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado;

ii) Esta função tutelar do Direito do Trabalho é cumprida através de normas que, em regra, possuem uma natureza relativamente imperativa (normas imperativas mínimas ou semi-imperativas, normas de ordem pública social);

iii) Daqui decorre que, no tocante às relações entre a lei e a convenção colectiva, o princípio da prevalência hierárquica da lei deve articular-se com o princípio do *favor laboratoris* (assim, e em princípio, o regime convencional poderá afastar-se do regime legal, desde que a alteração se processe *in melius* e não *in pejus*);

iv) O *favor laboratoris* perfila-se, pois, como uma técnica de resolução de conflitos entre lei e convenção colectiva, pressupondo que, em princípio, as normas juslaborais possuem um carácter relativamente imperativo, isto é, participam de uma imperatividade mínima ou de uma «inderrogabilidade unidireccional»;

[13] João Leal Amado, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, artigo, Tratamento mais favorável e artigo 4.º, nº 1, do Código do Trabalho Português, in net

Pode-se dizer que o *favor laboratoris*, como princípio basilar da aplicação de todas as normas laborais, verifica-se até nos preceitos onde não se encontra expressamente consagrado.

Ignorar este princípio implica fragilizar ainda mais a situação do trabalhador face ao empregador. Este princípio permite um reequilíbrio das posições dos sujeitos do contrato de trabalho.

Na Lei Geral de Trabalho, vem consagrada de forma muito sumária, quando no artigo 5º (Prevalência na aplicação das normas) diz "As fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecerem tratamento mais favorável para o trabalhador".

Apesar de poucas referências, encontramo-lo referenciado na lei em várias situações, mormente, no artigo 7º, nº 2 que diferentemente do regime geral de cominação de nulidade à preterição da forma exigida para o negócio, demonstra que apesar de, em regra os contratos de trabalho deverem ser assinados pelas partes, mas a sua inobservância não o invalida, imputando, presumivelmente, a culpa no empregador. Entendemos que é a aplicação do sentido geral de *favor laboratoris*, pois, o trabalhador como parte fraca nessa relação, pode não conseguir persuadir, convencer o empregador a concluir um contrato por via escrita.

Uma outra referência vem nos artigos 166º e 171º da Lei Geral do Trabalho, aquele proibindo as convenções colectivas de incluir disposições que importem para os trabalhadores tratamentos menos favoráveis. A estas condiciona a possibilidade de reduzir, por via de uma nova convenção, as condições de trabalhos fixadas por uma

outra convenção se o novo for globalmente mais favorável. Ainda impõe que o carácter globalmente mais favorável da nova convenção conste expressamente no seu texto.

5. Conclusão

Será que se pode concluir que entre as faltas e o *favor laboratoris* não existe nenhuma relação, ligação? Eu concluiria pela positiva. Todas as normas laborais definem um standard que não se pode ultrapassar, mas apenas um standard para menos, pois, todas as normas admitem que se altere as condições de trabalho, que se aumente o limite de faltas, por via de convenção colectiva, favorecendo o trabalhador.

Quando as convenções ou os contratos definem situações diferentes do previsto na lei, mas vaão de encontro com os anseios do trabalhador, beneficiando-o, a lei não sanciona e o contrato não é viciado.

Daí que, permitindo que o empregador consagre a favor do trabalhador um limite de férias nas situações não previstas ou alargue o tempo previsto na lei sem pôr em causa a sua retribuição e antiguidade, expressa um verdadeiro *favor*.

O tratamento mais favorável não pode ser invocado apenas quando se está perante duas ou mais normas ou instrumentos que regulamentam as relações laborais- seu verdadeiro campo de aplicação. Tenho para mim que, em todas as situações que a lei dá um sentido favorável, pendente à condição do trabalhador podemos

falar do *favor*. Portanto, um favorecimento ao trabalhador em todos aspectos da relação laboral.

Sabendo que uma falta implica necessariamente perda do empregador na justa medida em que, mesmo usando a figura de *ius variandi* poderá não receber o serviço correspondente ao que fornecia o trabalhador faltoso, mas mesmo assim, a lei manda pagar a retribuição deste dia ao trabalhador, não interferindo também, de nenhuma maneira na sua antiguidade.

No Projecto do Código do Trabalho aqui mencionado, consagra-se o seguinte: "As disposições relativas aos tipos de faltas e à sua duração não podem ser objecto de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho"…... "Os efeitos das faltas podem ser modificados por acordo entre o trabalhador e o empregador, no sentido mais favorável ao trabalhador".

Portanto, concluiria que mesmo tratando-se de regime de faltas e não de conflito de normas, o princípio do *favor laboratoris* pode ser invocado.

Bibliografia

Amado, João Leal, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, artigo, Tratamento mais favorável e artigo 4.º, nº 1, do Código do Trabalho Português, in net

Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 12ª edição, 2ª reimpressão, Almedina, 2005:

Martinez, Pedro Romano, Direito do Trabalho, 2ª Edição, Almedina, reformulada e adaptada ao código do Trabalho, 2005:

ORTEGA E IEIRI. In www.SPADVOGADO.COM.BR

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, Curso de Direito do Trabalho, I Introdução Quadros Organizacionais e Fontes, 3º Edição, Verbo, 2004.

Legislações

Lei nº 2 de 1986, Lei Geral do Trabalho, publicada no Boletim Oficial nº 14 de de 5 de Abril de 1986;

Lei nº 9/97 de 2 de Dezembro, publicação, Suplemento ao Boletim Oficial nº 48º, de 1997;

Lei nº 8/91 de 3 de Outubro, publicada em Suplemento ao Boletim Oficial nº 33/91;

Projecto do Código do Trabalho.

ITÁLIA



LO STATUTO DEI LAVORATORI COMPIE CINQUANTA ANNI (1970-2020)

THE STATUTO DEI LAVORATORI CELEBRATES FIFTY YEARS (1970-2020)

di Franco Carinci

Sommario: 1. La preistoria. - 2. Il contesto sociale e politico. - 3. Le linee guida del disegno di legge elaborato dalla Commissione Giugni. - 4. La gestazione parlamentare: dal testo Giugni a quello licenziato dalle Camere. - 4. L'anima costituzionale: Titoli I e II. - 5. L'anima promozionale: Titoli III e IV. - 6. I Titoli V e VI. - 7. Le modifiche apportate nel cinquantennio appena concluso: il cambio di passo al passaggio del secolo. - 8. L'ultimo ventennio. La *flexsecurity* a corrente alternata: dalla legge Biagi alla Legge Fornero. - 9. (Segue): il Jobs Act. - 10 (Segue): dal Governo 5Stelle/Lega al Governo 5Stelle/Pd. - 11. (Segue): uno sguardo al diritto sindacale. - 12. Epilogo.

Abstract:

Il saggio commemora i cinquanta anni passati dalla nascita dello Statuto dei lavoratori, il 20 maggio 1970 (la l. n. 300 di quell'anno) una legge storica, destinata a segnare la stagione creativa della materia, con una influenza significativa anche al di fuori dell'Italia. Se ne ricorda la lunga gestazione nel corso di quasi vent'anni, col maturare di quelle che ne avrebbero costituito le due anime, quella costituzionale (di garanzia dei diritti dei singoli lavoratori di libertà e dignità) e quella "promozionale" (di promozione di sindacati dotati di una particolare rappresentatività); nonché la peculiare congiuntura socio-economica e politica maturata nel biennio 1969-70, dove la convergenza delle grandi confederazioni su una legge che fosse al passo con l'ampia mobilitazione di base trovò una sponda in una maggioranza parlamentare di centro sinistra (Democrazia Cristiana e Partito Socialista Italiano). Auspice il Ministro del Lavoro socialista, Giangiacomo Brodolini, una Commissione presieduta da Gino Giugni e partecipata anche da Federico Mancini, elaborò un disegno di legge, che fu modificato al Senato, ma poi mantenuto inalterato dalla Camera dei deputati, approvato col voto favorevole di Dc e Psi, con l'astensione del Partito Comunista. Dopo l'esame delle linee guida del disegno di legge predisposto dalla Commissione Giugni, segue una ricognizione del contenuto del testo della l. n. 300/1970, fatto con un certo dettaglio, che forse

ad un conoscitore esperto riuscirà eccessivo, ma che serve da sfondo allo svolgimento che segue, per rendere chiaramente percepibile quanto è stato cambiato rispetto alla legge originaria. Secondo una scelta che rimane sempre discrezionale, pare possibile dire che la stagione dello Statuto dei lavoratori culmini nel decennio di fine secolo, col ruolo acquisito da Cgil/Cisl/Uil dal Protocollo del luglio 1993 fino all'istituzionalizzazione della concertazione e alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego. Ma non senza già *in nuce* i segni del cambiamento: col referendum abrogativo del 1995, viene amputato l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, norma chiave dell'anima promozionale in chiara opposizione alle tre grandi confederazioni, non più legittimate a costituire rappresentanze sindacali aziendali nelle unità produttive, in base al solo requisito di essere maggiormente rappresentative; col pacchetto Treu del 1997, prende avvio la c.d. flessibilità al margine, cioè la introduzione di contratti c.d. atipici (non a tempo indeterminato e a orario pieno) a cominciare dal lavoro interinale. Non si tocca il regime dei lavoratori c.d. stabili, ma si moltiplica l'accesso dei lavoratori c.d. precari.

Nel decennio in parola succede qualcosa d'altro, viene varata una legge elettorale maggioritaria, rivelatasi così rilevante da far parlare dell'avvento della seconda Repubblica. Certo è che il decennio in chiusura del vecchio secolo e il quindicennio di apertura del nuovo faranno segnare un'alternanza di governi di centro-destra e centro-sinistra, con a primi protagonisti Silvio Berlusconi e Romano Prodi, con una politica del lavoro ispirata alla *flexsecurity*, peraltro interpretata in maniera non univoca da una legislatura all'altra. Così per quanto riguarda la flessibilità in entrata (utilizzo dei contratti c.d. atipici) è evidente un notevole pendolarismo fra allargamenti e restringimenti, con particolare riguardo al rapporto a termine, mentre la flessibilità in uscita (licenziamento individuale dal contratto a tempo indeterminato) rimane oggetto di proposte e discussioni, senza trovare sbocco in una modifica dell'articolo 18 dello Statuto, norma chiave dell'anima promozionale, sulla c.d. reintegra del lavoratore licenziato senza giustificato motivo.

Batti e ribatti, l'articolo 18 in parola finirà per cadere, rivisto prima *in peius*, sotto il Governo tecnico di Mario Monti, con la legge Fornero (che conserva la tutela reintegratoria, ma riducendola ad eccezione rispetto a quella indennitaria) verrà completamente svuotato per il futuro, sotto il Governo di centro sinistra di Matteo Renzi, con il *Jobs Act* (che quasi elimina la tutela reintegratoria a favore di quella indennitaria), per poi assestarsi, dopo un intervento legislativo del successivo Governo 5Stelle/Lega (due movimenti etichettati come populisti) e un *dictum* della Corte costituzionale. Dando così luogo ad una incongrua distinzione: per i lavoratori a tempo indeterminato assunti prima del 7 marzo 2015 rimane fermo l'articolo 18 dello Statuto, così come modificato dalla legge Fornero; per quelli assunti dopo vale di regola la tutela indennitaria fra le 6 e le 36 mensilità, graduabile dalla giurisprudenza secondo vari criteri non ben definiti.

Il mondo di riferimento dello Statuto era collegato ad una base operaia, egemonizzata dalla forza lavoro impiegata stabilmente nelle grandi concentrazioni industriali ancora modellate in forma tayloristica, fortemente partecipativa alle lotte rivendicative. Cosa ben nota, su cui non occorre neppure soffermarsi, quanto accaduto in seguito: c'è stata un'autentica rivoluzione della struttura produttiva e occupazionale, con una progressiva terziarizzazione e trasformazione dei sistemi organizzativi, sotto la pressione crescente di una informatizzazione estesa fino alla *gig economy*; tutto questo a fronte di una globalizzazione sempre più pervasiva, capace di esportare crisi finanziarie, economiche e ora epidemiche in tutto il mondo.

La questione centrale è divenuta quella della quantità e qualità di una occupazione non più risolubile con l'individuazione di precisi luoghi di lavoro in cui insediare il sindacato o con la protezione di puntuali diritti dei lavoratori stabili. Si sono aperti così due fronti su cui il legislatore ha creduto di intervenire. Il primo fronte è costituito dalla massa eterogenea di lavoratori non riconducibili sotto la definizione della subordinazione di cui all'articolo 2094 cod. civ. (dipendenza ed etero-direzione), per cui ha pensato non di allargare quella definizione, ma di accompagnarla con un'altra (etero-organizzazione), estremamente ampia, cui applicare, comunque, l'intera disciplina legislativa e collettiva del lavoro subordinato. Il secondo fronte è rappresentato dalla possibilità creata dalla informatizzazione del lavoro da remoto, per cui ha creduto di introdurre uno smart work all'italiana (lavoro agile), cioè un contratto di lavoro subordinato, al quale può essere allegato un patto per il lavoro prestato dall'esterno tramite collegamento digitale, concordando i modi dell'esercizio del potere di controllo e disciplinare da parte del datore.

Da altra parte ne è derivata una caduta di rilevanza delle stesse tre grandi confederazioni. In primo luogo, in termini di incardinamento nei luoghi di lavoro, sempre meno identificabili come luoghi fisici in cui i lavoratori prestano in presenza la loro attività, quindi portatori di interessi collettivi relativi all'organizzazione, alla sicurezza, all'ambiente, e, comunque soggetti a processi di aziendalizzazione favoriti da una interpretazione innovativa della Corte costituzionale su quanto rimasto dell'articolo 19 dello Statuto dopo il referendum abrogativo del 1995. In secondo luogo, in termini di riforma della struttura ed efficacia della contrattazione collettiva che, realizzata col Testo unico sulla rappresentanza del 2014, non è riuscita ad avere di per sé una efficacia generalizzata, sì da indurre le grandi Confederazioni a optare per l'emanazione di una legge sindacale, che, però, continuerebbe ad incontrare la difficolta di non essere conforme a quella prevista dall'articolo 39, co. 2 ss. cost.

Lo Statuto dei lavoratori è vivo, se pur amputato, ma con un ambito applicativo assai più ristretto, via via che si è ridotto il suo modello di riferimento, quello della fabbrica fordista, ma non è ancora chiaro quale ne costituirà il cammino legislativo successivo, che appare a tutt'oggi piuttosto incerto per quello che riguarda l'area grigia in continua espansione fra subordinazione e autonomia:

estensione della tutela propria della subordinazione oppure introduzione di una tutela graduata in relazione al *quantum* di etero-organizzazione.

Abstract:

The essay commemorates the fifty years passed since the birth of the *Statuto dei lavoratori*, on May 20, 1970 (legge n. 300 of that year), a historical law, destined to mark the most creative season of Italian Labour law, with a significant influence even outside Italy. We recall its long gestation over the course of almost twenty years, with the maturation of its two souls: the constitutional one (guaranteeing the freedom and dignity rights of workers), and the "promotional" one (promoting trade unions with particular representativeness). We also analyse the peculiar socio-economic and political conjuncture matured in the two-year period 1969-70. The convergence of the major confederations of unions, on a bill in step with a broad grassroots mobilization, found an edge in a center-left parliamentary majority (Christian Democrats and Italian Socialist Party). Thanks to the initiative of the Socialist Minister of Labor, Giangiacomo Brodolini, a Commission, chaired by Gino Giugni and also participated by Federico Mancini, drafted a bill, amended in the Senate, but then kept unaltered by the Chamber of Deputies, and approved with the favorable vote of DC and PSI and the abstention of the Communist Party. After examining the guidelines of the bill prepared by the Giugni Commission, we review with a certain detail the content of legge n. 300/1970: this review could certainly seem excessive to an expert, but serves as a background to the following development, to make clearly perceptible what has been changed in time compared to the original version of the statute. In our opinion, the “season” of the *Statuto dei lavoratori* culminates in the decade of the end of the century, with the role acquired by Cgil / Cisl / Uil through the Protocol of July 1993, which implied the institutionalization of the consultation between unions and the Government on economic policies (“concertazione”), and the so-called “privatization” of the civil service. Nonetheless, the signs of a different course were already present *in nuce*. The abrogative referendum of 1995 lopped off articolo 19 of the *Statuto dei lavoratori*, which was a key rule of the promotional spirit of the statute itself, in clear opposition to the three major trade unions confederations, no longer entitled to set up company union representations within the enterprise on the sole basis of being “more representative”. Then, through the so-called “Treu legislation” of 1997, “marginal flexibility” took place in Italian legal system: i.e. the introduction of non-standard contracts (not permanent and full-time), in particular temporary work. The legal regime of the so-called stable workers has not been modified, but the possibility of non-standard employment has been increased.

During the decade in question something else happens: a majoritarian (first-past-the-post) electoral legislation is passed. This has proved to be so relevant that it made talk about the advent of the second Republic. It is sure that the decade at the end of the old century and the first fifteen years of the opening of

the new one will see an alternation of centre-right and centre-left governments, with Silvio Berlusconi and Romano Prodi as the first protagonists and a labour policy inspired by the flexicurity, interpreted in a non-univocal way from one legislature to another. With regard to the entry flexibility (use of the so-called non-standard contracts), there is a notable alternation between enlargements and shrinkages, with particular regard to the fixed-term employment relationship. Instead, the exit flexibility (individual dismissal from the permanent contract) remains the subject of proposals and discussions. Nonetheless, in this phase it will never issue in a modification of the so-called "reinstate" workers unfairly dismissed, provided for by article 18, also key rule of the statute's promotional soul. Eventually article 18 in question will fall. First, it will be revised *in peius* under the "non-political" government of Mario Monti by the so-called Fornero statute (which mantains reinstatement protection, but reduces it to an exception to the economic compensation). Then, it will be completely emptied for the future, under the Government of center-left chaired by Matteo Renzi, with the Jobs Act (which almost eliminates the reinstatement protection in favor of the economic compensation, but maintains article 18 effective for workers hired before March 7, 2015). Finally, the regulation of protection against unjustified dismissals settles down, after a legislative intervention by the 5Stelle / Lega Government (two movements labeled as populists) and a fundamental decision of the Constitutional Court. The process will lead to an unequal distinction: for permanent workers hired before March 7, 2015, Article 18 of the Statute remains valid, as amended by the Fornero law; for those hired afterwards, indemnity protection is generally valid, with an indemnity included between 6 and 36 months, and graduated by courts according to various criteria that are not exactly defined.

The socio-economic scenario of the *Statuto dei lavoratori* referred to a majority of workforce permanently employed in the large (still) Tayloristic industrial concentrations. These workers were strongly inclined to take part to unions' actions. The radical revolution of the economic model that took place in the subsequent period is well known. It implied a progressive outsourcing and transformation of organizational systems, under the growing pressure of the computerization of productive processes and the spread of the gig economy. All this happened in the face of an increasingly pervasive globalization, capable of exporting financial, economic and now epidemic crises all over the world.

The "quantity" and "quality" of employment has become the central problem and it cannot be longer solved up by the creation of workers representation within the physical location of the company and its establishments, or with the protection of specific rights for permanent workers. Two fronts have thus opened up, on which the Italian Government and Parliament have decided to intervene. The first front deals with the heterogeneous mass of workers not covered by the definition of subordination pursuant to article 2094 of the Italian Civil Code (employment relationship and hetero-direction). For these it has been decided not to broaden that definition, but to accompany it with another one, extremely broad (mere

hetero-organization), to which, however, the entire legislative and collective discipline of the employment relationship should apply. The second front is represented by the increased possibility of remote work, opened by new information technologies, for which the legislation has introduced an Italian-style smart-work (*lavoro agile*): an employment contract, to which a pact for external work via digital connection can be attached, containing an agreement on the methods of exercising the control and disciplinary power by the employer.

On the other hand, the most recent upheavals in the social and productive context resulted in a fall of the importance of the three great trade unions confederations. In the first place, this decline concerned the crisis of the link between trade unions and workplaces, less and less identifiable as physical places in which workers perform their activities in presence. This phenomenon can challenge the role of the major trade unions confederations as bearers of collective interests relating to organization, safety and work environment. Furthermore, workers' organizations are subject to a de-centralization process favoured by the Constitutional Court's innovative interpretation of what is left of the article 19 of the *Statuto dei lavoratori* after the abrogative referendum of 1995. Secondly, similar transformation processes concern the structure and effectiveness of collective bargaining, implemented with the "*Testo unico sulla rappresentanza*" of 2014. This agreement has not been able to achieve, by itself, the generalized effectiveness of collective bargaining agreement, so as to induce the major Confederations to promote the enactment of a Statute addressed to this aim, which, however, would continue not to comply with the principles set by article 39, co. 2 ff., of the Italian Constitution.

The *Statuto dei lavoratori* is alive, albeit amputated, but with a much narrower scope, due to the reduction of its reference model, that of the Fordist factory. However, it is not yet clear what its next legislative path will be. It still appears to be rather uncertain as regards the constantly expanding "grey area" between employees and self-employed workers. The options are two: extension of the typical protection granted to the employment relationship *vs.* introduction of a graduated protection regime, proportionated to the *quantum* of hetero-organization.

1. Se l'emergenza Covid-19 non ha permesso di celebrare il cinquantesimo della legge 20 maggio 1970, n. 300, conosciuta come lo *Statuto dei lavoratori*, secondo il denso programma previsto di convegni e seminari in presenza, tuttavia non sono certo mancati i corposi contributi delle riviste e i vivaci appuntamenti in *streaming* su passato e presente di questa storica legge, rimasta a tutt'oggi la

più importante e la più influente dell'intera produzione legislativa dell'Italia repubblicana: com'è nata, che cosa diceva, com'è stata interpretata dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza, che ricaduta economica e sociale ha avuto, come è stata modificata a partire dall'ultimo scorcio del secolo scorso, che cosa è sopravvissuto nel passaggio dalla stagione della "stabilità" e quella della "*flexicurity*"?

La sua nascita è ricostruibile in una breve sequenza, largamente condivisa se pur secondo più di una variante riferibile all'entroterra ideologico-politico di questo o quell'autore, con a sua prima tappa la proposta dell'allora segretario generale della Confederazione generale italiana del lavoro (Cgil), il mitico Giuseppe Di Vittorio, che presentò la sua proposta di uno Statuto dei lavoratori al Congresso della Cgil del 1952. Il clima allora esistente nel paese riproduceva quello internazionale, di una divisione del mondo in due blocchi, egemonizzati dagli Usa e dall'Urss, proprio al culmine di quella battezzata come "guerra fredda". L'Italia, ricompresa nella sfera di influenza degli Usa, era occupata nella ricostruzione post-bellica, sotto la guida della Democrazia cristiana (Dc), uscita largamente vincente dalle elezioni politiche del 1948, mentre il Partito comunista italiano (Pci), del tutto allineato a Mosca, era impegnato in una opposizione orientata largamente su una politica estera antiamericana, con una mobilitazione politico-ideologica esterna e estranea ai luoghi di lavoro. La stessa contrapposizione era riprodotta nella realtà sindacale, con la Cgil, confederazione sindacale maggioritaria ad influenza comunista, la Cisl (Confederazione italiana sindacati lavoratori) e la Uil (Unione

italiana del lavoro) ad influenza cattolica e, rispettivamente, laica, in forte competizione.

Nei luoghi di lavoro, la presenza sindacale era assicurata, laddove possibile, dalla Commissione interna (Ci)[1], un organo eletto dalla totalità dei lavoratori sulla base di liste, con competenze di sola proposta e di controllo; ma non c'era alcuna libertà e sicurezza del posto, con una repressione assai dura nei confronti dei militanti e simpatizzanti di sinistra, Pci e Cgil; questo a fronte di condizioni di lavoro rese estreme da una classe padronale cui proprio la politica governativa lasciava le mani ampiamente libere.

La proposta di Giuseppe Di Vittorio partiva proprio da questo contesto, puntando a riaffermare, con un patto intersindacale ed eventualmente con un intervento legislativo, un nucleo di diritti e di libertà riconosciuti dal testo costituzionale del 1948 ad ogni cittadino, non solo fuori ma anche all'interno dei cancelli della fabbrica, se pur compatibilmente con lo svolgimento delle mansioni assegnate. Il tempo non era certo maturo, e quella proposta doveva restare senza risposta, se pur espressione di una visione anticipatoria; essa lasciò però dietro di sé una traccia duratura, custodita da un gruppo di giuristi vicini alla Cgil, con a capo Ugo Natoli, e destinata a caratterizzare una delle due anime del futuro Statuto dei lavoratori, quella battezzata come "costituzionale".

[1] Sulle prime esperienze rappresentative di base del sindacato, si vedano: PESCHIERA (a cura di), *Le Commissioni interne, Sindacato, Industria e Stato nel dopoguerra. Storia delle relazioni industriali in Italia dal 1943 al 1948*, Firenze, 1976, pp. 358 ff.; una attenta ricostruzione storica delle diverse forme di rappresentanza dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro in GRANDI, *Contratto collettivo di diritto comune, rappresentanza sindacale e Commissione interna*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1965, II, pp. 42 ff.; GARAVINI, *Strutture dell'autonomia operaia sul luogo di lavoro*, in *Quad. Rass. Sind.*, 1969, p. 19; BAGLIONI, *Sindacati e rappresentanze di fabbrica*, in *Quad. Rass. Sind.*, 1971, p. 45.

La Cgil aveva una visione classista, dove l'appartenenza era materiale, relativa alla stessa condizione della classe operaia, della quale vantava una rappresentatività generale; mentre la Cisl ne nutriva una diversa, associativa, dove l'appartenenza era formale, riferita all'iscrizione dei lavoratori al sindacato, dei quali quest'ultimo assumeva la rappresentanza. Il che aveva una ricaduta con riguardo alla posizione rispetto ad una normativa in materia riservata alla contrattazione collettiva: favorevole la Cgil, a cominciare dalla legge prevista dall'articolo 39, co. 2 Cost., con la messa a regime della procedura per l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva di categoria; contraria la Cisl, qui proprio a iniziare dalla legge contemplata dall'articolo 39, co. 2 ss. Cost., certo allora favorevole alla Cgil, in quanto maggioritaria rispetto alla stessa somma di Cisl e Uil, ma comunque tale da ingabbiare la dinamica contrattuale, rendendola non competitiva e, in prospettiva, congelandola alla sola dimensione categoriale, a discapito di quella aziendale.

Negli anni che seguirono, caratterizzati dall'evoluzione dell'intero contesto internazionale e nazionale verso una sorta di disgelo, ci fu una specie di convergenza fra la Cgil e la Cisl: la prima riconobbe - dopo la celebre sconfitta alla elezione della Ci alla Fiat nel 1955 - l'importanza di una presenza sindacale propria nei luoghi di lavoro, con una conseguente progressiva apertura alla contrattazione aziendale; la seconda prese atto - dopo la inutile resistenza a fronte dell'emanazione della legge n. 604/1966, che, a ricalco dell'accordo interconfederale in materia, introduceva una sanzione risarcitoria per il licenziamento privo di giustificato motivo

disciplinare o economico - dell'opportunità di una presenza sindacale nei luoghi di lavoro assicurata per legge. Elaborata e sostenuta da due giovani giuristi gravitanti nell'orbita Cisl, Gino Giugni e Federico Mancini, questa avrebbe costituito l'altra anima dello Statuto dei lavoratori battezzata come "promozionale", perché destinata ad assicurare la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali (Rsa) nelle unità produttive, con tutta una dote di diritti che ne permettessero l'attività[2].

2. Certo non sarebbe bastata la convergente disponibilità delle grandi Confederazioni sindacali a produrre di per sé un intervento legislativo che coniugasse le due anime, costituzionale e promozionale; occorreva una congiuntura sociale e politica favorevole, quale appunto si presentò sul finire del decennio '60. Resta ben salda nella memoria di coloro che, come il sottoscritto, ne furono partecipi, la grande mobilitazione del biennio 68-69, che vide, prima, la grande protesta autoritaria maturata nelle università, con a epicentro europeo Parigi; poi, la grande mobilitazione operaia nelle maggiori fabbriche del Nord Italia, culminata nel c.d. "autunno caldo" del '69. Anno decisivo, quest'ultimo, perché vide al suo spirare, la firma del contratto collettivo nazionale *leader*, il c.c.n.l. dei metalmeccanici, con una anticipazione di alcuni diritti poi

[2] Tra i commentari dedicati allo Statuto, autorevole e quasi "istituzionale" quello di GHEZZI et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori,* in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA BRANCA (a cura di), Roma-Bologna, 1972; cfr. altresì TREU, *Statuto dei lavoratori*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1041 ff.; BELLOMO, *Il sindacato nell'impresa*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato. Il lavoro subordinato*, Torino, 2007; MAZZOTTA, *I diritti sindacali nell'impresa*, Torino, 2010; CORSO, *I diritti sindacali*, in PERSIANI – CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro. Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Padova, 2014.

recepiti dallo Statuto dei lavoratori, a cominciare da quello di assemblea nei luoghi di lavoro; e la tragica apertura del "decennio di sangue", con un intreccio di terrorismo nero e rosso, inaugurato dalla strage causata da una carica di esplosivo collocata nella sede della Banca dell'agricoltura di Milano.

Era in atto una vera e propria sfida alle grandi Confederazioni, con rivendicazioni di base destinate a dar vita a strutture alternative rispetto alle Ci e alle stesse Rsa, quali i Consigli dei delegati, unitari e ricalcati sulla stessa organizzazione del lavoro (catene di montaggio, reparti, gruppi aggregati da interessi comuni in tema di organici, orari, ritmi, ambienti di lavoro). Occorreva la presenza e l'azione di un Governo che volasse alto, interrompendo una lunga tradizione di astensionismo legislativo nei confronti del mondo della fabbrica, fino ad allora assoggettato alla quasi assoluta discrezionalità padronale: riconoscimento dei diritti del singolo dipendente e incardinamento del sindacato nei luoghi di lavoro. Questa maggioranza ci fu, costituita dalla Dc e dal Partito socialista, in quella alleanza che fu etichettata come secondo "centro sinistra", in quanto preceduto da un primo a cavallo dell'inizio del decennio '60. Siccome le idee camminano sulle gambe degli uomini - come diceva allora il vice-presidente del Consiglio dei Ministri, Pietro Nenni - non poteva mancare un Ministro del lavoro, lucido ed estremamente determinato, il socialista ex-sindacalista Giacomo Brodolini, che desse corpo al programma governativo per l'emanazione di uno Statuto dei lavoratori, attribuendo a un giovane professore di diritto del lavoro, Gino Giugni, la presidenza di una commissione incaricata di predisporne il testo.

3. Se pur destinato a uscire notevolmente modificato dal suo *iter* parlamentare, il disegno di legge elaborato dalla Commissione Giugni e presentato al Senato della Repubblica poco prima della morte di Giacomo Brodolini, fornì non solo l'impianto, ma anche gran parte del contenuto del testo finale. Rinviando al riguardo ad un successivo riassunto sintetico, vale la pena di soffermarsi sulle linee guida del disegno di legge predisposto dalla Commissione Giugni, destinate a rimanere ferme nel testo definitivamente licenziato dal Parlamento [3]. La prima riguardava la stretta interconnessione fra l'anima costituzionale e l'anima promozionale, per cui la proclamazione dei diritti dei singoli lavoratori, pur debitamente garantiti, non poteva essere rimessa alla sola tutela giudiziaria, difficilmente attivabile in pendenza dei relativi rapporti subordinati, ma anche e principalmente all'auto-tutela collettiva, sì da spostare l'enfasi proprio su quest'ultima. Di qui, a cascata, tutta la sequenza successiva, a cominciare dalla definitiva consacrazione dell'articolo 39, co. 1 cost. sulla libertà di organizzazione sindacale[4], come base portante del sistema di fatto consolidatosi nel vuoto attuativo dell'articolo 39, co. 2 ss., che veniva così legittimato, per essere, poi, costituzionalizzato dal Giudice delle leggi[5]. Nessun modello e

[3] V. la ricostruzione compiuta in CARINCI F., *Lo Statuto dei lavoratori: un parto cesareo*, in *Lav. Dir. Europa*, 2020, 2, pp. 1 ff.

[4] In proposito cfr. PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 512 ff.; SCOGNAMIGLIO, *Libertà sindacale, diritto di sciopero e partecipazione*, in ID. (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, pp. 111 ff.; GIUGNI, *Libertà sindacale*, in *Dig. Utet*, IX, Torino, 1993, p. 17; BELLOCCHI, *La libertà sindacale*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI – CARINCI F. (a cura di) *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2014, p. 3.

[5] Le ragioni della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. si vedano: PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, p. 43; MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo* erga omnes, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1963,

controllo sul soggetto sindacale e sul sistema contrattuale in quanto considerato lesivo proprio del principio incondizionato di libertà di cui allo stesso articolo 39, co. 1, a giustificazione di un astensionismo legislativo che lo stesso Statuto intendeva a proposito rispettare, se pur a prezzo di rendere impraticabile l'estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva nazionale.

Da qui la prefigurata relazione fra legge e autonomia collettiva, per cui la prima doveva limitarsi ad una promozione selettiva della presenza sindacale nei luoghi di lavoro, sulla base della regola della maggiore rappresentatività, che sotto l'apparente neutralità formale, favoriva proprio le Federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil, per le quali tale caratteristica veniva data per scontata. Era una scommessa riformista che prendeva atto della indipendenza acquisita dalle tre grandi Confederazioni nei riguardi dei partiti di originario riferimento, da cui conseguiva la loro volontà di essere protagoniste in prima persona, fino a farsi carico di rivendicazioni di grande respiro, come le pensioni, la sanità, la casa, tanto da far parlare di una "supplenza sindacale": una volta radicate Cgil, Cisl, Uil nelle unità produttive, attraverso le loro Federazioni, si dava loro la possibilità di accorpare, razionalizzare, rendere negoziabile a livello governativo la crescente mobilitazione di base, ammortizzandone la spinta potenzialmente antagonistica.

pp. 570 ff.; MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei paesi membri della CECA*, in *CECA*, Lussemburgo, 1966, pp. 464 ff.; CRAVERI, *Sindacato ed istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977, pp. 321 ff.; GIUGNI, *Sub art. 39*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *artt. 35-40*, Bologna-Roma, 1979, pp. 257 ff.; NAPOLI, *Conflitto e consenso*, Roma, 1983, pp. 42 ff.

Il che, però, esponeva ad una critica, poi ripresa con una eccezione di costituzionalità, relativa alla incompatibilità fra la solenne affermazione della libertà di organizzazione sindacale di cui all'articolo 39, co. 1, assunta come base della stessa inattuabilità per contraddizione dell'articolo 39, co. 2 ss., da un lato; e la previsione di una promozione selettiva riservata alle Federazioni aderenti alle Confederazioni maggiormente rappresentative, dall'altro, sì da avere organizzazioni sindacali di serie A e B. L'*escamotage*, poi fatto proprio dal Giudice delle leggi, fu di prevedere a capo dei singoli lavoratori un "diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale […] all'interno dei luoghi di lavoro", che era destinato a costituire un primo zoccolo aperto a tutti, se pur nei limiti di una protezione antidiscriminatoria per gli eventuali promotori e organizzatori; con un secondo zoccolo costituito dall'incardinamento nei luoghi di lavoro, con tutto il seguito di diritti operativi, attribuito in base ad una rappresentatività tale da assicurare una gestione responsabile della spinta rivendicativa e conflittuale, cioè funzionale a riforme compatibili con la stabilità del sistema[6].

[6] Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54, su cui FERRARO ET AL., *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983, pp. 156 ff.; più in generale sull'elaborazione della Corte costituzionale in materia di diritto sindacale, si veda MARIUCCI, *Il sindacato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1988, I, p. 331; CARINCI F., *La rappresentatività sindacale e i conflitti di lavoro secondo la Corte Costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 1989, p. 477; RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, 1999; NAPOLI, *Le rappresentanze sindacali aziendali al lume della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 167 ff.; CARINCI F., *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 2, pp. 333 ff.

Naturalmente non mancava la precisa consapevolezza di un forte e radicato pluralismo ideologico, caratterizzante le tre Confederazioni, radicato nella loro stessa identità, con una ricaduta evidente sulla loro concezione del sindacato, sulla loro visione della struttura della contrattazione collettiva, sulla loro strategia rivendicativa; per cui, per quanto si siano avvicinate all'unità organica, le confederazioni "maggiormente rappresentative" sono riuscite solo a realizzare una unità d'azione, peraltro non senza traumatiche rotture. Da qui la previsione di una presenza plurale, *sub specie* di Rsa, nate e cresciute come sezioni associative aziendali delle Federazioni, peraltro attaccate in quanto in ritardo rispetto alla costituzione dei Consigli dei delegati. Questa situazione, in seguito, non avrebbe comunque impedito, da un lato, che, su accordo fra le associazioni legittimate a costituire le Rsa, si desse vita alle rappresentanze sindacali unitarie (Rsu) elettive, come avvenuto, *in primis,* nella categoria dei metalmeccanici; e, dall'altro, che si dovesse comunque scontare la permanente presenza di Rsa in altre categorie.

Last but not least la questione delle questioni, cioè la mancata previsione di una presenza politica, con una apertura alla costituzione di sezioni dei partiti, corredata anch'essa da una dote di diritti; nonché la limitazione della dote riconosciuta ai sindacati alla sola materia sindacale e del lavoro, cosa che di per sé non ha di fatto escluso che si discutesse di politica anche internazionale, con a coda manifestazioni e mobilitazioni, ma sempre con a protagoniste le organizzazioni sindacali. Cosa, questa, che era assolutamente coerente con l'ispirazione dello Statuto dei lavoratori, che intendeva

valorizzare il protagonismo delle Confederazioni a scapito degli stessi partiti dell'opposizione, cioè del Pci; ma del tutto indigesta per quello stesso partito, che si vedeva bandito da quelle che avrebbero dovuto costituire le basi della sua visione ancora classista, cioè le fabbriche, sedi del mitico "operaio massa".

4. Approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 giugno 1969, il disegno di legge governativo predisposto dalla Commissione Giugni venne depositato al Senato della Repubblica, dando così inizio ad un cammino parlamentare che avrebbe richiesto circa un anno, nel susseguirsi di diversi governi di centro-sinistra, con nel ruolo di Ministro del lavoro, dopo la morte di Giacomo Brodolini, il democristiano Carlo Donat Cattin, altrettanto deciso a portarlo in porto: sì che se quello ne fu l'ideatore e il promotore, questo ne fu l'interlocutore governativo *vis-à-vis* delle due Camere. Sottoposto all'esame della Commissione lavoro del Senato, il testo di legge fu significativamente integrato, reso più ricco ed incisivo, sotto l'influsso del rinnovo contrattuale in atto, per poi essere portato in aula, dove fu oggetto di un ulteriore approfondimento e approvato col voto favorevole della maggioranza e l'astensione dell'opposizione di sinistra, capeggiata dal Pci. Trasmesso alla Camera dei Deputati, il testo vi ebbe un percorso assai agevole, per la posizione assunta dalla maggioranza di accelerarne la trasformazione in legge, sì da opporsi a qualsiasi correzione che avrebbe comportato un ritorno al Senato della Repubblica, ed arrivare infine ad essere trasformato in quella l. n. 300/1970, intitolata "Norme sulla tutela della libertà e della dignità dei

lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento", ma conosciuto come Statuto dei lavoratori.

Ora, tenuto conto che questo scritto è destinato ad un pubblico più largo di quello formato da ricercatori italiani o stranieri che abbiano fatto oggetto di studio lo Statuto, ritengo utile darne quel riassunto sintetico del testo licenziato dal Parlamento, segnalando gli articoli più importanti successivamente modificati, poi puntualmente ripresi nei paragrafi successivi. Dando per scontata la ormai consolidata distinzione fra anima costituzionale e anima promozionale, si può dire che la prima è espressa nel Titolo I ("Della libertà e dignità del lavoratore") e II ("Della libertà sindacale"), la seconda nel Titolo III ("Dell'attività sindacale") e IV ("Disposizioni varie e generali"), con l'aggiunta di un Titolo V ("Norme sul collocamento") e la chiusa di un Titolo VI ("Disposizioni varie e generali").

La caratteristica dei Titoli I e II è quella di far seguire alla proclamazione di principi la individuazione di comportamenti datoriali che potrebbero lederli, con le opportune sanzioni. Così il Titolo I è aperto dal riconoscimento della libertà di opinione, "per cui i lavoratori, senza distinzioni di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto nei luoghi in cui prestano la loro opera, di manifestare liberamente il loro pensiero" (articolo 1), cui fa seguito una serie di articoli che riguardano il ricorso a guardie giurate (articolo 2), personale di vigilanza (articolo 3), impianti audiovisivi (articolo 4) (in seguito modificato); lo svolgimento degli accertamenti sanitari (articolo 5) e delle visite personali di controllo

(articolo 6); l'esercizio del potere disciplinare (articolo 7); il divieto di indagini sulle opinioni (articolo 8); la tutela della salute e dell'integrità fisica (articolo 9); il diritto a facilitazioni per i lavoratori studenti (articolo10), lo *ius variandi* e il trasferimento (articolo 13), sostituzione dell'articolo 2103 cod. civ. (in seguito modificato). Significativo è qui l'inserimento di due articoli che, per quanto apparentemente marginali, sono venuti col tempo ad acquistare una grande importanza, uno sulla riserva della gestione delle attività culturali, ricreative e assistenziali promosse dall'azienda a organismi formati in maggioranza da rappresentanti dei lavoratori, da cui si è sviluppato un tema contrattuale sempre più attuale, quello del *welfare* aziendale (articolo 11); l'altro, sulla facoltà degli Istituti di patronato e di assistenza sociale, cui è riconosciuta la possibilità di svolgere la propria attività all'interno dell'azienda, secondo le modalità stabilite con accordi aziendali, da cui ha tratto alimento tutta una normativa di *favor* rispetto a tali Istituti, divenuti una fonte di finanziamento di primaria importanza per le rispettive organizzazioni sindacali (articolo 12).

A sua volta il Titolo II è aperto dal riconoscimento del "diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale […] a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro" (articolo 14), cui fa compagnia una sequenza di disposti, che considerano nulli gli atti e patti diretti a subordinare l'assunzione alla adesione, non adesione, cessazione di appartenenza ad una associazione sindacale o a licenziare, discriminare nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari o altrimenti a causa dell'affiliazione o attività sindacale

nonché della partecipazione ad uno sciopero (articolo 15); vietano la concessione di trattamenti economici collettivi discriminatori, come tipicamente quelli riconosciuti per la non partecipazione ad uno sciopero (articolo 16); bandiscono la costituzione dei sindacati di comodo, conosciuti come "gialli" (articolo 17).

In chiusura di questo Titolo II, c'è l'articolo che, non a torto, è stato assunto come quello portante dell'intera anima promozionale, quale espressa nei Titoli I e II, che (nella sua versione originaria successivamente modificata) introduceva la tutela basata sulla reintegra del lavoratore (c.d. tutela reale) in caso di licenziamento individuale inefficace perché fatto oralmente, nullo perché discriminatorio, annullabile perché privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo (disciplinare) o oggettivo (economico) (articolo 18). Il che con una doppia limitazione, qualitativa e quantitativa. La reintegra, da un lato, non era attuabile in forma specifica, cioè con la riammissione forzata del lavoratore, sì da risolversi in una conservazione del rapporto, con conseguente diritto alla retribuzione pur in assenza della prestazione. Dall'altro lato, era condizionata, come specificato da successivo articolo sul campo di applicazione dello Statuto (articolo 35), da soglie minime di organico, più di quindici dipendenti per unità produttiva, cioè per una entità o parte di essa con una autonomia gestionale e organizzativa o complessivamente per più unità produttive collocate nello stesso Comune.

Era del tutto evidente che il rischio di licenziamento individuale, lasciato libero o protetto solo con un rimedio monetario, con conseguente perdita del posto in un mercato del lavoro assai poco

dinamico, avrebbe dissuaso il lavoratore, pur leso in qualche suo diritto, dal farlo valere di fronte al giudice; argomento, questo, che rafforzava l'incardinamento del sindacato nell'unità produttiva, ma anche qui entro limiti di organico che lasciavano fuori quell'universo delle piccole imprese, carattere peculiare del tessuto imprenditoriale dell'Italia.

5. Il Titolo III inizia con l'articolo che ne costituisce il punto di riferimento, l'articolo 19, relativo com'è alla costituzione delle Rsa nelle unità produttive che, secondo la lettera originaria, doveva avvenire su "iniziativa dei lavoratori" e solo "nell'ambito" di associazioni sindacali, così da far supporre, in sintonia con la crescita dei Consigli di delegati in forza di una spinta di base, una specie di germinazione spontanea. Niente di questo nella prassi, dato che, in assenza di una qualsiasi presenza sindacale interna all'unità produttiva, la costituzione finirà per essere rimessa all'iniziativa esterna delle stesse associazioni sindacali; peraltro, come anticipato, con la creazione di altrettante Rsa, viste come loro sezioni, associative e plurali, se pur trasformabili in Rsu, elettive e unitarie, a seguito di una intesa.

La chiave della promozione era di per sé necessariamente selettiva: questo per rispondere alla finalità di una gestione responsabile dell'azione rivendicativa e conflittuale, realizzata attraverso l'individuazione delle associazioni sindacali nel cui "ambito" possono essere costituite Rsa. Tale prerogativa era riservata, in prima battuta, alle associazioni sindacali aderenti alle Confederazioni maggiormente rappresentative, espressione

sostanzialmente fatta a misura di Cgil, Cisl, Uil, ma formalmente neutra, e come tale rimessa alla giurisprudenza, che ne ha dato una lettura estensiva, depotenziandone la selettività; in seconda battuta, alle associazioni sindacali non affiliate a tali Confederazioni, purché firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nelle unità produttive di riferimento, formula inserita per tener conto del sindacalismo autonomo particolarmente forte in certi settori[7].

La dote di diritti riconosciuta alle Rsa è piuttosto consistente: possono convocare disgiuntamente assemblee dei lavoratori, fuori dell'orario di lavoro o durante l'orario di lavoro per dieci ore annue retribuite per ciascun lavoratore (articolo 20), nonché indire congiuntamente referendum (articolo 21); godono di permessi retribuiti (articolo 23) e non retribuiti (articolo 24); usufruiscono di diritti di affissione (articolo 25) e di disponibilità di locali (articolo 27); vedono protetti i loro dirigenti, che non possono essere trasferiti da una unità produttiva ad un'altra senza il previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza (articolo 22) e, come previsto in un articolo precedente, possono ottenere nel corso dell'intero processo di merito promosso contro il licenziamento, unitamente all'associazione di appartenenza, una ordinanza di reintegra, quando

[7] In materia la dottrina è copiosa: cfr. PESSI, *Sub art.* 19, in PROSPERETTI U. (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, II, pp. 1036 ff.; TAMBURRINO, *Ancora sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori: concetto di rappresentatività e strutture delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1977, p. 345; MEUCCI, *Costituzione e natura delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, p. 279; ALAIMO - DE LUCA TAMAJO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1986, p. 609, in part. p. 615.

risultino "irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro" (articolo 18).

C'è qui solo un articolo di più ampio respiro, sui contributi sindacali, che - saldandosi con quello che apre il Titolo II, sul riconoscimento sul diritto di associazione e attività sindacale a tutti i lavoratori all'interno del luogo di lavoro - attribuisce a costoro il "diritto di raccogliere contributi e di svolgere opera di proselitismo per le loro organizzazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale" (articolo 26) (in seguito modificato). Non è tutto, perché l'articolo proseguiva col prevedere a favore delle associazioni sindacali dei lavoratori, quindi tutte indistintamente, il "diritto di percepire tramite ritenuta sul salario, nonché sulle prestazioni erogate per conto degli enti previdenziali, i contributi sindacali che i lavoratori intendono loro versare".

C'è una indubbia continuità fra il Titolo III e IV, esplicita con riguardo alla incentivazione della fusione delle Rsa, per cui la rappresentanza risultante gode della somma dei diritti sindacali spettanti alle singole Rsa, sì da favorire la transizione ad una unica Rsu (articolo 29), nonché la previsione di permessi retribuiti per i dirigenti degli organi direttivi, provinciali e nazionali delle associazioni legittimate a costituire Rsa (articolo 30). Si può continuare menzionando la previsione di aspettative non retribuite e di permessi retribuiti per i lavoratori chiamati a funzioni pubbliche, nonché sempre di aspettative non retribuite per i dirigenti sindacali provinciali e nazionali, qui senza alcuna limitazione alle associazioni sindacali legittimate a costituire Rsa (artt. 31 e 32). Ma l'articolo di

gran lunga più importante di questo Titolo IV, vero e proprio braccio armato dello Statuto, è quello sulla repressione della condotta antisindacale (articolo 28) (in seguito integrato), che legittima il ricorso urgente al giudice "degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse" contro "comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero". Come si vede, i soggetti legittimati sono gli organismi locali (non le Rsa o le Rsu) di associazioni sindacali che non sono solo quelle abilitate a costituire Rsa, ma tutte quelle aventi dimensioni nazionali (non nominali ma effettive); mentre, a loro volta, i comportamenti vietati hanno una portata assai ampia (estesi alle violazioni a comportamenti illeciti non contemplati dallo Statuto e addirittura leciti ma obbiettivamente antisindacali). Il giudice adito, con procedimento sommario, ordina al datore di lavoro responsabile "con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti". Il datore può fare opposizione al decreto, ma intanto lo deve osservare, esponendosi altrimenti alla sanzione penale prevista dall'articolo 650 c.p.[8].

[8] Altrettanto vasta la dottrina sull'art. 28 St. lav.: FRENI - GIUGNI, Lo *Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, pp. 115 ff.; TREU, *Condotta antisindacale ed atti discriminatori*, Milano, 1974; GAROFALO M.G., *Lo Statuto dei lavoratori*, diretto da GIUGNI, Milano, 1979, pp. 455 ff.; SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, VIII, 1998, pp. 2 ff.; GAETA, *L'ibrida natura giuridica del procedimento per repressione della condotta antisindacale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pp. 214 ff.; LUNARDON, *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in PERSIANI – CARINCI F., *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2011, pp. 647 ff.

6. Si può tranquillamente ignorare il Titolo V, un ultimo tentativo di salvare il monopolio pubblico di un collocamento dei lavoratori, partecipato dalle organizzazioni sindacali, rivelatosi del tutto inefficace, anzi addirittura controproducente, tanto da essere soppresso sul finire del secolo (D.lgs. n. 469/1997) per chiudere con il Titolo VI, con svariate disposizioni, unite sotto la comune anodina rubrica di "disposizioni finali e penali". Ad aprirlo è l'importante articolo 35, sul campo di applicazione (in seguito modificato) dell'articolo 18 (reintegrazione posto di lavoro) e del Titolo III (Dell'attività sindacale): più di quindici dipendenti nella singola unità produttiva o comunque complessivamente nello stesso Comune, soglie, queste, abbassate per l'agricoltura.

A seguire c'è un articolo che cerca di supplire alla carenza di attuazione dell'articolo 39, co. 2 ss. Cost., sulla procedura necessaria per attribuire alla contrattazione collettiva una efficacia *erga omnes,* prevedendo l'inserzione esplicita, nei provvedimenti di concessione di benefici accordati dallo Stato e negli appalti di opere pubbliche, di una clausola che obbliga i beneficiari e gli appaltatori ad "applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro e della zona" (articolo 36). Da qui l'inizio di un filone legislativo e contrattuale di clausole sociali di prima (applicazione dei trattamenti collettivi) e seconda generazione (conservazione dell'occupazione).

Per chiudere si possono ricordare l'articolo sull'applicazione dello Statuto agli Enti pubblici, destinato a scontare in seguito la sostituzione di quelli economici con le società a partecipazione

pubblica e la c.d. privatizzazione del pubblico impiego (articolo 37), quello sulle disposizioni penali, parziale e scarsamente effettivo (articolo 38), quello sull'abrogazione delle disposizioni contrastanti, salve le condizioni contrattuali collettive più favorevoli (articolo 40).

7. Non vi è nessuna pretesa, qui, di fornire una storia, anche solo per grandi linee, dell'evoluzione del diritto del lavoro nel corso del cinquantennio aperto dal varo della l. n. 300/1970, troppo ricca ed articolata per non richiedere una ampia digressione; ma solo l'intenzione di delineare la scena di fondo su cui si collocano le modifiche successive all'emanazione dello Statuto. Non senza, però, dare atto della successiva legge sulle controversie individuali di lavoro (l. n. 533/1973), che ha varato un rito speciale, segnato da una celerità dovuta alla introduzione di rigide preclusioni ed una conduzione del processo ispirata all'oralità, immediatezza e concentrazione. Tale legge risulterà funzionale ad una magistratura del lavoro, giovane e motivata, portata ad una interpretazione dello Statuto in chiave costituzionale, anche a rischio di forzature ideologiche, la quale ne darà una lettura decisamente *pro-labour*.

Si può saltare ora all'ultima decade del secolo scorso che segna la massima espansione della filosofia statutaria, sotto l'influenza della *hard law* comunitaria: la crisi di Tangentopoli, che segna la fine dei vecchi partiti (Dc e Psi), la nascita di nuovi partiti (Forza Italia di Berlusconi; la Lega di Bossi, oggi di Salvini; il Pci rifondato, prima come Pds poi come Ds e infine come Pd; e più tardi Fratelli d'Italia e 5Stelle), la transizione dalla prima alla c.d. seconda Repubblica, in virtù dell'adozione di una legge maggioritaria. Sul piano del rapporto

individuale del lavoro ne costituiscono una diretta emanazione la l. n. 108/1990 sui licenziamenti individuali, che rende applicabile l'articolo 18 anche ai datori che impieghino complessivamente più di sessanta lavoratori, nonché riconosce a quelli che si vedano concessa dal giudice la reintegra di scegliere in alternativa quindici mensilità di stipendio; e la l. n. 223/1991 sui licenziamenti collettivi, che distingue fra quelli per "messa in mobilità" e quelli "per riduzione del personale", con propri requisiti numerici e causali e propri procedimenti. Mentre risentono comunque del clima statutario tutta una serie di leggi antidiscriminatorie, a cominciare da l. n. 125/1991, sulle azioni positive e le pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici. A far da *pendant* è il rigoglioso sviluppo del ruolo del sindacalismo confederale, che viene riconosciuto come sostanziale protagonista nel controllo dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (l. n. 146/1990, modificata con l. n. 83/2000), nonché elevato a interlocutore privilegiato del Governo. Con il Protocollo del luglio 1993 - accordo triangolare fra Governo e parti sociali - è data alla contrattazione collettiva una struttura centralizzata e una dinamica retributiva controllata sulla base del collegamento al tasso di inflazione programmata; e con il Patto di Natale per lo sviluppo e l'occupazione del dicembre 1998, viene formalizzata la concertazione, rendendola sì aperta nella partecipazione, ma così rigida nella sequenza da restare lettera morta, con una concertazione ristretta ed informale affidata all'alternanza di maggioranze di centrosinistra e di centrodestra[9].

[9] Sull'evoluzione normativa del diritto del lavoro v. il primo capitolo del manuale CARINCI F. ET AL., *Il rapporto di lavoro subordinato*, X ed., Milano, 2019.

Né si devono dimenticare due riforme che hanno interessato l'intera decade, quella sulla privatizzazione del pubblico impiego, cui diede una mano importante Massimo D'Antona, assassinato dalle nuove Brigate rosse nel 1999, e quella sul decentramento amministrativo, destinate entrambe a sfociare, nella decade successiva di apertura del nuovo secolo, in due tronconi riformisti di primaria importanza: il primo, il c.d. testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), destinato peraltro ad un continuo processo di modifica (riforma Brunetta del 2009, riforma Madia del 2015), che a tutt'oggi non appare affatto esaurito; il secondo, la riforma in senso federalista della Parte II, Titolo V della costituzione, con un conseguente potenziamento delle Regioni *vis-à-vis* dello Stato, carattere, quest'ultimo, tra l'altro, da ultimo criticato per il difficile coordinamento sanitario che si è venuto a creare in conseguenza della pandemia da Covid-19.

Questa è una faccia della medaglia; l'altra è costituita da una qual sorta di anticipazione del cambiamento di passo nel passaggio dal primo al secondo millennio. Al referendum abrogativo del 1995 si deve il primo *vulnus* dell'impianto statutario, con riguardo a quel Titolo III che ne esprime l'anima promozionale: ne escono amputati sia l'articolo 19 che l'articolo 26. L'articolo 19 (Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali) vide rivista la legittimazione a costituire Rsa nelle unità produttive, con abrogazione del requisito relativo alle associazioni sindacali aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative e la permanenza in vigore di un unico criterio relativo alle sole associazioni firmatarie di contratti collettivi applicati nelle unità produttive di riferimento, non più limitati

espressamente a quelli nazionali e provinciali, quindi estesi implicitamente anche agli aziendali. A sua volta, l'articolo 26 (Contributi sindacali) vide soppresso il diritto di percepire tramite ritenute sulle retribuzioni i contributi sindacali che i lavoratori intendono loro versare[10].

Se l'intenzione dei promotori del referendum abrogativo, ispirati da un movimentismo spontaneo, era chiaramente contro la triplice confederale, Cgil/Cisl/Uil, questa si rivelò del tutto erronea, anzi tale da penalizzare proprio le formazioni di base. Di fatto le Federazioni aderenti avevano tutte dei contratti di categoria applicati nelle maggior parte delle unità produttive, ed erano perciò in grado di inserirvi clausole che riconoscevano il loro diritto, non più legislativo ma convenzionale, alle ritenute. Ma non per questo la mutilazione dell'articolo 19 fu senza conseguenze: la prima fu la sostituzione della formula di selezione delle associazioni legittimate ad avvalersi della legislazione di sostegno alla contrattazione collettiva delegata dalla legge, per integrare o variare la disciplina normativa di un istituto o di un rapporto, rendendola ancora meno selettiva: non più quelle "maggiormente rappresentative", ma

[10] GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 359; PESSI, *Le regole della rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *Dir. Lav.*, 1995, p. 435; DELL'OLIO – GAROFALO M.G. - PERA, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pp. 657 ff.; AA.VV., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quaderni Arg. Dir. Lav.*, 1996, n. 1; ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo i referendum*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, I, p. 113; CARABELLI, *Le rsa dopo il referendum tra vincoli comunitari e prospettive di partecipazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, pp. 21 ff.; TOSI, *L'esito referendario e i suoi effetti sulle relazioni industriali in azienda*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, I, pp. 43 ff.; SANTORO-PASSARELLI G., *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4, 1997, pp. 145 ff.

quelle "comparativamente più rappresentative". La seconda riguardava la stessa lettera della parte sopravvissuta dell'articolo 19, cioè la necessità che i contratti collettivi applicabili nelle unità produttive fossero anche sottoscritti, sì che, se una associazione sindacale non avesse voluto farlo non condividendone il contenuto, sarebbe rimasta esclusa dalla costituzione delle Rsa; dopo una lunga giurisprudenza conforme a tale lettera, la Corte costituzionale cambia posizione, ritenendo sufficiente che l'associazione sindacale partecipi alla trattativa, pur senza sottoscrivere il testo finale, non ponendo tuttavia, pur con questa ultima pronuncia, una parola finale (Corte cost. n. 231/2013)[11].

Se lo Statuto rimane per il resto immodificato, mantenendo il suo ambito applicativo con rispetto al rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a orario pieno, con riguardo alle unità

[11] Sulla quale rinvio a CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 182, 2013; cfr. altresì MARESCA, *Costituzione della rsa e sindacati legittimati*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pp. 1298 ff.; SANTORO-PASSARELLI G., *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le rsa e l'applicazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Foro It.*, 2013, I, c. 3372 ff.; RUSCIANO, *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, pp. 517 ff.; CARUSO, *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e Il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, pp. 901 ff.; ROMAGNOLI, *La garanzia costituzionale del dissenso sindacale*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 3436 ff.; PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: il dialogo della Corte con il Legislatore tra supplenza e monito*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 3442 ff.; TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentanza e rappresentatività*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pp. 1 ff.; TOSI, *Avventure della rappresentatività sindacale "effettiva" dopo Corte costituzionale 231/2013*, in *Nuovo Notiz. Giur.*, 2014, pp. 423 ff.; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, pp. 45 ff.; ZOPPOLI A., *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pp. 333 ff.; GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pp. 19 ff.

produttive al di sopra delle previste soglie minime di organico, con il pacchetto Treu del 1997 (l. n. 196/1997), si ha una versione della *flexicurity* consigliata dalla Ue, nella duplice variante, quale data dalla flessibilità "funzionale", cioè relativa all'esecuzione della prestazione (il c.d. orario multi-periodale), e soprattutto quale costituita dalla flessibilità "in entrata" (o "al margine"), quale costituita dall'introduzione o rivisitazione dei c.d. rapporti atipici, a partire dal varo del lavoro interinale, qui ancora individuato come "fornitura di lavoro temporaneo", per passare anche all'ulteriore favore per il ricorso al contratto a termine, al rilancio del contratto di formazione e lavoro e dell'apprendistato, al varo delle collaborazioni coordinate e continuative.

8. Va detto che già nel decennio '90 - dove si dovette superare la crisi finanziaria manifestatasi all'inizio per potere entrare nella moneta unica, l'Euro - la legislazione del lavoro tende a diventare sempre più dipendente dalla politica economica: questa è una caratteristica che si è manifestata ancor più in questo primo decennio del secolo, che ha visto a livello internazionale la crisi finanziaria del 2008, quella del debito sovrano del 2011, e vede oggi quella sanitaria dovuta al Covid-19. Da qui la critica costante di una parte della dottrina giuslavorista alla presunta egemonia della scuola della *law and economics*, cioè della dipendenza della legislazione del lavoro dall'economia capitalista, con una riduzione della protezione accordata ai lavoratori a tutto vantaggio della crescita dei profitti. Critica più di una volta portata all'eccesso, con la prefigurazione di un mitico modello di sviluppo alternativo non meglio precisato, ma

pur sempre forzata perché la preoccupazione delle maggioranze che si sono alternate al Governo è stata quella della quantità e qualità dell'occupazione, con politiche congiunturali tendenzialmente convergenti, se pur non prive di discontinuità. Tant'è che, fra il decreto legislativo attuativo della legge Biagi del 2003 (d.lgs. n. 276/2003) - così chiamata perché ispirata da Marco Biagi, ucciso dalle nuove Brigate rosse nel 2002, e varata sotto il secondo Governo Berlusconi, *leader* di Forza Italia - ed il Jobs Act del 2014-2015 - licenziato dal Governo Renzi, Segretario del PD - corre un filo rosso all'insegna della *flexicurity,* dove però alla crescita della flessibilità all'entrata del rapporto di lavoro non corrisponde una efficace ed effettiva sicurezza nel mercato del lavoro; nonché di una tutela dell'area crescente di lavoro formalmente autonomo ma di fatto subordinato.

Sempre sotto il secondo Governo Berlusconi, un decreto legislativo del 2001 aveva liberalizzato il contratto a termine, ma il decreto legislativo attuativo della legge delega Biagi (d.lgs. n. 276/2003) si spinge molto più in là sulla via della flessibilità in entrata, prevedendo una molteplicità di c.d. rapporti atipici, a cominciare dal varo del lavoro somministrato, tramite la previsione di apposite Agenzie, ed in più con un impegno riformatore assai ampio, tramite la rivisitazione dell'appalto, del distacco del lavoratore, del trasferimento d'azienda, del lavoro a tempo parziale e dell'apprendistato. Si fa carico altresì dell'area grigia fra lavoro autonomo e subordinato, non riconducibile tutta sotto l'articolo 2094 cod. civ., per cui è prestatore di lavoro subordinato colui che presta "il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la

direzione dell'imprenditore", nonostante l'interpretazione estensiva della giurisprudenza.

Mentre, prima, la parte di quella area grigia rimasta fuori dalla definizione dell'articolo 2094 cod. civ. era ricondotta sotto i rapporti di collaborazione concretizzandosi "in una prestazione d'opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato", secondo la dizione originaria dell'articolo 409, n. 3, cod. proc. civ., che ne attribuiva la giurisdizione al giudice del lavoro (si tratta di quella forma di prestazione battezzata dalla dottrina come "para-subordinazione", priva però di qualsiasi tutela sostanziale); ora, col decreto legislativo attuativo della legge Biagi, quelle collaborazioni sono messe al bando, in quanto ritenute elusive, prive come erano di tutela, e, al loro posto, viene varato il "lavoro a progetto", considerato autonomo, in quanto correlato ad un programma di lavoro ben definito nello svolgimento e nell'obbiettivo, con un regime protettivo apposito[12].

Dal decreto legislativo attuativo della legge Biagi non è possibile saltare al *Jobs Act*, senza passare attraverso la legge Fornero del 2012 (n. 92/2012), emanata sotto un Governo tecnico, presieduto da Mario Monti, che inaugura la flessibilità in uscita, e che rompe il tabù dell'intoccabilità dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, lasciandosi alle spalle una disciplina dei licenziamenti individuali,

[12] Sulla fattispecie del lavoro a progetto cfr. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, in *Itinerari d'impresa. Management, Diritto, Formazione*, 2003, n. 3; MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 9, p. 812; TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto nel recente decreto di riforma: appunti da una conferenza*, *Lav. Giur.*, 2004, n. 3, p. 234; PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 87; GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, p. 193; MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Milano, 2009.

ancora applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015. Questa legge - da tener distinta dall'altra legge Fornero, quella sulla riforma delle pensioni (l. n. 214/2011), a tutt'oggi estremamente discussa - combinando una minore flessibilità in entrata e una maggiore flessibilità in uscita, con una revisione dell'articolo 18 dello Statuto estremamente complessa ed articolata, sì da avere una restrizione della tutela c.d. reale (reintegra) a favore di una c.d. tutela obbligatoria (indennità), arriva a dare vita a quattro tipologie di tutela contro i licenziamenti illegittimi che si possono indicare, con un linguaggio convenzionale: tutela reintegratoria piena (commi 1°, 2°, 3°), tutela reintegratoria con indennità limitata (commi 4° e 7°), tutela indennitaria forte (commi 5° e 7°), tutela indennitaria ridotta (comma 6°)[13].

[13] Sulla riforma "Fornero" v. CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pp. 529 ff. e CARINCI F. - MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl. n. 33; CINELLI - FERARRO - MAZZOTTA, *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2013. In particolare, sulla nuova disciplina delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento CARINCI F., *Il legislatore ed il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4, p. 773; CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, *ivi*, 2012, 6, p. 1103; VIDIRI, *La riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 617; CARUSO, *Per un ragionevole, ed apparentemente paradossale, compromesso, sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2012, n. 140; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, p. 1064; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al Convegno nazionale Centro Studi Domenico Napoletano, maggio 2012; MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, p. 535; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 415; CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2012.

9. Ed ecco che, nel corso del biennio 2014-2015, il Governo Renzi vara una radicale riforma all'insegna di una decisa liberalizzazione presentata sotto l'etichetta di *Jobs Act*[14], intesa a significarne la finalità di creazione di posti di lavoro. In apertura viene resa più facile l'utilizzazione del contratto a tempo determinato (l. n. 78/2014 poi d.lgs. n. 81/2015), pur ribadendo che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune di assunzione di un lavoratore subordinato. La legge portante è quella delega al Governo (l.d. n. 183/2014), che punta a realizzare la versione europea della *flexicurity,* accentuando la flessibilità nel rapporto di lavoro, sia in entrata e funzionale, sia in uscita, qui spingendosi ben oltre la legge Fornero, ma al tempo stesso rafforzando la sicurezza nel mercato del lavoro. Seguono i decreti legislativi attuativi della legge delega, che rivedono alcuni articoli dello Statuto dei lavoratori: il 4 (Impianti audiovisivi), il 13 (Mansioni del lavoratore, a rivisitazione dell'articolo 2113 cod. civ.) e il 18 (Reintegrazione nel posto di lavoro), nel senso di escludere l'applicazione di quest'ultimo articolo per il futuro.

A proposito dell'articolo 18, il nuovo regime del licenziamento individuale, che trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, restando fermo per quelli già in forza il testo ridisegnato dalla riforma Fornero, comporta una qual sorta di rivoluzione copernicana:

[14] Sul c.d. Jobs Act CARINCI F., *A proposito del Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 1109 ff.; CARINCI F. (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 48 ed ivi la *Prefazione*; CARINCI F., *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, ivi, e-Book Series n. 32, 2014; ZILIO GRANDI - BIASI, *Commentario alla riforma "Jobs Act"*, Milano, 2016.

la tutela indennitaria diventa la regola, mentre la tutela reale o reintegratoria resta solo una eccezione (d.lgs. n. 23/2015). Questa ultima tutela è ancora applicabile nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio o orale, nonché di un licenziamento disciplinare, in cui sia "direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", formula ambigua, interpretata dalla Cassazione, con giurisprudenza ormai costante, nel senso che sia sufficiente un inadempimento non irrilevante del lavoratore. Mentre in tutti gli altri casi di licenziamento disciplinare ed economico vale una tutela indennitaria che cresce con l'anzianità di servizio, tanto da far parlare il legislatore di "Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti": piena, se per difetto di giustificazione, con una condanna ad una indennità "pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione […] per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità"; ridotta, se per difetto di forma o di procedura, cioè per violazione dei requisiti richiesti per la motivazione o per l'applicazione delle sanzioni disciplinari, con una condanna ad un indennità "pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione […] per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità". È evidente la finalità perseguita dal legislatore, cioè di rendere prevedibile il costo di un licenziamento eventualmente ritenuto dal giudice illegittimo, tanto da essere considerato un classico esempio del condizionamento della *law and economics*, sì da

curvare il diritto a tutto favore del calcolo economico del datore di lavoro[15].

Non è l'ultima parola a proposito dell'articolo 18. Restano da analizzare gli ulteriori ritocchi allo Statuto apportati dal *Jobs Act*, all'insegna di una flessibilità funzionale, dettata dall'evoluzione digitale dell'economia. L'articolo 4 (Impianti audiovisivi) viene rivisto, ribadendo l'esclusione dei controlli diretti a sorvegliare a distanza l'attività dei lavoratori, ricomprendendo negli impianti audiovisivi e altri strumenti tutti i mezzi informatici oggi in uso; ammettendoli esclusivamente in quanto c.d. preterintenzionali, cioè introdotti "per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale", non senza una garanzia procedurale a vari livelli, sindacale, amministrativo e, in ultima istanza, giudiziale. Significativa di un allargamento del potere datoriale, è la nuova previsione secondo cui le informazioni raccolte

[15] Quanto alla disciplina del D. Lgs. n. 23/2015, CARINCI F.- CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in Adapt, *Labor Studies, e-Book series*, 2015, n. 46; GHERA – GAROFALO D., *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015; FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, n. 14, 2015; PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO - PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Torino, 2015, pp. 3 ff e FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in FIORILLO - PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Torino, 2015, pp.103 ff.; PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 393 ff.; MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 256/2015; MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2015, pp. 741 ff.; ZOPPOLI L., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 260/2015.

attraverso i dispositivi installati nel rispetto della garanzia procedurale o gli strumenti impiegati dai dipendenti, sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, quindi anche disciplinari, sempre che sia loro fornita una adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, con l'osservanza comunque della normativa sulla *privacy* (d.lgs. n. 151/2015)[16].

L'articolo 13 (Mansioni del lavoratore) aveva riscritto l'articolo 2103 del cod. civ., sullo *ius variandi* del datore di lavoro, ma ora risulta ulteriormente modificato con la restituzione della sua rubrica originaria "Prestazione di lavoro". La mobilità orizzontale fra diverse mansioni è governata non più dalla regola dell'equivalenza, applicata dalla giurisprudenza in maniera relativamente restrittiva, ma dall'appartenenza di entrambe alla stessa categoria legale, peraltro ormai largamente marginale (impiegati, quadri, operai) e allo stesso livello previsto dalla contrattazione, secondo una escursione assai più ampia, rimessa all'autonomia collettiva. A sua volta la mobilità verticale, se verso mansioni inferiori risulta ora articolata in diverse ipotesi, unilaterale, collettiva e a negoziazione individuale; se verso mansioni superiori, scatta subito il diritto ad un trattamento corrispondente all'attività svolta; mentre il diritto alla promozione matura dopo un periodo rimesso alla contrattazione collettiva,

[16] Sul "nuovo" art. 4 Stat. Lav. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il* Jobs Act: *continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori,* in CARINCI F. (a cura di), *Jobs Act*: *un primo bilancio,* Atti del seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 54, p. 270; MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, p. 1186; SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, p. 589.

eccezion fatta per l'ipotesi in cui la copertura di mansioni superiori da parte del lavoratore sia dovuta alla sostituzione di altro lavoratore avente diritto alla conservazione del posto o per l'ipotesi di una rinuncia effettuata dallo stesso lavoratore (d.lgs. n. 81/2015)[17].

C'è, però, un altro fronte su cui interviene il *Jobs Act*, quello dell'area grigia fra lavoro subordinato ed autonomo (accentuata dall'avvento della *Gig-economy*) sopprimendo il lavoro a progetto della legge Biagi, considerato autonomo con un regime proprio, e riesumando le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409 n. 3, cod. proc. civ. Ma al tempo stesso, consapevole del ritorno all'indietro, essendo le collaborazioni di cui all'articolo 409, n. 3 cod. proc. civ. prive di tutela sostanziale, il legislatore fa un salto in avanti, prevedendo che, "a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", con alcune eccezioni, fra cui la presenza di una disciplina collettiva circa il trattamento economico e normativo contenuta in accordi stipulati da associazioni sindacali

[17] In proposito v. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"-IT, n. 257/2015, p. 6; BROLLO, *Art. 3. Disciplina delle mansioni*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in Adapt Labour studies, e-Book series, 2015, n. 48, p. 29; VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina delle mansioni*, in GHERA – GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 199; MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. Giur.*, 2015, p. 440.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in presenza di particolari esigenze produttive ed organizzative dei relativi settori (articolo 2, d.lgs. n. 81/2015)[18]. Difficile qualificare questa figura come lavoro subordinato o autonomo - se pure, presa alla lettera, sembrerebbe riconducibile alla definizione del lavoro autonomo di cui all'articolo 2094 cod. civ. - tanto che la Cassazione, con una discutibile sentenza sui *riders* Foodora, se l'è cavata considerandola una fattispecie di mera "disciplina", dal momento che le si applica *ex lege* l'intera normativa della subordinazione, senza, peraltro, farsi carico delle difficoltà di una completa trasposizione di tutta questa normativa alla nuova fattispecie (Cass. n. 1663/2020)[19].

[18] Sulla controversa disciplina delle collaborazioni "eterorganizzate" cfr. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente*, cit., pp. 1117 ff.; TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, pp. 155 ff.; NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 267/2015; PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, *ivi*, n. 272/2015; SANTORO-PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 48 p. 16; SANTORO-PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 288/2016; PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 1257 ff.; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 294/2016; TOSI, *Autonomia, coordinamento e subordinazione*, in *Labor*, 2017, p. 245; CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, pp. 961 ff.

[19] Cfr. CARINCI F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Corte*, in *Lav. Diritti Europa*, 2020, 1, pp. 1 e ss.; PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders,* in PERSIANI – MAIO (a cura di), *Nuove tecnologie e crisi della subordinazione*, Inserto in *Giur. It.*, 2020, 7, pp. 1801 ff., con saggi di MAIO, BIASI, D'ADDO. V. altresì i commenti alla pronuncia di MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, pp. 146 ff.; MAZZOTTA, *L'inafferrabile eterodirezione a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, pp. 5 ff. Sulla riconduzione

Il disegno complessivo del *Jobs Act* si compie con un provvedimento che, da un lato, prevede una serie di tutele di carattere civilistico, amministrativo, fiscale e previdenziale di tutti i rapporti di lavoro; dall'altro, disciplina lo *smart working*, come risposta al venir meno del vincolo spazio-temporale dovuto alla informatizzazione dell'attività lavorativa. Ribattezzata in Italia come "lavoro agile", tale figura si concretizza in un patto allegato al contratto di lavoro subordinato, che prevede l'esecuzione della prestazione anche all'esterno dei luoghi di lavoro, senza necessità di una postazione fissa, ma con un contestuale accordo sull'esercizio dei poteri datoriali nell'esecuzione del patto (l. n. 81/2017)[20].

Non è tutto, perché lo stesso *Jobs Act* interviene a modificare l'articolo 409, n. 3 cod. proc. civ., con lo stabilire che la dizione precedente per cui sono sottoposte al giudice del lavoro le controversie relative a "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato", come tali classificabili di lavoro autonomo, vada completata. Vi è

dei lavoratori della *Gig economy* all'art 2, d. Lgs. n 81/2015 cfr. DE LUCA TAMAJO, *Nota a Corte d'Appello Torino sulla natura del rapporto di lavoro dei ciclofattorini di Foodora*, in *Lav. Dir. Europa*, 2019, n. 1, ove ampia nota 2 sui commenti della dottrina a Trib. Torino 7 maggio 2018.

[20] In proposito v. SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n 327/2017; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*,, n 335/2017; ZILIO GRANDI - BIASI, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018, pp. 461 ff.; GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo, agile, occasionale*, Bergamo, 2018, parte III, pp. 345 ff.; BROLLO, *Verso il lavoro "anytime, anywhere"*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli - Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Torino, 2018, II, pp. 917 ff.

aggiunta, infatti, la precisazione per cui "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo delle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa" (articolo 15, l. n. 81/2017). Il che ha una duplice conseguenza: da un lato, elimina definitivamente le collaborazioni coordinate e continuative, prive di tutela sostanziale, di cui al vecchio testo dell'articolo 409, n. 3, così come riesumate dal d.lgs. n. 81/2015, contestualmente alla soppressione del lavoro a progetto; dall'altro, col nuovo testo dell'articolo 409, n. 3, pone un limite all'espansione verso l'alto delle collaborazioni di cui all'articolo 2 d.lgs. n. 81/2015: se l'organizzazione spetta al committente, trattasi di lavoro che, pur non essendo qualificabile come subordinato ai sensi dell'articolo 2094 cod. civ. è disciplinato come tale, salvo l'adattamento necessario; quando tocca al collaboratore, è regolato come autonomo.

10. A conferma dell'andamento pendolare della legislazione, c'è da dire che il nuovo Governo Movimento 5Stelle/Lega, battezzato giallo-verde, con a Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte, emana il c.d. decreto dignità (d.l. n. 87/2018, convertito in l. n. 96/2018 destinato a contrastare l'eccesso di liberalizzazione imputato al *Jobs Act)*. Tale intervento, da un lato, irrigidisce il ricorso al contratto a tempo determinato, rendendolo difficile, così particolarmente esposto ad essere convertito in contratto a tempo indeterminato; dall'altro, estende l'indennità contemplata dal contratto a tutele crescenti, portandola da un minimo di 6 ad un massimo di 36 mensilità, senza, peraltro, mutarne la cadenza legata

all'anzianità di servizio. Sarebbe toccato a due successive sentenze della Corte costituzionale smontare tale cadenza, sì da privarla della sua *ratio*, di rendere prevedibile il costo di un licenziamento illegittimo: in forza di Corte cost. n. 194/2018 e di Corte cost. n. 150/2020, spetta al giudice decidere quale indennità liquidare al lavoratore destinatario di un licenziamento risultato privo di giustificazione, fra le 6 e le 36 mensilità, oppure viziato formalmente o proceduralmente, fra le 2 e le 12 mensilità, senza ancorarla esclusivamente al maturare dell'anzianità di servizio, che pur resta la prima da tenere presente [21].

Non è tutto, perché una volta cambiato il Governo, sempre nella stessa legislatura, con l'avvento di una alleanza 5Stelle/Pd, pur sempre guidata da Giuseppe Conte, come Presidente del Consiglio dei Ministri, si ritorna sulla copertura dell'area grigia fra lavoro autonomo e subordinato, con una attenzione concentrata sulla rivoluzione digitale, passibile di produrre, oltre a lavoro sofisticato, anche lavoro precario. La fattispecie di collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 2 d.lgs. n. 81/2015 viene riscritta dal D.l. n. 101/2019 (convertito nella l. n. 128/2019), sì da risultare come segue: si "applica la disciplina del lavoro subordinato ai

[21] Cfr. CARINCI F., *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte Costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, pp. 897 ff.; TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale ed il suo "dopo"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, p. 244; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2018, p. 634; PERSIANI, *La sentenza della Corte Cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale,* in *Lav. Dir. Europa,* 2019, n 1; TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 1, pp. 256 nonché ZOPPOLI L., *Il licenziamento decostituzionalizzato: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta,* entrambi pubblicati in *Dir. Rel. Ind.,* 2019, 1, 277.

rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni del presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate anche mediante piattaforme digitali"[22].

Ora, basta un semplice confronto letterale fra la vecchia e la nuova dizione, dove la parola "esclusivamente" è sostituita da "prevalentemente" e l'espressione "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro" viene eliminata, per accorgersi della dilatazione della fattispecie assoggettata alla normativa della subordinazione: spazia ben oltre la definizione di lavoratore subordinato dell'articolo 2094 cod. civ.; e viene delimitata, più che mai, da quella del lavoratore autonomo del nuovo articolo 409, n.3, cod. proc. civ., sempre sulla base della differenza fra etero-organizzazione e auto-organizzazione, peraltro resa ancora più difficile.

Riconducibile alla presa d'atto della diffusione della informatizzazione è l'aggiunta per cui la fattispecie in parola vale anche qualora l'organizzazione effettuata dal committente avvenga tramite piattaforme digitali. Sempre in tale prospettiva si colloca l'aggiunta di un Capo V-*bis*, rubricato "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali", di cui si discute circa la riconducibilità o meno della disciplina ivi prevista alla fattispecie di cui al rivisitato articolo 2. Senza aprire una parentesi, mi limito a confermare la mia

[22] Sulle modifiche apportate dal D.L. n. 191/2019 TOSI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel decreto crisi,* in *Guida al Lavoro,* 2019, n. 47, pp. 10 ff.; PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2019, n. 4, pp. 163 ff.

interpretazione, per cui tale disciplina, assai ridotta rispetto a quella della subordinazione, si applicherebbe proprio ai *riders*, in ragione del carattere peculiare della loro attività.

Un appunto merita il diritto del lavoro dell'emergenza Covid 19, che ha carattere largamente congiunturale, di difesa rigida del posto di lavoro, con un largo ricorso alla Cassa integrazione, che permette di mantenere formalmente il rapporto pur in assenza di prestazione, percependo una indennità a carico della Cassa; nonché con il blocco dei licenziamenti a tutto l'anno in corso.

11. Un discorso alquanto più breve può essere fatto passando dal diritto del rapporto individuale a quello sindacale, che ha conosciuto un peculiare provvedimento legislativo durante il terzo Governo Berlusconi, presentato come "promozionale", ma rifiutato esplicitamente dalle tre Confederazioni sindacali, in quanto volto a incidere sulla struttura negoziale definita a livello interconfederale, e a consentire una ampia possibilità di deroga alla normativa collettiva categoriale e legislativa da parte dei contratti decentrati. Esaurita la spinta positiva del Protocollo del luglio 1993, che aveva contribuito a far scendere il tasso di inflazione, ma in forza di una inflazione programmata sempre inferiore a quella effettiva, sì da penalizzare le retribuzioni, si trattava di agganciarle all'inflazione effettiva, secondo una soluzione compromissoria fra Cgil e Cisl, portate a privilegiare la contrattazione categoriale e, rispettivamente, aziendale.

Così l'accordo interconfederale quadro "unitario" del 28 giugno 2011, si preoccuperà di rendere unica, secondo una procedura

democratica, la approvazione da parte dei lavoratori dei contratti collettivi nazionali e aziendali; e di riservare agli stessi contratti collettivi nazionali la facoltà di autorizzare quelli aziendali a prevedere "specifiche intese" derogatorie rispetto alle discipline di categoria. A questo punto il ministro del lavoro credette di poter forzare la decentralizzazione contrattuale verso l'azienda, con l'articolo 8 del D.l. n. 138/2011 (convertito nella l. n. 148/2011), che non solo legittima, ma dota di efficacia generale le "specifiche intese", realizzate da contratti collettivi c.d. di prossimità, territoriali e aziendali, stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, sempre se sottoscritte dalle loro rappresentanze aziendali "sulla base di un criterio maggioritario", con una ampia facoltà di deroga rispetto non solo alla disciplina contrattuale, ma anche alla normativa legale. Snobbato ufficialmente dalle tre Confederazioni, per il fatto di incidere sulla struttura contrattuale definita in via autonoma e per violare la regola principe della normale inderogabilità della normativa legale, questo articolo 8 ha avuto una specie di *revival* nascosto nelle situazioni di crisi, in cui la finalità primaria resta sempre quella della difesa dell'occupazione, anche a costo di qualche rinuncia alla tutela della legge.

Costituisce una lunga storia, che non è possibile ripercorrere qui neppure in misura sintetica, quella percorsa dalle tre Confederazioni per aggiornare il sistema di contrattazione collettiva delineato dal Protocollo del '93, culminati nell' accordo interconfederale del 10 gennaio 2014, c.d. Testo unico sulla rappresentanza sindacale, seguito dall'accordo interconfederale del luglio 2017 di "modifica

del TU rappresentanza 10 gennaio 2014"[23]. Solo che, parafrasando una frase del mio maestro Federico Mancini, l'accordo può molto, ma non tutto, restando limitato agli iscritti; tanto è che sembra definitivamente tramontata l'opposizione ad una legge sindacale anche da parte della Cisl, solo che si vorrebbe non quella prevista dall'articolo 39, co. 2 ss., Cost., inattuata ma tutt'ora vigente, bensì quella ispirata dal c.d. TU sulla rappresentanza sindacale. Cosa, questa, impraticabile, a meno che la Corte costituzionale non muti radicalmente la sua giurisprudenza circa la impraticabilità di qualsiasi via alternativa a quella di cui all'articolo 39, co. 2 ss. per fare acquisire alla contrattazione collettiva efficacia *erga omnes*. Di certo la Corte ha dato via libera a qualche eccezione, ma sempre con una argomentazione costruita a stretta misura della norma sottopostole, sì da non far presagire niente di più.

12. Devo ammettere che il percorrere l'itinerario sopra delineato richiede molto al lettore, ma credo che serva anzitutto a dar atto del carattere congiunturale del diritto del lavoro, che pur perseguendo ormai l'unico scopo di creare una occupazione maggiore o migliore, coniuga in maniera diversa la regola della *flexicurity*,

[23] Sul c.d. Testo Unico sulla rappresentanza sindacale CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, WP C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona". IT, 2014, n. 205; CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, in Adapt Labour studies, e-Book series, 2014, n. 26; TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, I, pp. 1 ff.; sui più recenti Accordi e Intese, TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, n. 6; TREU, *L'accordo interconfederale del 28.02.2018 sulle relazioni industriali e la contrattazione collettiva: alcune prime riflessioni*, in *Lavorosì*, 2018, in http://lavorosi.it

senza alcuna previa ipoteca ideologica, se è vero che le scelte più liberaleggianti sono state quelle sotto il secondo Governo Berlusconi di centro-destra (legge Biagi) e sotto il Governo Renzi di centrosinistra (*Jobs Act*). E non è detto che la politica economica sia stata profondamente diversa, in una Italia in perenne lotta col suo *deficit* e col suo debito, sì che farvi derivare automaticamente la legislazione lavoristica risulta perlomeno eccessivo. Così che una certa dottrina pronta sempre a dedurre da una stagione legislativa una svolta storica al servizio della *law and economics* finisce per essere smentita dalla stagione immediatamente successiva.

Lo Statuto dei lavoratori, sia pure coi due articoli che costituivano la base dell'anima costituzionale (articolo 18) e dell'anima promozionale (articolo 19) ampiamente manomessi, è ancora vivo e vegeto, anzi ha allargato il suo ambito di applicazione non solo al lavoro pubblico privatizzato ma anche alle collaborazioni di cui all'articolo 2, così come modificato, del d.lgs. n. 81/2015, dato che pur non essendo qualificate come di lavoro subordinato, sono soggette alla relativa disciplina. Questo formalmente, perché, poi, il lavoro pubblico privatizzato ha un regime tutto suo, non solo per il diritto sindacale, ma anche per il rapporto individuale, diventato quest'ultimo nel corso degli anni ancor più differenziato rispetto a quello del rapporto di lavoro privato; e, a loro volta, le collaborazioni di cui al citato articolo 2, sono difficilmente riconducibili sotto lo Statuto, il quale presuppone lo svolgimento dell'attività lavorativa in un assetto spazio-temporale ben definito.

Bibliography

AA.VV., *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quaderni Arg. Dir. Lav.*, 1996, n. 1;

ALAIMO - DE LUCA TAMAJO, *Rappresentanza sindacale aziendale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1986, p. 609, in part. p. 615;

BAGLIONI, *Sindacati e rappresentanze di fabbrica*, *ibidem*, 1971, p. 45;

BELLOCCHI, *La libertà sindacale*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da CARINCI F. e PERSIANI, Padova, 2014, p. 3.

BELLOMO, *Il sindacato nell'impresa*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato. Il lavoro subordinato*, Torino, 2007;

BROLLO, *Art. 3. Disciplina delle mansioni*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, in Adapt Labour studies, e-Book series, 2015, n. 48, p. 29;

BROLLO, *Verso il lavoro "anytime, anywhere"*, in AA. VV., *Giuseppe Santoro Passarelli - Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, Torino, 2018, tomo II, pp. 917 ff.;

CARABELLI, *Le rsa dopo il referendum tra vincoli comunitari e prospettive di partecipazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, pp. 21 ff.;

CARINCI F. et al., *Il rapporto di lavoro subordinato*, X ed., Milano, 2019;

CARINCI F., *Lo Statuto dei lavoratori: un parto cesareo*, in *Lav. Dir. Europa*, 2020, 2, pp. 1 ff.

CARINCI F. (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 48;

CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2014, n. 26;

CARINCI F., *A proposito del Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 1109 ff.;

CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavor*o, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pp. 529 ff.;

CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 182, 2013;

CARINCI F., *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 2, pp. 333 ff.;

CARINCI F., *Il legislatore ed il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4, p. 773;

CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, WP C. S. D. L. E. "Massimo D'Antona". IT, 2014, n. 205;

CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, p. 1103;

CARINCI F., *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, ADAPT Labour Studies e-Book Series n. 32, 2014;

CARINCI F., *La rappresentatività sindacale e i conflitti di lavoro secondo la Corte Costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 1989, p. 477;

CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, pp. 961 ff.;

CARINCI F., *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte Costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, pp. 897 ff.;

CARINCI F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Corte*, in *Lav. Diritti Europa*, 2020, 1, pp. 1 e ss.

CARINCI F.- CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in Adapt, *Labor Studies, e-Book series*, 2015, n. 46;

CARINCI F.- MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl. n. 33;

CARUSO, *La Corte costituzionale tra Don Abbondio e Il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sentenza n. 231/13*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, pp. 901 ff.;

CARUSO, *Per un ragionevole, ed apparentemente paradossale, compromesso, sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2012, n. 140;

CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2012;

CINELLI - FERRARO - MAZZOTTA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2013;

CORSO, *I diritti sindacali*, in PERSIANI e CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro. Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Padova, 2014;

CRAVERI, *Sindacato ed istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977, pp. 321 ff.;

DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro «a progetto»*, in *Itinerari d'impresa. Management, Diritto, Formazione*, 2003, n. 3;

DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, p. 1064;

DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2018, p. 634;

DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, pp. 45 ff.;

DE LUCA TAMAJO, *Nota a Corte d'Appello Torino sulla natura del rapporto di lavoro dei ciclofattorini di Foodora*, in *Lav. Dir. Europa*, 2019, n. 1.

DELL'OLIO – GAROFALO M.G. - PERA, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, pp. 657 ff.;

FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quad. Arg. Dir. Lav.*, n. 14, 2015;

FERRARO et al., *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983, pp. 156 ff.;

FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in FIORILLO-PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Torino, 2015,103 ff.;

FRENI - GIUGNI, Lo *Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, pp. 115 ff.;

GAETA, *L'ibrida natura giuridica del procedimento per repressione della condotta antisindacale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pp. 214 ff.;

GARAVINI, *Strutture dell'autonomia operaia sul luogo di lavoro*, in *Quad. Rass. Sind.*, 1969, p. 19;

GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pp. 19 ff.

GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo, agile, occasionale*, Bergamo, 2018, parte III, pp. 345 ff.;

GAROFALO M. G., *Lo Statuto dei lavoratori*, diretto da GIUGNI, Milano, 1979, pp. 455 ff.;

GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, p. 193;

GHERA – GAROFALO D., *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015;

GHEZZI et al., *Statuto dei diritti dei lavoratori* in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1972;

GIUGNI, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, p. 359;

GIUGNI, *Libertà sindacale*, in *Dig. Utet*, IX, Torino, 1993, p. 17;

GIUGNI, *Sub art. 39*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, artt. 35-40*, Bologna-Roma, 1979, pp. 257 ff.;

GRANDI, *Contratto collettivo di diritto comune, rappresentanza sindacale e Commissione interna*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1965, II, pp. 42 ff.;

ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al Convegno nazionale Centro Studi Domenico Napoletano, maggio 2012;

ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo i referendum*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, I, p. 113;

LAMBERTUCCI, *La disciplina dei "controlli a distanza" dopo il* Jobs Act: *continuità e discontinuità con lo Statuto dei lavoratori,* in CARINCI F. (a cura di), *Jobs Act*: *un primo bilancio,* Atti del seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, Adapt, *Labor Studies, e-Book series*, 2016, n. 54, p. 270;

LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"-IT, n. 257/2015, p. 6;

LUNARDON, *La condotta antisindacale nell'impiego privato*, in LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in PERSIANI – CARINCI F. (diretto da) *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2011, pp. 647 ff.;

MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 294/2016;

MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 256/2015;

MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Milano, 2009;

MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, p. 535;

MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, p. 1186;

MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo* erga omnes, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1963, pp. 570 ff.;

MARESCA, *Costituzione della rsa e sindacati legittimati*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pp. 1298 ff.;

MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 415;

MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2020, pp. 146 ff.;

MARIUCCI, *Il sindacato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1988, I, p. 331;

MAZZOTTA, *I diritti sindacali nell'impresa*, Torino, 2010;

MAZZOTTA, *L'inafferrabile eterodirezione a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, pp. 5 ff.;

MENGONI, *Il regime giuridico delle organizzazioni professionali nei paesi membri della CECA*, in *CECA*, Lussemburgo, 1966, pp. 464 ff.;

MEUCCI, *Costituzione e natura delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, p. 279;

MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. Giur.*, 2003, n. 9, p. 812;

MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. Giur.*, 2015, p. 440;

MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2015, pp. 741 ff.;

NAPOLI, *Conflitto e consenso*, Roma, 1983, pp. 42 ff.

NAPOLI, *Le rappresentanze sindacali aziendali al lume della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 167 ff.;

NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 267/2015;

PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 512 ff..;

PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, p. 43;

PERSIANI, *La sentenza della Corte Cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale,* in *Lav. Dir. Europa,* 2019, n 1;

PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 1257 ff.;

PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pp. 393 ff.;

PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders,* in PERSIANI - MAIO, *Nuove tecnologie e crisi della subordinazione*, Inserto in *Giur. It.*, 2020, 7, pp. 1801 ff.;

PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO - PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Torino, 2015, 3;

PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 87;

PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 272/2015;

PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d. lgs. n. 81/2015,* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, n. 4, pp. 163 ff.

PESCHIERA (a cura di), *Le Commissioni interne, Sindacato, Industria e Stato nel dopoguerra. Storia delle relazioni industriali in Italia dal 1943 al 1948*, Firenze, 1976, pp. 358 ff.;

PESSI, *Le regole della rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *Dir. Lav.*, 1995, p. 435;

PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: il dialogo della Corte con il Legislatore tra supplenza e monito*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 3442 ff.;

PESSI, *Sub art.* 19, in PROSPERETTI U. (a cura di), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, II, pp. 1036 ff.;

RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, 1999;

ROMAGNOLI, *La garanzia costituzionale del dissenso sindacale*, in *Giur. Cost.*, 2013, pp. 3436 ff.;

RUSCIANO, *Sindacato «firmatario» o «trattante», purché «rappresentativo»*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, pp. 517 ff.;

SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, p. 589;

SANTORO-PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 45, p. 16;

SANTORO-PASSARELLI G., *La partecipazione alle trattative nuovo criterio selettivo del sindacato per costituire le rsa e l'applicazione dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *Foro It.*, 2013, I, c. 3372 ff.;

SANTORO-PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n 327/2017;

SANTORO-PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 288/2016;

SANTORO-PASSARELLI G., *Sulla costituzionalità del nuovo art. 19 legge n. 300 del 1970*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 4, 1997, pp. 145 ff.

SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, VIII, 1998, pp. 2 ff.;

SCOGNAMIGLIO, *Libertà sindacale, diritto di sciopero e partecipazione*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di SCOGNAMIGLIO, Milano, 1978, pp. 111 ff.;

TAMBURRINO, *Ancora sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori: concetto di rappresentatività e strutture delle rappresentanze sindacali aziendali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1977, p. 345;

TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione,* in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n 335/2017;

TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto nel recente decreto di riforma: appunti da una conferenza*, *ivi*, 2004, n. 3, p. 234;

TOSI, *Autonomia, coordinamento e subordinazione*, in *Labor*, 2017, p. 245;

TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2017, n. 6;

TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, I, pp. 1 ff.;

TOSI, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, n. 6, pp. 1117 ff.;

TOSI, *L'esito referendario e i suoi effetti sulle relazioni industriali in azienda*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, I, pp. 43 ff.;

TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale ed il suo "dopo"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, p. 244;

TOSI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel decreto crisi,* in *Guida al Lavoro,* 2019, n. 47, pp. 10 ff.;

TOSI, *Avventure della rappresentatività sindacale "effettiva" dopo Corte costituzionale 231/2013*, in *Nuovo Notiz. Giur.*, 2014, pp. 423 ff.;

TREU, *L'accordo interconfederale del 28.02.2018 sulle relazioni industriali e la contrattazione collettiva: alcune prime riflessioni*, in Lavorosì, 2018, in http://lavorosi.it

TREU, *Condotta antisindacale ed atti discriminatori*, Milano, 1974;

TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, pp. 155 ff.;

TREU, *Statuto dei lavoratori*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1041 ff.;

TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 1, 256;

VIDIRI, *La riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, p. 617;

VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina delle mansioni*, in GHERA-GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 199;

ZILIO GRANDI-BIASI, *Commentario alla riforma "Jobs Act"*, Milano, 2016.

ZILIO GRANDI-BIASI, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano, 2018, pp. 461 ff.;

ZOPPOLI A., *Art. 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza n. 231/2013*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, pp. 333 ff.;

ZOPPOLI L., *Il licenziamento decostituzionalizzato: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 1, 277.

ZOPPOLI L., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato,*

tecnica del bilanciamento, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 260/2015;

Decision

Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54
Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 231
Corte Cost. 9 novembre 2018, n. 194
Corte Cost. 24 giugno 2020, n. 150

A PREVIDÊNCIA SOCIAL PERANTE OS RISCOS DA GLOBALIZAÇÃO: O CONTÁGIO DA COVID-19 E A NOÇÃO ITALIANA DE RISCO PROFISSIONAL*

SOCIAL SECURITY BEFORE THE RISKS OF GLOBALIZATION: THE COVID-19 CONTAGION AND THE ITALIAN NOTION OF PROFESSIONAL RISK

Giuseppe Ludovico**

Sumário: 1. A previdência social e o risco de contágio da Covid-19 como risco da "modernidade". – 2. Da teoria do risco profissional ao conceito de "acidente de trabalho" na previdência social. – 3. O contágio Covid-19 e o fator da "causa violenta" da noção de acidente de trabalho. – 4. O contágio Covid-19 e a evolução do conceito de "ocasião de trabalho". – 5. O art. 42 do decreto lei de 17 de março de 2020, n.° 18 e a assimilação explícita do contágio da Covid-19 ao acidente de trabalho. – 6. A interpretação administrativa do art. 42 entre a exigência de proteção e a tentativa de seleção dos eventos: um regresso ao conceito de risco específico ou agravado? – 7. Conclusão.

* Gostaria de agradecer a Procuradora Federal Elisa Correa Silva pela gentileza e disponibilidade na revisão linguística do artigo. Naturalmente qualquer erro ou lapso são da minha inteira responsabilidade.

** Professor de Direito do Trabalho e da Previdência Social nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Milão. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Bolonha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Parma. Graduado em Direito pela Universidade de Milão. Coordenador do Curso de Doutorado em Direito Comparado, Processual Civil e da Empresa da Universidade de Milão. Coordenador Didático do Curso de Especialização para Advogados Trabalhistas da Universidade de Milão. Membro da Associação Italiana de direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro correspondente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Certificação dos Contratos de Trabalho da Universidade de Roma Ter. Advogado.

Resumo:

A epidemia de Covid-19 é um exemplo típico de risco da modernidade de natureza global e social. Este risco levantou uma série de questões interpretativas no debate italiano, particularmente no que diz respeito à possibilidade de qualificar o contágio como acidente de trabalho. A questão é de extrema importância do ponto de vista teórico e também prático e envolve aspetos delicados relativos ao significado do requisito da ocasião de trabalho e, mais genericamente, à função própria do seguro social contra acidentes de trabalho e doenças profissionais após mais de um século de elaboração doutrinal e jurisprudencial. O artigo visa investigar as diferentes questões relacionadas com a qualificação do contágio como acidente de trabalho na perspetiva da função de proteção social dos trabalhadores que o seguro contra os acidentes no trabalho deve continuar a desempenhar perante os riscos da modernidade.

Abstract:

The Covid-19 epidemic is a typical example of a risk global and social of the modernity. This risk has raised many questions of interpretation in the Italian debate, especially regarding the possibility of qualifying the contagion as accident at work. The is-sue is of extreme importance from a theoretical and applicative point of view and involves delicate aspects concerning the meaning of the accident at work and, more generally, the function of social insurance against accidents at work and occupational diseases after more than a century of doctrinal and jurisprudential elaboration. The essay aims to investigate the various problems relating to the qualification of contagion as an accident at work in the perspective of the social protection function of the workers that the insurance against accident at work must continue to perform facing the risks of modernity.

1. A epidemia de Covid-19, além de representar uma emergência sanitária, constitui sobretudo um evento gerador de necessidades individuais e coletivas que põem diretamente em causa os diversos instrumentos de proteção previstos pelo sistema de seguridade social.

Pelo menos no sistema jurídico italiano, a estratégia utilizada pelo Governo para responder à emergência social não precisou criar novas formas de proteção social para os trabalhadores, baseando-se

na utilização dos instrumentos já previstos pelo sistema jurídico[1], alargando os seus âmbitos de modo a garantir a proteção contra as consequências da interrupção do trabalho causada pela infeção ou aplicação de medidas de quarentena.

Entre as proteções sociais aplicadas pelo legislador italiano, um papel indubitavelmente importante deve ser atribuído ao seguro social contra acidentes de trabalho e doenças profissionais, tendo em conta, principalmente, a incidência particular que a atividade laboral assumiu na propagação da infeção.

Porém, a questão mais relevante no plano jurídico é que o risco de contágio da Covid-19 tem características profundamente diferentes daquelas dos riscos profissionais aos quais estamos acostumados desde o início da revolução industrial.

De facto, o contágio de Covid-19 apresenta-se como um risco completamente novo que poderíamos definir como *geral*, porque afeta indiscriminadamente qualquer pessoa, e de natureza *social*, porque atinge a sociedade no seu conjunto e na sua essência mais íntima como contexto organizado de relações subjetivas. Ao propagar-se através de contactos entre as pessoas, o contágio do Covid-19 representa um risco que se identifica com qualquer manifestação da vida social, com a consequência de que a própria sociedade se torna instrumento de transmissão do vírus.

Qualquer relação pessoal – de família ou amizade, até os contatos ocasionais ou mesmo fortuitos – pode representar um possível veículo para a propagação do vírus, de modo que também o

[1] Assim Maurizio Cinelli, Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine, pensando al dopo, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, pp. 301 ss..

lugar de trabalho se torna uma área potencial de contágio, mas apenas no seu aspeto "social" como lugar de provável contacto entre pessoas.

Para compreender melhor o significado e a natureza deste tipo de risco, é necessário voltar a atenção para as elaborações de Ulrick Beck que cunhou a famosa definição de "Sociedade de risco" para descrever a marcada tendência da sociedade contemporânea na produção de "ameaças globais supranacionais" como consequência do desenvolvimento e da modernização da sociedade industrial[2]. A passagem da lógica de distribuição da riqueza típica da sociedade industrial para a de distribuição dos riscos da sociedade moderna depende do facto de que "no processo de modernização com o crescimento exponencial das forças produtivas, os riscos e os potenciais autodestrutivos são libertados em dimensões até hoje desconhecidas"[3]. Isto não significa que o problema da distribuição da riqueza tenha sido definitivamente resolvido, pelo contrário, pode-se afirmar que a desigualdade no acesso aos recursos piorou em muitos aspetos, mas que «os conflitos sociais típicos de uma "sociedade de distribuição de riqueza" começam a intersectar-se com os de uma "sociedade de distribuição de risco"»[4].

[2] Ulrick Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Carrocci, Roma, 2013 (título original *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne,* Suhrkamp Verlag AG, Frankfurt, 1986). Por razões de espaço e de limites temáticos não é possível dar conta da evolução do debate sociológico sobre o conceito de risco na sociedade contemporânea, que foi largamente influenciado não só pelas teses de Beck, mas também pelas de Anthony Giddens, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1994. Para uma reconstrução do debate sociológico jurídico ver Giuseppe Campesi, Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio, *Sociologia del Diritto*, 2014, pp. 35 ss., onde constam mais referências de doutrina.

[3] Ulrick Beck, *La società del rischio*, p. 25.

[4] Ulrick Beck, *La società del rischio*, p. 27.

Estes riscos distinguem-se dos aparentemente semelhantes do passado pela sua "natureza global" e pela "modernidade" das suas causas, no sentido de que são "riscos da modernização", decorrentes do desenvolvimento descontrolado da industrialização. Segundo Beck, em comparação com os riscos profissionais tipicamente associados à industrialização, estes riscos de modernidade já não estão ligados ao lugar da fábrica[5], assumindo uma dimensão global em comparação à qual os riscos profissionais do passado "pertencem a outra época", podendo-se dizer que "na sociedade do risco, as consequências desconhecidas e não intencionais tornam força dominante na história e na sociedade"[6].

Nessa perspetiva, portanto, a epidemia de Covid-19 pode certamente ser incluída entre os riscos da modernidade, não tanto pela infeção viral em si, uma vez que os vírus sempre acompanharam a evolução da espécie humana, mas sim para a dimensão global do contágio que constitui a conotação principal da sociedade do risco, que pela sua própria natureza é sobretudo "uma sociedade planetária do risco"[7].

O sociólogo alemão obviamente não se referia à pandemia de Covid-19, dado que o conceito de *Risikogesellschaft* foi inspirado pelos riscos ligados à utilização da energia nuclear, mas suas reflexões oferecem contudo uma lição preciosa para tentar enquadrar o risco do contágio de Covid-19 no sistema de proteção contra os riscos profissionais.

[5] Para uma análise mais ampla e aprofundada das diferentes consequências destas transformações para o direito do trabalho, ver Paolo Tomassetti, *Diritto del lavoro e ambiente,* Adapt University Press, 2018, pp. 23 ss..

[6] Ulrick Beck, *La società del rischio*, p. 29.

[7] Ulrick Beck, *La società del rischio*, p. 30.

2. Tendo em conta as considerações anteriores e as características particulares do risco de contágio, a primeira questão que se levanta é determinar se o conceito previdenciário de risco profissional no âmbito do seguro social contra os acidentes no trabalho e as doenças profissionais é suficientemente amplo e elástico para incluir a infeção por Covid-19.

Trata-se evidentemente de uma questão de importância crucial não só para o número considerável de trabalhadores que contraíram o vírus em razão do desempenho da atividade de trabalho, mas sobretudo no plano teórico, a fim de compreender se os conceitos fundamentais da seguridade social têm a capacidade de evoluir de acordo com a difusão dos riscos da modernidade.

No debate italiano e, de forma mais geral, europeu, o conceito de *risco profissional* foi desenvolvido pela primeira vez no final do século XIX para justificar a introdução do seguro obrigatório contra os acidentes no trabalho e as doenças profissionais. Em verdade, no pensamento da doutrina que elaborou o conceito, o risco profissional deveria representar um critério de imputação da responsabilidade civil para os danos provocados aos trabalhadores durante a atividade de trabalho[8]. A teoria do risco profissional – como foi então definida – foi o ponto mais avançado do debate da época[9], e representou a primeira tentativa de elaboração teórica do que hoje se definiria

[8] Guido Fusinato, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, ID., *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II, pp. 27 ss..

[9] Neste sentido Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 417. Sobre el ponto ver também Giuseppe Ludovico, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 7 ss..

como responsabilidade objetiva pelo risco empresarial, à qual só mais tarde a doutrina consagrará mais atenção[10].

Contrariamente à hipótese originária, porém, no sistema jurídico italiano a teoria do risco profissional não levou à introdução de um novo critério de imputação da responsabilidade civil do empregador. No debate parlamentar prevaleceu a ideia de que a proteção do trabalhador deveria ser confiada exclusivamente ao instrumento "social" do seguro obrigatório, deixando inalterado o critério de imputação da responsabilidade civil. Nesta lógica o risco profissional assumiu a única função de justificar politicamente a imposição ao empregador de um seguro obrigatório que protegesse o trabalhador também contra os acontecimentos não relacionados com o critério inalterado da culpa.

Na transição do âmbito inicial da responsabilidade civil para a dimensão social do seguro, o risco profissional despojou-se assim do seu significado civil originário, transformando-se simplesmente na justificação teórica de um seguro que não tinha qualquer relação com as regras inalteradas da responsabilidade civil[11].

É nesta perspetiva que, após contínuas negociações[12], o seguro obrigatório contra os acidentes no trabalho foi introduzido na ordem jurídica italiana pela Lei n.º 80 de 17 de março de 1898.

---

[10] Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva,* Giuffrè, Milano, 1961.

[11] Ver Giuseppe Ludovico, *Tutela previdenziale*, p. 28; Lorenzo Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986, pp. 141 ss.; Lorenzo Gaeta, L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano, *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali,* 1992, p. 15; Gian Guido Balandi, Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale", *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1976, III, pp. 98 ss.; Vincenzo Marino, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro,* F. Angeli, Milano, 1990, p. 29.

[12] Ver Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana,* pp. 447 ss.

Uma vez "transformado em risco social" [13] a teoria do risco profissional tinha perdido o seu significado inicial em termos de critério de direito civil de imputação objetiva do acidente[14], para chegar a uma perspetiva teórica completamente nova que consagrou o nascimento na Itália da previdência social[15].

A função previdenciária do seguro obrigatório é ainda hoje expressa pela noção fundamental de acidente no trabalho inicialmente prevista pelo art. 7 da Lei n.º 80 de 1898 e agora contida de forma idêntica no art. 2 do Decreto Presidencial n.º 1124 de 30 de Junho de 1965 (T.U.), que prevê que o seguro social cobre qualquer acidente lesivo ocorrido em "ocasião de trabalho" e por "causa violenta".

Esta definição delimita assim um conceito de risco que ultrapassa os limites da responsabilidade civil, mesmo de natureza objetiva[16], ignorando a gravidade do risco sem distinguir os fatores causais do evento, mas reconhecendo uma importância unitária – em moldes semelhares as outros seguros sociais – às componentes etiológicas do evento fortuito, da força maior, do facto do terceiro, da conduta dolosa e culposa do empregador e a conduta culposa do trabalhador segurado[17].

---

[13] Assim François Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1989, p. 334.

[14] Cfr. Mattia Persiani, Il rischio professionale, in *Il rischio professionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 19.

[15] Giuseppe Ludovico, *Tutela previdenziale*, p. 51.

[16] Cfr. Giuseppe Marando, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro,* Giuffrè, Milano, 2003, p. 111.

[17] Sobre este ponto, ver Giuseppe Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Giuffrè, Milano, 2002, pp. 191 ss; Pasquale Acconcia, Silvano Piccininno, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali (assicurazione contro gli), Novissimo Digesto Italiano,* App., Vol. IV, Utet, Torino, 1983, p. 245; Giuseppe Marando, *Responsabilità,* pp. 56 ss.

Esta noção unitária de evento representa, portanto, a característica fundamental do seguro obrigatório[18] que exprime a sua função previdenciária típica, distinguindo a sua disciplina das regras de responsabilidade civil[19].

O conceito de risco a que o legislador se refere, portanto, não está ligado à maior probabilidade do evento imputável à empresa, mas ao risco de acidente que acomete ao trabalhador no desempenho da atividade, assumindo relevância qualquer acontecimento que, independentemente da gravidade do risco, ocorra em "ocasião do trabalho". É a relação ocasional com o trabalho que define a origem profissional do acidente, oferecendo assim um conceito de evento que, ultrapassando os limites da responsabilidade civil, assume relevância independentemente da sua imputabilidade, tanto à culpa do empregador, como ao risco da sua atividade[20].

3. De acordo com a função social do seguro obrigatório, cabe verificar neste ponto as condições em que é possível enquadrar o contágio Covid-19 na noção de acidente de trabalho consoante os dois elementos constitutivos da noção de acidente de trabalho representados pela "causa violenta" e a "ocasião de trabalho".

Começando com a análise da "causa violenta", trata-se do requisito cronológico próprio da noção de acidente do trabalho que distingue este tipo de evento da doença profissional que, ao

[18] Assim Giuseppe Alibrandi, *Infortuni sul lavoro,* p. 191.

[19] Cfr. Luigi Montuschi, La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia*, Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1998, I, p. 709.

[20] Giuseppe Ludovico, *Tutela previdenziale*, pp. 51 ss..

contrário, é caraterizada por uma etiologia lenta. Quanto ao seu significado, a doutrina mais tradicional tinha esclarecido que "a violência deve ser referida à causa da morte ou da lesão e não à causa do acidente" e que a mesma deve também possuir as características de "exterioridade relativamente ao corpo do trabalhador"[21].

Em termos análogos, se manifesta hoje a opinião maioritária[22], segundo a qual a causa violenta é identificada na acção de qualquer fator dotado de rapidez e intensidade, mesmo de carácter não extraordinário ou excecional, que, agindo de fora para dentro do organismo, deve ser apto para provocar a alteração do seu equilíbrio[23]. Neste sentido, é opinião amplamente reconhecida que o carácter de rapidez deve referir-se à ação da causa e não às suas consequências, que podem ocorrer mesmo algum tempo após o

[21] Francesco Carnelutti, Causa violenta, in ID., *Infortuni sul lavoro (Studi),* Athenaeum, Roma, 1913, Vol. I, pp. 131 e 139, segundo o qual "toda a teoria do acidente profissional baseia-se no conceito da influência que o ambiente externo sob certas condições exerce sobre a pessoa do trabalhador", excluindo "que se possa falar de acidente de trabalho onde não haja em primeiro lugar um agente externo, que indica uma relação entre a pessoa do trabalhador e as condições da indústria ou do trabalho".

[22] Giuseppe Ludovico, L'infortunio sul lavoro, in Stefano Giubboni, Giuseppe Ludovico, Andrea Rossi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Cedam, Milano, 2020, pp. 178 ss.; Aldo De Matteis, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Giuffrè, Milano, 2020, pp. 165 ss.; Antonio Fontana, La «causa violenta» dal 1898 ad oggi: che cosa è cambiato ?, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro,* 2008, pp. 50 ss., pp. 804 ss., 2011, pp. 454 ss., 525 ss., 736 ss. e 2012, pp. 120 ss.

[23] Acórdão da Cassação de 30 de dezembro de 2009, n.° 27831, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 2010, pp. 306 ss.; 26 de maio de 2006, n.° 12559, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2007, I, pp. 14 ss.; 23 de dezembro de 2003, n.° 19682; 29 de agosto de 2003, n.° 12685; 16 de outubro de 2000, n.° 13741, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 2001, pp. 276 ss.; 5 de outubro de 1998, n.º 9888; 15 de dezembro de 1997, n.º 12671; 27 de maio de 1994, n.º 5198, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1994, II, pp. 136 ss.; 2 de abril de 1990, n.º 2634, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1990, II, pp. 115 ss.

evento, com a consequência que a jurisprudência – muito antes da epidemia de Covid-19 – já reconhecia pacificamente a causa violenta na ação de agentes microbianos ou virais, cuja penetração no organismo ocorre de forma violenta, mesmo que os efeitos estejam destinados a ocorrer num momento posterior. Mais especificamente, os juízes já qualificaram como causa violenta os contágios provocados em ocasião de trabalho pela hepatite viral, VIH/SIDA, tétano, leptospirose e malária, enquadrando o evento entre os acidentes de trabalho e não entre as doenças profissionais[24].

A amplitude do significado da causa violenta é bem patente também na orientação jurisprudencial que reconhece a plena aplicabilidade no seguro social do princípio da equivalência causal do art. 41 do Código Penal italiano, segundo o qual, em caso de uma pluralidade de causas, a eficácia causal deve ser reconhecida para cada causa, mesmo que de menor importância quantitativa ou qualitativa que as outras, a menos que a causa por si só tenha sido suficiente para determinar o evento[25]. Com base neste princípio, é

[24] Acórdão da Cassação de 12 de maio de 2005, n.° 9968; 28 de outubro de 2004, n.° 20941, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, pp. 483 ss.; 8 de abril de 2004, n.° 6899, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2005, pp. 975 ss.; 1 de junho de 2000, n.° 7306; 27 de junho de 1998, n.° 6390, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1999, pp. 343 ss.; 13 de Março de 1992, n.° 3090, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1992, pp. 234 ss., com anotação de Giuseppe Alibrandi; 19 de julho de 1991, n.° 8058, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1992, II, pp. 294 ss.; 3 de novembro de 1982, n.° 5764, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1982, II, pp. 137 ss..

[25] Acórdão da Cassação de 11 de novembro de 2014, n.° 23990, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, pp. 200 ss.; 7 de maio de 2013, n.° 10565, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, pp. 743 ss.; 12 de outubro de 2012, n.° 17286; 17 de junho de 2011, n.° 13361, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, pp. 957 ss.; 19 de janeiro de 2011, n.° 1135; 4 de novembro de 2010, n.° 22441; 4 de junho de 2008, n.° 14770; 29 de agosto de 2007, n.° 18254, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2007, II, pp. 35 ss.; 1 de junho de 2007 n.º 12875, in *Guida al Diritto*, 2007, 27, pp. 52 ss.; 9 de setembro de 2005 n.º 17959, in *Rivista*

assim recorrente na jurisprudência a afirmação que as predisposições patológicas do trabalhador não excluem a relação causal entre o evento e o trabalho, mas pelo contrário tornam mais onerosas as atividades que normalmente não são perigosas[26]. A aceleração de uma doença anterior provocada, com ação rápida e intensa, pela atividade de trabalho é, portanto, suficiente para a configuração da causa violenta e o enquadramento do evento entre os acidentes de trabalho, a menos que tal aceleração tenha ocorrido de forma completamente independente do trabalho prestado[27].

4. Se a assimilação do contágio da Covid-19 à causa violenta não põe problemas particulares perante a elaboração da jurisprudência, o mesmo não se pode dizer relativamente ao requisito da "ocasião de trabalho", cujo significado tem sofrido uma profunda evolução ao longo do tempo.

Giuridica del Lavoro, 2006, II, pp. 359 ss.; 18 de julho de 2005 n.º 15107, in *Orientamenti di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, I, pp. 714 ss.; 24 de janeiro de 2005, n.º 1370, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2005, II, pp. 31 ss.; 10 de janeiro de 2005, n.° 279, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, 2005, pp. 603 ss.; 29 de maio de 2004, n.° 10448, in *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2004, pp. 698 ss.; 12 de março de 2004, n.° 5152, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2004, II, pp. 48 ss..

[26] Neste sentido, Acórdão da Cassação de 11 de junho de 2015, n.° 12121, que considerou indemnizável o ferimento sofrido por uma mulher com excesso de peso que tropeçou ao sair do carro e sofreu lesões no joelho; 10 de janeiro de 2005, n.° 279, cit. 24 de julho de 2004, n.º 13928; 29 de maio de 2004, n.º 10448, cit.; 23 de dezembro de 2003, n.º 19682; 21 de maio de 2003, n.º 8019; 16 de outubro de 2000, n.º 13741, cit.; 30 de maio de 2000, n.º 7228; 19 de dezembro de 1997, n.º 12904.

[27] Sobre este ponto, ver o Acórdão da Cassação de 19 de dezembro de 2013, n.º 28434; 29 de agosto de 2007, n.° 18254, cit.; 10 de janeiro de 2005, n.° 279, cit.; 24 de julho de 2004, n.° 13928; 23 de dezembro de 2003, n.° 19682; 21 de maio de 2003, n.° 8019; 21 de janeiro de 1998, n.° 535; 6 de novembro de 1995, n.° 11559, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1996, II, pp. 20 ss..

A leitura mais tradicional, que foi seguida pela doutrina e jurisprudência durante quase um século, tem a sua origem na construção elaborada no início do século XX por Francesco Carnelutti, segundo o qual o termo "ocasião" não foi previsto pelo legislador para se referir à causa eficiente do evento, mas à sua causa "ocasional" que, no acidente, seria representada pela atividade de trabalho[28]. De acordo com esta leitura, portanto, o acidente só poderia ser considerado como ocorrido na "ocasião de trabalho" se o trabalho tivesse provocado o risco que causou o evento[29].

A exigência de uma relação causal direta entre trabalho e risco tinha conduzido assim a uma classificação precisa dos riscos que demonstravam a natureza profissional do evento: apenas os acidentes causados por um risco *específico direto* ou *próprio*, ou seja, um risco intrínseco à atividade de trabalho, ou por um risco *indireto* ou *agravado*, ou seja, um risco que, embora sem uma conotação profissional específica, era agravado pela atividade de trabalho, justificavam a aplicação da proteção social[30]. Na ausência de uma relação causal com o trabalho, a aplicação do seguro era

[28] Francesco Carnelutti, *Occasione del lavoro*, in ID., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, p. 217.

[29] Francesco Carnelutti, *Occasione del lavoro,* p. 222.

[30] Francesco Carnelutti, *Occasione del lavoro,* p. 230, definiu como "risco *específico direto* ou *próprio* o risco provocado pelas condições particulares da indústria, que incumbe exclusivamente às pessoas que entram em contacto com mesma" e como "risco *específico indireto* ou *impróprio* aquele risco que não depende das condições específicas da indústria quanto à sua existência, mas sim na sua gravidade no sentido que essas condições agravam o risco, de modo que, embora seja um risco que paira sobre todos e não apenas aqueles que estão em contato com a indústria, incumbe aos trabalhadores de forma maior" (itálico do Autor).

excluída para os eventos causados por um risco genérico, ou seja, um risco que paira indiscriminadamente sobre qualquer pessoa[31].

Esta classificação – como já dito acima – foi aplicada, quase unanimemente, pela jurisprudência, condicionando a intervenção da garantia social a uma análise rigorosa da natureza do risco, com a consequência de que a mera coincidência espacial ou cronológica com o trabalho não era considerada suficiente para garantir o reconhecimento do acidente de trabalho, se esta circunstância não fosse confirmada pela imputabilidade do evento a um risco específico ou genérico agravado[32]. Desta forma, foram excluídos da proteção todos os acidentes ocorridos durante atividades que não implicavam exposição a riscos particulares, pois considerados como não ocorridos durante o trabalho por serem gerados por riscos

[31] Francesco Carnelutti, *Occasione del lavoro,* pp. 229 e 234, segundo o qual o "*risco genérico*" constituía "um risco que, *independente na sua existência como na sua quantidade das condições específicas da indústria, paira da mesma forma sobre o trabalhador e qualquer outro homem*", com a consequência de que "um acidente provocado por um risco genérico nunca pode ser reconhecido como ocorrido em ocasião de trabalho, mesmo que ocorra no tempo e no local de trabalho" (itálico do Autor).

[32] Entre as decisões mais recentes neste sentido: Acórdão da Cassação 9 de novembro de 2002, n.° 15765; 7 de abril de 2000, n.° 4433 e 1 de fevereiro de 2000, n.° 1109, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2000, pp. 1437 ss.; 11 de junho de 1999, n.° 5770, in *Giustizia Civile*, 2000, I, pp. 407 ss.; 4 de junho de 1999, n.° 5517, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1999, II, pp. 65 ss.; 15 de julho de 1999, n.° 7486; 29 de outubro de 1998, n.° 10815, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 1999, pp. 386 ss.; 28 de novembro de 1998, n.° 12122, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, pp. 717 ss., com comentário de Giuseppe Marando; 11 de abril de 1998, nº 3744, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 1998, I, pp. 771 ss.; 11 de abril de 1998, n.° 3742, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1998, II, pp. 641 ss.; 5 de setembro de 1997, n.° 8538; 7 de dezembro de 1996, n.° 10910, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1996, II, pp. 140 ss.; 19 de outubro de 1995, n.° 10869, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro,* 1996, pp. 261, com anotação de Giuseppe Alibrandi.

comuns que afetam indistintamente o trabalhador, bem como, o cidadão comum[33].

Em verdade, esta interpretação da ocasião de trabalho era totalmente coerente com a realidade do trabalho da época na qual o acidente estava intimamente ligado aos riscos típicos do trabalho industrial, identificando-se quase exclusivamente com a maior periculosidade da atividade prestada.

As profundas transformações que ocorreram no mundo do trabalho desde os anos 80 do século passado, com a transição gradual de uma economia industrial para uma economia de serviços, tornaram os limites da conceção carnelutiana tradicional particularmente evidentes. Por conseguinte, a partir dos anos 90 do século passado, os juízes de cassação começaram, com uma frequência crescente, a preferir uma noção mais ampla de risco profissional, reconhecendo a existência da ocasião de trabalho em cada evento ocorrido simplesmente durante o trabalho. De acordo com esta nova perspetiva, mesmo acidentes atribuíveis a um risco genérico, ou seja, não intrinsecamente ligados ou agravados pelas funções típicas do trabalho prestado, mas de qualquer maneira ligados a circunstâncias relacionadas com o trabalho, devem ser considerados como ocorridos na ocasião de trabalho[34].

---

[33] Acórdão da Cassação 1 de fevereiro de 2000, n.° 1109, cit.; 13 de setembro de 1997, n.° 9143; 27 de fevereiro de 1990, n.° 1523, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1990, II, pp. 130 ss..

[34] Neste sentido: Acórdão da Cassação 4 de agosto de 2005, n. 16417, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2006, II, pp. 540 ss.; 28 de julho de 2004, n.º 14287; 21 de abril de 2004, n.º 7633; 13 de maio de 2002, n.º 6894; 7 de maio de 2002, n.º 6511, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali* 2002, II, pp. 71 ss.; 13 de abril de 2002, n.º 5357; 13 de abril de 2002, n.º 5354; 27 de fevereiro de 2002, n.º 2942, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, pp. 916 ss., com anotação de Giuseppe Pera; 11 de fevereiro de 2002, n.º 1944; 13 de julho de 2001, n.º 9556,

Com uma clara inversão de perspetiva, a coincidência com o desempenho do trabalho ou com atividades preparatórias ou instrumentais ao mesmo é, por si só, suficiente para justificar a proteção do trabalhador[35], a menos que a presença no local de trabalho decorra de circunstâncias não relacionadas com o cumprimento da prestação[36]. A leitura anterior baseada na natureza específica ou agravada do risco e, portanto, na relação causal entre este último e a atividade de trabalho, foi assim substituída por um critério mais coerente com a realidade moderna do trabalho baseada na simples relação de tempo e de lugar entre o acidente e a atividade de trabalho. Em outra palavras, a tipicidade, especificidade ou agravamento do risco perderam assim qualquer valor definidor a favor de uma conceção do acidente que se identifica simplesmente com o desempenho do trabalho ou com atividades pródromas ou instrumentais relacionadas com o trabalho.

É graças a esta interpretação mais ampla da noção de ocasião de trabalho que a proteção social foi considerada aplicável, para dar alguns exemplos, aos acidentes ocorridos durante as pausas no

in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2002, pp. 364 ss.; 8 de março de 2001, n.º 3363; 14 de fevereiro de 2001, n.º 2117; 10 de janeiro de 2001, nº 253, in *Foro Italiano*, 2001, I, pp. 1532 ss.; 7 de novembro de 2000, nº 14464; 9 de outubro de 2000, nº 13447, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2001, pp. 556 ss., com anotação de Giuseppe Ludovico; 4 de agosto de 2000, nº 10298; 7 de abril de 2000, nº 4433, cit..

[35] Acórdão da Cassação 26 de novembro de 2019, n.º 30874; 22 de maio de 2018, n.º 12549; 20 de julho de 2017, n.º 17917; 3 de abril de 2017, n.º 8597, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, pp. 936 ss.; 13 de maio de 2016, n.º 9913; 13 de abril de 2016, n.º 7313, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, pp. 720 ss.; 14 de outubro de 2015, nº 20718; 5 de janeiro de 2015, nº 6; 11 de fevereiro de 2013, nº 3173, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, pp. 418 ss.; 23 de julho de 2012, nº 12779, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, pp. 1114 ss.; 27 de janeiro de 2006, nº 1718, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2006, pp. 598 ss..

[36] Acórdão da Cassação 9 de agosto de 2003, n.° 12035.

trabalho ou nos tempos de deslocação entre dois lugares de trabalho[37]. Da mesma forma, bem antes da definição legislativa de acidente *in itinere*[38], a jurisprudência reconheceu a ocasião de trabalho em qualquer acidente ocorrido no percurso do local de residência para o local de trabalho e regresso, mesmo na ausência de riscos particulares durante o percurso[39].

5. Então, a disposição contida no art. 42, parágrafo 2, do Decreto-Lei n.º 18 de 17 de Março de 2020 (o Decreto "Cuida da Italia"), convertido com alterações na Lei n.º 24 de Abril de 2020, a qual para o emprego público e privado estabelece que nos "casos comprovados de infeção por coronavírus (SRA- CoV-2) em ocasião de trabalho, o médico certificador deve elaborar o certificado de acidente e enviá-lo eletronicamente ao Instituto Nacional de Seguro contra os Acidentes de Trabalho (INAIL), que assegura, de acordo com as disposições em vigor, a relativa proteção do trabalhador lesionado" e acrescenta que "os benefícios do INAIL nos casos comprovados de infeções de coronavírus em ocasião de trabalho são também previstos para o período de quarentena ou de residência fiduciária da parte lesada com a consequente abstenção do

[37] Acórdão da Cassação 4 de agosto de 2005, n.º 16417, cit.; 28 de julho de 2004, n.º 14287; 21 de abril de 2004, n.º 7633; 13 de maio de 2002, n.º 6894; 7 de maio de 2002, n.º 6511, cit.; 13 de abril de 2002, n.º 5357; 13 de abril de 2002, n.º 5354; 11 de fevereiro de 2002, n.º 1944; 9 de janeiro de 2002, n.º 190; 13 de julho de 2001, n.º 9556; 8 de março de 2001, n.º 3363; 10 de janeiro de 2001, n.º 253; 9 de outubro de 2000, n.º 13447, cit.; 4 de agosto de 2000, n.º 10298; 7 de abril de 2000, n.º 4433, cit.; 2 de junho de 1999, n.º 5419; 11 de maio de 1999, n.º 4676; 17 de dezembro de 1998, n.º 12652; 7 de maio de 1998, n.º 4646; 22 de maio de 1997, n.º 4557..

[38] Art. 12 do Decreto Legislativo de 23 de fevereiro de 2000, n.° 38.

[39] Acórdão da Cassação 1 de fevereiro de 2002, n.º 1320; 18 de abril de 2000, n.º 5063; 2 de maio de 1997, n.º 3756; 23 de setembro de 1996, n.º 8396.

trabalho", deveria ser interpretada em consonância com o significado atribuído à causa violenta e à ocasião de trabalho[40].

Os aspetos mais críticos desta previsão não se referem tanto à qualificação da infeção de Covid-19 como acidente de trabalho e não como doença profissional, o que é perfeitamente coerente – como dito acima – com o significado atribuído ao requisito da "causa violenta" do art. 2 do T.U..

As principais dúvidas levantadas pela disposição diziam respeito ao requisito de "ocasião de trabalho". Em particular, a ambiguidade da disposição reside evidentemente na referência explícita aos casos "comprovados" de infeção em "ocasião de trabalho", embora seja evidente que a origem profissional da infeção é irremediavelmente impossível de comprovar a nível científico, uma vez que a infeção

[40] Sobre as numerosas questões suscitadas por a previsão do art. 42 ver Giuseppe Ludovico, Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2020, pp. 353 ss.; Aldo De Matteis, La tutela dei lavoratori da coronavirus nel panorama italiano ed europeo, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, n.3; Guglielmo Corsalini, Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore, *www.questionegiustizia.it*; Luigi La Peccerella, Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro,* 2020, II, pp. 1 ss.; Roberto Riverso, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali, *www.questionegiustizia.it*; Stefano Giubboni, Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-417/2020*, pp. 12 ss.; Giuseppe Ludovico, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro*, in Olivia Bonardi et alii (a cura di), *Covid-19 e lavoro*, Ediesse, Roma, 2020, pp. 69 ss.; Pasquale Sandulli, Angelo Pandolfo, Michele Faioli, *Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 420/2020; Massimiliano Marinelli, Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, n. 7, pp. 677 ss.; Guglielmo Corsalini, L'INAIL e il Covid-19, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, n. 2, pp. 365 ss.; Stefano Rossi, L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, n. 5, pp. 446 ss..

pode ocorrer indiscriminadamente em circunstâncias relacionadas com o trabalho ou com a vida privada.

Que significado então pode ser atribuído a uma previsão que pressupõe explicitamente uma "comprovação" cientificamente impossível? O INAIL tem dado respostas restritivas e não totalmente convincentes no plano interpretativo, mas antes de analisar as orientações do Instituto, é conveniente concentrar a atenção no significado que deveria ser atribuído a esta previsão em consonância com a evolução do conceito de ocasião de trabalho.

Antes de mais, convém notar que o legislador se limitou a exigir apenas o requisito da ocasião de trabalho sem alterar a correspondente previsão e sem também introduzir especificações restritivas do seu significado. Então, a menos que haja razões para afirmar que o legislador introduziu uma disposição inútil e inaplicável que exige a comprovação indemonstrável da "ocasião de trabalho" da infeção, resta interpretar a regra como uma simples confirmação da possibilidade de qualificar o contágio de Covid-19 em termos de um acidente de trabalho, obviamente na presença da "ocasião de trabalho", a avaliar necessariamente de acordo com critérios unicamente presuntivos.

Por outras palavras, o legislador quis evidentemente reconhecer que a atividade de trabalho constitui uma possível fonte de contágio de coronavírus devido ao necessário contato com outras pessoas no local de trabalho, deixando a "comprovação" da ocasião de trabalho a uma avaliação do próprio INAIL que só pode ser de natureza presuntiva.

Se este é o único significado que pode ser razoavelmente atribuído ao segundo parágrafo do artigo 42, então é inevitável que a verificação presuntiva da ocasião de trabalho seja totalmente coerente com o significado que a jurisprudência atribuiu a este requisito após mais de um século de elaboração interpretativa.

De acordo com a elaboração jurisprudencial deste requisito, devemos, portanto, afirmar que na qualificação da infeção como acidente de trabalho não pode ter incidência alguma o maior risco de contagio próprio da atividade prestada, tendo em conta que a ocasião do trabalho é reconhecida – como já referido – em qualquer evento que, independentemente da natureza específica ou agravada do risco próprio do trabalho, esteja relacionado de forma ocasional com a atividade de trabalho. Deve-se então concluir que qualquer contágio numa relação meramente ocasional com a atividade de trabalho ou com atividades instrumentais para o seu desempenho seria suficiente para assegurar a intervenção do seguro social sem qualquer importância para o grau maior ou menor do risco de infeção próprio da atividade prestada. Cumpre também recordar que entre as atividades prodrómicas do trabalho está o trajeto efetuado entre o local de residência e de trabalho, com a consequência que o presumível contágio ocorrido durante o percurso deve ser qualificado em termos de acidente de trabalho. Basta pensar em todos os trabalhadores que, independentemente do tipo de trabalho prestado, utilizaram e continuam utilizando os transportes públicos para chegar ao trabalho, expondo-se assim a um risco significativo de contágio.

Em poucas palavras, se a ocasião de trabalho pode ser somente presumida, sendo indemonstrável no plano científico a origem precisa do contágio, deve consequentemente concluir-se que esta presunção não pode ser limitada às atividades mais arriscadas, o que equivaleria a reconhecer novamente um valor seletivo ao risco próprio da atividade prestada, com uma regressão de mais de trinta anos na interpretação do conceito de "ocasião de trabalho".

6. A qualificação da infeção da Covid-19 como acidente de trabalho baseia-se, portanto, na presunção jurídica da origem profissional do contágio, sem qualquer referência ao maior ou menor risco da atividade prestada. Uma presunção que é perfeitamente coerente com a função dos seguros sociais que identificam o evento coberto em razão da condição presumida de necessidade que resulta do evento mesmo e que a lei considera como merecedora de proteção social. O que significa evidentemente que a presunção de necessidade representa um mecanismo implícito e fundamental de qualquer seguro social. Se a noção de evento coberto fosse limitada às atividades mais arriscadas, o seguro mesmo perderia a sua função de garantia contra qualquer acidente simplesmente ocorrido em ocasião de trabalho, prejudicando desta forma o fundamento da proteção contra os acidentes *in itinere* que evidentemente não têm relação com o risco da atividade prestada.

Então pode-se dizer que, uma vez prevista a presunção da origem profissional da infeção, a mesma presunção deve ser coerente com o significado jurídico da ocasião de trabalho, pois, caso contrário, surgiriam contradições patentes no mecanismo do seguro social. É o

que aconteceu exatamente com a interpretação administrativa do parágrafo 2 do art. 42, do Decreto-Lei n.º 18 de 2020 oferecida pelo INAIL, o qual com duas circulares (n. 13 de 3 de abril e n. 22 de 20 de maio de 2020) estabeleceu uma "presunção simples de origem profissional" da infeção para algumas categorias limitadas de trabalhadores "expostos a um elevado risco de infeção, agravado ao ponto de se tornar específico". Além dos trabalhadores da saúde, como médicos, enfermeiros e outros trabalhadores do mesmo sector, a primeira circular n.º 13 de 2020 refere-se aos trabalhadores em "contacto constante com o público" ou que trabalham nas secretarias, nas caixas, o pessoal de vendas, pessoal não pertencente ao sector da saúde que trabalha nos hospitais como técnicos, operador de limpeza, de transporte de doentes, etc.

Como a própria circular deixa claro, esta é apenas uma lista exemplificativa que, como tal, não exclui a possibilidade que trabalhadores pertencentes a diferentes categorias possam também se beneficiarem da aplicação da proteção social em caso de contágio.

Seria suficiente, contudo, dar maior atenção aos efeitos deste mecanismo para compreender que, fora da presunção afirmada pela circular e na ausência de "provas sérias e concordantes", o ónus de demonstrar a origem profissional do contágio cabe ao próprio trabalhador, cuja prova se revela difícil ou mesmo impossível, com a consequência de que, embora em teoria exemplificativa, a lista é de facto taxativa.

A opção de presumir a origem profissional da infeção apenas para algumas limitadas categorias, embora compreensível do ponto de vista de facilitar a proteção das pessoas com maior risco, torna-se

um limite intransponível para outros trabalhadores, que, em caso de infeção e na ausência de provas especificas, só terão acesso à proteção menos intensa para as doenças comuns. A vantagem para alguns trabalhadores da aplicação automática da proteção contra os eventos profissionais traduz-se, em última análise, na exclusão de todos os outros.

A solução adotada pelo INAIL identifica assim a ocasião de trabalho na exposição a um risco qualificado, em flagrante contradição com o significado atribuído pela jurisprudência ao requisito do art. 2 T.U. que – como já ilustrado – é independente da intensidade do risco, a fim de compreender qualquer acontecimento, mesmo causado por um risco genérico, simplesmente ocorrido em circunstâncias relacionadas com a atividade de trabalho.

Assistimos assim a uma transformação profunda do significado da ocasião de trabalho que se transforma sub-repticiamente numa causalidade rigorosa.

Uma prova evidente desta contradição pode ser facilmente deduzida da própria circular do INAIL, que, por um lado, condiciona a intervenção da proteção à exposição a um risco específico ou agravado, admitindo, por outro lado, a proteção dos contágios ocorridos também *in itinere*, que evidentemente são provocados por um risco genérico que recai sobre qualquer trabalhador, mesmo de categorias não indicadas pelo INAIL.

Neste ponto, não há necessidade de mais explicações para compreender a evidente e injustificada disparidade de tratamento decorrente da solução adotada pela circular n.º 13 de 2020: enquanto as categorias identificadas de forma discricionária pelo INAIL com

base na presumível imputabilidade do contágio a um risco qualificado acedem automaticamente à proteção também para eventos atribuíveis a um risco genérico, outros trabalhadores encontrarão dificuldade ou impossibilidade de beneficiar da mesma proteção por causa da indemonstrabilidade da origem profissional do contágio.

Esta circular suscitou numerosas polémicas entre os operadores jurídicos sobretudo na parte em que, presumindo a origem profissional do contágio em razão da natureza específica ou agravada do risco do trabalho, parecia presumir a responsabilidade do empregador por violação das regras de proteção da saúde dos trabalhadores[41]. Na verdade, a circular não tratava da responsabilidade do empregador, nem poderia tê-lo feito, uma vez que tratava apenas da aplicação da proteção social, excluindo qualquer questão relacionada com a responsabilidade civil[42]. Não

[41] Em geral, sobre ad obrigações do empregador e as medidas de prevenção contra o contágio, ver Paolo Pascucci, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, I, pp. 98 ss.; Paolo Pascucci, Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro,* 2020, I, pp. 117 ss.; Maria Teresa Carinci, Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19, *Labor,* 2020, pp. 385 ss.; Gaetano Natullo, Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in Olivia Bonardi et alii (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori,* pp. 49 ss.; Domenico Garofalo, Lavorare in sicurezza *versus* ripresa delle attività produttive, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, pp. 325 ss.; Marco Marazza, L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid19 (e oltre), *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2020, I, pp. 267 ss.; Patrizia Tullini, Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, pp. 335 ss.

[42] Sobre este ponto ver Giuseppe Ludovico, Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile, pp. 353 ss.; Aldo De Matteis, La tutela dei lavoratori da coronavirus nel panorama italiano ed europeo; Roberto Riverso, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali; Pasquale Sandulli, Angelo Pandolfo, Michele Faioli, Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito, pp. 1

obstante, a fim de evitar estas polemicas, a segunda circular n.° 22 del 2020 do INAIL reduziu ainda mais a aplicação da garantia social, esclarecendo que "não há acesso automático à proteção" mesmo para os trabalhadores das categorias indicadas pela primeira circular. Consequentemente, é sempre necessário – explica a circular n.º 22 – verificar a existência de provas sérias, precisas e coerentes nas quais se deve basear a presunção de origem profissional do contágio, sem prejuízo da prova contrária sempre possível por parte do INAIL.

Desta forma, portanto, o acesso à proteção social prevista pelo art. 42 do decreto lei n.° 18 de 2020 é deixada inteiramente às apreciações discricionárias dos funcionários do INAIL com uma provável desigualdade de tratamento entre os trabalhadores incluídos nas categorias indicadas pelo INAIL que beneficiam da presunção simples da natureza profissional do contágio e os demais trabalhadores que devem fornecer a prova quase impossível da origem da infeção.

O facto é que os trabalhadores de ambas as categorias estiveram expostos a um maior risco de contágio pela única razão de terem desempenhado a atividade no local de trabalho em vigência de uma proibição geral de circulação por razões de saúde[43], pelo que não é difícil prever que esta questão dará origem a um amplo contencioso alimentado sobretudo pelas profundas diferenças existentes entre a

ss.; Massimiliano Marinelli, Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?, pp. 683 ss.

[43] A referência é obviamente aos trabalhadores empregados em atividades qualificadas como "necessárias" e, portanto, autorizados durante ao isolamento a continuar a trabalhar no local de trabalho (Decreto do Presidente do Conselho de Ministros de 22 de março de 2020, alterado pelo Decreto de 25 de março de 2020).

garantia mais intensa contra os eventos profissionais e a proteção geral para as doenças comuns em termos tanto dos benefícios em caso de sequelas permanentes como das prestações socias aos sobreviventes em caso de morte do trabalhador.

Seguindo o exemplo de outros sistemas jurídicos europeus[44], então, não seria excessivo presumir a ocasião de trabalho para os trabalhadores que, nas duas semanas anteriores ao teste diagnostico para a infeção, desempenharam fisicamente a atividade no local de trabalho. Tendo em conta o grande número de trabalhadores que prestaram a atividade em teletrabalho e os que beneficiaram do fundo social para a suspensão do trabalho, a presunção em questão não teria afetado recursos significativos, com a vantagem de evitar contenciosos e seus custos e com a garantia de uma proteção automática não condicionada a alguma avaliação administrativa discricionária.

7. A epidemia de Covid-19 é, em muitos aspetos, uma novidade e um grande desafio para o sistema de previdência social. Isto no que diz respeito, antes de tudo, à proteção dos trabalhadores contra o desemprego causado pela crise económica, mas não menos importante é a proteção dos trabalhadores que provavelmente terão contraído o vírus no desempenho do trabalho, com graves consequências para a sua saúde. A diferença fundamental em

[44] Sobre o ponto ver na Espanha o art. 5º do Real Decreto ley nº 6/2020, alterado pelo Real Decreto ley nº 13/2020, cuja previsão qualifica como acidente de trabalho, para efeitos das prestações por incapacidade temporária, os períodos de isolamento ou de contágio causados pelo Covid-19 e também os períodos de não prestação devidos às restrições impostas à circulação. Para uma análise comparativa entre os sistemas dos diferentes países europeus ver Aldo De Matteis, La tutela dei lavoratori da coronavirus nel panorama italiano ed europeo.

comparação com os riscos profissionais tradicionais é que a infeção da Covid-19 é um risco generalizado que afeta em primeiro lugar a sociedade em geral e só indiretamente os trabalhadores. Contudo, a profunda evolução da função do seguro social contra acidentes de trabalho mostra uma transformação radical na relação recíproca entre evento, risco e trabalho no sentido de que, em consonância com as mudanças no mundo do trabalho, a relação entre estes fatores evoluiu de uma ligação específica para uma relação genérica. Os acidentes *in itinere*, que representam estatisticamente a maioria dos acidentes nos países economicamente mais desenvolvidos, demonstram claramente esta transformação profunda do significado dos acidentes de trabalho, que são cada vez mais imputáveis a um risco genérico e cada vez menos provocados por um risco específico do trabalho.

Este é um sinal inequívoco da constante atualização dos conceitos fundamentais da prevenção social em relação à evolução dos riscos no ambiente de trabalho, mas ao mesmo tempo demonstra a sobreposição constante entre riscos sociais e profissionais e a dificuldade crescente de traçar uma linha divisória clara entre a esfera social e do trabalho. Esta sobreposição foi regulada até agora por meio de presunções interpretativas que permitiram classificar eventos causados por riscos genéricos como acidentes de trabalho, garantindo desta forma à seguridade social as adaptações necessárias exigidas pela evolução social. Se a "sociedade de risco" criada pelo processo de globalização será cada vez mais caracterizada no futuro pela propagação dos riscos sociais globais, então é necessário continuar a utilizar as presunções da ocasião de trabalho na

qualificação dos eventos profissionais para assegurar a atualização constante da seguridade social em termos da evolução dos riscos sociais.

Bibliografia

Acconcia Pasquale, Silvano Piccininno, voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali (assicurazione contro gli), Novissimo Digesto Italiano,* App., Vol. IV, Utet, Torino, 1983, pp. 245 ss.

Alibrandi Giuseppe, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Giuffrè, Milano, 2002.

Balandi Gian Guido, Un caso di archeologia giuridica: ciò che resta oggi del "rischio professionale", *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1976, III, pp. 98 ss.

Beck Ulrick, *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Carrocci, Roma, 2013.

Campesi Giuseppe, Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio, *Sociologia del Diritto*, 2014, pp. 35 ss.

Carinci Maria Teresa, Obbligo di sicurezza e responsabilità datoriale: il rischio di contagio da Covid-19, *Labor,* 2020, pp. 385 ss.

Carnelutti Francesco, Causa violenta, in Id., *Infortuni sul lavoro (Studi),* Athenaeum, Roma, 1913, Vol. I, pp. 131 ss.

Carnelutti Francesco, *Occasione del lavoro*, in Id., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Athenaeum, Roma, 1913, Vol. I, pp. 217 ss.

Cazzetta Giovanni, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914),* Giuffrè, Milano, 1991.

Cinelli Maurizio, Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine, pensando al dopo, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, pp. 301 ss.

Corsalini Guglielmo, Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore, *www.questionegiustizia.it*

Corsalini Guglielmo, L'INAIL e il Covid-19, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, n. 2, pp. 365 ss.

De Matteis Aldo, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Giuffrè, Milano, 2020.

De Matteis Aldo, La tutela dei lavoratori da coronavirus nel panorama italiano ed europeo, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, n. 3.

Ewald François, *L'Etat providence*, Grasset, Paris, 1989.

Fontana Antonio, La «causa violenta» dal 1898 ad oggi: che cosa è cambiato?, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro,* 2008, pp. 50 ss., 804 ss., 2011, pp. 454 ss., 525 ss., 736 ss. e 2012, pp. 120 ss.

Fusinato Guido, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, Id., *Scritti giuridici*, Bocca, Torino, 1921, vol. II, pp. 27 ss.

Gaeta Lorenzo, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986.

Gaeta Lorenzo, L'influenza tedesca sulla formazione del sistema previdenziale italiano*, Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali,* 1992, pp. 1 ss.

Garofalo Domenico, Lavorare in sicurezza *versus* ripresa delle attività produttive, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2020, pp. 325 ss.

Giddens Anthony, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1994.

Giubboni Stefano, Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-417/2020*, pp. 12 ss.

La Peccerella Luigi, Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro,* 2020, II, pp. 1 ss.

Ludovico Giuseppe, Il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro tra copertura INAIL e responsabilità civile, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2020, pp. 353 ss.

Ludovico Giuseppe, L'infortunio sul lavoro, in Stefano Giubboni, Giuseppe Ludovico, Andrea Rossi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali,* Cedam, Milano, 2020, pp. 178 ss.

Ludovico Giuseppe, Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro, in Olivia Bonardi et alii (a cura di), *Covid-19 e lavoro*, Ediesse, Roma, 2020, pp. 69 ss.

Ludovico Giuseppe, *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffré, Milano, 2012.

Marando Giuseppe, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro,* Giuffrè, Milano, 2003.

Marazza Marco, L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid19 (e oltre), *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2020, I, pp. 267 ss.

Marinelli Massimiliano, Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, n. 7, pp. 677 ss.

Marino Vincenzo, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro,* F. Angeli, Milano, 1990.

Montuschi Luigi, La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia*, Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1998, I, pp. 709 ss.

Natullo Gaetano, Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?, in Olivia Bonardi et alii (a cura di), *Covid-19 e lavoro*, Ediesse, Roma, 2020, pp. 49 ss.

Pascucci Paolo, Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, Diritto della Sicurezza sul Lavoro,* 2020, I, pp. 117 ss.

Pascucci Paolo, Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2019, I, pp. 98 ss.

Persiani Mattia, Il rischio professionale, in *Il rischio professionale*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 19 ss.

Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva,* Giuffrè, Milano, 1961.

Riverso Roberto, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali, in www.questionegiustizia.it

Rossi Stefano, L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario, *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2020, n. 5, pp. 446 ss.

Sandulli Pasquale, Pandolfo Angelo, Faioli Michele, Coronavirus, regresso e danno differenziale. Contributo al dibattito, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 420/2020.

Tomassetti Paolo, *Diritto del lavoro e ambiente,* Adapt University Press, 2018, pp. 23 ss.

Tullini Patrizia, Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2020, pp. 335 ss.

Jurisprudência

Acórdão da Cassação de 3 de novembro de 1982, n.° 5764, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1982, II, pp. 137 ss.

Acórdão da Cassação de 27 de fevereiro de 1990, n.° 1523, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1990, II, pp. 130 ss.

Acórdão da Cassação de 2 de abril de 1990, n.º 2634, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1990, II, pp. 115 ss.

Acórdão da Cassação de 19 de julho de 1991, n.° 8058, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1992, II, pp. 294 ss.

Acórdão da Cassação de 13 de março de 1992, n.° 3090, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1992, pp. 234 ss., com anotação de Giuseppe Alibrandi.

Acórdão da Cassação de 27 de maio de 1994, n.º 5198, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1994, II, pp. 136 ss.

Acórdão da Cassação de 19 de outubro de 1995, n.° 10869, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro,* 1996, pp. 261, com anotação de Giuseppe Alibrandi.

Acórdão da Cassação de 6 de novembro de 1995, n.° 11559, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1996, II, pp. 20 ss.

Acórdão da Cassação de 23 de setembro de 1996, n.º 8396.

Acórdão da Cassação de 7 de dezembro de 1996, n.° 10910, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali,* 1996, II, pp. 140 ss.

Acórdão da Cassação de 2 de maio de 1997, n.º 3756

Acórdão da Cassação de 22 de maio de 1997, n.º 4557.

Acórdão da Cassação de 5 de setembro de 1997, n.° 8538.

Acórdão da Cassação de 13 de setembro de 1997, n.° 9143.

Acórdão da Cassação de 15 de dezembro de 1997, n.º 12671.

Acórdão da Cassação de 19 de dezembro de 1997, n.º 12904.

Acórdão da Cassação de 21 de janeiro de 1998, n.° 535.

Acórdão da Cassação de 11 de abril de 1998, n.° 3742, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1998, II, pp. 641 ss.

Acórdão da Cassação de 11 de abril de 1998, nº 3744, in *Orientamenti della Giurisprudenza del Lavoro*, 1998, I, pp. 771 ss.

Acórdão da Cassação de 7 de maio de 1998, n.º 4646.

Acórdão da Cassação de 27 de junho de 1998, n.° 6390, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1999, pp. 343 ss.

Acórdão da Cassação de 5 de outubro de 1998, n.º 9888.

Acórdão da Cassação de 29 de outubro de 1998, n.° 10815, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 1999, pp. 386 ss.

Acórdão da Cassação de 28 de novembro de 1998, n.° 12122, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1999, pp. 717 ss., com comentário de Giuseppe Marando.

Acórdão da Cassação de 17 de dezembro de 1998, n.º 12652.

Acórdão da Cassação de 11 de maio de 1999, n.º 4676.

Acórdão da Cassação de 2 de junho de 1999, n.º 5419.

Acórdão da Cassação de 4 de junho de 1999, n.° 5517, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 1999, II, pp. 65 ss.

Acórdão da Cassação de 11 de junho de 1999, n.° 5770, in *Giustizia Civile*, 2000, I, pp. 407 ss.

Acórdão da Cassação de 15 de julho de 1999, n.° 7486.

Acórdão da Cassação de 1 de fevereiro de 2000, n.° 1109, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2000, pp. 1437 ss.

Acórdão da Cassação de 7 de abril de 2000, n.° 4433, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2000, pp. 1437 ss.;

Acórdão da Cassação de 18 de abril de 2000, n.º 5063.

Acórdão da Cassação de 30 de maio de 2000, n.º 7228.

Acórdão da Cassação de 1 de junho de 2000, n.° 7306.

Acórdão da Cassação de 4 de agosto de 2000, nº 10298.

Acórdão da Cassação de 9 de outubro de 2000, nº 13447, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2001, pp. 556 ss., com anotaçao de Giuseppe Ludovico.

Acórdão da Cassação de 16 de outubro de 2000, n.° 13741, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2001, pp. 276 ss.

Acórdão da Cassação de 7 de novembro de 2000, nº 14464.

Acórdão da Cassação de 10 de janeiro de 2001, nº 253, in *Foro Italiano*, 2001, I, pp. 1532 ss.

Acórdão da Cassação de 13 de julho de 2001, n.º 9556, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2002, pp. 364 ss.

Acórdão da Cassação de 8 de março de 2001, n.º 3363.

Acórdão da Cassação de 9 de janeiro de 2002, n.º 190.

Acórdão da Cassação de 14 de fevereiro de 2001, n.º 2117.

Acórdão da Cassação de 1 de fevereiro de 2002, n.º 1320.

Acórdão da Cassação de 11 de fevereiro de 2002, n.º 1944.

Acórdão da Cassação de 27 de fevereiro de 2002, n.º 2942, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, I, pp. 916 ss., com anotaçao de Giuseppe Pera.

Acórdão da Cassação de 13 de abril de 2002, n.º 5354.

Acórdão da Cassação de 13 de abril de 2002, n.º 5357.

Acórdão da Cassação de 7 de maio de 2002, n.º 6511, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali* 2002, II, pp. 71 ss.

Acórdão da Cassação de 13 de maio de 2002, n.º 6894.

Acórdão da Cassação de 9 de novembro de 2002, n.° 15765.

Acórdão da Cassação de 21 de maio de 2003, n.º 8019.

Acórdão da Cassação de 9 de agosto de 2003, n.° 12035.

Acórdão da Cassação de 29 de agosto de 2003, n.° 12685.

Acórdão da Cassação de 23 de dezembro de 2003, n.º 19682.

Acórdão da Cassação de 12 de março de 2004, n.° 5152, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2004, II, pp. 48 ss.

Acórdão da Cassação de 8 de abril de 2004, n.° 6899, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2005, pp. 975 ss.

Acórdão da Cassação de 21 de abril de 2004, n.º 7633.

Acórdão da Cassação de 29 de maio de 2004, n.° 10448, in *Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 2004, pp. 698 ss.

Acórdão da Cassação de 24 de julho de 2004, n.º 13928.

Acórdão da Cassação de 28 de julho de 2004, n.º 14287.

Acórdão da Cassação de 28 de outubro de 2004, n.° 20941, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2005, pp. 483 ss.

Acórdão da Cassação de 10 de janeiro de 2005, n.° 279, in *Diritto della Sicurezza Sociale*, 2005, pp. 603 ss.

Acórdão da Cassação de 24 de janeiro de 2005, n.º 1370, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2005, II, pp. 31 ss.

Acórdão da Cassação de 12 de maio de 2005, n.° 9968.

Acórdão da Cassação de 18 de julho de 2005 n.º 15107, in *Orientamenti di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, I, pp. 714 ss.

Acórdão da Cassação de 4 de agosto de 2005, n. 16417, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2006, II, pp. 540 ss.

Acórdão da Cassação de 9 de setembro de 2005 n.º 17959, in *Rivista Giuridica del Lavoro,* 2006, II, pp. 359 ss.

Acórdão da Cassação de 27 de janeiro de 2006, nº 1718, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2006, pp. 598 ss.

Acórdão da Cassação de 26 de maio de 2006, n.° 12559, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2007, I, pp. 14 ss.

Acórdão da Cassação de 29 de agosto de 2007, n.° 18254, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2007, II, pp. 35 ss.

Acórdão da Cassação de 1 de junho de 2007 n.º 12875, in *Guida al Diritto*, 2007, 27, pp. 52 ss.

Acórdão da Cassação de 4 de junho de 2008, n.° 14770.

Acórdão da Cassação de 30 de dezembro de 2009, n.° 27831, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2010, pp. 306 ss.

Acórdão da Cassação de 4 de novembro de 2010, n.° 22441.

Acórdão da Cassação de 19 de janeiro de 2011, n.° 1135.

Acórdão da Cassação de 17 de junho de 2011, n.° 13361, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, pp. 957 ss.

Acórdão da Cassação de 23 de julho de 2012, nº 12779, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, pp. 1114 ss.

Acórdão da Cassação de 12 de outubro de 2012, n.° 17286.

Acórdão da Cassação de 11 de fevereiro de 2013, nº 3173, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, pp. 418 ss.

Acórdão da Cassação de 7 de maio de 2013, n.° 10565, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2013, pp. 743 ss.

Acórdão da Cassação de 19 de dezembro de 2013, n.º 28434.

Acórdão da Cassação de 11 de novembro de 2014, n.° 23990, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, pp. 200 ss.

Acórdão da Cassação de 5 de janeiro de 2015, nº 6.

Acórdão da Cassação de 11 de junho de 2015, n.° 12121.

Acórdão da Cassação de 14 de outubro de 2015, nº 20718.

Acórdão da Cassação de 13 de abril de 2016, n.º 7313, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2016, pp. 720 ss.

Acórdão da Cassação de 13 de maio de 2016, n.º 9913.

Acórdão da Cassação de 3 de abril de 2017, n.º 8597, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2017, pp. 936 ss.

Acórdão da Cassação de 20 de julho de 2017, n.º 17917.

Acórdão da Cassação de 22 de maio de 2018, n.º 12549.

Acórdão da Cassação de 26 de novembro de 2019, n.º 30874.

PORTUGAL



FRAGMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NA TRANSMISSÃO DE EMPRESA OU ESTABELECIMENTO: COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO ISS FACILITY SERVICES V. GOVAERTS E ATALIAN NV

FRAGMENTATION OF THE EMPLOYMENT AGREEMENT IN THE TRANSFER OF UNDERTAKING OR ESTABLISHMENT: COMMENTARY TO CASE ISS FACILITY SERVICES V. GOVAERTS AND ATALIAN NV

André Pestana Nascimento e Liliana Silveira de Freitas*

Sumário: 1. Introdução; 2. Os factos na origem do litígio e a questão submetida à apreciação do TJUE; 3. O nexo entre a Trabalhadora e a parte da empresa transferida – *conditio sine qua non*; 4. Decisão do TJUE; 5. Apreciação crítica; 5.1 Cisão do contrato: do tempo parcial ao prejuízo sério; 5.2 critérios de afetação; 5.3 (In)compatibilização dos deveres de lealdade e outras dificuldades práticas; 5.4 Ponderação de interesses entre os direitos do trabalhador e os interesses do adquirente; 6. Conclusão

Resumo:

A recente jurisprudência europeia em matéria de proteção do emprego na eventualidade de transmissão de empresa ou estabelecimento, vertida no caso *ISS Facility Services v. Govaerts*, abriu a porta à possibilidade de fragmentação do contrato de trabalho em caso de transmissão para mais do que um adquirente. O presente artigo debruça-se sobre as dúvidas suscitadas pela decisão adotada, procurando antever algumas implicações práticas da mesma, mormente à luz do ordenamento jurídico nacional.

* Advogados da Uría Menéndez Proença de Carvalho.

Abstract:
The recent case law on protection of employees on transfer of undertakings, determined by the case *ISS Facility Services v. Govaert*, has opened the door to the possibility of the fragmentation of the employment agreement in case of transfer of business to more than one transferee. The present article reflects on the doubts raised by the ECJ decision and seeks to foresee some of its practical implications, notably in light of the Portuguese labour legal framework.

1. Introdução

No passado dia 26 de março de 2020[1], o Tribunal de Justiça da União Europeia (**"TJUE"**)[2] produziu inovadora jurisprudência no quadro da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001 (doravante, **"Diretiva"**), relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, que, entre nós, se encontra transposta nos artigos 285.º *et seq.* do Código do Trabalho[3].

[1] Acórdão do TJUE, 26.03.2020, Processo n.º C-344/18, *Iss Facility Services NV v. Govaerts* e *Atalian NV*, disponível em https://curia.europa.eu. Justamente o mesmo dia em que, em Portugal, era publicado o Decreto-Lei n.º 10-G/2020, de 26 de março, que estabeleceu uma medida excecional e temporária de proteção dos postos de trabalho, no âmbito da pandemia COVID-19 (comumente conhecido como regime do *lay-off* simplificado.

[2] No presente artigo, referir-nos-emos indistintamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia – que até à revisão do Tratado da União Europeia, operada pelo Tratado de Lisboa, era designado por Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias –, independentemente da sua designação à data de prolação dos acórdãos citados.

[3] O regime constante dos artigos 285.º *et seq.* do Código do Trabalho foi recentemente alterado pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março. Sobre uma análise deste novo regime, em particular a consagração expressa de um direito de oposição dos trabalhadores *vide* PEDRO ROMANO MARTINEZ / PEDRO MADEIRA DE BRITO, 'O novo regime da transmissão da unidade económica introduzidos pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, n.º 1-4, 2018, pp. 7-86; ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, 'Alguns aspectos do novo regime

Este acórdão gera um conjunto de dúvidas relacionadas com o cumprimento dos desígnios que a própria Diretiva visa alcançar – mormente, a proteção dos direitos dos trabalhadores abrangidos pela transferência – e pode trazer relevantes consequências práticas para empregadores e trabalhadores.

Na decisão em apreço, o TJUE entendeu que "perante uma transferência de empresa que implique vários cessionários, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva (…), deve ser interpretado no sentido de que os direitos e as obrigações emergentes de um contrato de trabalho *são transferidos para cada um dos cessionários*[4], na proporção das funções exercidas pelo trabalhador em causa, *desde que a cisão do contrato de trabalho daí resultante seja possível* e *não implique uma deterioração das condições de trabalho* nem afete a manutenção dos direitos dos trabalhadores garantida por esta diretiva" (destacados nossos).

Adiantou ainda o TJUE que, se essa fragmentação contratual for "*impossível* de realizar ou *afetar os direitos* do referido trabalhador,

jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho-Dezembro, 2019, pp. 7-41; JOÃO LEAL AMADO, 'Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição', *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 147.º, n.º 147.º, pp. 290-300; DAVID FALCÃO / SÉRGIO TOMÁS: 'Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 105-116; DAVID CARVALHO MARTINS: 'Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas', *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol.2018 *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 117-158; MELANIE OLIVEIRA NEIVA SANTOS / SUSANA FERREIRA DOS SANTOS: 'O (novo) direito de oposição em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho – Dezembro, 2018, pp. 65-87.

[4] Os artigos 285.º e ss. do Código do Trabalho utilizam a expressão "transmitente" e "adquirente", ao passo que a Diretiva se refere a "cedente" e "cessionário". Neste trabalho, faremos indistintamente referência às expressões utlizadas em ambos os diplomas.

a *eventual rescisão* da relação de trabalho daí resultante seria considerada, por força do artigo 4.º da referida diretiva, como *ocorrida devido ao ou aos cessionários*, ainda que essa rescisão tivesse ocorrido por iniciativa do trabalhador" (destacados nossos).

Mas vejamos, em primeiro lugar, os factos que estiveram na origem do litígio que motivou o reenvio prejudicial para o TJUE, os fundamentos com que o órgão jurisdicional sustentou a sua posição e, por fim, as dúvidas e perplexidades que a decisão proposta nos suscita.

2. Os factos na origem do litígio e a questão submetida à apreciação do TJUE

A sociedade ISS Facility Services, entidade empregadora de Sonia Govaerts, prestava serviços de limpeza e manutenção em alguns edifícios pertencentes ao município de Gent, distribuídos por três lotes. Por sua vez, S. Govaerts era responsável pelos serviços administrativos e de coordenação dos serviços de limpeza dos três referidos lotes.

Na sequência de um concurso público, promovido em meados de 2013 pelo município de Gent, a ISS Facility Services perdeu a concessão dos aludidos serviços, tendo os mesmos passado a ser prestados pelas empresas Atalian (quanto aos Lotes 1 e 3) e Cleaning Masters (quanto ao Lote 2).

Atenta a circunstância de que S. Govaerts desempenhava, predominantemente, a sua atividade nos Lotes 1 e 3, a ISS Facility Services comunicou, quer à trabalhadora, quer à Atalian, que aquele

contrato de trabalho se havia transmitido *ope legis* para esta última entidade, por força das competentes disposições de direito belga aplicáveis[5].

Considerando que a Atalian não aceitou essa transmissão, S. Govaerts intentou uma ação contra ambas as empresas (transmitente e adquirente), reclamando o pagamento de uma indemnização por incumprimento do prazo de aviso prévio devido em caso de despedimento e outros créditos laborais.

Em primeira instância, a ISS Facility Services veio a ser condenada pelo despedimento ilícito de S. Govaerts, com o fundamento de que os normativos invocados para a transmissão do contrato não seriam aplicáveis à relação de trabalho existente, já que esta prestava serviços administrativos e de coordenação e não de limpeza dos edifícios, não tendo, por isso, sido abrangida pelo fenómeno transmissivo da empresa. Concomitantemente, o tribunal considerou a ação contra a Atalian inadmissível.

Contudo, em sede de recurso, a ISS Facility Services sustentou, uma vez mais, que o contrato de S. Govaerts se encontrava efetivamente abrangido pela transferência da empresa, pelo que o respetivo vínculo laboral se tinha transmitido na sua totalidade para a Atalian, ou, a título subsidiário, em 85% para a Atalian e em 15% para a Cleaning Masters, entendimento que veio a ser acolhido pelo Tribunal Superior do Trabalho de Gent.

[5] A convenção coletiva de trabalho n.º 32 *bis*, de 7 de junho de 1985, relativa à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de mudança de entidade patronal na sequência de uma transferência convencional de empresa e que regula os direitos dos trabalhadores integrados em caso de retoma do ativo após insolvência ou acordo judicial por cessão do ativo, sucessivamente alterada.

Neste contexto, e em sede de reenvio prejudicial, o órgão jurisdicional belga questionou o TJUE sobre o que sucede ao contrato de trabalho no caso de transmissão de empresa para mais do que um adquirente: deve apenas transmitir-se o contrato para o adquirente para o qual o trabalhador exerce as suas funções a título principal ou deve o contrato transmitir-se para os vários adquirentes, na proporção da afetação do trabalhador às unidades económicas que foram transmitidas? Ou deve antes considerar-se que, numa situação como a dos autos, ou quando não seja possível determinar a proporção da afetação do trabalhador a cada um dos estabelecimentos transferidos, o contrato não se transfere para qualquer um dos adquirentes?

Sabendo-se que o Tribunal de Justiça privilegiou a segunda das três alternativas apresentadas pelo tribunal belga – a da possibilidade de transmissão do contrato para vários adquirentes – em detrimento das demais, percorramos os fundamentos que presidiram à adoção da decisão.

3. O nexo entre a trabalhadora e a parte da empresa transferida – *conditio sine qua non*

Em primeiro lugar, vale a pena debruçarmo-nos sobre as conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, Maciej Szpunar, que permitem uma melhor compreensão do *iter* prévio à decisão alcançada. Considerou o Advogado Geral que a trabalhadora foi efetivamente abrangida pela transferência, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva, de acordo com o qual "é considerada

transferência, (…) a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória".

Esclareça-se, a este respeito, que a noção de transferência acolhida pela Diretiva é bastante *flexível* ou ampla, abrangendo, de acordo com a jurisprudência consolidada do TJUE, "*todas as hipóteses de mudança*, no âmbito de relações contratuais, *da pessoa singular ou coletiva responsável pela exploração da empresa*, que contrai obrigações de entidade patronal perante os empregados da empresa"[6] (destacados nossos).

Por outras palavras, esta aceção "prescinde da continuidade contratual (i.e., de um negócio translativo) entre transmitente e adquirente, bastando-se com a verificação de que a unidade económica detida ou explorada pelo primeiro «mantém a sua identidade» na esfera do segundo – como tipicamente sucede nas situações de reversão da exploração para o cedente e de cessões de exploração a sucessivos cessionários a que se aplica"[7].

Tendo isto por assente, e embora seja matéria que cumpra ao órgão nacional decidir (*in casu*, o Tribunal Superior de Trabalho de Gent), como salienta o Advogado Geral, a própria trabalhadora entendia que não deveria considerar-se afeta à transferência do(s)

[6] V. o Acórdão do TJUE, 07.03.1996, Processo n.º C-171/94 e C-172/94, *Merckx-Neuhuys v. Ford Motors Company*, pt. 28, e, ainda, o recente Acórdão do mesmo tribunal, 19.10.2017, *Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança v. ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial*, pt. 23, disponíveis em https://curia.europa.eu.

[7] V. anotação de JOANA VASCONCELOS ao artigo 285.º do Código do Trabalho, em PEDRO ROMANO MARTINEZ *et al.*, Código do Trabalho. Anotado, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 676-677.

estabelecimento(s), já que, sendo trabalhadora dos serviços administrativos da empresa não estava "permanente e especificamente afeta a um ou vários dos serviços transferidos, [donde] não fazia parte da entidade económica que foi objeto de uma transferência de empresa" (cf. ponto 47 das Conclusões).

A este respeito, o Advogado Geral recorda que o critério decisivo para que se considere se há ou não transferência no sentido da Diretiva "é o de saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que resulta, nomeadamente, do prosseguimento efetivo da exploração ou da sua retoma", devendo tomar-se em consideração o já conhecido método indiciário adotado pelo TJUE[8], trazendo outrossim à colação os ensinamentos do Acórdão Süzen[9]. Neste aresto, o TJUE decidiu que "na medida em que, em certos sectores nos quais a atividade assenta essencialmente na mão-de-obra" – como é o caso dos serviços de limpeza –, o "conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma atividade comum

[8] Como resulta dos múltiplos acórdãos do TJUE sobre a matéria, v., por todos, o fundador acórdão SPJIKERS, no qual o Tribunal ensaiou a seguinte proposição: "para determinar se estas condições estão reunidas, convirá tomar em consideração o conjunto de circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e da duração de uma eventual suspensão destas actividades. Convirá, todavia, precisar que todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente" – Acórdão do TJUE, 18.03.1986, Processo n.º 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gehroeders Benedik Ahattoir CV* e o, pt. 13, disponível em https://curia.europa.eu.

[9] Acórdão do TJUE, 11.03.1997, Processo n.º C-13/95, *Ayse Süzen v. Zehnacker Gebaudereinigung GmbH Krankenhausservice*, disponível em https://curia.europa.eu.

pode corresponder a uma entidade económica, [pelo que] é forçoso admitir que essa entidade é suscetível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão"[10].

Ora, no caso vertente, S. Govaerts coordenava o setor da empresa relativo aos três lotes que foram objeto de transmissão, fazendo, por isso, parte do grupo autónomo de trabalhadores transferidos.

Por conseguinte, o Advogado Geral veio a concordar com a interpretação do órgão jurisdicional belga, advertindo, contudo, que diferente seria a conclusão caso a trabalhadora "não tivesse realizado a maioria das suas atividades no quadro da entidade económica em questão, mas «tivesse sido colocada num serviço administrativo da empresa que não tivesse sido transferido e tivesse realizado certas tarefas em benefício da parte transferida»"[11] (sublinhado nosso).

Para tal, o Advogado Geral socorre-se do entendimento preconizado no Acórdão Botzen[12], onde se dilucidava se se encontravam abrangidos pela transferência os trabalhadores que *não pertencessem à parte transferida da empresa*, mas que "exerciam

[10] V. pt. 21 do Acórdão Süzen, cit.

[11] Pt. 54 das Conclusões do Advogado-Geral, MACIEJ SZPUNAR, de 26.11.2019, Processo n.º C-344/18, disponível em https://curia.europa.eu.

[12] Acórdão do TJUE, 07.02.1985, Processo n.º 186/83, *Arie Botzen e o. v Rotterdamsche Droogdok Maatschppij BV*, disponível, na versão inglesa, em https://curia.europa.eu.

certas atividades que implicavam a utilização e meios de produção ligadas à parte transferida daquela ou que, estando ligados a um serviço administrativo da empresa que não tinha sido transferido, executavam certas tarefas em benefício da parte transferida"[13] (destacados nossos), concluindo o TJUE que tais contratos de trabalho não eram transferidos para o cessionário.

Com efeito, nesse processo, valendo-se do critério segundo o qual "a relação de trabalho é caracterizada essencialmente pelo nexo que existe entre o trabalhador e a parte da empresa ou do estabelecimento à qual aquele está afeto para desempenhar as suas funções", o TJUE concluiu pela não aplicação da Diretiva a tais trabalhadores, por não se encontrarem adstritos à parte da empresa transferida, ainda que com a sua atividade beneficiassem essa mesma parte transferida[14].

Donde, *mutatis mutandis*, conclui o Advogado Geral que encontrando-se estabelecido o *nexo* entre a trabalhadora S. Govaerts e a parte da empresa transferida (contrariamente ao que sucedia no Acórdão Botzen), há lugar à transmissão *ipso iure* do respetivo contrato de trabalho, sendo irrelevante, para efeitos de aplicação da Diretiva, que tal transferência tenha ocorrido para mais do que um adquirente.

Aliás, no recente Acórdão Piscarreta Ricardo (reenviado por um tribunal português), o TJUE já se havia pronunciado no sentido de que a Diretiva contempla situações em que a entidade económica é

[13] Tradução retirada do pt. 66 das Conclusões do Advogado-Geral, cit.

[14] Como é bom de ver, as soluções encontradas num e noutro caso deixam bem patentes as dificuldades relacionadas com a delimitação da afetação funcional dos trabalhadores dos serviços centrais e administrativos.

parcialmente transmitida para duas entidades. Efetivamente, e embora neste caso não tenha sido abordada a questão da afetação do trabalhador às entidades adquirentes, foi decidido pelo TJUE que a Diretiva abrange "uma situação em que uma empresa municipal, cujo único acionista é um município, é dissolvida por decisão do órgão executivo desse município, *e cujas atividades são parcialmente transferidas para esse município*, para serem exercidas diretamente por este último, *e parcialmente para outra empresa municipal reconstituída para esse fim*, da qual o mesmo município é igualmente o único acionista, desde que a identidade da empresa em causa seja mantida após a transferência, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar"[15] (apócrifos nossos).

4. Decisão do TJUE

Aqui chegados, e ultrapassadas as questões de saber se (i) a trabalhadora havia sido abrangida pela transferência da unidade económica e (ii) a circunstância de essa unidade económica ter sido transferida para mais do que um adquirente obstava à aplicação da Diretiva (cujo entendimento preconizado pelo TJUE vai ao encontro das conclusões apresentadas pelo Advogado Geral, *supra* citadas), entendemos que o TJUE assentou a sua decisão em três proposições fundamentais:

– A primeira, recorda o TJUE, é a de que não se pode perder de vista que a Diretiva, conforme versado no seu Considerando 3.º, visa

[15] Acórdão do TJUE, 20.07.2017, Processo n.º C-416/16, *Piscarreta Ricardo v. Portimão Urbis e outros.*, disponível em https://curia.europa.eu.

"assegurar a manutenção dos direitos de trabalhadores em caso de mudança de empresário, permitindo-lhes ficar ao serviço da nova entidade patronal nas mesmas condições que as acordadas com o cedente (…) a fim de impedir que os trabalhadores em causa sejam colocados numa posição menos favorável apenas por causa dessa transferência".

– A segunda, a de que a Diretiva não pode, do mesmo passo, ser invocada "para obter uma melhoria das condições de remuneração ou de outras condições de trabalho".

– Por fim, a Diretiva não tem apenas por objetivo salvaguardar os interesses dos trabalhadores, mas "pretende assegurar um justo equilibro entre os interesses destes últimos, por um lado, e os do cessionário, por outro", o que decorre da jurisprudência firmada nos acórdãos Werhof e Alemo-Herron[16].

Partindo destas premissas, o TJUE afastou preliminarmente a última hipótese aventada pelo tribunal Belga – a da desaplicação da Diretiva num caso como o dos autos –, pois tal solução, *in casu*, impediria o primeiro dos objetivos visados por aquele instrumento, isto é, o da manutenção do posto de trabalho.

Por sua vez, considera o Tribunal não poder também colher a tese segundo a qual o contrato se transmitiria para o adquirente a que a trabalhadora se encontrava preponderantemente afeta, já que isso equivaleria a "abstrair-se dos interesses do cessionário, que vê transferir-se para ele os direitos e as obrigações de um contrato a

[16] Acórdão do TJUE, 09.03.2006, Processo n.º C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, e Acórdão do TJUE, 18.07.2013, Processo n.º C-426/11, *Mark Alemo-Herron e o. v. Parkwood Leisure Ltd*, disponíveis em https://curia.europa.eu.

tempo inteiro, sendo que o trabalhador em causa apenas exerce as funções para ele a tempo parcial".

Neste particular, tenha-se presente que o artigo 2.º, n.º 2, al. a) da Diretiva impede os Estados-Membros de excluírem do âmbito de aplicação os contratos de trabalho ou relações de trabalho exclusivamente por motivo do número de horas de trabalho prestadas ou a prestar.

Vale dizer, de acordo com o entendimento sufragado pelo Tribunal, a *cisão* ou *fragmentação* do contrato de trabalho não é impedida, justamente, por força do comando normativo *supra* aludido.

Por sua vez, partindo do princípio de que a transferência para os vários adquirentes é *possível*, o TJUE não é taxativo no que diz respeito ao critério de afetação a observar, relegando para o órgão nacional de reenvio a responsabilidade de discernir as "*modalidades de uma eventual partilha do contrato*". De todo o modo, avança com a possibilidade de poder ser tomado em consideração quer o valor económico dos lotes a que a trabalhadora está afeta quer, alternativamente, o tempo de trabalho que consagra efetivamente a cada lote.

Por fim, a par das considerações tecidas pelo Advogado Geral, determina o TJUE que "incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio ter em conta as implicações práticas desta cisão do contrato de trabalho à luz dos objetivos prosseguidos pela Diretiva", reforçando que esta "não pode ser invocada para deteriorar as condições de trabalho do trabalhador afetado por uma transferência de empresa".

Nesse contexto, remata o Tribunal, "se a cisão do contrato de trabalho se revelar impossível ou implicar uma deterioração das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador garantidos pela Diretiva 2001/23, esse contrato pode ser rescindido, devendo considerar-se, por força do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2001/23, que a rescisão ocorreu devido ao ou aos cessionários, ainda que esta rescisão tenha ocorrido por iniciativa do trabalhador".

5. Apreciação crítica

5.1. Cisão do contrato: do tempo parcial ao prejuízo sério

A posição plasmada pelo TJUE no acórdão *sub judice*, longe de colocar um ponto final na *vexata quaestio* do destino a dar aos contratos de trabalho em caso de transferência de empresa para múltiplos adquirentes, suscita-nos dúvidas de monta no que respeita ao efetivo prosseguimento dos objetivos definidos pela Diretiva, quando confrontados com as consequências práticas emergentes da solução adotada.

Em primeiro lugar, se a decisão aparenta ancorar-se nos princípios ou objetivos propugnados pela Diretiva, tais como a proteção dos direitos dos trabalhadores, não é líquido que a jurisprudência ora firmada tenha contribuído para cumprir esse desiderato no caso vertente e, ainda que assim não se entenda, que possa ter esse alcance em situações semelhantes. Com efeito, temos dúvidas de que a solução encontrada permita encontrar um critério norteador de interpretação da lei, valendo, nesta sede, as palavras

de Monteiro Fernandes: "[n]outros pontos, porém, as decisões do TJUE – sempre norteadas pela preocupação de garantir os fins da diretiva – derivam para a petição de princípio e perdem, com isso, aptidão regulatória efetiva"[17].

Tenha-se presente que a mesma questão de que ora curamos já havia merecido reflexão por parte de Júlio Gomes, referindo este Autor que "uma outra questão, cuja solução não se afigura fácil é a que respeita à identificação dos trabalhadores abrangidos pela transferência de uma empresa ou estabelecimento. *O problema coloca-se sobretudo quanto a trabalhadores que realizam a sua prestação de trabalho tanto naquela como noutras partes do estabelecimento ou empresa, bem como, de trabalhadores de serviços centrais ou que realizam funções que beneficiam indistintamente as várias partes de uma empresa ou estabelecimento*. Não podemos deixar de manifestar o nosso ceticismo quanto a certas soluções que foram ensaiadas como, por exemplo a imposição de contratos de trabalho a tempo parcial (…) É, no mínimo, duvidoso que esta transmissão parcial do contrato de trabalho proteja eficazmente o trabalhador"[18] (apócrifos nossos).

[17] ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, Alguns aspectos do novo regime, cit, p. 27.

[18] O Autor referia-se, em particular ao aresto emanado pela Cour de Cassation, no âmbito de um litígio no qual se discutia o destino a dar ao contrato de diretora de serviços jurídicos da sociedade "Sonauto", que se dedicava à distribuição de veículos de várias marcas, no contexto em que uma delas retomou a distribuição dos seus próprios veículos. Dedicando a trabalhadora 40% da sua atividade a tal marca, o tribunal francês considerou que o seu contrato se havia transmitido parcialmente para esta empresa – V. JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 819-820.

A pertinência desta crítica, volvida mais de uma década, ressalta da circunstância de, no processo *ISS Facility Services v. Govaerts* sob análise, a trabalhadora ter sustentado, a título principal, não ter sido abrangida pela transmissão ou, a título subsidiário, que tendo-o sido, apenas se encontraria afeta a uma das adquirentes, a Atalian, justamente aquela que ganhou a concessão dos Lotes 1 e 3, onde a S. Govaerts desempenhava, predominantemente, a sua atividade. Numa palavra, a trabalhadora deverá ter entendido, como Júlio Gomes, que "dificilmente se pode pretender que um contrato de trabalho a tempo completo equivale a dois contratos a tempo parcial"[19].

Em segundo lugar, cabe questionar se a solução encontrada teria sido a mesma se, contrariamente ao sucedido, a ISS Facility Services não tivesse perdido a concessão de exploração dos três lotes, mas apenas de um, nomeadamente aquele a que a trabalhadora apenas dedicava 15% da atividade prestada. Nesse caso, considerar-se-ia, à luz da Diretiva, que o contrato de trabalho se deveria fragmentar em dois ou, pelo contrário, manter-se-ia a unicidade do contrato de trabalho na esfera do empregador originário?

Por outras palavras, também nesse cenário – de transmissão de uma parte da empresa a que o trabalhador se encontrava minoritariamente afeto – teria o TJUE considerado que a cisão do contrato iria ao encontro dos objetivos fixados na Diretiva? Em caso afirmativo, um trabalhador colocado nessa situação poderá ver o seu

[19] Debruçando-se, *en passant*, sobre o mesmo tema mas no âmbito de um outro estudo, v. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, 'Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho', *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 32 – Julho/Dezembro, 2008, p. 149.

contrato, originariamente a tempo completo, fracionar-se paulatinamente, tantas as vezes quantas o empregador for alienando partes dos seus negócios[20], na medida em que tal transferência se revele *possível*. E, por outro prisma, ainda que se entenda que essa transferência contende com a manutenção dos direitos do trabalhador e este resolva o contrato a tempo parcial com o adquirente, ou com os sucessivos adquirentes, na linha do consignado no acórdão, tal não afetará o contrato com o transmitente com o qual conserva ainda um vínculo, mas agora a tempo parcial.

Não olvidamos as desvantagens que a solução oposta poderia encerrar na esfera do trabalhador, nomeadamente as apontadas por Júlio Gomes na reflexão que seguimos de perto, onde se pode ler que o "lado negativo da solução proposta é o de que os trabalhadores dos serviços centrais ou administrativos que, de acordo com esse raciocínio não estão especialmente afetados a uma ou outra parte da empresa, podem vê-la desaparecer por «segmentos» sem nunca terem a possibilidade de acompanhar as partes cedidas: com a previsível consequência de que ficarão a fazer parte de um corpo sobredimensionado para a realidade da entidade económica que restar depois de sucessivas transmissões de partes desta"[21].

Por sua vez, e regressando à decisão *sub judice*, poderíamos ser tentados a concluir que, à luz da legislação portuguesa, a posição do trabalhador encontrar-se-ia acautelada por força do direito de oposição ou do direito a resolver o contrato de trabalho com o

[20] Ou, no caso de transferências indiretas, sempre que as diversas unidades económicas a que o trabalhador se encontrar afeto forem transferidas para terceiros adquirentes.

[21] JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, cit., p. 820.

adquirente, expressamente reconhecidos na lei por força das alterações introduzidas ao Código do Trabalho pela Lei n.º 14/2018, de 26 de março[22].

Contudo, também neste domínio, têm-se suscitado algumas dúvidas sobre o verdadeiro alcance do direito de oposição, que, porém, não cuidaremos de desenvolver no presente trabalho[23].

Em todo o caso, como aponta Palma Ramalho, o conceito de prejuízo sério na aceção da nova lei "não se reporta à vida pessoal

[22] Dispõe o novo artigo 286.º-A do Código do Trabalho que "o trabalhador pode exercer o direito de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho em caso de transmissão (…), quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança". Por seu turno, o direito a resolver o contrato, também com fundamento em prejuízo sério resultante da transmissão do contrato de trabalho para o adquirente decorre do artigo 394.º, n.º 3, al. d) do Código do Trabalho.

[23] Os trabalhos doutrinários produzidos desde a entrada em vigor da mencionada lei têm-se dividido entre aqueles que consideram existir dois diversos e independentes fundamentos (um de cariz objetivo – prejuízo sério – e outro de cariz subjetivo – o juízo de valor do trabalhador sobre a confiança que a politica de organização de trabalho do adquirente lhe possa merecer) que o trabalhador poderá invocar indistintamente para recusar a transferência e os que entendem que ambas as hipóteses constituem um afloramento do requisito material de fundo – a existência de prejuízo sério – de que depende o exercício do direito de oposição. Fazendo uma resenha da doutrina que se pronunciou neste último sentido, e manifestando-se contra esta mesma corrente, v. JOÃO LEAL AMADO, 'Transmissão de unidade económica e dos contratos de trabalho: oposição *ma non troppo*?', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53 Julho-Dezembro, 2019, pp. 58 e ss. Em 07.05.2020, foi proferido acórdão pelo Tribunal da Relação de Guimarães (ANTERO VEIGA), no âmbito do Processo n.º 5670/18.0T8BRG-A.G1, contra o carácter subjetivo deste direito. Com efeito, refere aquele tribunal que "[q]uanto à falta de confiança na política de organização de trabalho, [o trabalhador] deve invocar e demonstrar factos de que possa resultar num critério objetivo e razoável, tendo em conta a perspetiva de um trabalhador médio (…), a não confiabilidade da política de organização de trabalho da adquirente. Não se trata, pois, no que tange à confiança, como invoca o recorrente, de algo na livre disponibilidade do trabalhador, de algo que não pode ser contestado, de algo dependente do puro arbítrio do trabalhador, sem possibilidade de contraprova. Se assim o tivesse pretendido a lei, bastava conceder ao trabalhador o direito de rescindir pelo simples facto da transmissão, o que não acontece".

ou familiar do trabalhador (como sucede, por exemplo, no caso da transferência de local de trabalho – art. 194.º), mas sim à situação financeira ou económica do adquirente da unidade económica e aos eventuais efeitos prejudiciais que essa situação possa vir a ter para o trabalhador no futuro. (…) [F]ica a *dúvida de saber se, no caso de a transmissão do contrato causar, de facto, um prejuízo sério à vida pessoal ou familiar do trabalhador* (ou seja, um prejuízo sério no sentido tradicional do termo, usado pelo art. 194.º), *esse prejuízo sério também poderá sustentar o direito de oposição do trabalhador*" (destacados nossos)[24]. Admitimos, perante a interpretação aduzida pelo TJUE no caso em apreço, que esta possa vir a ser a interpretação dos tribunais nacionais, pelo menos no que às resoluções fundadas na *cisão* do contrato de trabalho diz respeito[25].

5.2. Critérios de afetação

Já no que tange aos critérios de afetação dos trabalhadores, consideramos outrossim que se podem suscitar diversas dificuldades

[24] MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Indivíduais*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 694.

[25] O que permitiria a um trabalhador colocado nesta situação exercer o direito de oposição ou, já na esfera do cessionário, o direito de resolução, com fundamento, por exemplo, em prejuízo sério resultante da dificuldade em observar os novos horários de trabalho devido às deslocações entre empregos, em conciliar a vida pessoal com a vida profissional, etc. Aliás, no que aos horários de trabalho diz respeito, e considerando que o contato de trabalho originário se fragmenta em vários vínculos, cabe perguntar como é que os empregadores e trabalhador coordenam a definição dos diferentes horários, sendo certo que na maior parte dos casos, como já referimos, estas situações terão maior tendência para ocorrer no quadro de transferências indiretas, onde os empregadores não estão sequer relacionadas contratualmente.

práticas. Recorde-se que o TJUE sugeriu que o mesmo poderia resolver-se por referência ao valor económico dos lotes ou ao tempo efetivamente dedicado pelo trabalhador à unidade económica transferida.

Em primeiro lugar, ressalve-se que da leitura da decisão não é claro o que se deva entender por "valor económico dos lotes". Se o valor económico se reportar ao valor dos imóveis aos quais a trabalhadora se encontrava afeta, parece-nos que o critério não deverá proceder, pois se, por absurdo, o valor dos lotes for materialmente discrepante, *v.g.*, em razão da sua localização mais ou menos próxima do centro da cidade, a sorte do contrato de trabalho ficará dependente de razões totalmente externas ao trabalhador e ao próprio exercício das funções[26]. Se, por outra banda, por valor económico se considerar o preço pago pelo município pelos serviços de limpeza de cada lote, o qual pode ser efetivamente diferente em razão das especificidades do serviço a prestar, o problema já se coloca sob outro prisma, podendo a repartição do contrato – *rectius*, das responsabilidades remuneratórias – em função do tempo dedicado não se ajustar à prestação em causa. Considere-se a situação em que determinado trabalhador presta a sua atividade numa mesma empresa, mas em dois segmentos de negócio distintos, distribuindo equitativamente o seu tempo por ambos, existindo, no entanto, uma assinalável diferença ao nível do valor acrescentado gerado por uma e outra atividade, que se reflete necessariamente no salário do trabalhador.

[26] O mesmo vale para outros critérios como o centro de imputação dos custos do trabalhador, que pode obedecer única e exclusivamente a uma lógica contabilística interna.

Ora, se os serviços forem externalizados e o contrato cindido na proporção do tempo dedicado a cada atividade, repartindo-se equitativamente as responsabilidades pela retribuição do trabalhador entre os dois adquirentes, o adquirente do serviço com menor valor acrescentado ver-se-á na obrigação de suportar metade de um salário que, em rigor, se encontra incrementado em função da outra atividade anteriormente prestada pelo trabalhador, do passo que o segundo adquirente sairá beneficiado.

De todo o modo, entendemos que, na generalidade dos casos, a divisão do contrato em função do tempo dedicado à atividade prestada corresponderá ao critério mais objetivo e relevante[27].

5.3. (In)compatibilização dos deveres de lealdade e outras dificuldades práticas

Na perspetiva dos empregadores, colocam-se inúmeras dúvidas quanto à exequibilidade prática desta solução, designadamente no que respeita à articulação do dever de o trabalhador guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios, perante os novos empregadores.

Não se vê, por exemplo, como poderá um diretor de vendas que, à luz desta jurisprudência do TJUE, veja o seu contrato transferido para duas ou mais empresas concorrentes (por força da transmissão

[27] Sem prejuízo de, em determinados casos, dever ser analisado em conjunto com outros critérios que se afigurem igualmente relevantes e objetivos.

de duas ou mais unidades económicas dentro do departamento de vendas), exercer as suas atividades em cumprimento dos deveres de lealdade, num contexto em que terá inevitavelmente acesso a informação sensível suscetível de beneficiar (ou prejudicar) qualquer uma das suas demais entidades empregadoras. Como facilmente se depreende, a questão será ainda mais delicada quanto a determinadas posições altamente qualificadas e técnicas (*v.g.*, engenheiros, consultores jurídicos e financeiros, entre outros) em setores marcados pela existência de concursos (públicos ou privados) para a prestação dos serviços a que a empresa se dedica.

Servem os exemplos que antecedem para ilustrar as dificuldades práticas que esta solução poderá trazer, sublinhando-se que o acórdão *sub judice* fará, naturalmente, sentir o seu maior impacto nas transmissões indiretas, i.e., naquelas em que transmitente e adquirente não têm qualquer relação contratual entre si e, por isso, o destino dos contratos escapa *in totum* à vontade das partes, como sucedeu no caso em apreço.

Subsiste, em todo o caso, a questão de saber se esta jurisprudência se aplicará aos trabalhadores dos serviços centrais, aqueles que ocupem funções transversais na empresa cedente, beneficiando as suas várias partes, sem se encontrarem especialmente afetos a qualquer uma destas (pense-se, a título de exemplo, num diretor financeiro ou num trabalhador do departamento de recursos humanos). Como atrás mencionado, o Advogado-Geral, invocando a antiga jurisprudência Botzen, deixou antever que a resposta encontrada poderia ser diferente nesses casos, ou seja, que os contratos de trabalho não se transmitiriam

para o(s) cessionário(s). Mas seria esta mesma conclusão válida se o cedente alienasse todos os seus ativos e deixasse, por esse facto, de existir? Dito de outro modo: numa situação em que o cedente transmita todos os seus ativos, deve privilegiar-se o carácter formal do *nexo* estabelecido entre trabalhador e parte transmitida, ou deve procurar-se um critério de afetação dos trabalhadores que não se encontravam afetos a qualquer das unidades de negócio, tendo em vista a manutenção dos seus postos de trabalho (recorde-se, o desiderato último da diretiva)? A nosso ver, a jurisprudência firmada (ainda) não oferece resposta a esta questão.

A cisão do contrato levanta, ainda, a questão de saber de que forma se repartirá a responsabilidade pela retribuição e, em particular, pelas prestações em espécie, os designados *fringe benefits*, como sejam a atribuição de veículos, telemóvel, seguros de vida e de saúde, quilómetros, entre outros[28]. É certo que as dificuldades apontadas não são exclusivas da transmissão em que

[28] V., JULIO MANUEL VIEIRA GOMES: Direito do Trabalho, cit., p. 829. O Autor evidencia que a manutenção dos direitos dos trabalhadores "nem sempre é possível, pelo menos *in natura*, colocando-se a questão da sua substituição por equivalente económico: para dar um exemplo, uma companhia aérea pode proporcionar aos seus trabalhadores um certo número de milhas ou de viagens gratuitas, mas se uma parte do seu pessoal de terra passa para uma outra sociedade de prestação de serviços no âmbito de um processo de externalização e se pode afirmar, no caso concreto, a existência de uma transmissão, será praticamente impossível ao cessionário manter essa regalia, pelo menos *in natura*, já que o encargo económico para o cessionário poderia ser completamente distinto e muito maior". Também debruçando-se sobre a questão, MILENA SILVA ROUXINOL, 'XIX. Transmissão de unidade económica', in *Direito do trabalho. Relação individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 869 e 870. A Autora refere que "[e]ste problema assume particular sensibilidade, não só por contender com o imperativo genérico de conservação das condições contratuais, como, muito facilmente, com o princípio da irredutibilidade da retribuição, a respeito de componentes da retribuição em espécie".

haja lugar à cisão do contrato, mas não é difícil antever que neste plano se farão sentir ainda com maior acuidade.

Com efeito, existem benefícios cuja própria razão de ser dificilmente se compadece com a sua divisibilidade – como a utilização pessoal de viatura de serviço, ginásio ou da creche, ou a atribuição de seguro de saúde.

Uma vez mais, estas dúvidas colocar-se-ão sobretudo naqueles casos em que a transmissão (de parte) do contrato operará independentemente da existência de uma negociação prévia entre as partes.

Por fim, voltando ao caso em apreço, cremos que a decisão do TJUE, ao determinar que "a eventual rescisão da relação de trabalho daí resultante seria considerada, por força do artigo 4.º da referida diretiva, como ocorrida devido ao ou aos cessionários"[29], não esclarece se o trabalhador também teria possibilidade de resolver o contrato de trabalho perante o cedente, caso o vínculo entabulado entre as partes, agora em regime de tempo parcial, tivesse subsistido – note-se que, no caso vertente, o contrato de trabalho de S. Govaerts transmitiu-se na sua totalidade para dois adquirentes, o que poderia não ter sucedido se, por hipótese, a ISS Facility Services tivesse ganho o concurso na parte relativa a algum dos lotes.

Ora, o artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva, de acordo com o qual "se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da

[29] Cf. pt. 38 do Acórdão *ISS Facility Services v. Govaerts*, cit.

responsabilidade da entidade patronal", não foi decerto pensado para este tipo de situações. Fica, assim, por responder se, em consequência da cisão do seu contrato original, o trabalhador apenas tem direito a resolver os vínculos que são criados com os cessionários ou se pode utilizar esta mesma jurisprudência para resolver o contrato que subsista com o cedente, mas em cuja manutenção tenha perdido o interesse por se tratar, agora, de um contrato a tempo parcial[30].

5.4. Ponderação de interesses entre os direitos do trabalhador e os interesses do adquirente

Como alertámos, estas situações de pluriemprego superveniente, advenientes da aplicação da Diretiva, poderão, em última instância, implicar a integração de trabalhadores no quadro de empresas concorrentes – o que, recorde-se, seria à partida vedado ao trabalhador por via da imposição do dever de lealdade e de não concorrência na pendência do contrato, conforme decorre do artigo 128.º, n.º 1, al. f) do Código do Trabalho.

Esta solução comporta, por conseguinte, uma (acrescida) compressão da liberdade de gestão empresarial (refração do princípio da liberdade de iniciativa privada, consignado no artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa)[31]. Ora, se o tema poderá

[30] E, se a resposta for afirmativa, se também se deve considerar que essa resolução é da responsabilidade do cedente, que pode ter-se limitado a perder uma concessão, sendo-lhe, por isso, completamente alheia a cisão do contrato do trabalhador.

[31] Sobre as várias dimensões da liberdade de iniciativa privada, v. anotação III ao artigo 61.º, J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, C*onstituição da República*

não suscitar especiais reservas na maior parte dos casos, o mesmo não sucederá quando possam estar em causa legítimos interesses de conservação de segredos de negócio por parte dos empregadores, nomeadamente porque os trabalhadores cujos contratos são fracionados ocupam posições chave e tiveram acesso a informação sensível ou confidencial relevante.

Nessa medida, questiona-se se a consideração aduzida pelo TJUE de que, não obstante a preponderância da proteção dos interesses dos trabalhadores, as decisões alcançadas devem procurar um justo equilíbrio entre os interesses destes e os dos adquirentes, também se aplicará nesta sede e em que medida. A resposta não se afigura fácil.

Por um lado, por força do princípio do primado, o direito da União deve prevalecer sobre as normas jurídicas nacionais, independentemente da sua natureza – aqui se incluindo as constitucionais –, conforme entendimento firmado no acórdão *Costa v. Enel*, de 15 de julho de 1964[32].

Aliás, como foi recentemente afirmado pelo TJUE, a propósito da dialética entre a Diretiva e as normas nacionais, *maxime* o artigo 47.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, "os Estados-Membros transferiram as suas competências para a União, (…) em matéria de manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresa", donde não pode resultar para estes uma

Portuguesa Anotada, Volume I – Artigos 1.º a 107.º, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

[32] Acórdão do TJUE, 15.07.1964, Processo n.º 6/64, *Faminio Costa v. Enel*, disponível em https://curia.europa.eu.

privação da "proteção que lhe[s] confere o direito da União em vigor nesse domínio"[33].

No plano interno, e estribando-se no entendimento sufragado no acórdão *Correia Moreira* (citado no parágrafo anterior), veio também o Supremo Tribunal de Justiça dirimir quaisquer dúvidas acerca da possibilidade de invocação de preceitos constitucionais para o afastamento da Diretiva[34].

---

[33] Acórdão do TJUE, 13.07.2019, Processo n.º C-317/18, *Cátia Correia Moreira v. Município de Portimão*, disponível em https://curia.europa.eu. Neste caso, a trabalhadora havia sido contratada pela Portimão Urbis ao abrigo de um contrato de trabalho em regime de comissão de serviço e, a dado momento, e após concurso público para o efeito, as suas funções foram internalizadas no Município de Portimão. No âmbito da relação contratual com o Município, os trabalhadores que haviam sido internalizados, como a Autora, foram informados que lhes seria aplicável o primeiro escalão da função pública, por um período mínimo de 10 anos, o que, quanto à Autora, comportaria a diminuição da retribuição. O TJUE, não obstante o preceito constitucional que determina que "todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade, em regra por via de concurso" e, bem assim, das regras constantes da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, determinou que a Diretiva "deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê que, em caso de transferência, na aceção desta diretiva, e por o cessionário ser um município, os trabalhadores em causa devem, por um lado, submeter-se a um processo de concurso público e, por outro, sujeitar-se a um novo vínculo com o cessionário".

[34] V. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (FERREIRA PINTO), 11.09.2019, Processo n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em https://www.dgsi.pt, no qual se pode ler o seguinte: "O facto de não haver uma disposição expressa sobre o princípio do primado do direito comunitário no Tratado de Lisboa não compromete a sua existência nem a jurisprudência do Tribunal de Justiça. (…) Acresce que o primado do direito comunitário sobre o direito nacional está consagrado na Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 8º, n.º 4. Dispõe o citado artigo que: (…) As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

Daqui se conclui que o Direito derivado de normas emanadas no exercício das competências das instituições da União são aplicáveis na ordem interna, nos termos por ela definidos, desde que respeitem os princípios fundamentais (o seu núcleo, a sua essência) do Estado democrático português.

Assim sendo, os princípios fundamentais do Estado de direito funcionam como uma espécie de cláusula de salvaguarda ou garantia constitucional contra eventuais disposições do direito da UE suscetíveis de pôr em causa os valores

Do exposto deflui que uma eventual apreciação da (in)constitucionalidade da solução pugnada pelo TJUE se encontra, a nosso ver, definitivamente arredada.

De um ponto de vista prático pode ser difícil compreender como é que o almejado *justo equilíbrio de interesses* a que o tribunal alude, numa situação como a que se equaciona, pode ser encontrado. Com efeito, o trabalhador ver-se-á colocado numa posição em que incumprirá, *ipso facto*, o seu dever de lealdade perante qualquer das entidades empregadoras (pelo menos na perspetiva de não concorrência) e, por seu turno, estas dificilmente poderão controlar um aproveitamento de informação sensível ou confidencial por parte do trabalhador em benefício da entidade concorrente.

Como é consabido, à luz do principio constitucional da segurança no emprego, plasmado no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa, os despedimentos sem justa causa são proibidos, donde

---

fundamentais do Estado de direito, tais como a soberania popular, o pluralismo político, os direitos e liberdades fundamentais, a separação de poderes e a independência dos tribunais (artigo 2°, da CRP).

Todo o direito da UE, primário e secundário, acaba por vincular os Estados-membros, não podendo o direito interno constituir um obstáculo à vigência do direito da UE na ordem interna ou ser declarado inconstitucional ou ainda ser desaplicado por alegada desconformidade com normas de direito interno.

A primazia do direito da UE acaba por afastar as normas de direito interno incompatíveis com o direito da UE e tornar inválidas ou, pelo menos ineficazes e inaplicáveis, as normas subsequentes que o contrariem."

Por fim, traz-se à colação o recentíssimo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 422/200, 15.07.2020, Processo n.º 528/2017, disponível em https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/, no qual, a propósito do alcance do artigo 8.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal se considerou incompetente para apreciar a compatibilidade das normas de direito da União Europeia ("**DUE**") com a Constituição, "sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE)".

resulta que os trabalhadores só podem ser despedidos nas hipóteses taxativamente previstas na lei . Ora, não estamos em crer que, mesmo num quadro de impossibilidade prática do referido cumprimento do dever de guardar lealdade, possam estar reunidos os pressupostos de despedimento por causas objetivas (extinção de posto de trabalho ou despedimento por inadaptabilidade), restando nesse contexto a um dos empregadores a faculdade de, mediante processo disciplinar instaurado para o efeito, proceder ao despedimento do trabalhador com justa causa – o que pressuporia passar pelo crivo geral do artigo 351.º, n.º 1 do Código do Trabalho[35].

Poderá, eventualmente, equacionar-se a hipótese de, como no caso Alemo-Herron, o *justo equilíbrio* de interesses ter por referência uma leitura da Diretiva à luz da liberdade de empresa, consagrada no artigo 16.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia[36] e, como naquele caso, perguntar se a "liberdade

[35] Segundo o qual "[c]onstitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho". Naturalmente, o simples facto de o trabalhador desempenhar funções para a empresa concorrente que adquiriu a unidade negócio transmitida não poderia fundamentar a instauração de processo disciplinar por violação do dever de lealdade, na medida em que falta desde logo a existência de um comportamento ilícito e culposo. No entanto, se um dos empregadores conseguir demonstrar que o trabalhador utiliza, em benefício de outro empregador, informação sensível ou confidencial, poderão existir motivos para sancionar disciplinarmente o trabalhador de acordo com a gravidade da infração.

[36] Ora, naquele caso, colocava-se a questão de saber se a Diretiva permitia a um Estado Membro prever que as cláusulas contratuais de reenvio para convenções coletivas com carácter dinâmico (isto é, cláusulas apostas ao contrato de trabalho que remetem algumas condições do mesmo, como a retribuição, para as decorrentes de uma determinada convenção coletiva, não apenas nos termos aplicáveis à data da celebração do contrato, mas também dos termos que forem posteriormente acordados no âmbito dessa convenção) são oponíveis ao adquirente após a transmissão da empresa, numa situação em que o adquirente, que era uma empresa privada, havia comprado uma empresa pública e, por conseguinte, não tinha possibilidade, enquanto entidade empregadora, de participar no organismo

contratual do referido cessionário é seriamente reduzida a ponto de tal limitação poder prejudicar a própria substância do seu direito à liberdade de empresa", nos casos em que não seja razoável impor aos adquirentes, no quadro da sua gestão empresarial, que se vejam confrontados com a possibilidade de ter, no seio da sua organização, alguém que poderá ilegitimamente aproveitar-se dos segredos de negócios em proveito de um concorrente.

De todo o modo, a ponderação destes interesses e dos direitos em colisão não deve olvidar a assimetria que existe na relação entre trabalhador e empregador.

Conclui-se, perguntando se – no quadro de aplicação da Diretiva, assegurando-se, por um lado, a manutenção dos postos de trabalho e, por outro, o *justo equilibro* entre os legítimos interesses daqueles e do(s) cessionário(s) –, um órgão jurisdicional nacional poderá pronunciar-se no sentido da *impossibilidade* (prática) da cisão do contrato numa circunstância em que seja razoável supor que o trabalhador não poderá cumprir com o seu dever de lealdade e de não concorrência perante os (um dos?) novos empregadores,

---

de negociação coletiva em causa. O Tribunal entendeu que a Diretiva se opõe a uma tal legislação que preveja que as cláusulas de reenvio dinâmico são oponíveis ao cessionário quando este não pode participar do processo de negociação das convenções coletivas após a transferência. Criticando de forma mordaz a solução adotada neste aresto, v. JOSÉ AMORIM MAGALHÃES / PAULO PICHEL, 'Reflexões em torno das cláusulas contratuais de reenvio dinâmicas no contexto da transmissão da unidade económica a propósito do Acórdão do TJUE Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure, Ltd (Processo C-426/11)', *Questões Laborais*, n.º 42, 2014, pp. 689-712. Como os Autores salientam, "não deixa de ser irónico que, numa relação contratual caraterizada pela assimetria entre trabalhador e empregador, seja o empregador a prevalecer-se de normas cuja finalidade são a proteção do trabalhador, para contrariar o princípio elementar de direito civil *pacta sunt servanda*. A autonomia privada também deverá valer para o trabalhador que, perante a transmissão de uma unidade económica a que é alheio, vê o conteúdo do seu contrato de trabalho ser unilateralmente modificado" (v. p. 706).

determinando, nesse caso, a transmissão do contrato para apenas um dos adquirentes, nomeadamente aquele a que o trabalhador dedique a maior parte da sua atividade.

Independentemente da resposta à questão anterior, na ausência de um critério norteador mais claro, o certo é que o risco correrá necessariamente por conta dos adquirentes, os quais deverão dar particular atenção, de ora em diante, à possibilidade de transferência parcial para os seus quadros de trabalhadores cuja afetação funcional pode não ser totalmente evidente. Em última instância, e no que às transmissões indiretas diz respeito, este aspeto terá, por um lado, de ser avaliado pelo cessionário no momento da apresentação de uma proposta e, por outro lado, em caso de adjudicação, poderá levar a uma necessária cooperação entre dois adquirentes (ou concorrentes) para o alcance de uma solução prática que respeite a manutenção dos direitos dos trabalhadores[37].

6. Conclusões

A decisão do TJUE no caso ISS Facility Services vem abrir a porta à fragmentação do contrato de trabalho em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento, contanto que tal cisão seja possível e assegure a manutenção dos direitos dos trabalhadores.

Adicionalmente, assume um papel relevante nos ordenamentos jurídicos em que o direito de oposição à transmissão do contrato não se encontre consagrado, esclarecendo que, perante a transmissão do

[37] Recorde-se o exemplo supra sobre a necessária definição dos horários de trabalho entre todas as partes.

contrato de trabalho que implique uma modificação substancial do mesmo, poderá o trabalhador resolver o contrato considerando-se que a responsabilidade procede do ou dos adquirentes.

As questões ou perplexidades acima suscitadas colocam-se sobretudo a respeito dos trabalhadores de serviços centrais ou administrativos (i.e., os trabalhadores que em regra beneficiam as várias unidades económicas de uma empresa).

Não obstante, a resposta jurisprudencial alcançada poderá ter impacto na forma como os agentes económicos perspetivarão as potenciais contingências associadas à transferência de partes de empresa e estabelecimentos e, bem assim, à forma como os trabalhadores sindicarão os seus direitos neste contexto – não se perdendo de vista que, tendo em conta o amplo alcance da Diretiva, a transmissão pode ocorrer, como é consabido, por imposição de circunstâncias externas ao cedente, como é o caso de perda de exploração de um serviço.

Longe de encerrar a discussão em torno da possível afetação dos trabalhadores a mais do que um adquirente, parece-nos que a decisão acrescenta um novo patamar às incertezas emergentes do regime consagrado na Diretiva, cabendo, no futuro, aos órgãos jurisdicionais nacionais avaliar em que medida tal cisão será possível, no quadro de uma justa ponderação de interesses da manutenção dos direitos dos trabalhadores e dos interesses legítimos dos adquirentes.

Bibliografia citada e consultada e jurisprudência citada

António de Lemos Monteiro Fernandes, 'Alguns aspectos do novo regime jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho-Dezembro, 2019, pp. 7-41.

David Carvalho Martins: 'Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas', *Prontuário de Direito do Trabalho*, vol.2018 *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 117-158.

David Falcão / Sérgio Tomás: 'Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Prontuário de Direito do Trabalho*, Volume 2018-I, 2018, pp. 105-116.

J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, C*onstituição da República Portuguesa Anotada, Volume I – Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Joana Simão, 'A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional', *Questões Laborais*, Ano IX, n.º 20, 2002, pp. 203-220.

Joana Vasconcelos, 'A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho', *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 71, Maio-Agosto, 2005, págs. 73-93.

Joana Vasconcelos, em Pedro Romano Martinez *et al.*, Código do Trabalho. Anotado, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 671-682.

João Leal Amado, 'Transmissão de unidade económica e dos contratos de trabalho: oposição *ma non troppo*?', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53 Julho-Dezembro, 2019, pp. 43-64.

José Amorim Magalhães / Paulo Pichel, 'Reflexões em torno das cláusulas contratuais de reenvio dinâmicas no contexto da transmissão da unidade económica a propósito do Acórdão do TJUE Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure, Ltd (Processo C-426/11)', *Questões Laborais*, n.º 42, 2014, pp. 689-712.

Júlio Manuel Vieira Gomes, 'A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento - inflexão ou continuidade?', *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Volume I*, 2001, pp. 481-525.

Júlio Manuel Vieira Gomes, 'Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho', *Questões Laborais*, Ano XV, n.º 32 – Julho/Dezembro, 2008, p. 141-167.

Julio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Indivíduais*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019.

Melanie Oliveira Neiva Santos / Susana Ferreira dos Santos: 'O (novo) direito de oposição em caso de transmissão de empresa ou estabelecimento', *Questões Laborais*, Ano XXV, n.º 53, Julho – Dezembro, 2018, pp. 65-87.

Milena Silva Rouxinol, 'XIX. Transmissão de unidade económica', in *Direito do trabalho. Relação individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

Pedro Furtado Martins, 'Duas Questões a Propósito dos Efeitos da Transferência do Estabelecimento nas Relações de Trabalho: Artigo 321.° do Código do Trabalho e Oposição do Trabalhador à Transmissão do Contrato de Trabalho', in *IX e X Congressos nacionais de Direito do trabalho. Memórias*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 307-334.

Pedro Romano Martinez / Pedro Madeira de Brito, 'O novo regime da transmissão da unidade económica introduzidos pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março', *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 59, n.º 1-4, 2018, pp. 7-86.

Acórdão do TJUE, 15.07.1964, Processo n.º 6/64, *Flaminio Costa v. Enel*, disponível em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 18.03.1986, Processo n.º 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gehroeders Benedik Ahattoir CV* e o, disponível em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 07.02.1985, Processo n.º 186/83, *Arie Botzen e o. v Rotterdamsche Droogdok Maatschppij BV*, disponível, na versão inglesa, em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 07.03.1996, Processo n.º C-171/94 e C-172/94, *Merckx-Neuhuys v. Ford Motors Company*, pt. 28, e, ainda,

Acórdão do TJUE, 19.10.2017, *Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança v. ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial*, pt. 23, disponíveis em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 11.03.1997, Processo n.º C-13/95, *Ayse Süzen v. Zehnacker Gebaudereinigung GmbH Krankenhausservice*, disponível em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 09.03.2006, Processo n.º C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*.

Acórdão do TJUE, 18.07.2013, Processo n.º C-426/11, *Mark Alemo-Herron e o. v. Parkwood Leisure Ltd*, disponíveis em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 20.07.2017, Processo n.º C-416/16, *Piscarreta Ricardo v. Portimão Urbis e outros.*, disponível em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 13.07.2019, Processo n.º C-317/18, *Cátia Correia Moreira v. Município de Portimão*, disponível em https://curia.europa.eu.

Acórdão do TJUE, 26.03.2020, Processo n.º C-344/18, *Iss Facility Services NV v. Govaerts* e *Atalian NV*, e respetivas conclusões do Advogado Geral Maciej Szpunar, disponíveis em https://curia.europa.eu.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Ferreira Pinto), 11.09.2019, Processo n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em https://www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (Antero Veiga), 07.05.2020, Processo n.º 5670/18.0T8BRG-A.G1, disponível em https://www.dgsi.pt.

Tribunal Constitucional n.º 422/200, 15.07.2020, Processo n.º 528/2017, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

A NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

NON-DISCRIMINATION IN LABOUR LAW

António Menezes Cordeiro*

Sumário: I – Aspetos gerais: 1. O problema; 2. Nas origens; 3. Aspetos jurídicos; 4. Igual tratamento e discriminação. II – Aspetos civis: a discriminação da mulher: 5. Nas origens; 6. Direito lusófono; 7. Manifestações tardias; 8. A implantação da igualdade. III – O Direito do trabalho: 9. Medidas iniciais; 10. O Direito europeu; 11. Segue: a Diretriz 2006/54; 12. Exemplos portugueses; 13. O Código do Trabalho. IV – Conjugação com a liberdade civil: 14. O problema; 15. A autonomia privada; 16. Discriminações perversas; 17. O assédio (*mobbing* e *bullying*). 18. Segue; *mobbing* e *bullying*

Resumo:

A discriminação de seres humanos corresponde a um tratamento desigual em função de fatores que não o justificam; inaceitável, a discriminação é vedada pelas ordens jurídicas civilizadas, em especial no Direito do trabalho. A não-discriminação deve ser compaginada com a autonomia privada. No Direito individual do trabalho, há que distinguir as escolhas livres das discriminações perversas, isto é, daquelas que, sem justificação e por razões históricas e culturais, se apresentam como especialmente gravosas: tais são as discriminações em função do sexo, da raça, da ideologia, da religião ou das inclinações sexuais. Totalmente vedadas devem ser as práticas de *bullying* e de *mobbing*, atentatórias à dignidade humana.

Abstract:

Discrimination against human beings corresponds to unequal treatment on the basis of factors that do not justify this; discrimination is unacceptable and prohibited by civilised legal systems, especially in employment law. Non-discrimination must be conciliated with private autonomy. In the law on individual employment, free choices must be distinguished from perverse instances of

* Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Decano da mesma Faculdade. Presidente do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP).

discrimination, in other words, those which, unjustifiably and for historical and cultural reasons, present themselves as especially grievous: such as discrimination on the basis of sex, race, ideology, religion or sexual inclinations. Bullying and mobbing must be absolutely prohibited, as an affront to human dignity.

I – Aspetos gerais

1. O problema

I. Apesar de todos os progressos, o tratamento desigual e a discriminação de seres humanos existe. Ao sabor de decorrências económicas e culturais, ele sofre uma evolução oscilatória: ora se manifesta ostensivamente, ora dá azo a cripto-ocorrências, ora opera de modo larvar, capaz de reemergir na próxima esquina da história. O Direito do trabalho é um pólo sensível a esse problema: dele podem emergir elementos úteis para todo o sistema jurídico.

II. O tratamento desigual e a discriminação são muito injustos. No plano individual, eles apoucam e humilham os visados, sem que se lhes possa apontar a mínima culpa. No coletivo, eles prejudicam comunidades inteiras, tolhem o desenvolvimento harmónico das sociedades e provocam (sem desculpar) explosões de cólera e de violência contra (em geral) inocentes. Com isso, realimentam-se ressentimentos, posturas racistas e demagogias extremistas.

III. A discriminação e o tratamento desigual perturbam pela sua essência popular. Hoje, salvo casos marginais que todos condenam, ninguém defende as inerentes posturas. Estas, todavia, ocorrem de modo espontâneo e, precisamente, nas camadas mais simples da

população. As discriminações são inimigas da cultura e vice-versa. Isso significa que existe todo um programa a desenvolver, nas famílias, nas escolas e nos bairros, para inculcar, no âmago de cada um, um dado basilar para todos: ninguém pode sofrer um tratamento desigual nem, muito menos, ser discriminado.

2. Nas origens

I. Explicam os antropólogos que o racismo, agora tomado como forma especialmente perversa de discriminação, não se prende com nenhum dado natural da Humanidade. Recentes pesquisas arqueológicas revelam, designadamente, que o *homo sapiens sapiens* tem os mesmos ascendentes africanos e que, aquando da primeira colonização da Europa, conviviam, nas famílias, pessoas de diferente cor de pele. Todas as "raças" humanas são interfecundas, sendo que a variedade genética é uma vantagem.

II. Nas sociedades primitivas, aquando da sedentarização, os servos eram os vencidos, independentemente de considerações rácicas. Foram escravizados os eslavos[1], os germanos e os "brancos" do norte, designadamente pelos árabes. O Cristianismo primitivo era uma religião de escravos. Na reconquista peninsular, cristãos e mouros escravizavam-se mutuamente, ao sabor dos acasos militares. A escravatura africana era endémica em África. Os esclavagistas portugueses – que nada desculpa, tanto mais que eram portadores de uma religião humanista e universalista – adquiriam os escravos

[1] "Escravo" provém, precisamente, de eslavo: *slave* em inglês.

africanos aos régulos locais, aproveitando uma realidade já existente.

III. As mais recentes manifestações de racismo – as do nazismo – para além da incivilidade básica que revelam, são totalmente contraditórias com os factos: os melhores cientistas alemães, incluindo juristas[2], eram de etnia judaica. Numa imensa ironia histórica, judeus e árabes pertencem à mesma etnia semita: mas acusam-se, mutuamente, de racismo. Nenhum estudo sério permite afirmar raças superiores: apenas diferenciações culturais filiadas em distintas condições de vida.

IV. Em suma: inúmeras considerações naturais, de que acima demos breves exemplos, depõem contra o tratamento desigual e a discriminação. Cabe agora verificar, à luz da Ciência do Direito, quais as soluções possíveis.

3. Aspetos jurídicos

I. O Direito é o modo de resolução científica dos casos concretos. Diz-se científica porque assenta em postulados que tornam previsível a solução dos problemas, assim se contrapondo ao arbítrio e ao improviso. Mas é ainda científica porque as soluções que apresente

[2] *Vide* Helmut Heinrichs e outros, *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (1993), XXVI + 866 pp., onde são percorridos 43 nomes reconhecidos, entre os quais Levin Goldschmitd, Heinrich Dernburg, Paul Laband, Philipp Lotmar, Georh Jellinek, Eugen Ehrlich, Martin Wolff, Ernst Rabel, Hugo Sinzheimer, Hermann Kantorowicz, Leo Rosenberg, Hans Nawiasky, Hans Kelsen e Fritz Pringheim, para referir apenas os nomes mais citados na literatura lusófona. Vários grandes juristas alemães pereceram no holocausto, com as suas famílias.

integram um sistema harmónico: tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. Mas isso obriga a perguntar o que é "indiferente", para o Direito, em termos de merecer um tratamento distinto.

II. Discriminar advém do latim *discriminare*: pôr de lado, separar ou dividir. Nada tinha de pejorativo. Segundo Cícero, *Etruriam discriminat Cassia*: a via Cássia divide a Etrúria[3]. Poderíamos apontar "discriminações" legítimas e, até, imperiosas. Por exemplo, assim sucede com as regras que protegem as crianças. Todavia, a multiplicação de discriminações perversas, assentes em diferenciações insuficientes ou inexistentes e que, na prática, apenas exprimem relações de poder ou de opressão, conferiram, ao termo, um sentido pejorativo.

III. O Direito tem, aqui, um papel delicado. Cabe-lhe discernir as diferenciações injustificadas e, aí, atalhar em dois planos: impondo o igual tratamento e vedando as discriminações perversas. Para tanto, há que adstringir o Estado à absoluta observância da igualdade, ressalvados os casos de efetiva diferenciação e, aí, para proteger os seres humanos mais fracos (discriminação positiva). O artigo 13º da Constituição portuguesa fixa também o princípio da igualdade (nº 1) enquanto o nº 2 veda uma série de discriminações: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. Quanto aos particulares: a via

[3] Marco Túlio Cícero, *Philipica*, XII, 23.

é mais complexa. Cada um relaciona-se com quem quiser e contrata livremente. O Direito só pode atuar em situações extremas, sob pena de limitar a liberdade. Impõem-se reflexões suplementares.

4. Igual tratamento e discriminação

I. O igual tratamento significa, antes de mais, a igualdade perante a lei. Esta apresenta comandos que, verificada a previsão, se aplicam a todos os seres humanos, sem distinção. Num passo seguinte, "igual tratamento" traduz a necessidade constitucional de não haver "privilégios", isto é: normas diferenciadoras que impliquem, para alguns, vantagens injustificadas. Mas a falta de "justificação" exige valorações objetivas adequadas. Assim, se é inaceitável reservar certos empregos para "aristocratas", afigura-se legítimo e necessário que determinadas posições só sejam acessíveis a quem tenha habilitações adequadas.

II. A discriminação é infralegal: ocorre em face de condutas que, independentemente de leis, impliquem diferenciações perversas, isto é, desigualdades assentes em fatores que, historicamente, se tenham revelado perniciosos em face de considerações elementares de equilíbrio e de justiça. Parece evidente que, ao lado de situações claras e óbvias de discriminação condenável, há diferenciações que pertencem ao gosto de cada um. Como afinar fronteiras? O Direito privado, com relevo para o Direito do trabalho, é convocado.

II – Aspetos civis: a discriminação da mulher

5. Nas origens

I. Ao longo da História, a mulher foi vítima de uma discriminação característica, que teve diversas consequências no Direito[4]. Nas sociedades sedentárias que permitiram a acumulação de riqueza, os homens, pela sua força física em regra superior, ocuparam-se do gado e das tarefas agrícolas, vindo a controlá-las. A guerra era feita tendencialmente por homens, permitindo o seu adestramento e o seu acesso a funções públicas de índole militar. Porventura mais grave, num círculo que se quebraria apenas no século XX: a cultura era disponibilizada, em primeira linha, aos homens, com um relevo particular para o ensino e o estudo do Direito. Ficava a mulher remetida para lides domésticas e para a educação dos filhos de mais tenra idade: ocorrência, de resto, prejudicada justamente pelo problema cultural. As inferioridades económica e, depois, cultural, da mulher, assim provocadas, tiveram reflexos jurídicos até, praticamente, aos nossos dias. Ela mantém-se, de resto, noutras culturas, vindo mesmo a agravar-se, nos últimos anos.

II. No Direito romano, a mulher estava submetida ao *pater familias*. Trata-se de uma situação que penalizava homens e mulheres, apenas com a particularidade de o *pater* ser, em princípio, um homem. As funções públicas e o exercício militar estavam

[4] Sobre toda a matéria, Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra* (1990), onde podem ser confrontadas inúmeras indicações.

reservados aos homens. Casando, a mulher passava para o poder do marido, nos casamentos iniciais, ditos *cum manu*. A partir dos finais da República, os casamentos vieram a ser celebrados *sine manu*, o que redundou na concessão de maior autonomia às mulheres. Mantendo-se a incapacidade de Direito público, foi-se assistindo a uma progressiva equiparação no tocante aos direitos privados: fala-se, a tal propósito numa conceção mais humanitária das sociedades civilizadas, que produziu os seus frutos[5], embora ainda muito longe de princípios de não-discriminação, difíceis de entender em sociedades esclavagistas. Surgiram mesmo, nessa altura, institutos de privilégio para as mulheres, com relevo para o *senatus-consultum vellaeanum*, que permitia à mulher fiadora, por meio de uma *exceptio*, evitar responder por uma fiança que tivesse outorgado[6]. A doutrina da *exceptio vellaeana* foi ampliada, sob o Direito comum, deixando ainda rastos no nosso Código de Seabra – artigo 819.º. No período justinianeu, a discriminação civil, agora sob influência cristã, manteve a linha do abrandamento e da superação[7].

III. A situação veio a piorar, no Ocidente, após as invasões. O Direito germânico não era, *in abstracto*, discriminador da mulher; tinha, no entanto, um forte sentido de família, que conduzia a entregar ao pai a generalidade dos poderes. As mulheres transitavam do poder do pai para o do marido, numa situação algo semelhante ao do primitivo Direito romano.

[5] Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 2ª ed. (1971), 277.
[6] *Idem*, 667; *vide* o nosso *Tratado de Direito civil* X (2015), 191 ss., com indicações.
[7] Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, 2ª ed. (1975), 119.

Mau grado o retrocesso, particularmente sensível no Direito público, o Direito privado manteve o teor mais equilibrado das compilações. De notar um papel importante da Igreja que, durante séculos, se bateu pela liberdade formal do casamento[8]. Todavia, ficou por resolver o problema da inferioridade cultural da mulher, causada pelas deficiências na educação feminina. Localizamos, aí, o cerne da discriminação. Historicamente, surgiram medidas de proteção da mulher, como a proibição do divórcio e a comunhão geral de bens: a primeira evitava o repúdio puro e simples, admitido noutras culturas; a segunda garantia meios de sobrevivência às viúvas das classes médias e altas. A evolução social tornou essas medidas insuficientes e, no caso de divórcio, penalizadoras.

6. Direito lusófono

I. Em termos puramente civis, pelos antecedentes apontados, a posição da mulher estava já próxima da do homem, aquando da pré-codificação. Explicava Borges Carneiro: "A exclusão das mulheres de algumas faculdades políticas se funda em leis do pudor ou em costume meramente civil; não na incapacidade ou inhabilidade do sexo: antes nelle se desinvolve mais cedo o juizo e a puberdade"[9]. A regra geral era, assim, a da igualdade com os homens, perante o Direito[10]; designadamente: as mulheres sucediam

[8] A liberdade formal do casamento levou ao reforço da liberdade contratual, em geral e não a liberdade de estipulação; não tem a ver com o negócio jurídico, que é uma criação pandectística dos finais do século XVIII, princípios do século XIX [o nosso *Tratado de Direito civil*, II, 4ª ed. (2014), 25 ss.).

[9] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, 3 (1828), 3-4.

[10] *Idem*, 5.

no Reino, em bens da Coroa, morgado e prazo; não estão em tutoria ou curadoria; podem, sem diferença dos homens, fazer testamento, contratos ou obrigar-se a receber depósito[11]. A mulher apenas não poderia ser fiadora, estando-lhe ao alcance invocar o benefício do Senatusconsulto Veleiano[12]. Seguiam-se, depois, diferenças no campo público e no das penas.

Contra a igualdade das mulheres jogaram, depois, as codificações: na ânsia sistematizadora, foram acolhidos e ampliados traços de diferenciação, particularmente no Código Napoleão[13]. Deste diploma seriam retiradas, ainda no tempo da pré-codificação, novas desigualdades: a mulher casada "não pode fazer contracto algum sem authoridade do marido"[14], nem contrair dívidas, salvo em casos muito peculiares[15], nem comparecer em juízo[16].

II. O Código Civil de Seabra (1867) partia de uma aparente posição de igualdade entre os sexos, consagrada no seu artigo 7.º. A mulher apenas incorria em algumas limitações tradicionais. Mais precisamente: as mulheres não podiam ser testemunhas em testamento – artigo 1966.º[17] – e em atos entre vivos tanto autênticos

[11] *Idem*, 6-7.
[12] *Idem*, 7 ss..
[13] Assim, o seu clássico artigo 213º (versão original): *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*; seguiam-se várias "incapacidades" relativas à mulher casada.
[14] Corrêa Telles, *Digesto Portuguez* 1, 3ª ed. (1846), artigo 232 (33).
[15] *Idem*, artigo 240 (36).
[16] *Idem*, artigo 383 (56); nos artigos 420 e seguintes (60), retomam-se, ainda, diversos atos.
[17] Tal como não podiam os estrangeiros, os que não estiverem em seu juízo, os menores não emancipados, os surdos, os mudos e os cegos, bem como os que não entenderem a língua do testamento, os filhos e os amanuenses do tabelião e os declarados incapazes de serem testemunhas, por sentença; José Dias Ferreira, *Codigo Annotado*, 3, 2ª ed. (1898), 477.

como particulares – artigo 2492.º[18]; não podiam prestar fiança, salvo sendo comerciantes – 819.º –, bem como em certos casos especiais – 820.º[19]; não podiam ser tutores, protutores nem vogais do conselho de família, salvo quando ascendentes – artigo 234.º[20].

III. Com o casamento, porém, a situação da mulher piorava decisivamente. Desde logo, ficava sob o poder marital por força do artigo 1185.º, correspondente ao artigo 213.º do Código Napoleão:

Ao marido incumbe, especialmente, a obrigação de proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; e a esta a de prestar obediência ao marido[21].

Além disso, não podia estar em juízo sem autorização do marido, salvo circunstâncias especiais – 1192.º[22] –, tal como não podia "... adquirir, ou alienar bens, nem contrahir obrigações ..." – artigo 1193.º[23] – ou publicar "... os seus escriptos ..." – 1187.º[24].

Deve notar-se que a doutrina privatística não aprovava estas incapacidades[25], apressando-se todavia a explicá-las apenas pela

[18] Preceito que remetia para o artigo 1966.º.

[19] José Dias Ferreira, *Codigo Annotado*, 2, 2ª ed. (1895), 113.

[20] José Dias Ferreira, *Codigo Annotado*, 1, 2ª ed. (1894), 184, referindo a falta de autoridade que as mulheres teriam, quando o jovem alcançasse certa idade.

[21] José Dias Ferreira, *Codigo Annotado* cit., 2, 2ª ed., 417, amenizava deste modo o preceito: "Pela sua parte a mulher deve obediencia ao marido, mas só no que for licito, e conforme á moral e aos bons costumes, como desnecessariamente declarava o projecto primitivo".

[22] *Idem*, 422.

[23] *Idem*, 424.

[24] *Idem*, 418, onde, com algum distanciamento, se refere que "... a ordem e a moralidade domestica poderiam n'alguns casos correr grave perigo, se a mulher tivesse completa liberdade de dedicar-se á vida litteraria, scientifica ou artistica, com prejuizo dos deveres que lhe impõem as suas qualidades de esposa e de mãe".

[25] Guilherme Moreira, *Instituições de Direito civil* 1 (1907), 187: "A palavra *obediencia*, de que o legislador, com tanta infelicidade, se serviu ...".

conveniência em manter a unidade da família[26]. Guilherme Moreira rematava a matéria com uma afirmação que demoraria 70 anos a colher frutos:

A desigualdade juridica entre os sexos não representa, na sua evolução histórica e na maioria dos casos, a idêa de proteger a mulher em razão de uma supposta inexperiencia ou fraqueza, ou uma satisfação ás exigencias da unidade da familia, e, reduzida, como está no nosso codigo, algumas disposições ha todavia que se nos afiguram de difficil justificação, designadamente no que respeita ás segundas nupcias[27].

IV. O grande óbice à igualdade dos sexos residia na falta de cultura e de instrução da mulher. Desde que se foi estabelecendo a escolaridade obrigatória para homens e mulheres e que se consumou, ao longo da primeira metade do século XX, o acesso das mulheres ao ensino secundário e ao superior, a igualdade impôs-se, pela base. A desigualdade da mulher foi sendo minorada por diversas reformas legislativas[28].

[26] *Idem*, loc. cit..

[27] *Idem*, 194. Em compensação, Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito civil* 1 (1927), 227-228, verberava os progressos igualitaristas do século XX, congratulando-se com os costumes, o bom senso e a prática da vida que corrigiriam os "desatinos legislativos".

[28] Com relevo para o Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, ou Lei do Casamento e pela reforma do Código Civil, aprovada pelo Decreto n.º 19 126, de 16 de dezembro de 1930; *vide* Paulo Cunha, *Teoria geral de Direito civil* (1972), 39.

7. Manifestações tardias

I. A discriminação da mulher manteve, no Direito português, algumas manifestações tardias; estas colidiam com uma referência de princípio à igualdade dos sexos[29].

No Direito público, estavam vedados, à mulher, algumas profissões jurídicas, como o acesso à magistratura judicial e ao ministério público[30], o acesso a certas carreiras e desempenhos,

[29] Paulo Cunha, *Teoria geral* cit., 40.

[30] Artigo 365.º do Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 278, de 14 de abril de 1962:

1. Os requerimentos, escritos e assinados por cada concorrente, além de conterem a declaração da naturalidade e do domicílio, serão acompanhados de documentos comprovativos dos seguintes requisitos:
   a) Ser cidadão português do sexo masculino com idade não inferior a 21 nem superior a 35 anos;
   b) Possuir as habilitações literárias exigidas por lei;
   c) Não estar pronunciado nem ter sido condenado por crimes infamantes e estar no gozo pleno dos direitos civis e políticos;
   d) Ter cumprido os preceitos legais relativos ao recrutamento militar;
   e) Ter feito as declarações a que se referem o artigo 3.º da Lei n.º 1901, de 21 de maio de 1935, e o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 27 003, de 14 de setembro de 1936;
   f) Ter efectuado o depósito a que se refere o artigo seguinte.
2. Os concorrentes podem juntar ainda quaisquer outros documentos comprovativos de habilitações que possuam e de serviços públicos que tenham prestado e aproveitar para o concurso os documentos que anteriormente tenham dado entrada no Ministério da Justiça, desde que sejam expressamente designados no requerimento de admissão, com a declaração do ano e do fim para que tenham sido apresentados.

como a carreira diplomática e consular[31] e outros papéis que envolvessem "funções de autoridade"[32].

II. Mas também no Direito privado, particularmente no Código Civil, surgiam discriminações. Quanto à mulher em geral, eram poucas: artigos 1601.º, *a*) (idade núbil, de 16 anos para homens e de 14, para mulheres), 1720.º/1, *b*) (regime imperativo de separação de bens, de 60 anos para homens e de 50, para mulheres) e 1828.º (idade mínima para perfilhar, de 16 anos para homens e de 14, para mulheres).

III. O panorama era diverso em relação à mulher casada: isso ao ponto de haver toda uma dogmática quanto às "incapacidades da mulher casada". Apontemos alguns aspetos relativos ao estatuto da mulher casada, segundo a versão original do Código Civil de 1966:

[31] Artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 47 331, de 23 de novembro de 1966:

A admissão no serviço diplomático depende da aprovação em provas públicas, a que só poderão ser candidatos os cidadãos portugueses originários, de sexo masculino, licenciados em Direito, História, Filosofia, Economia, Finanças ou pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, ou ainda diplomados em cursos de escolas superiores estrangeiras que sejam declarados pelo Ministério da Educação Nacional equivalentes a qualquer das referidas licenciaturas.

[32] Por exemplo, o artigo 488.º do Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31 095, de 31 de dezembro de 1940:

Os requerimentos, escritos e assinados por cada concorrente [a cargos judiciários], além de conterem a declaração da naturalidade e do domicílio, serão acompanhados de documentos comprovativos dos seguintes requisitos:

a) Ser cidadão português do sexo masculino com idade não inferior a 21 anos nem superior a 35 anos;

A Constituição de 1933, no seu artigo 5.º, § único, ressalvava, à igualdade de direitos, o seguinte: "salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza, e do bem da família"; na revisão de 1971, esse preceito foi substituído por um § 2.º, assim concebido: "salvas, quanto ao sexo, as diferenças de tratamento justificadas pela natureza". A pressão igualitarista parece evidente; todavia, a doutrina entendia que essa modificação "não afecta as diferenças de condição jurídica entre marido e mulher ..."; *vide* Paulo Cunha, *Teoria geral* cit., 37.

– 1672.º/1: a mulher deve adotar a residência do marido;

– 1674.º: o marido é o chefe da família, competindo-lhe representá-la e decidir em todos os casos da vida conjugal comum;

– 1675.º/1: a mulher tem o direito de usar o nome do marido, não se referindo o inverso;

– 1676.º/2: o marido pode denunciar, a todo o tempo, os contratos lucrativos que a mulher celebre com terceiros; ficava incluído o contrato de trabalho;

– 1677.º/1: pertence à mulher o governo doméstico;

– 1678.º/1: a administração dos bens do casal, incluindo os próprios da mulher, pertence ao marido;

– 1686.º/1: a mulher não pode exercer o comércio sem o consentimento do marido, salvo certas circunstâncias.

Particularmente gravosa era a possibilidade de o marido, que já tinha a administração dos bens, poder denunciar o contrato de trabalho da mulher, deixando-a em total dependência económica.

IV. Tais discriminações não tinham justificação. Além disso, não correspondiam ao estado cultural do País, no momento em que se pretendeu a sua imposição: eram, mesmo, caricatas, manchando, sem glória, o Código Civil de 1966.

8. A implantação da igualdade

I. Foi necessário aguardar a queda da II República, em 25 de abril de 1974, para se corrigir a discriminação apontada. Algumas medidas foram tomadas de imediato: assim, o Decreto-Lei n.º 251/74, de 12 de junho, facultou a todos os cidadãos portugueses, independentemente do seu sexo, o acesso aos cargos judiciários ou do Ministério Público e aos quadros dos funcionários de justiça, enquanto o Decreto-Lei n.º 492/74, de 27 de setembro, revogou o artigo 488.º, § 4.º, do Código Administrativo.

II. A discriminação civil em Portugal teve termo através da reforma do Código Civil, concretizada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro[33]. No campo do trabalho, a revogação geral de disposições discriminatórias foi consumada pelo Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de setembro. Seguiram-se outros diplomas que pretenderam pôr cobro a discriminações em função do sexo, ainda dispersas. A Lei n.º 23/80, de 26 de julho, veio ratificar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. O Decreto n.º 66/84, de 11 de outubro, aprovou para ratificação a Convenção n.º 156 da O.I.T.: relativa à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para os Trabalhadores dos Dois Sexos.

[33] *Vide* o preâmbulo desse diploma, particularmente os seus números 11 e seguintes; uma crítica genérica à reforma de 1977 foi a de Antunes Varela, no prefácio à 2ª ed. do *Código Civil Anotado*, 1 (1979). Todavia, a reforma nada teve de uma "sanha destruidora": apenas adequou a lei civil fundamental à cultura portuguesa do nosso tempo.

III. Na busca e eliminação de concretas discriminações, é importante a atuação das associações de mulheres; a Lei n.º 95/88, de 17 de agosto, veio estabelecer especiais direitos de atuação e de participação a favor dessas entidades[34]. Os direitos das associações de mulheres foram reforçados pela Lei n.º 10/97, de 12 de maio[35], regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 246/98, de 11 de agosto[36].

IV. No próprio campo militar, foram tomadas diversas medidas para o acesso de "cidadãos do sexo feminino"[37] [38].No domínio do trabalho, onde certas discriminações podem subsistir, cabe referir a Diretriz n.º 75/117/CE[39]. A Portaria n.º 1212/2000, de 26 de dezembro, veio majorar apoios a profissões significativamente marcadas por discriminação de género[40]. Por fim, a Lei n.º 9/2001, de 21 de maio, veio reforçar os mecanismos de fiscalização e punição de práticas laborais discriminatórias em função do sexo, enquanto a RAR n.º 17/2002, de 8 de março, aprovou, para ratificação, o Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as

[34] Alterada pela Lei n.º 33/91, de 27 de julho.
[35] Alterada pela Lei n.º 128/99, de 20 de agosto.
[36] Alterado, por apreciação parlamentar, pela Lei n.º 37/99, de 26 de maio.
[37] Assim: Portaria n.º 60/90, de 25 de janeiro (força aérea); Portaria n.º 1156/91, de 11 de novembro, alterada pela Portaria n.º 238/96, de 4 de julho (exército); Portaria n.º 163/92, de 13 de março, depois substituída pela Portaria n.º 1232/93, de 30 de novembro, alterada pela Portaria n.º 656/94, de 19 de julho (marinha).
[38] A referência a "cidadãos do sexo feminino" – em vez do vernáculo "cidadãs" – parece querer combater a discriminação nas próprias fórmulas vocabulares.
[39] Maria do Rosário Palma Ramalho, *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva n.º 75/117/CE em Portugal*, ROA 1997, 159-181.
[40] Esse diploma adota, ainda "a lista nacional de profissões significativamente marcadas por discriminação de género".

Formas de Discriminação contra as Mulheres, adoptado em Nova Iorque, em 6 de outubro de 1999.

V. O Código do Trabalho de 2009, nos seus artigos 23.º e seguintes, abaixo referidos, desenvolve o tema da não-discriminação.

III – O Direito do trabalho

9. Medidas iniciais

I. O acesso ao emprego passou a subordinar-se a alguns princípios gerais do ordenamento que ganham, nesse domínio, uma acuidade marcada. Assim, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 444/80, de 4 de outubro, que aprovou "princípios gerais sobre o emprego" faz apelo, como princípios básicos, à "... capacidade e aptidão profissional do indivíduo..." e à "... igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho..." e, como limites, "... os decorrentes da Constituição e das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Português".

II. A Constituição prescreve, em geral, o princípio da igualdade – artigo 13.º. Trata-se de um princípio pré-positivo que, se bem se atentar, está na base de proscrição do arbítrio e na própria instituição do Direito e do seu sistema: a necessidade de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença.

III. O princípio da igualdade tem sido tornado operacional, no Direito do trabalho e, particularmente, no campo importante do acesso ao emprego, através de algumas concretizações. Assim[41]:

– a igualdade de direitos: todos têm, por igual, acesso às potencialidades abertas pela Ordem Jurídica, nos precisos termos em que se acham prescritos; este aspeto tem relevância prática sobretudo no domínio do acesso da mulher ao emprego, em plano de igualdade com o homem;

– a proibição de discriminação: ninguém pode ser prejudicado por força de qualquer dos fatores exemplificados no artigo 13.º da Constituição: ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social;

– a igualdade de tratamento: todas as diferenciações que se estabeleçam entre as pessoas devem fundar-se em razões materiais atendíveis, prevenindo-se posturas puramente arbitrárias.

IV. Estas concretizações tiveram reflexos importantes em negócios preliminares tendentes à celebração de contratos de trabalho. Mas assumiram, também, um papel importante na

[41] Günter Schaub, *Arbeitsrecht*, 6.ª ed. (1987), 749 ss. *Vide* Eduard Bötticher, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, RdA 1953, 161-169; Marie Luise Hilger, *Zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, RdA 1975, 32-35; Günther Wiese, *Altersversorgung und Gleichbehandlung bei der Verschmelzung und Umwandlung von Gesellschaften*, RDA 1979, 432-438; Antonie Palme, *Zum arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung in der neueren Rechtsprechung*, B1StSozArbR, 1983, 257-260; Hans-Joachim Bauschke, *Zur Problematik des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes*, RdA 1985, 72-78; Günter Schaub, *Gleichbehandlung, Gleichberechtigung und Lohngleicheit*, NZA 1984, 73-76; Jorgen Simon/Thomas Hinderlich, *Die Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten bei Gratifikationen des Arbeitsgebers*, NZA 1987, 623-625.

preparação e aplicação das múltiplas medidas tendentes à incentivação do acesso ao emprego, impondo-se, de modo marcado, aos serviços públicos que intervêm nesse processo. Na concretização do princípio da igualdade, cabia referenciar o Decreto-Lei n.º 392/79, de 30 de setembro, referente à não-discriminação, em função do sexo, nos diversos aspetos da formação dos contratos, da formação profissional, da remuneração e da carreira profissional[42].

O tópico da igualdade era, também, usado na jurisprudência[43].

10. O Direito europeu

I. A não-discriminação e a igualdade entre homens e mulheres resultam dos artigos 21º e 23º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A matéria foi desenvolvida nas Diretrizes 2000/43 (diferença de raça ou de origem étnica), 2000/78 (igualdade no emprego), 2004/113 (acesso a bens e serviços) e 2006/54 (igualdade de tratamento). Estes diplomas foram transpostos para a ordem interna, sendo considerados a esse propósito. Todavia, comportam elementos estruturantes do Direito da União que justificam a antecipação de alguns aspetos.

[42] O artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 491/85, de 26 de novembro, relativo às contraordenações laborais, punia com coima de 5 a 40 mil escudos quem "... publicar ou anunciar, por qualquer forma, ofertas de emprego contendo restrições, especificações ou preferências discriminatórias em função do sexo...".

[43] Designadamente: para fixar categorias – STJ 26-jul.-1985 (Leite de Campos), BMJ 349 (1985), 338-357 (348) e STJ 14-fev.-1986 (Correia de Paiva), BMJ 354 (1986), 391-399 – para determinar aspetos remuneratórios de acordo com o brocardo "a trabalho igual, salário igual" – REv 29-abr.-1986 (Paiva Carvalho), BMJ 358 (1986), 623, RLx 21-mai.-I986 (Pedro Macedo), CJ XI (1986) 3, 174-175 e RLx 4-nov.-1987 (Nuno Alvim), CJ XII (1987) 5, 164-167 e para vedar a discriminação das mulheres – STJ 25-jul.-1986 (Licínio Caseiro), TJ 22 (1986), 24 e RCb 8-mar.-1988 (Dias Simão), CJ XIII (1988) 2, 106-108.

II. A Diretriz 2000/43, de 29 de junho, aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica[44]. Surge na sequência de outras iniciativas tendentes a combater os comportamentos racistas ou xenófobos[45]. Tais comportamentos preenchem páginas negras da História Mundial, com relevo para os genocídios promovidos pelo nacional-socialismo, em face do apoio ou do desinteresse da população alemã, de cultura média elevada. Recentemente, o problema volta a colocar-se perante a questão dos refugiados, num fenómeno que já provocou o *Brexit*, que desestabilizou países como a Hungria, a Itália e a Áustria e que, segundo alguns indicadores, vai provocar problemas políticos na Alemanha.

III. Neste pano de fundo, a Diretriz 2000/43 propõe-se (1º) estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica, com vista a pôr em prática, nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento. O artigo 2º procede à importante distinção entre discriminação direta e indireta. Assim (2º/2):

(a) discriminação direta: uma pessoa, por razões raciais ou étnicas, é objeto de um tratamento menos favorável do que o que seja, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa, em situação comparável;
(b) discriminação indireta: uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra que coloque pessoas de certa origem

[44] JOCE L-180, 22-26, de 19-jul.-2000.
[45] *Vide* o preâmbulo da Diretriz 2000/43.

> racial ou étnica em situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, salvo se objetivamente justificada por um escopo legítimo, sendo os meios utilizados adequados e necessários.

O artigo 2º/3 considera o assédio uma discriminação:

(…) sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com a origem racial ou étnica, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

Preveem-se, depois, uma série de medidas destinadas a combater a discriminação étnica.

IV. A Diretriz 2004/113, de 13 de dezembro[46], aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Não é um diploma puramente laboral, antes tendo um alcance mais amplo. Ele distingue a discriminação direta da indireta, em termos similares ao da Diretriz 2000/43 [2º, *a*) e *b*)]. Refere, na mesma linha, a ideia de assédio [*c*)] e introduz a de assédio sexual [*a*)]: um comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma física, verbal ou não verbal, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa.

A Diretriz é aplicável a todas as pessoas: o artigo 3º/2 afirma que ela em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro

[46] JOUE L-373, 37-43, de 21-dez.-2004; *vide* Dagmar Schiek, *Gleichbehandlungsrichtlinien der EU-Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht*, NZA 2004, 873-885; Detlev W. Belling, *Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Hinblick auf* das *kirchliche Arbeitsrecht*, NZA 2004, 885-839.

contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence: um preceito inverificável, já que não vemos como limitar a liberdade das pessoas, na escolha do outro contraente. Preveem-se, depois, uma série de medidas.

11. Segue; a Diretriz 2006/54

I. A Diretriz 2006/54, de 5 de julho, veio codificar uma série de instrumentos anteriores. Ela surge relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e de igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional[47]. Podemos dar uma ideia do seu conteúdo através da ordenação de matérias a que procede. Assim, ela ordena os seus 35 artigos em quatro títulos:

Título I – Disposições gerais (1º a 3º);
Título II – Disposições específicas (4º a 16º):
- Capítulo 1 – Igualdade de remuneração (4º);
- Capítulo 2 – Igualdade de tratamento nos regimes profissionais de segurança social (5º a 13º);
- Capítulo 3 – Igualdade de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (14º a 16º);

Título III – Disposições horizontais (17º a 30º):
- Capítulo 1 – Vias de recurso e execução (17º a 19º);
- Capítulo 2 – Promoção da igualdade de tratamento – diálogo (20º a 22º);
- Capítulo 3 – Disposições horizontais gerais (23º a 30º);

[47] JOUE L-204, 23-36, de 26-jul.-2006.

Título IV – Disposições finais (31º a 36º).

A Diretriz é pormenorizada[48]. Procura enquadrar a discriminação das mulheres nas suas diversas dimensões, em termos que iremos retomar no Direito interno.

II. A não-discriminação e a igualdade de tratamento constituem vetores básicos do Direito europeu do trabalho[49]. Pode mesmo falar-se na disciplina jurídica do Direito da não-discriminação[50], com reflexos nas diversas situações jurídicas laborais. Outras áreas vêm a ser envolvidas, como a proibição de discriminação em função da idade[51].

III. A transposição do igual tratamento para os Direitos nacionais ocasionou leis específicas. Na Alemanha, foi promulgada a Lei Geral do Igual Tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* ou AGG) que originou uma grande produção jurídico-científica e jurisprudencial, muito ancorada em jurisprudência europeia[52].

[48] *Vide* a anotação de Jochen Mohr, em Martin Franzen e outros, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2ª ed. (2018), 2037-2125, com muitas indicações.

[49] Eva Kocher, *Europäisches Arbeitsrecht* (2016), 98 ss.; Peter Hantel, *Europäisches Arbeitsrecht* (2016), 109 ss. (sexo) e 149 ss. (raça e etnia); Maximilian Fuchs/Franz Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, 5ª ed. (2018), 190 ss..

[50] Michael Grünberger, *Nichtsdiskriminierungsrecht*, em Ulrich Preis/Adam Sagan, *Europäischen Arbeitsrecht* (2015), 115-216. A literatura disponível é muito extensa, apoiando-se, ainda, em numerosas decisões do TJUE.

[51] Ulrich Preis, *Verbot der Alterdiskriminierung*, em Ulrich Preis/Adam Sagan, *Europäischen Arbeitsrecht* (2015), 217-270.

[52] Hans-Jürgen Rupp e outros, em Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz-Jürgen Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, 8ª ed. (2018), 63-355, procedeu a um denso comentário a alguns preceitos dessa lei: dão uma ideia da extensão e da densidade com que essa matéria pode ser tratada; Gregor Thüsing elabora um também denso comentário ao AGG, incluído no *Münchener Kommentar*

Alguns elementos serão usados como apoio doutrinário e enquanto auxiliares de interpretação das normas portuguesas: necessariamente próximas das alemãs.

IV. A problemática da não-discriminação coloca uma série de questões: de ordem geral[53] e de ordem específica. Entre elas, temos discriminações em função do sexo[54], da retribuição[55], das férias[56], da

zum BGB 1, 8ª ed. (2018), 2513-2793, no qual são citados mais sete comentários, todos recentes e disponíveis.

[53] Assim: Sudabeh Kamanabrou, *Rechtsfolgen* unzulässiger *Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht*, ZfA 2006, 327-345; *idem*, *Vertragsgestatltung und Antidiskriminierung*, NZA, B 3/2006, 138-146; Robert REbhahn, *Das neue Antidiskriminierungsrecht / Anmerkungen zu Lage Österreich*, ZfA 2006, 347-360; Martine Le Friant, *Rechtstechniken im Kampf gegen die Diskriminierung: die Lage im Frankreich*, AuR 2003, 51-56.

[54] Georg Annuß, *Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung*, NZA 1999, 738-744; Gregor Thüsing, *Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und Arbeitnehmer – zur Unverzichtbarkeit i. S. des § 611 a I 2 BGB*, RdA 2001, 319-325; Volker Rieble, *Entgeltgleichstellung der Frau*, RdA 2011, 36-46; Ingrid Schmidt, *Frauen und die Welt der Arbeit*, AuR 2018, 320-323.

[55] Michael Kort, *Zur Gleichbehandlung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, insbesondere beim Arbeitsentgeld teilzeitbeschäftigter Betriebsratmitglieder*, RdA 1997, 277-284, referindo, também, o igual tratamento de género (*idem*, 279/II); Tobias Huey, *Die zeitliche Reichweite des geschlechtsbezogenen Entgeltgleichheitsgrundsatzes im deutschen und europäische Arbeitsrecht*, RdA 2001, 325-333, referindo decisões então recentes na área do serviço público (*idem*, 325/I).

[56] Gregor Thüsing/Stephan Pötters/Tom Stiebert, *Neues aus Luxemburg: Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten und zum Urlaubsrecht*, RdA 2012, 281-291.

raça[57], da idade[58] e da religião[59]. A jurisprudência, nacional[60] e europeia[61] tem, neste campo, um relevo marcado.

12. Exemplos portugueses

I. Ultrapassados os primeiros passos, surgiram diversos diplomas tendentes a estabelecer uma igualdade efetiva. Ponto sensível foi, sempre, a abolição das discriminações em função do género. Cumpre dar um panorama exemplificativo da produção legislativa em jogo. Assim:

– o Decreto-Lei nº 392/79, de 20 de setembro, fixou um quadro geral da igualdade entre homens e mulheres no trabalho, com incidência na contratação (3º, 4º, 7º e 12º/1); o Decreto-Lei nº

[57] Dagmar Schiek, *Diskriminierung wegen "Rassen" oder "ethnischer Herkunft" / Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht*, AuR 2003, 44-51, com especial atenção à discriminação mediata (*idem*, 47/I); Monika Schlachter, *Benachteiligung wegen besonderer Verbindung statt Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Gruppe. Der Diskriminierungsbegriff des EuGH in der Entscheidung Coleman v. 17.7.2008*, C-303/06, RdA 2010, 104-109; o próprio caso TJUE 17-jul.-2008, C-303/06 (Coleman), aqui analisado, sobre o igual tratamento em matéria de emprego, por via indireta (despedimento de um funcionário com um filho deficiente), tem especial interesse.

[58] Christian Brors, *Wann ist eine Arbeitsdiskriminierung nach der Rechtsprechung der EuGH gerechtfertigt?*, RdA 2012, 346-353, reportando a eventual hierarquia nas proibições de discriminação (*idem*, 351/I).

[59] Patrick M. Schnabel, *Die Richtlinie 2000/78/EG und das kirschliche Arbeitsrecht in Deutschland*, ZfA 2008, 413-443; Gregor Thüsing/Daniela Fink-Jamana/Konrad von Hoff, *Das kirschliche Selbstbestimmungrecht als Legitimation zu Unterscheidung nach Religion*, ZfA 2009, 153-209; Walter Berka, *Das islamische Kopftuch: Antidiskriminierung und Religionsfreiheit in den Rechtssachen Achbita und Bugnaoui*, EuZA 10 (2017), 465-484: um tema a retomar, em face do Direito português vigente.

[60] Martina Benecke, *AGG und Kündigungsschutz – das BAG und die diskriminierende Kündigung*, AuR 2016, 9-14.

[61] Matthias Jacobs, *Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht*, RdA 2018, 263-270.

426/88, de 18 de novembro, tomou medidas paralelas para a Administração Pública;

– a Lei nº 105/97, de 13 de setembro, reforçou as medidas relativas à igualdade: discriminação indireta, deteção de discriminação e legitimidade para as associações sindicais intentarem ações;

– a Lei nº 9/2001, de 21 de maio, reforçou os mecanismos de fiscalização e punição de práticas laborais discriminatórias em função do sexo;

– a Lei nº 10/2001, de 21 de maio, institui um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres;

– a Lei nº 99/2003, de 27 de agosto, consignou, nos seus artigos 22º e 31º diversas regras quanto à igualdade e à não-discriminação; com a entrada em vigor da sua regulamentação, ficaram revogados os Decreto-Lei nº 392/79 e a Lei nº 105/97 (21º/2);

– a Lei nº 18/2004, de 11 de maio, relativa à transposição da Diretriz 2000/43;

– o Decreto-Lei nº 86/2005, de 2 de maio, completando esse mesmo objetivo;

– o Código do Trabalho de 2009, nos seus artigos 23º a 32º, acolheu as regras referentes à igualdade e à não-discriminação, incluindo as regulamentares;

– o Decreto Regulamentar nº 1/2012, de 6 de janeiro, estabelece a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG);

– a Resolução do Conselho de Ministros nº 19/2012, de 8 de março, fixou regras para a presença de mulheres nos órgãos de administração e de fiscalização no sector público;

– a Portaria nº 84/2015, de 20 de março, cria e regulamenta a medida de promoção de igualdade de género no mercado de trabalho;

– o Decreto-Lei nº 89/2017, de 28 de julho, obriga as sociedades cotadas a, no relatório, indicar, entre outros aspetos, a política seguida quanto à diversidade de sexos, nos seus órgãos;

– a Lei nº 62/2017, de 1 de agosto, estabelece um regime de representação equilibrada entre mulheres e homens na administração e fiscalização das entidades do sector público empresarial e das empresas cotadas em bolsa[62];

– a Lei nº 93/2017, de 23 de agosto, estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem;

– a Lei nº 60/2018, de 21 de agosto, aprova medidas de promoção da igualdade remuneratória entre homens e mulheres.

II. Não escondemos que muita desta normatividade tem fitos propagandísticos, na linha do politicamente correto. Isto dito: a igualdade de género e a supressão de quaisquer discriminações são apanágio da nossa cultura, estando radicadas: em boa hora. Qualquer pessoa que conheça as universidades e os tribunais constata, de resto e imediatamente, um predomínio claro do elemento feminino. Em breve seria de pensar em "quotas" para os homens.

[62] Quanto ao tema das "quotas": Adam Sagen, *Eine deutschen Geschlechterquote für europäische Aktiengesellschaft*, RdA 2015, 276-280.

13. O Código do Trabalho

I. O dispositivo do Código do Trabalho de 2009, relativo à igualdade e não-discriminação, preenche duas divisões[63]:

I – Disposições gerais sobre igualdade e não-discriminação (23º a 28º);

II – Igualdade e não-discriminação em função do sexo (30º a 32º).

A divisão II diz respeito ao assédio: o seu lugar dogmático é junto à integridade moral, tendo sido estudado nessa sede[64].

A técnica legislativa é a seguinte: primeiro fixa-se um parâmetro relativo à igualdade e à não-discriminação em geral; de seguida, dimanam-se regras específicas quanto à problemática dos sexos (dos "géneros", na linguagem politicamente correta, que pretende evitar a referência a sexos).

II. No tocante aos conceitos básicos, o artigo 23º, de inspiração europeia, contrapõe a discriminação direta à indireta: esta última procede à diferenciação através de meios aparentemente neutros. A igualdade no acesso ao emprego parece clara, vindo o artigo 24º especificar o seu conteúdo: um tema desdobrado no artigo 25º,

[63] Bernardo Xavier, *Manual de Direito do trabalho*, 2ª ed. (2015), 921-924; Luís Menezes Leitão, *Direito do trabalho*, 5ª ed. (2016), 235-237; Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, 8ª ed. (2017), 383-397; com muita bibliografia: Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do trabalho*, II, 6ª ed. (2016), 172-188; João Leal Amado, *Contrato de trabalho*, 2ª ed. (2018), 143-145; Guilherme Dray, em Pedro Romano Martinez, *Código do Trabalho anotado*, 11ª ed. (2017), 168-188 e 193-196; o nosso *Direito do trabalho*, II (2019), 276 ss..

[64] *Direito do trabalho* I, 544 ss. e 547 ss..

através da proibição de discriminação. Os temas anunciados têm-se meramente como exemplificativos: uma proposição aceitável, sem prejuízo do que abaixo se dirá sobre discriminações perversas[65]. O artigo 26º ocupa-se de instrumentos de regulamentação coletiva: quando diferenciem sexos, entender-se-á que visam, por igual, os dois, prevalecendo a solução mais favorável para os trabalhadores. Os atos discriminatórios dão azo a indemnizações (28º).

III. No domínio mais específico da igualdade e da não-discriminação em função do sexo, o artigo 30º prescreve, quanto ao acesso ao emprego, à atividade profissional ou à formação:

(1) a igualdade e o acesso de candidatos ao emprego ou à formação profissional;
(2) a neutralidade dos anúncios de oferta de emprego;
(3) à prioridade, na formação, ao sexo com menor representação.

As condições de trabalho devem ser igualitárias (31º), devendo conservar-se um registo dos processos de recrutamento (32º).

IV – Conjugação com a liberdade civil

14. **O problema**

I. Se a igualdade e a não-discriminação estão definitivamente conquistadas para o Direito privado – civil e do trabalho – pergunta-se

[65] *Infra*, nº 16.

como conjugá-lo com a autonomia privada. O particular que pretenda os serviços de uma secretária está a violar a lei? E se pretender um motorista?

II. Na cultura do Ocidente e nos planos universitários, a batalha da igualdade, designadamente em função do sexo, está ganha. Em breve será necessário defendê-la perante nuvens escuras que preenchem o horizonte: extremismos, populismos e ultrafeminismos. Parece mau princípio levar a igualdade ao ponto de negar o grande sortilégio da espécie humana: a sua natureza sexuada.

15. A autonomia privada

I. As regras relativas à igualdade e à não-discriminação dirigem-se, claramente, ao Estado e às grandes empresas. No tocante a médias e a micro-empresas, dominará a autonomia privada. O particular que pretenda um(a) empregado(a) de limpeza, um(a) empregado(a) doméstico(a) ou um(a) secretário(a) particular tem plena liberdade de optar por um homem ou por uma mulher, por um europeu (branco), por um africano ou por um asiático ou por um cristão, um judeu ou um muçulmano. A liberdade é uma aquisição irreversível. Esta lógica funciona perante as micro-empresas.

II. Já quanto a grandes empresas, essa "liberdade" deve ser limitada. Não estão em jogo gostos (bons ou maus) dos contratantes. A lei pode (e deve), havendo abusos, impor quotas, nas contratações.

II. O problema é aparentemente densificado pelo alargamento da problemática da não-discriminação. Além do tema clássico do "direito" do empregador a fazer perguntas[66], deparamos com a hipótese da contratação forçada[67], com as preferências dos clientes[68], com a inserção do problema nas malhas da economia do mercado e do estado social[69] e com a pura e simples dúvida sobre a existência de um dever privado geral de igual tratamento[70]. Cabe avançar com realismo, recordando que a dignidade anda a par com a liberdade de cada um.

16. Discriminações perversas

I. As médias e as próprias grandes empresas mantêm uma liberdade de raiz: não há, aqui, que organizar concursos públicos de tipo estadual. O Direito – tudo visto – não permite discriminações perversas, isto é: discriminações que, em função do passado histórico

[66] Gerlind Wisskirschen/Alexander Bissels, *Das Fragerecht des Arbeitsgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG*, NZA 2007, 169-184; Tim Husemann, *Die Information über die Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis*, RdA 2014, 16-25; Wiebke Brose, *Entzug, Entwöhnung und Rückfall: Alkoholsucht im Arbeitsverhältnis*, RdA 2015, 198-201; Anne Christin Wietfeld, *Der Einsatz psychologischer Textverfahren bei der Personalauswahl / Grundlagen Bewertung*, ZfA 2016, 215-260.

[67] Hans Hanau, *"Allgemeines Gleichbehandlingsgesetz" und Kontrahierungszwang*, FS Klaus Adomeit (2008), 237-249; Michael Horscher, *Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht*, RdA 2014, 93-102 (97/II ss.).

[68] Rüdiger Krause, *Antidiskriminierungsrecht und Kundenpräferenzen*, FS Klaus Adomeit (2008), 377-393.

[69] Jochen Mohr, *Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote zwischen Marktwirtschaft und Sozialstaat*, FS Klaus Adomeit (2008), 477-497.

[70] Reinhard Singer, *Vertragsfreiheit und Antidiskriminierung / zur rechtspolitischen, verfassungs- und europarechtlichen Kritik am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, FS Klaus Adomeit (2008), 703-717; Eduard Picker, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz / Gebot allgemeiner Gleichbehandlung?*, FS Klaus Adomeit (2008), 541-562.

ou de falhas culturais ainda presentes, se apresentem com cargas axiológicas, fortemente negativas. Assim sucede com os tópicos enunciados no artigo 13º/2 da Constituição, com relevo para a discriminação em função do sexo, da raça, da religião ou da orientação sexual. "Discriminar" os olhos azuis, os altos ou os naturais do Campo Grande terá a ver com o (mau) gosto do decisor. Não vemos – não havendo quebras deontológicas – que o Direito deva intervir. Mas quando se joguem discriminações que, ao longo da História, provocaram graves injustiças, como as relativas às mulheres, às raças, às religiões ou às ideologias, há perversidade. O Direito veda-as.

II. A igualdade não obsta a que, pela natureza das coisas, existam profissões marcadamente masculinas ou femininas. Jogam razões de segurança, razões de recato, razões higiénicas e até razões culturais, desde que não sejam perversas. O importante reside, como sempre, no ensino: desde que as mulheres tenham acesso aos diferentes planos de cultura, a igualdade, ao mais alto nível, está assegurada: é uma questão de tempo. Considerações deste tipo são operacionais em face da generalidade das discriminações perversas.

III. Percorrendo a jurisprudência portuguesa recente, verifica-se que as queixas por alegadas discriminações não têm, especialmente, a ver com o tema do sexo. Assim:

STJ 14-dez.-2016: não há discriminação; o ónus da prova cabe ao trabalhador, que não fez a demonstração requerida; além disso, havia fenómenos diferenciadores atinentes à antiguidade[71];

STJ 1-jun.-2017: o artigo 24º é exemplificativo; além disso, cumpre atentar nas regras do ónus da prova fixadas no artigo 25º/5[72];

RLx 8-nov.-2017: o ónus da prova da discriminação cabe a quem a invoque[73];

RPt 19-mar.-2018: a trabalhadora que deixe levar produtos numa loja, sem pagamento, incorre em justa causa de despedimento; não há discriminação de mulher grávida uma vez que se mostra ilidida a presunção do artigo 63º/2[74];

RLx 9-mai.-2018: não há discriminação se houver razões objetivas justificativas do tratamento diferenciado[75];

STJ 9-mai.-2018: quem invoque discriminação deve fazer a prova dos competentes factos[76];

STJ 20-jun.-2018: o trabalhador discriminado tem direito a ser indemnizado pelos danos morais[77].

Não conhecemos casos de discriminação em razão da raça, da opção política ou da orientação sexual.

IV. A temática da igualdade e da não-discriminação deve manter-se monotorizada. Por razões históricas e culturais sempre válidas,

[71] STJ 14-dez.-2016 (António Leones Dantas), Proc. 4521/13.
[72] STJ 1-jun.-2017 (Chambel Mourisca), Proc. 816/14.
[73] RLx 8-nov.-2017 (Paula Santos), Proc. 31947/15.
[74] RPt 19-mar.-2018 (Rita Romeira), Proc. 1705/17.
[75] RLx 9-mai.-2018 (Sérgio Almeida), Proc. 15/15.
[76] STJ 9-mai.-2018 (Gonçalves Rocha), Proc. 18684/15.
[77] STJ 20-jun.-2018 (António Leones Dantas), Proc. 31947/15.

designadamente nos meios de menor nível cultural, ela conserva-se sensível. Todavia, não detetamos aqui nenhum específico problema laboral, que justifique fundamentalismos ou mais fortes medidas de discriminação positiva. A Ciência do Direito, sem apriorismos, deve sempre manter o seu papel sindicante.

17. O assédio (*mobbing* e *bullying*)

I. Em certas circunstâncias sociológicas, a dicriminação assume a feição de atentados à integridade moral e, por vezes, física das pessoas. Os legisladores, particularmente no campo do Direito do trabalho, tiveram de intervir, para tentar controlar o fenómeno. Num primeiro momento, ele foi sentido como uma forma de discriminação contra as mulheres, uma vez que estas eram as vítimas mais frequentes. Por isso, o tema surgiu na legislação europeia, a propósito da não-discriminação das mulheres. A Diretriz 76/207, de 9 de fevereiro[78], veio vedar discriminações laborais em função do sexo. Seguiu-se a Diretriz 2002/73, de 23 de setembro[79], que, alterando a primeira, introduziu a noção de assédio, proibindo-o por o entender discriminatório. Apresenta as seguintes definições (novo artigo 2.º/2 da Diretriz 76/2007):

– assédio: sempre que ocorrer um comportamento indesejado, relacionado com o sexo de uma dada pessoa, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo,

[78] JOCE Nº L 39, 40-42, de 14-fev.-1976.
[79] JOCE Nº L 269, 15-20, de 5-out.-2002.

– assédio sexual: sempre que ocorrer um comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não-verbal ou física, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade da pessoa, em particular pela criação de um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

II. Em transposição destes normativos comunitários, o Código do Trabalho define e proíbe o assédio, no seu artigo 29.º, ampliando-o para além dos aspetos sexuais[80]. A doutrina distingue[81]:

– o assédio sexual ou com conotação sexual (*sexual harassment*): há um comportamento indesejado e hostil com conotação sexual, de modo verbal, gestual ou físico;

– o assédio moral discriminatório: o comportamento indesejado assenta em fatores discriminatórios não-sexuais (*discriminatory harassment*);

– o assédio moral não-discriminatório: o comportamento indesejado não deriva de qualquer discriminação, mas visa, apenas, atingir certa pessoa; fala-se, então, em *mobbing*;

Quantos aos propósitos subjacentes ao assédio (*animus*), é possível distinguir duas grandes modalidades: (i) assédio emocional; e (ii) assédio estratégico. O primeiro é motivado por simples animosidade ou maldade e o segundo por razões específicas, por

[80] Guilherme Dray, em Pedro Romano Martinez e outros, *Código do Trabalho*, 12ª ed. (2020), 139 ss..

[81] M. Regina Redinha, *Assédio moral ou* mobbing *no trabalho*, Est. Raúl Ventura 2 (2003), 833-847 e, em especial, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho*, Parte II, *Situações laborais individuais*, 7ª ed. (2019), 194 ss..

exemplo, levar o trabalhador a despedir-se, contornando, assim, o regime do despedimento sem justa causa[82].

O problema tem sido amplamente discutido pelos tribunais superiores[83].

III. De facto, o Direito despertou para o problema através de não-discriminação no Direito do trabalho[84] e nos serviços públicos[85]. Os sociólogos isolam o *mobbing* (de *to mob*, rodear, atacar)[86] como um conjunto de atos de comunicação negativa, contra uma pessoa isolada, frequentes (pelo menos, uma vez por semana), prolongados (pelo menos, seis meses), danosos para a saúde física e psíquica do atingido e visando o seu isolamento e o seu afastamento[87]. Os critérios apontados podem, todavia, variar. O fator sexo foi determinante, para os estudos iniciais[88]. Hoje, calcula-se que 55%

[82] STJ 3-dez.-2014 (Mário Belo Morgado), Proc. 712/12.

[83] RLx 13-dez.-2006 (Maria Paula Sá Fernandes), CJ XXXI (2006) 5, 160-164 (163/I), onde se considerou assédio moral a não-ocupação efetiva, do trabalhador, numa asserção muito duvidosa (*vide* o voto de vencido do Des. José Feteira); RPt 2-nov.-2009 (Paula Carvalho), CJ XXXIV (2009) 5, 206-214, aí num caso claro de assédio sexual, e onde é feita uma aproximação à violação da intimidade da vida privada; STJ 3-dez.-2014 (Mário Belo Morgado), Proc. 712/12; STJ 26-mai.-2015 (António Leones Dantas), Proc. 2056.12: dado como não provado.

[84] Nina Engler, *Strukturelle Diskriminierung und substantielle Chancengleichheit* (2005), XXIV + 272 pp.; Norbert Kollmer, *Mobbing im Arbeitsverhältnisse* (2003), XX + 295 pp.

[85] Hans-Jurgen Honsa, *Mobbing und sexuelle Belästigung im öffentlichen Dienst* (2008), 572 pp.

[86] Na gíria académica, o *mobbing* é expresso por "gozar" ou o "ato de gozar" um colega infeliz ou mais fraco. O *mobbing* foi estudado por Heinz Leymann (1932-1999), professor sueco de origem alemã, que, em análises de campo, identificou 45 comportamentos típicos dessa natureza; *vide* Noa Davenport/Ruth D. Schwarz/Gail Pursell Elliot, *Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace* (1999), 212 pp. (34).

[87] Peter Teuschel, *Mobbing / Dinamik, Verlauf, gesundheitliche und sozialen Folgen* (2010), 5.

[88] Godela Linda, *Sexuelle Belästigung ist unerwünscht*, AuR 2018, 123-128; Ingrid Schmidt, *Frauen und die Welt der Arbeit*, AuR 2018, 230-233.

dos casos registados atinjam mulheres, o que documenta um apagamento dessa dimensão[89]. Exige-se uma resposta multidisciplinar[90], sem esquecer o Direito[91].

18. Segue; *mobbing* e *bullying*

I. O tema torna-se perturbante pelo facto de se concretizar, também, entre jovens e nas escolas[92]. Toma, por vezes, formas de violência física, falando-se, então, em *bullying*.

Bullying (de *bully*, "valentão") é o termo anglo-saxónico consagrado para descrever atos de violência física ou psicológica, levados a cabo por uma pessoa ou várias pessoas, mais fortes, sobre a vítima, mais fraca ou, por qualquer outra razão, impossibilitada de se defender.

O problema do *bullying* foi espoletado pelo suicídio do jovem Curtis Taylor, em 1993, nos Estados Unidos, vítima, durante anos, de agressões e vexames por parte dos seus colegas de turma. Os episódios de tiroteios nas escolas, com muitas vítimas e, a todos os títulos, lamentáveis, são por vezes reações descontroladas de vítimas dos *bullies*.

Em Portugal, ficou registado o caso de Leandro, de 12 anos, vítima constante de *bullying* em Mirandela e que, em março de 2010,

---

[89] *Idem*, 56.

[90] *Idem*, 123 ss. Referimos Josef Schwickerath, *Mobbing am Arbeitsplatz/stationäre Verhaltenstherapie von Patienten mit Mobbingerfahrungen* (2009), XI + 277 pp.

[91] Martin Wolmerath, *Mobbing / Rechtshandbuch für die Praxis* (2007), 242 pp.

[92] Karl E. Dambach, *Mobbing in der Schulklasse* (2009), 118 pp.; Karl Gebauer, *Mobbing in der Schule* (2005), 159 ss.

se suicidou, lançando-se ao Tua. As autoridades do Ministério da Educação não foram capazes de esclarecer responsabilidades, tendo a competente associação de pais contribuído para o muro de silêncio.

Nas universidades, o *bullying* exerce-se a coberto das denominadas "praxes": em regra sem nível nem estética e que nada têm a ver com qualquer espírito académico.

II. As descrições de práticas de assédio, de *mobbing* e de *bullying* levam-nos a meditar sobre os abismos da alma humana e sobre a necessidade de permanente intervenção de regras de educação, de ética, de religião e, no limite, de Direito, para garantir a sociabilidade das pessoas e a defesa dos mais fracos.

Em termos privados, o problema não é apenas de discriminação: antes de atentado à integridade física e moral das pessoas e, no mínimo, do direito à honra[93]. O Direito não pode contemporizar com o sofrimento das pessoas: e, para mais, quando gratuito, sendo que a irracionalidade não pode ser tomada como atenuante. E muito menos será aceitável legitimar práticas agressivas, vexatórias ou intimidatórias com a sua "habitualidade" ou como uma "inevitabilidade". Pelo contrário: se assim for, mais uma razão para lhes pôr cobro. O Direito do trabalho tem feito um esforço pioneiro que importa levar para as demais disciplinas jurídicas.

III. Como desenvolvimento recente surge o *cyber-bullying*: a prática de incomodar, vexar, intimidar ou prejudicar alguém através

[93] Roland Rixecker, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 1, 8.ª ed. (2018), § 12, anexo, Nr. 103-104 (298).

de imagens ou ditos colocados na *Net* ou com recurso a telefones portáteis (celulares)[94]. Estudos mostram que, nos Estados Unidos, metade dos jovens já foi incomodada por esta via.

Também aqui o Direito não poderá deixar de exercer o seu papel educativo e reparador. A *Net* é um bem da Humanidade; manchá-lo só poderá conduzir, no futuro, a limitações. Além disso, o sofrimento nunca é nem justificado, nem admissível. A Ciência do Direito tem, aqui, o seu papel.

[94] Nayla Fawzi, *Cyber-Mobbing / Ursachen und Auswirkungen von Mobbing im Internet* (2009), IV + 140 pp.; Susanne Clay, *Cybermob / Mobbing im Internet* (2010), 246 pp.

UMA FIGURA COM MÁSCARA: A CADUCIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO

A FIGURE WITH A MASK: THE EXPIRY OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

António Monteiro Fernandes*

Sumário: 1. Caducidade de direitos e caducidade de contratos. - 2. A concepção primitiva. - 3. A caducidade na LCT. - 4. A reforma como "causa" de caducidade. - 5. A caducidade no Código. - 6. O "automatismo" da caducidade. - 7. O papel da vontade. - 8. A posição do TJUE. - 9. A "caducidade" do contrato a termo. - 10. A impossibilidade definitiva. - 11. As margens de decisão. - 12. A incapacidade sem acidente ou doença profissional. - 13. O caso da reforma por velhice. - 14. Um critério diferente. - 15. O caso dos idosos renitentes. - 16. A lógica do acórdão. – 17. Crítica. - 18. Posição adoptada. - 19. Caducidade e despedimento. - 20. Justa causa e segurança do emprego. - 21. Justa causa e segurança do emprego (cont.). - 22. Aplicações. - 23. Notas conclusivas.

Resumo:

Neste artigo, é revisitado o elenco das causas de caducidade do contrato de trabalho estabelecido no Código do Trabalho português, evidenciando-se o facto de que, em várias situações, não se trata de um mecanismo automático de dissolução do vínculo entre trabalhador e empregador, e também que, por detrás dessa figura jurídica, se encontram várias justificações atípicas de despedimento individual, reconhecidas como tais pela lei. Desta constatação, resulta a provável necessidade de uma profunda revisão do conceito de "justa causa" usado, até agora, na interpretação da Constituição e consagrado no sistema de normas regulador dos despedimentos -- uma revisão assente na própria lógica do legislador e no imperativo de transparência que a inteligibilidade da lei requer.

* Universidade Nova de Lisboa, Universidade Lusófona de Lisboa. Com a colaboração de Pedro Monteiro Fernandes.

Abstract:
In this article, the list of causes for the expiry of the employment contract established in the Portuguese Labor Code is revisited, highlighting the fact that, in several situations, this is not an automatic mechanism for dissolving the bond between worker and employer, and also that, behind this legal figure, there are several atypical justifications for individual dismissal, recognized as such by the law. From this observation, the probable need arises for a profound revision of the concept of "just cause" used, until now, in the interpretation of the Constitution and enshrined in the system of rules governing dismissals - a revision based on the legislator's own logic and on the imperative of transparency that the intelligibility of the law requires.

1. Caducidade de direitos e caducidade de contratos.

O art. 298º/2 do Código Civil joga com a noção de "caducidade" nos seguintes termos: "Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição". Trata-se, como é óbvio, de uma causa de extinção de direitos resultante do seu não exercício dentro de certo prazo[1]. Não é, evidentemente, essa a acepção utilizada pelo legislador no art. 343º do Código do Trabalho, ao referir-se à "caducidade do contrato de trabalho" – nem no próprio Código Civil, quando prevê e regula a caducidade da locação (art. 1051º) ou do mandato (art. 1154º), entre outros. Neste outro sentido, a caducidade surge como uma modalidade de cessação de contratos cujos efeitos se prolongam no tempo[2], sendo sua característica básica a actuação em consequência imediata de certos factos

[1] Precisamente nesses termos, cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5ª ed., Lisboa, 2010, p. 705, n. 51; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, V, Coimbra, 2011, p. 207.
[2] Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, Coimbra, 2019, p. 874.

reputados pela lei como objectivamente incompatíveis com a subsistência das relações contratuais. O que está em causa é a destruição para futuro de um laço contratual, de um compromisso -- não, necessariamente, a extinção de direitos nele fundados, cuja exigibilidade se mantém. Supomos, assim, que se está perante dois usos distintos de uma mesma designação.

A caducidade como modalidade típica ou nominada de cessação do contrato de trabalho é, entre nós, uma "invenção" da lei do contrato de trabalho (LCT), contida no DL 49408, de 24 de novembro de 1969. Neste último contexto, assim como no da legislação subsequente sobre a cessação do contrato de trabalho, a caducidade sempre foi correntemente definida – sem desconhecimento de hipóteses particulares com diferentes características – como consequência de certas situações de facto, não determinadas pela vontade de qualquer das partes ou independentes dessa vontade, operando, pois, em regra, *automaticamente* [3]. No fundo, trata-se de caracterizar uma via de extinção da relação de trabalho que não seja imputável a algum dos contraentes – de outra forma estar-se-ia nos

[3] Cfr., por exemplo, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Coimbra, 2017, p. 935: "A caducidade opera pelo decurso do prazo para o qual o contrato foi celebrado ou, noutras hipóteses, pela ocorrência de um facto a que a lei atribui efeito extintivo. Por via de regra, a caducidade determina automaticamente a extinção do vínculo"; BERNARDO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, 4ª ed., Lisboa, 2020, p. 721: "A *caducidade* constitui, em geral, um modo de cessação das relações contratuais em que *o contrato cai por si*, por força da lei, em consequência de um mero facto jurídico, sem necessidade de qualquer declaração de vontade tendente a esse resultado". Mas, logo adiante: "(…) a lei exige muitas vezes no contrato de trabalho que o facto jurídico seja acompanhado de declarações ou actuações de vontade (…)". Por nossa parte, não nos temos também afastado, no essencial, dessa visão da caducidade do contrato de trabalho: cfr. o nosso *Direito do Trabalho*, 19ª ed., Coimbra, 2019, pp. 655-656. Em sentido diferente, M. ROSÁRIO RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4ª ed., Coimbra, 2012, p. 784.

domínios do despedimento e da resolução ou denúncia pelo trabalhador, mecanismos dotados de regimes próprios assentes no reconhecimento de graus diferentes de liberdade contratual negativa. Em certos casos, a não-imputação da cessação do vínculo permite legitimar a omissão de quaisquer consequências económicas, nomeadamente do direito a compensação ou indemnização por parte do trabalhador atingido.

2. A concepção primitiva.

No primeiro diploma em que o legislador português se debruçou especificamente sobre um tipo negocial denominado "contrato de trabalho" – a lei nº 1952, de 10 de março de 1937 -, a caducidade era uma figura desconhecida, ou, pelo menos, não isolada em termos dogmáticos, enquanto forma autónoma de extinção do vínculo. Assinale-se, por ser significativo, o facto de essa lei configurar como "justa causa para a rescisão ou denúncia do contrato por qualquer das partes" a ocorrência de "moléstia contagiosa ou doença prolongada do empregado que o impeça de continuar prestando o serviço ajustado" (art. 11º, § único).

Por outras palavras, a impossibilidade da prestação de trabalho era encarada como motivo legítimo para um ou outro dos contraentes *decidir* pôr termo ao contrato. Deixando de lado o critério da justa causa aí adoptado – um critério muito mais amplo do que o da lei actual, e que, de resto, sempre seria discutível sob o ponto de vista ético-jurídico -, a solução era, a nosso ver, na perspectiva funcional, bem mais consistente do que a da lei actual. Solução, decerto,

inspirada na consideração das características muito próprias que a impossibilidade da prestação de trabalho (actividade contratada) assume. A "verificação" dessa impossibilidade pode resultar de apreciações diversas, fundadas sobre tonalidades variáveis que o interesse contratual de ambas as partes, mas muito especialmente do empregador, é susceptível de assumir sobre a realidade de uma doença ou de uma situação de incapacidade de um trabalhador e do correspondente condicionamento da sua actividade laboral.

A impossibilidade da prestação da actividade contratada era, pois, assumida como motivo legítimo de *despedimento* -- assim como justificação da rescisão do contrato pelo trabalhador. De modo semelhante, a "cessação da actividade económica da entidade patronal", ou seja, em termos mais actuais, o encerramento definitivo da empresa ou estabelecimento, era uma situação regulada na perspectiva da *decisão* subjacente, obrigando à observância de um pré-aviso ou, em alternativa, ao pagamento de uma indemnização (art. 19º). O encerramento determinaria, como é óbvio, a cessação automática dos contratos, com fundamento na queda do suporte assegurado pela organização económica, mas essa cessação era encarada como a execução de uma decisão do empregador, juridicamente condicionada. Enfim, o regime dos contratos a termo aparecia, no diploma, marcado pela concepção do "termo estabilizador", isto é, do termo como garantia da duração do contrato (que, nos termos do art. 13º, não podia ser denunciado precocemente sem justa causa), mostrando-se, aparentemente, compatível com a subsistência do vínculo após a verificação do termo.

3. A caducidade na LCT

Com a LCT, a caducidade surgiu no elenco das modalidades de cessação do contrato de trabalho (art. 98º, al. b)). Quanto às causas específicas de caducidade apontadas pela lei, abria-se um leque bastante estreito: previam-se a verificação do termo certo ou incerto e a impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber (art. 100º). Acrescia a essa lista a situação, contemplada no art. 113º, de encerramento definitivo do estabelecimento, decidido pelo empregador ou imposto pelas autoridades. Só nesta hipótese haveria consequências económicas da caducidade: os trabalhadores teriam direito a ser indemnizados como se se tratasse de despedimentos sem justa causa nem aviso prévio. Mas haveria ainda que atentar na possibilidade de redução dessas indemnizações, por "manifesta falta de recursos" da entidade empregadora (art. 111º) ...

Por outro lado, o regime do contrato a prazo estabelecido no art. 10º da mesma LCT admitia expressamente a possibilidade de conversão do vínculo em contrato de duração indeterminada, pelo simples facto de o trabalhador continuar a realizar a sua prestação (naturalmente, com a aceitação do empregador) para além da verificação do termo certo ou incerto inicialmente estipulado. Ou seja: implicitamente, assentava-se em que a dissolução da relação contratual não seria consequência *automática* do esgotamento do prazo ou da verificação do termo incerto, dependendo o destino do vínculo de *decisões*, de uma ou ambas as partes, no sentido de o fazer terminar ou de, pelo contrário, o manter em vigor.

De qualquer maneira, o quadro normativo da LCT, a este respeito, afastava o direito do trabalhador a qualquer indemnização ou compensação, tanto no caso de caducidade no termo[4] como no de impossibilidade da prestação de trabalho. A concepção subjacente a esse regime era clara: a caducidade, pelo seu "automatismo", pela sua "inevitabilidade", excluía a imputação subjectiva a uma das partes.

4. A reforma como "causa" de caducidade

Vinte anos depois, o legislador "descobriu" uma nova causa de caducidade do contrato de trabalho: o DL 64-A/89, de 27 de fevereiro, introduziu no sistema, com esse estatuto, a "reforma do trabalhador por velhice ou invalidez". O regime estabelecido a este respeito pelo diploma – que, de resto, se manteve praticamente inalterado até hoje – consagrou uma modalidade peculiar a que poderíamos aplicar a designação de caducidade *à la longue*…. Verificada a passagem do trabalhador à reforma, abre-se um período de trinta dias em que a cessação do contrato *pode ser declarada* com esse fundamento; se o não for, o vínculo não se dissolve, converte-se *ope legis* em contrato a termo de seis meses. Este regime afasta de todo qualquer aparência de automatismo: com a reforma, surge para qualquer das partes um fundamento para pôr fim ao contrato, se nesse sentido apontar o seu interesse – e nada mais[5].

[4] Apenas no caso de extinção antecipada do contrato a prazo, por decisão unilateral de um dos contraentes, se previa uma consequência económica: o pagamento dos salários vincendos até ao termo estipulado (art. 110º).

[5] Curiosamente, o preâmbulo do diploma referia-se à matéria exclusivamente nestes termos: "Destaca-se também a clarificação da situação dos trabalhadores

5. A caducidade no Código

O regime jurídico da caducidade do contrato de trabalho, contido nos arts. 343º a 348º do Código do Trabalho, é uma combinação de cromossomas oriundos dessas concepções da caducidade. Ele desenvolveu-se também a partir do modelo de um mecanismo extintivo que exclui ou impede a imputação do seu desencadeamento a um dos contraentes, secundarizando ou mesmo ignorando o papel desempenhado (forçosamente ou não) pela vontade de um ou de ambos no desencadeamento do efeito extintivo nessa modalidade da cessação do contrato.

Tal construção assenta, por um lado, numa valoração positiva do ordenamento acerca da admissibilidade da cessação do contrato de trabalho em certas situações de facto, e, por outro lado, na dificuldade do encaixe de tais situações no quadro das motivações legalmente (e constitucionalmente) aceites para a resolução do contrato por decisão unilateral de um dos contraentes. A solução encontrada foi a de ficcionar o automatismo, "objectivando" o mecanismo pelo qual a relação contratual é dissolvida.

6. O "automatismo" da caducidade

No entanto, esse fundamental desígnio político-jurídico – garantir a insusceptibilidade de imputação da cessação do contrato a qualquer das partes – depara com dificuldades de articulação com

que, após a reforma por velhice ou depois de atingidos os 70 anos, continuam, por acordo, a prestar serviço na mesma entidade empregadora".

situações em que se torna demasiado patente o papel decisivo da vontade de alguma das partes na produção do resultado extintivo. Ora isso ocorre em quase todas as situações enquadráveis no elenco do art. 343º do Código do Trabalho.

Com efeito, se forem deixados de lado, pela sua peculiaridade, os casos de morte do trabalhador e de morte do empregador individual sem sucessores, e ainda – conceda-se – o de incapacidade do trabalhador para todo e qualquer trabalho, fundamento do direito a pensão por invalidez, todas as restantes hipóteses contempladas no art. 343º envolvem, de diferentes maneiras e com diversos graus de influência, *manifestações de interesse e de vontade* sem as quais a cessação do contrato não se produziria. Voltaremos a este ponto mais adiante.

A diferença entre essas situações e as de despedimento individual não é muito marcante. Em qualquer das modalidades legalmente admitidas, exige-se que a declaração negocial extintiva do empregador se articule com uma (comprovável) situação de facto, dotada de um potencial extintivo.

A salvaguarda da ideia de "automatismo" da caducidade – uma ideia que quer arrastar consigo a de inevitabilidade – tem sido apoiada na consideração de que as manifestações de vontade integradoras de várias hipóteses legais tidas por causas de caducidade não assumem o carácter de declarações negociais, mas de meras "declarações de ciência" quanto à inviabilidade ou inutilidade superveniente da relação de trabalho, ou destinadas a "exteriorizar o apuramento da situação conducente à caducidade",

visando, assim, apenas "atestar ou comprovar uma situação de facto"[6].

É inegável que essas declarações ou manifestações constituem peças da estrutura das hipóteses legais a que se liga, "causalmente", a caducidade do contrato de trabalho. Neste sentido, dir-se-á, a vontade de uma ou ambas as partes apresenta-se como condição da concretização de um juízo do legislador, no sentido de que o vínculo deve poder cessar por inviabilidade ou inutilidade. Não se trataria aí, pois, de verdadeiras declarações negociais, susceptíveis de, sem mais, produzirem o efeito extintivo, mas de "actos-condição" da produção desse efeito pelos factos previstos na lei como *causas* de caducidade.

7. O papel da vontade

No entanto, melhor vistas as coisas, esse elemento volitivo parece merecer, pelo menos em algumas das hipóteses típicas configuradas pela lei, um "estatuto" mais elevado do que o de mera condição da realização dos pressupostos de uma cessação contratual *ope legis*. Na verdade, essa função é incompatível com a possibilidade de as referidas manifestações ou declarações resultarem de escolhas livres, de opções ditadas pelo interesse ou, simplesmente, pela preferência do declarante. Uma coisa é a manifestação de uma constatação de facto – facto que poderia ser ignorado, sem tal evidenciação, pela contraparte, nomeadamente o

[6] É a formulação clássica de BERNARDO XAVIER, *A extinção do contrato de trabalho*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XXXI, 1989, nºs 3-4, pág. 415, a que também sempre aderimos.

trabalhador --, outra é a manifestação de uma opção, de uma decisão do declarante, de entre várias possibilidades admitidas pela situação concreta.

A consciência dessa característica, por parte do legislador, insinuou-se no regime da caducidade, como é sabido, através da atribuição, aos trabalhadores atingidos em certas situações de caducidade, de compensações económicas idênticas às devidas nos casos de despedimento por causa objectiva. Mas nem todas as causas de caducidade têm essa consequência.

8. A posição do TJUE

A jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu posicionou-se, a este respeito, de modo bastante radical. Chamado a pronunciar-se sobre a conformidade do ordenamento português com a Directiva 98/59/CE, de 20 de julho de 1998, o Tribunal assumiu posição claramente negativa, desde logo, a propósito da definição de despedimento colectivo. A nebulosidade que envolve várias situações consideradas pela nossa lei como causas de caducidade – em especial, as que se relacionam com vicissitudes da empresa ou estabelecimento -- , sob o ponto de vista da sua voluntariedade ou não, foi superada, em acórdão de 2004, pela afirmação arrojada de que, na mencionada Directiva, a referência ao despedimento colectivo "deve ser interpretada como incluindo qualquer cessação do contrato de trabalho não desejada pelo trabalhador e, portanto, sem o seu consentimento". E acrescentou-se, para total precisão:

"Não é necessário que os motivos subjacentes reflitam a vontade do empregador" .

Como se disse, a circunstância de (pelo menos) algumas das situações compreendidas na lista de causas de caducidade do contrato de trabalho incluírem, na sua estruturação, elementos volitivos mais ou menos notórios e decisivos, terá, decerto, influenciado esse rasgo aventuroso do Tribunal do Luxemburgo. De qualquer modo, na apreciação de casos posteriores, essa linha jurisprudencial foi-se refinando com a exclusão de situações como a de encerramento da empresa por morte do empregador individual sem sucessores, e outras em que careceria de sentido ficcionar uma vontade patronal no sentido da cessação de contratos de trabalho.

9. A "caducidade" do contrato a termo

Seja, antes do mais, a cessação do contrato de trabalho a termo resolutivo, que, como estabelece o art. 344º/1 do CT, só se extingue no momento da verificação do termo "desde que o empregador ou o trabalhador comunique à outra parte a vontade de o fazer cessar, por escrito, respectivamente, 15 ou oito dias antes de o prazo expirar" (sublinhado nosso). O contrato não termina simplesmente quando se esgota a duração convencionada: é necessário que uma das partes *declare não querer* que ele se mantenha a vigorar. Esta declaração é a exteriorização de uma vontade extintiva – não traduz uma simples "informação" ou "declaração de ciência" sobre algo que a outra parte desconhece, e que envolva uma causa objectiva de cessação do contrato por força da lei. Alguma razão têm os

trabalhadores afectados por este regime para se considerarem "despedidos". A cessação do vínculo resulta da conjugação de uma estipulação inicial – a cláusula de termo resolutivo – e uma declaração de vontade de uma das partes, *que é a causa imediata dessa cessação*. A causa de caducidade é a combinação de dois factos, sendo um deles … uma declaração de vontade.

Vale a pena recordar que o actual mecanismo de cessação do contrato a termo foi introduzido pelo DL 781/76, de 28/10, numa época em que, mercê de fortes restrições legais impostas à liberdade de despedir, a oferta de emprego estava praticamente bloqueada. Do regime anterior a esse diploma (o da citada LCT), constava que o contrato a termo passaria a considerar-se sem prazo "quando o trabalhador continuar ao serviço da entidade patronal para além do prazo, certo ou incerto, a que o mesmo contrato esteja sujeito" (art. 10º/2). Tal solução, em contexto social pós-revolucionário, punha em grandes dificuldades práticas os empregadores que quisessem fazer cessar os contratos no termo estipulado: muito limitados da possibilidade de despedir e até no controlo sobre as instalações das empresas, os patrões viam, frequentemente, os trabalhadores assim contratados recusarem-se a sair, na mira de estabilizarem os seus empregos. O diploma de 1976 tinha um propósito declarado, um tanto ingenuamente, no seu preâmbulo: "a contratação a prazo, desde que rodeada das necessárias cautelas, pode propiciar, a breve trecho, um significativo aumento da oferta de emprego, susceptível de posterior estabilização". E entre essas "cautelas" figurava a de se contar com um regime preciso de extinção do vínculo, à margem das dificuldades opostas aos despedimentos propriamente ditos. Esse

regime surgia no art. 2º/1: "O contrato caduca no termo do prazo acordado desde que a entidade patronal comunique aos trabalhadores, até oito dias antes de o prazo expirar, por forma escrita, a vontade de o não renovar". Feita essa comunicação, o vínculo extinguir-se-ia na data prevista, e a eventual permanência do trabalhador, contra a vontade do empregador, deixaria de ter suporte jurídico. Note-se que essa caducidade no termo não conferia direito a qualquer compensação (art. 2º/2 do diploma citado).

É eloquente o facto de apenas se ter previsto, na altura, a iniciativa do empregador. *Era disso, e só disso, que se tratava*.

Hoje, como se sabe, a cessação do contrato, pelo mecanismo da comunicação prévia, pode ser promovida por qualquer das partes e só no caso de o ser pelo trabalhador não confere a este o direito a compensação (art. 344º/2 do Código do Trabalho, com a redacção dada pela L. 93/2019, de 4 de setembro).

10. A impossibilidade definitiva

Algo de semelhante ocorre com as restantes "causas de caducidade" especialmente previstas na lei – com excepções, já assinaladas, da morte do trabalhador ou do empregador em nome individual, quando este não tenha sucessores, e, ainda, da invalidez do primeiro.

Comecemos pela caducidade por *impossibilidade definitiva*. Sob a cobertura da noção de "impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho ou de o empregador o receber", abrigam-se situações de natureza muito

diversa. Da jurisprudência das últimas décadas extraem-se exemplos gritantes da multiplicidade de critérios utilizados para se atingir essa "impossibilidade" justificativa da caducidade dos contratos de trabalho[7].

Vejamos alguns: a não aceitação de funções alternativas por trabalhador vítima de acidente de trabalho[8]; a inexistência de posto de trabalho viável para trabalhador incapacitado por doença profissional para a prestação contratada[9]; a recusa de novas funções por trabalhador vítima de doença profissional, por incumprimento da exigência de garantias formais da inexistência de riscos[10]; a não transformação da entidade empregadora em "empresa de trabalho portuário", impedindo-a de receber trabalho desse tipo[11]; a destruição do edifício e de todo o recheio do estabelecimento que o empregador explorava[12] ; a não renovação do alvará de exploração da actividade radiofónica[13]; a falta de inscrição do trabalhador na recém-criada Ordem dos Enfermeiros[14]; a falta de habilitação própria para o ensino, depois de extintas autorizações provisórias[15]; a

[7] Nalguns casos, afigura-se discutível a qualificação adoptada. Um exemplo: considerou-se causa de caducidade por impossibilidade superveniente a constatação, mediante comunicação do Ministério da Educação, de que um docente não possuía habilitação própria para leccionar certa disciplina para a qual fora contratado – STJ 14/04/2010 – 36/07.0TTCSC.L1.S1 (PINTO HESPANHOL). Com a devida vénia, e reconhecendo a identidade de consequências, supomos que se tratava de uma causa de invalidade por impossibilidade legal originária, e não de caducidade por impossibilidade superveniente.

[8] STJ 10/03/2001 – P. 01S1691 (MANUEL PEREIRA).

[9] STJ 12/11/2009 – P. 313/09.3YFLSB (VASQUES DINIS).

[10] STJ 01/07/2009 – P. 703/05.3TTVFR.S1 (BRAVO SERRA).

[11] STJ 23/02/2000 – P. 99S316 (DINIZ NUNES).

[12] STJ 26/11/2003 – P. 03S841 (VITOR MESQUITA).

[13] STJ 05/04/2006 – P. 05S4144 (PINTO HESPANHOL).

[14] STJ 19/12/2007 – 07S3389 (SOUSA PEIXOTO).

[15] STJ 12/03/2008 – P. 07S740 (MÁRIO PEREIRA) e STJ 25/03/2009b – 08S2592 (BRAVO SERRA).

abolição, determinada pelo Ministério da Educação, de um curso ministrado num estabelecimento de ensino particular[16]; a extinção de entidade reguladora (substituída por outra)[17]; a controversa situação do cozinheiro portador do vírus HIV[18]; e até, por último, o soturno regresso do trabalhador de um impedimento prolongado por doença a um estabelecimento encerrado e vazio[19].

Assim, nuns casos, a "impossibilidade" surge ligada a factores externos à relação de trabalho – a exigência legal de requisitos novos para o exercício de actividade, quer por parte das entidades empregadoras, quer pelos trabalhadores; a ocorrência de um *factum principis*, como a retirada de um alvará ou a eliminação de um curso -- , noutros resulta de obstáculos materiais, como a destruição física do estabelecimento; noutros, ainda, decorre directamente de manifestações de vontade, como é o caso da recusa de funções alternativas por trabalhadores vítimas de acidente de trabalho ou doença profissional. Faltaria acrescentar situações legalmente previstas, como o encerramento definitivo do estabelecimento ou da empresa, gerador da "impossibilidade" de o empregador receber o trabalho do seu pessoal.

[16] STJ 26/11/2003 – P. 03S2559 (FERREIRA NETO).
[17] STJ 18/01/2012 – P. 4679/07.4TTLSB.L1.S1 (GONÇALVES ROCHA).
[18] STJ 24/09/2008 – P. 07S3793 (MÁRIO PEREIRA). Na verdade, o trabalhador esteve doente, com tuberculose associada ao vírus, e, após a alta, o médico assistente declarou formalmente que ele se encontrava apto para o seu trabalho; o médico do trabalho manifestou opinião diferente, e foi esta que prevaleceu em juízo.
[19] STJ 17/12/2019 – P. 3823/15.2T8BRR.L1.S1 (RIBEIRO CARDOSO).

11. As margens de decisão

Várias das situações acima enumeradas (praticamente todas) só por uma trajectória parabólica de raciocínio podem ser qualificadas como casos autênticos de impossibilidade "absoluta e definitiva". A inexistência de posto de trabalho susceptível de ser oferecido a uma vítima de doença profissional engloba margens de escolha mais ou menos amplas e notórias para o empregador; a recusa de garantias quanto aos riscos que o novo posto de trabalho envolve para o trabalhador, como fundamento da rejeição por parte deste, pode constituir uma opção de conveniência do empregador; a destruição das instalações da empresa oferece ao proprietário a escolha entre a reconstrução e a retoma de actividade ou a cessação definitiva (opção claramente pressuposta pelo art. 309º/1 do CT); a não transformação da entidade empregadora em "empresa de trabalho portuário" decorre de uma decisão dela própria; a cessação do contrato com o cozinheiro portador do vírus HIV é, clarissimamente, resultado directo de uma decisão do empregador, fundada num juízo de conveniência cujo acerto não está aqui em discussão, mas que correspondeu a apenas uma das linhas de opinião possíveis e ventiladas a esse propósito.

Por fim, em todas as situações em que a "impossibilidade de receber o trabalho" deriva do desaparecimento do empregador – seja por morte do empregador individual, havendo sucessores, ou por extinção da pessoa colectiva empregadora – e do consequente encerramento da empresa ou estabelecimento, o gatilho factual da "caducidade" incorpora, centralmente, decisões de não

prosseguimento das relações de trabalho - verdadeiras decisões extintivas, em suma.

12. A incapacidade sem acidente ou doença profissional

De resto, também a impossibilidade de o trabalhador prestar "o seu trabalho" – expressão esta entendida como equivalente à "actividade contratada" a que se refere o art. 118º/2 do CT -, quando não decorrente da sua morte ou incapacidade total e definitiva, supõe, ou pode supor, um acto de vontade, uma decisão do empregador. Não se tratando de incapacidade resultante de acidente de trabalho ou de doença profissional (casos contemplados no art. 155º da L. 98/2009, de 04/09), o empregador não tem o dever de procurar a reintegração profissional do trabalhador, através da atribuição de um posto de trabalho compatível com a sua condição. Mas a situação abre-lhe um campo de livre escolha - no sentido de diligenciar, ou não, em favor da manutenção do trabalhador ao seu serviço, tendo em conta a capacidade de trabalho restante - , em que são tomadas decisões, nomeadamente a de tirar partido extintivo da impossibilidade verificada. A lei, quanto a essas situações, considera justificada a opção do empregador pela cessação do vínculo.

Por outras palavras: deixadas de lado as situações extremas, em que não fica à vista uma capacidade de trabalho residual mínima, a "caducidade" actua, em regra, através de uma decisão, de uma manifestação de vontade extintiva do empregador – de um verdadeiro *despedimento*, que se oculta por detrás de um

mecanismo supostamente impessoal e não voluntário -- que é a caducidade.

13. O caso da reforma por velhice

Resta ponderar uma causa de caducidade inteiramente atípica, se não imprópria, que é referida no art. 343º/c) do Código do Trabalho. Aí se diz que "o contrato de trabalho caduca…com a reforma do trabalhador, por velhice ou invalidez" (art. 343º/c)).

Vamos, naturalmente, deixar de lado o caso de invalidez, em que – sobretudo quando se trate de incapacidade para todo e qualquer trabalho – não sobra espaço para verdadeiras decisões, quer do empregador, quer do trabalhador. A hipótese problemática é a de reforma por velhice, ou, para se ser mais rigoroso, a aquisição do direito a uma pensão por velhice. Que essa aquisição constitua facto a que a lei atribui potencial extintivo relativamente ao contrato de trabalho é coisa que só pode explicar-se por considerações de política de emprego, e não porque exista um nexo de adequação entre tal facto e a caducidade do mesmo contrato[20].

De resto, é a própria lei que abertamente o reconhece. O art. 348º/1 regula a situação em que "o trabalhador permaneça ao serviço decorridos 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da sua reforma por velhice". É, pois, muito claro que o contrato *não caduca* por mero efeito da reforma por velhice – nem, muito menos, por efeito do preenchimento, por parte do

[20] Confirma-o (se necessário fosse) o facto de se admitir expressamente a possibilidade de celebração de contratos de trabalho, nos termos normais, por pessoas reformadas – cfr. STJ 27/05/2010 – P. 684/07.9TTSTB.S1 (SOUSA BRANDÃO).

trabalhador, das condições legais para o acesso ao direito à pensão de reforma. A "caducidade" só opera, no momento da passagem do trabalhador à reforma, se um ou ambos os contraentes assim o quiserem e declararem – possibilidade que se mantém nos trinta dias seguintes.

Assim, a cessação do contrato não ocorre, manifestamente, *ope legis*, com qualquer grau de automatismo, nem por nenhuma forma alheia à vontade dos sujeitos, ao contrário do que inculca o art. 343º/c) do Código. Um acórdão relativamente recente[21] -- e cujas conclusões, de resto, consideramos criticáveis -- , afirma-o com toda a clareza: "Tendo o trabalhador atingido os 70 anos de idade ou obtido a reforma, tais factos não possuem a virtualidade de, *per se*, fazerem extinguir o contrato de trabalho por caducidade".

A cessação do contrato acontece como efeito de uma declaração unilateral, ou de uma convergência de vontades (expressa em acordo ou manifestada pela mera cessação de actividades), a que só por ficção se pode reconhecer a natureza de meras declarações de ciência ou de simples constatação de uma situação objectiva.

14. Um critério diferente

O que, na realidade, se reconhece no regime legal é a atribuição de virtualidade justificativa da ruptura do contrato à reforma por velhice do trabalhador. Essa ruptura só ocorrerá se interessar a uma ou ambas as partes; sendo unilateral, ficará socialmente legitimada pelo facto de o trabalhador ter obtido o acesso à pensão por velhice.

[21] STJ 21/09/2017 - P. 31971/15.1T8LSB.L1.S1 (ANA LUISA GERALDES).

Por outras palavras: razões de política de emprego levam o legislador a considerar, em tais hipóteses, justificada *a iniciativa rescisória de uma das partes*, em regra o empregador. É uma nova e peculiar corporização da ideia de "justa causa" de resolução do contrato que assim emerge da massa inconsistente do regime da "caducidade".

Trata-se, porém, do acolhimento de um juízo legitimador que, aparentemente, não segue o critério geralmente aceite como sendo o da justa causa de despedimento, pelo empregador, e de resolução do contrato, pelo trabalhador – o critério da "impossibilidade prática", no sentido de "inexigibilidade", do prosseguimento da relação de trabalho.

Esta nuance explica, porventura, o facto de o legislador – sempre atento à linha vermelha traçada no art. 53º da Constituição -- ter preferido, numa opção compreensível, buscar no quadro das causas de caducidade, e não no das "justas causas" de resolução -- onde não lograria acomodar-se --, abrigo para a hipótese de reforma por velhice.

15. O caso dos idosos renitentes

Antes de prosseguirmos, permitimo-nos tomar por um ramal para abordar uma outra situação também contemplada pela lei no quadro do regime de caducidade do contrato de trabalho de duração indeterminada, por razão ligada à idade do trabalhador. Este desvio explica-se pelo facto de o acórdão citado há pouco ter adoptado uma perspectiva de solução que cremos ser merecedora de revisão.

O litígio a que esse acórdão se referiu não dizia respeito a um caso de reforma por velhice, mas sim a um caso em que, não obstante o preenchimento da condição de idade para a reforma por velhice, o trabalhador a não requerera. O *thema decidendum* concentrava-se então na legalidade de uma decisão adoptada pela entidade empregadora perante o trabalhador renitente em libertar o seu posto de trabalho, apesar de estar em condições de aceder à reforma por velhice. Essa decisão consistiu em anunciar ao trabalhador, algum tempo antes de este atingir 70 anos, que o contrato caducaria *na data em que essa idade fosse completada*.

O Supremo considerou lícita essa conduta do empregador, assumindo, claramente, sob invocação do art. 348º do Código do Trabalho, que o completamento da idade de 70 anos merece, por parte da lei, em tudo e por tudo, e nomeadamente sob o ponto de vista da continuidade, ou não, da relação de trabalho, tratamento igual ao da obtenção da reforma por velhice[22].

[22] Assinale-se que esse entendimento inflectiu jurisprudência anterior do mesmo Tribunal. Com efeito, e por exemplo, em STJ 17/01/2007 – P. 06S2709 (FERNANDES CADILHA), decidiu-se a partir dos seguintes pressupostos: "Por outro lado, e diferentemente do que sucede no funcionalismo público, não há um limite de idade, a partir do qual não se pode continuar a prestar a actividade; enquanto as partes desejarem a prossecução da relação laboral esta manter-se-á. Todavia, independentemente de o trabalhador se reformar, quando atinja 70 anos de idade, o vínculo laboral fica sujeito a um termo resolutivo, por um prazo de seis meses renovável sem limite (artigo 392º, n.º 3, do Código do Trabalho). Sendo assim, o facto de o autor ter atingido os 70 anos de idade não constituía motivo de caducidade do contrato e apenas determinava, ao abrigo desta última disposição legal, a conversão do contrato de trabalho por tempo indeterminado em contrato a termo resolutivo pelo prazo renovável de seis meses". Contudo, deve ter-se presente que essa visão do problema assentava num texto legal diferente do actual. Com efeito, o art. 392º/3 do Código de 2003 tinha uma redacção muito menos ambígua do que a actual: "Quando o trabalhador atinja os 70 anos de idade sem ter havido caducidade do vínculo por reforma, é aposto ao contrato um termo resolutivo, com as especificidades constantes do número anterior". E o número anterior definia exclusivamente os desvios relativamente ao regime geral do

Embora reconhecendo que esse tratamento não envolve, em qualquer dos casos, a automática cessação do contrato de trabalho, o acórdão encarou a idade de 70 anos como uma espécie de "limite de idade", "equiparando-a" à obtenção da reforma. Por isso, conferiu eficácia extintiva, como manifestação de vontade viabilizante da cessação do contrato, à comunicação antecipada do empregador no sentido de que não estaria interessado na continuidade do vínculo para além do momento em que o trabalhador completasse essa idade. O acórdão não podia ser mais claro a tal respeito: "E essa manifestação de vontade, porque válida no quadro factual e jurídico definido, produz efeitos jurídicos: o efeito extintivo do contrato de trabalho *pela reforma/idade de 70 anos*, ou seja, a caducidade do contrato de trabalho" (itálico nosso). Notar-se-á, em particular, a referência à "reforma/idade de 70 anos" ...

16. A lógica do acórdão

Como se disse, a convicção da mais alta instância judicial fundou-se, explicitamente, no teor do nº 3 do art. 348º, que alarga à idade de 70 anos a aplicação do regime estabelecido nos "números anteriores" para o caso de trabalhador reformado por velhice. Na verdade, o que, *prima facie*, resulta dessa remissão é que, nomeadamente, se aplica aos trabalhadores não reformados, com 70 anos de idade, a condição de prosseguimento da relação de trabalho

contrato a termo. Ora, como adiante se notará, a lamentável redacção dada a essa norma pelo Código de 2009 abriu caminho a mais do que uma interpretação – e o Supremo decidiu, em 2017, segundo uma leitura possível desse texto, em sentido diferente ao que anteriormente fora adoptado.

por mais de 30 dias para que a conversão em contrato a termo de opere. E daí se deduziu, no raciocínio subjacente ao acórdão, que essa "prorrogação", legitimadora da conversão do vínculo em contrato a termo, só se entenderia se o contrato, em perfeito paralelismo com o caso de reforma, pudesse cessar "automaticamente" em função daquela idade, mediante comunicação de qualquer das partes.

Ora é indiscutível que um bom argumento literal se retira, em abono da decisão do Supremo, da remissão que o nº 3 do art. 348º faz para os "números anteriores". Esses números são, obviamente, apenas dois, e um deles trata do específico regime aplicável após a conversão *ope legis* do contrato do reformado em contrato a termo; o outro (o nº 1) impõe essa conversão após 30 dias sobre o conhecimento, por ambas as partes, da reforma, continuando o trabalhador ao serviço. Dir-se-á, pois: a remissão implica que onde se lê, no nº 1, "reforma por velhice", deva entender-se, igualmente, "70 anos de idade".

17. Crítica

Mas essa equiparação resulta algo forçada, e criticável de *iure condendo*.

Não há, com efeito, no regime jurídico das relações de trabalho privadas, nada de semelhante a um "limite de idade" – ainda que meramente habilitante de decisões extintivas das partes. Como possível causa de cessação do contrato de trabalho (não enquadrável

nos "termos gerais" a que alude o art, 343º), o completamento dessa idade teria que ser positivamente identificado pela lei como tal.

Ora o mais longe que o legislador do trabalho se permitiu ir foi a consagração de um *sistema de conversão do contrato em vínculo a termo certo de seis meses*, igual ao que opera nas situações de continuidade da relação de trabalho para além da reforma.

Mas essa identidade de instrumentos não significa equiparação de situações na sua origem. Existe, na verdade, uma diferença fundamental: se o empregador sabe que o trabalhador vai aceder à reforma por velhice, tem a faculdade de lhe comunicar que não estará interessado no prosseguimento da relação de trabalho para além do momento em que esse acesso ocorra – e, com isso, desencadear o efeito extintivo resultante do art. 343º do CT. Essa faculdade não existe nas vésperas da data em que o trabalhador complete 70 anos; tudo quanto a lei quer é que, nessa data, a relação de trabalho se precarize, de modo a induzir o trabalhador a pedir a reforma ou, em alternativa, a colocar o destino do vínculo nas mãos do empregador. Por outras palavras: neste entendimento do regime legal, a "equiparação" resultante da remissão do nº 3 do art. 348º deve fazer-se entre, de um lado, a hipótese "permanência ao serviço 30 dias após o conhecimento bilateral da reforma" e, do outro, a hipótese "completamento da idade de 70 anos". É neste último momento (e não 30 dias depois…) que se opera a conversão do vínculo em contrato a termo.

E a diferença de regimes entende-se sem grande dificuldade. Ao aceder à reforma, o trabalhador adquire o direito a uma prestação pecuniária cuja função é, justamente, a de substituir rendimentos

do trabalho. A decisão do empregador de fazer cessar o contrato não o deixa economicamente desapoiado. Ao atingir os 70 anos, sem ter obtido tal benefício, o trabalhador ficaria, no imediato, em situação de privação, embora, naturalmente, com a possibilidade de (sob directa coacção) encontrar solução no pedido de reforma. A diferença não é abissal, mas existe.

18. Posição adoptada

Entendemos, pelas razões indicadas, que o nº 3 do art. 348º carece de interpretação ajustada à diferença das situações contempladas nesse artigo. A aplicação dos "números anteriores" à situação dos trabalhadores que atingem os 70 anos sem terem obtido o direito à pensão por velhice tem que entender-se à luz de uma constatação proporcionada pelo próprio texto da lei: a reforma por velhice é (artificialmente, mas expressamente) declarada como possível causa de caducidade do contrato de trabalho – e essa explícita qualificação falta de todo no que respeita à idade de 70 anos.

Assim, a interpretação que se nos afigura harmónica com a arquitectura do regime legal, neste ponto, é a de que a remissão constante do nº 3 do art. 348º se faz, não simplesmente para o caso do trabalhador que obteve a reforma, mas para o do trabalhador que, conforme a hipótese do nº 1 do mesmo artigo, tendo obtido a reforma, se manteve ao serviço por mais 30 dias. Assim, como atrás se disse, as hipóteses correlacionadas pelo referido nº 3 são as seguintes: de um lado, a do trabalhador que atinge 70 anos sem ter

pedido a reforma; do outro, a do trabalhador que, tendo obtido a reforma, permaneceu ao serviço por mais trinta dias.

Deste modo, o regime decorrente da remissão é, unicamente, o da conversão em contrato a termo de seis meses – a qual, no primeiro caso, se aplica imediatamente no momento em que a idade de 70 anos é atingida.

19. Caducidade e despedimento

Esclareça-se, todavia, que o fundamental motivo de interesse que encontrámos neste acórdão, e que nos levou pelo atalho acabado de percorrer, não foi o carácter discutível da decisão encontrada para o litígio, mas a evidência com que nele se entrelaçavam as lógicas da "caducidade" e do despedimento, ou, por outras palavras, da "morte natural" e da "morte provocada" do contrato de trabalho.

O que se discutiu no acórdão, aliás com toda a pertinência, foi se o empregador estava ou não estava no seu direito ao *declarar a extinção do vínculo mediante a invocação de certo motivo* (supostamente) considerado pela lei como causa de caducidade.

Tal declaração só poderia considerar-se expressiva de uma constatação de facto (de um facto extintivo) se acaso o declarante não estivesse, como estava, em condições de neutralizar, por decisão própria, o efeito extintivo desse facto – deixando prosseguir a relação de trabalho, sem qualquer óbice legal. A cessação do contrato constituiria, assim, iniludivelmente, efeito jurídico da livre escolha (da decisão) do empregador, e não da produção de um facto que

seria, afinal, juridicamente neutro (enquanto facto extintivo) sem a mediação dessa decisão.

Por outras palavras: o regime da "caducidade" do contrato de trabalho com fundamento na reforma do trabalhador por velhice, tal como o da mesma modalidade de cessação do contrato por algumas das restantes causas elencadas no art. 343º do CT, oculta, na verdade, hipóteses atípicas de verdadeiro despedimento – atípicas porque no seu regime se não reproduz o quadro de exigências de que a lei rodeia as várias formas de despedimento por ela reguladas enquanto tais -- , a propósito das quais podem, razoavelmente, suscitar-se legítimas dúvidas de constitucionalidade.

20. Justa causa e segurança do emprego

Essas dúvidas terão sempre pertinência em face de uma concepção da "justa causa" – concepção essa necessária para densificar a "proibição dos despedimentos sem justa causa" a que se refere o art. 53º da Constituição – cujo elemento central é o juízo de inexigibilidade expresso pelo uso, na lei ordinária (por exemplo, no art. 351º do Código do Trabalho) da fórmula "impossibilidade prática do prosseguimento da relação de trabalho". Mas este ponto merece que nos detenhamos num momento de reflexão. A "impossibilidade prática", como pacificamente se tem entendido, não é uma impossibilidade material, mas nem por isso deixa de ser uma impossibilidade objectiva, no sentido de que a sua verificação prescinde da consideração da especial sensibilidade ou tendência psicológica de quem a invoca. O prosseguimento da relação de

trabalho torna-se praticamente impossível porque, nas circunstâncias concretas, deixa de ser exigível a uma pessoa normal colocada na mesma situação continuar vinculada ao outro contraente. Esta exigibilidade é pautada pela "garantia", também constitucional, da *segurança do emprego*. A valoração de cada situação concreta faz-se, ou deve fazer-se, em presença dessa fundamental referência constitucional. Ela não se assume como fonte de exigências absolutas e indiferenciadas: a menção da "justa causa" mostra que, no próprio pensamento constitucional, cabem situações em que a garantia da segurança do emprego *deve ceder*, deixando de poder *exigir-se*, de modo absoluto, a permanência dos vínculos laborais.

A situação que nunca mereceu dúvidas sob esse ponto de vista é a de infracção disciplinar de extrema gravidade, justificativa do despedimento. Mas a evolução da lei ordinária veio a evidenciar – um pouco sob a inspiração do pensamento do Tribunal Constitucional – a existência de outros quadros circunstanciais merecedores de juízo idêntico, isto é, do reconhecimento da *perda de sentido e de viabilidade da garantia da segurança do emprego*. Os casos de extinção do posto de trabalho ou de irremediável inadaptação do trabalhador, não havendo ocupação alternativa possível para ele, foram assim enquadrados pela lei.

21. Justa causa e segurança do emprego (cont.).

Aberta, desse modo, a "caixa de Pandora" da qual emergem situações não disciplinares, em que a "justiça" do despedimento

deixa de fundar-se na culpa do trabalhador, caberia indagar se nela se não contêm ainda outras factualidades capazes de suscitarem o mesmo tipo de valoração, à luz do referido princípio constitucional. E a resposta oferece-a o legislador, de modo um tanto dissimulado, justamente através dessa construção artificiosa que é o regime da caducidade do contrato. Ao qualificar como causas de caducidade situações em que concorrem *decisivas declarações unilaterais* de um dos contraentes (sobretudo do empregador), a lei está, a nosso ver, a reconhecer como motivações legítimas de ruptura do vínculo laboral quadros circunstanciais em que, para além de qualquer imputabilidade, a manutenção do mesmo vínculo deixa de poder exigir-se ao contraente que os invoca.

A legitimação da causa de extinção do contrato continua, assim, a fazer-se através de um juízo de *inexigibilidade*, mas não já em consideração da (ausência de) margem de viabilidade da relação de trabalho; esse juízo decorre directamente do reconhecimento, em várias situações não contempladas no regime legal do despedimento, da *perda de intensidade da exigência de segurança do emprego*. Essa exigência – como fundamento da limitação da liberdade contratual -- decai, manifestamente, quando o trabalhador, com a passagem à reforma, passa a beneficiar de um rendimento substitutivo do salário. Não se está perante uma situação em que a continuação do vínculo possa, objectivamente, considerar-se uma imposição insuportável a um dos contraentes, mas sim perante uma situação em que, *na ponderação do próprio legislador*, deixa de prevalecer a tutela da segurança do emprego sobre a liberdade de organização e gestão da empresa. A estruturação de um regime de protecção

económica na velhice, no quadro da Segurança Social, tem como óbvio pressuposto um padrão de normalidade em que o beneficiário deixa de poder auferir rendimentos do trabalho. Esse padrão é, até, assumido em termos absolutos no regime da aposentação, aplicável na área do emprego público. Sob a pressão da escassez de empregos e, em particular, do alentado contingente dos candidatos a primeiro emprego, aquela inversão mostra-se perfeitamente racional.

22. Aplicações

Apreciação semelhante pode fazer-se acerca de várias outras causas de "caducidade" elencadas no art. 343º do Código do Trabalho.

Tomemos o caso da "verificação do termo resolutivo". Se a lei admite que, perante certas situações de facto demonstráveis, seja aposto termo resolutivo ao contrato de trabalho, está, do mesmo passo, a reconhecer que a tutela da segurança do emprego não poderá prevalecer sobre a possibilidade de cessação do vínculo quando o termo ocorrer. Tal juízo modificar-se-á se a duração efectiva da relação de trabalho ultrapassar esse marco, o que lei admite em várias modalidades. Mas a "comunicação" do contraente que não pretenda permanecer vinculado para além do termo, prevista no art. 344º/1, sendo claramente uma *declaração extintiva* (uma "denúncia") e, portanto, no caso de o seu autor ser o empregador, um "despedimento", não encontra qualquer obstáculo na garantia constitucional da segurança do emprego, não sendo,

obviamente, exigível que, contra a sua vontade, o vínculo se mantivesse.

A "impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, de o trabalhador prestar o seu trabalho" remete-nos para considerações já produzidas, no sentido de que se trata da impossibilidade da execução da "actividade contratada", compatível com uma mais ou menos ampla capacidade restante de trabalho e de ganho por parte do trabalhador. Ressalvados os casos particulares de incapacidade decorrente de acidente de trabalho ou de doença profissional, em que a lei considera *exigível* ao empregador a oferta de ocupação alternativa, a hipótese considerada na al. b) do art. 343º do Código do Trabalho reconduz-se à ideia de *impossibilidade definitiva do cumprimento da prestação desenhada no contrato*, típica causa de extinção das obrigações recíprocas nele fundadas. Se a prestação contratada se torna, assim, impossível, a lei deixa de reconhecer prioridade à exigência de segurança do emprego – deixa de impor ao empregador que mantenha o vínculo (seria isso *inexigível*). No entanto, a hipótese, sempre em aberto, de convir a ambas as partes a conservação do contrato com objecto modificado leva a que a cessação do contrato não seja, como se notou, automática, exigindo uma *manifestação de vontade* de uma ou de ambas, com vista à cessação do contrato. Existe sempre a possibilidade de o empregador (não estando a isso obrigado) *decidir* pela continuidade do vínculo, embora atribuindo ao trabalhador, com acordo deste, tarefas diferentes para as quais ele está apto. A cessação do contrato não é um efeito mecânico da verificação da incapacidade.

Para além do caso de morte do trabalhador, existe apenas uma hipótese, legalmente prevista, em que a cessação do vinculo é automática: a de ser retirado ao trabalhador o título profissional legalmente exigido para o exercício da actividade contratada, caso em que o contrato realmente *caduca* com a notificação da decisão (art. 117º/2).

Já se viu também que, no tocante à "impossibilidade de o empregador receber o trabalho", a hipótese considerada pela lei é a de encerramento da empresa, no sentido de cessação total e definitiva da respectiva actividade económica. Ora só o caso de morte do empregador individual, sem sucessores, pode realmente considerar-se causa imediata de encerramento definitivo e, por consequência, de automática extinção do(s) contrato(s) de trabalho. Nas restantes situações, deparamos com o mesmo cenário: decai a exigência de segurança do emprego, mas não há cessação automática dos contratos de trabalho. Como resulta claramente do art. 346º, todas as restantes situações de encerramento definitivo (com a consequência da cessação de vínculos laborais) têm na sua base *decisões de não retoma* de actividade, decisões que, no caso de extinção da pessoa colectiva empregadora, supõem, inclusivamente, a observância de um processo de *despedimento colectivo* (art. 346º/3).

23. Notas conclusivas

Que se pode ou deve concluir desta digressão pelo enevoado território da caducidade do contrato de trabalho? A nosso ver, a

conclusão possível é a de que o legislador encontrou, na caducidade do contrato, uma figura jurídica que, devidamente munida de uma máscara conceitual, seria apta a cobrir algumas *justificações de despedimento* que, por razões de política do Direito, ou de política *tout court*, se não quis ou não pôde emparelhar com as compreendidas na clássica noção de "justa causa".

No entanto, a artificialidade dessa *démarche* legislativa é demasiado óbvia. Compare-se, por exemplo, a enumeração constante do art. 343º do Código do Trabalho com a das causas de caducidade do contrato de *mandato* (cujo regime, nos termos do art. 1156º do Código Civil, é aplicável a todas as modalidades não nominadas de contrato de prestação de serviço). Neste último caso, são previstas apenas duas causas, e ambas compreensivelmente capazes de produzirem um efeito extintivo imediato e automático, dependendo apenas de notificações: a morte do mandatário e a sentença de acompanhamento[23] referente ao mesmo ou ao mandante (art. 1174º do Código Civil).

Em rigor, a caracterização da caducidade como forma automática de cessação do contrato de trabalho implicaria considerar susceptíveis de operar como suas causas somente três tipos de situações: a morte do trabalhador; a morte do empregador individual, sem sucessores; a retirada ao trabalhador do título profissional legalmente exigido para o exercício da actividade. Todas as restantes hipóteses contempladas no actual regime legal deveriam ser englobadas (e, como é óbvio, adequadamente condicionadas) por

[23] Recorde-se que pela L. 49/2018, de 14/08, foi introduzido o regime jurídico do "maior acompanhado", desaparecendo os institutos da interdição e da inabilitação.

uma noção de justa causa de despedimento assente na perda de densidade, perante elas, da garantia de segurança do emprego consagrada no art. 53º da Constituição. Essa clarificação representaria, decerto, um novo e forte abalo nas convicções dominantes acerca da concepção de justa causa implantada no ordenamento jurídico português, deixada para trás a visão estritamente "retributiva" de uma causa "justa" porque revestida de culpa do trabalhador, e superada, inclusivamente, a aquisição "pragmática" das justas causas objectivas hoje formalmente admitidas pela lei. A noção-chave do regime jurídico do despedimento passaria a compreender situações em que é reconhecido ao empregador um certo grau de liberdade de escolha entre hipóteses alternativas que o ordenamento valora como equivalentes – numa equivalência que resulta da rarefacção da prioridade atribuída pelo sistema, na generalidade situações, à segurança do emprego. De que tipo de alternativas se trata? Por exemplo, da que se coloca ao empregador face à (comprovada) incapacidade do trabalhador para a função ajustada (não devida a acidente ou doença profissional), entre abrir a oportunidade de exercício de outra função pelo mesmo trabalhador ou pôr termo à relação contratual.

Não resultaria daí nenhum cenário de "despedimento livre". A licitude da ruptura do contrato pelo empregador teria que ser condicionada, antes do mais, pela expressa invocação de uma das situações atrás mencionadas (e que hoje são tidas por causas de caducidade) e pela observância de regras de procedimento que

garantissem a sua efectiva ocorrência. Na prática, muito pouco mudaria – a não ser o nível de transparência do sistema.

BREVE NOTA SOBRE LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES E SEGURANÇA SOCIAL NA UNIÃO EUROPEIA

BRIEF NOTE ON FREEDOM OF MOVEMENT OF WORKERS AND SOCIAL SECURITY IN THE EUROPEAN UNION

Apelles J. B. Conceição[1]

Sumário: 1. Justificação do tema - 2. A mobilidade laboral. Factores determinantes - 3. Um século de direito dos trabalhadores migrantes. 50 anos de livre circulação de trabalhadores na União Europeia - 4. Os objectivos e os princípios - 5. As técnicas jurídicas - 6. Os instrumentos jurídicos – o direito social internacional - 7. Os mecanismos de controlo

Resumo:

Este trabalho visa dar nota do desenvolvimento e ponto de situação das questões que a circulação de trabalhadores entre Estados coloca quanto à continuidade dos seus direitos em matéria de protecção social. Em primeiro lugar, situa-se no tempo e no espaço a legitimidade e essencialidade das garantias sociais dos trabalhadores migrantes face às soluções técnicas e jurídicas disponíveis. De seguida, refere-se o papel das organizações

[1] Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa - ano lectivo 71/72;

Pós-graduado em Estudos Europeus (dominante jurídica) pelo Centro de Estudos Europeus da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa – ano lectivo 82/83;

Advogado (inscrição suspensa a pedido);

Docente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa;

Membro do Conselho Científico da Revista Internacional de Direito do Trabalho;

Consultor de projectos e auditor de empresas;

Antigo dirigente, assessor e formador do Ministério do Trabalho e da Segurança Social;

Antigo Chefe de Gabinete do Provedor de Justiça.

internacionais na elaboração de princípios e regras eficazes em matéria de protecção social internacional e sua influência na celebração das convenções bilaterais entre Estados e no modelo tipo mais bem conseguido: a coordenação dos regimes de segurança social dos Estados-membros no âmbito da União Europeia necessária para garantir a livre circulação de trabalhadores. Finalmente, faz-se uma breve referência ao contributo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia para o desenvolvimento da técnica da coordenação.

Abstract:

This paper aims to give note of the development and state of the situation of the issues that the movement of workers between states raises regarding the continuity of their rights in the field of social protection. Firstly, the legitimacy and essentiality of the social guarantees of migrant workers in relation to the technical and legal solutions available is situated in time and space. The following is the role of international organisations in developing effective principles and rules on international social protection and their influence on the conclusion of bilateral conventions between States and on the best-achieved type model: the coordination of the social security schemes of the Member States within the European Union necessary to ensure the free movement of workers. Finally, a brief reference is made to the contribution of the case-law of the Court of Justice of the European Union to the development of the coordination technique.

1. Justificação do tema

Danny Pieters[2] há 30 anos referindo-se aos regulamentos europeus de segurança social, então em vigor, afirmava: "os regulamentos são de tal forma complexos que a grande maioria dos juristas, mesmo especializados em direito da segurança social ou em direito comunitário não se ousam aventurar… o número de

[2] Professor de Direito da Segurança Social na Universidade Católica de Lovaina, então Professor na Universidade de Tilburg na Holanda, na sua intervenção subordinada ao título "Europa de 1992 e a Segurança Social" no Colóquio Internacional de Segurança Social realizado em Ponta Delgada, em 20 e 21 de Setembro de 1990.

especialistas na matéria de direito europeu de segurança social é extremamente limitado…"

E parece que nada mudou muito desde então… o que não deixa de constituir um factor de preocupação face à importância crescente do direito social, *maxime* o direito da segurança social num contexto de economia internacional sem fronteiras onde os seus agentes se devem deslocar livremente sem entraves nem obstáculos, nomeadamente de ordem jurídica; a verdade é que muito pouco se tem feito para mudar tal situação…[3]

Quanto à relevância do tema e para além desta mera preocupação de ordem académica acrescem os seguintes factores:

a) A liberdade de circulação de trabalhadores[4] que determina necessariamente a coordenação dos sistemas de segurança social como seu elemento constitutivo foi sempre considerada um dos fundamentos da construção europeia, conforme o Tribunal de Justiça da então Comunidade Económica Europeia bem cedo o declarou – Acórdão Unger, de 19/03/64[5].

---

[3] O nosso modesto contributo para esta causa tem vindo a ser constituído por:

- uma compilação de textos normativos então vigentes nesta matéria - *Direito Internacional e Europeu de Segurança Social*, Cosmos, Lisboa, 1997, cuja introdução (pp. XXIII a LXI do 1.º tomo) constitui uma resenha do Direito Europeu de Segurança Social de então.

Está prevista para o corrente ano lectivo uma 2ª edição actualizada desta compilação em *Ebook* pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa;

- um curtíssimo capítulo sobre trabalhadores migrantes num manual de segurança social dominado pelo direito interno - *Segurança Social – Manual Prático*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2020 (pp. 555-586).

[4] Que no Direito da União Europeia integra uma das 4 liberdades (a liberdade de circulação de pessoas) amplamente trabalhada pelos principais tratadistas desta área do Direito. V. CAMPOS, João Mota de, *Direito Comunitário*, III volume, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, pp. 261-323.

[5] Processo C-75/63.

b) a questão mobilidade laboral / segurança social constituiu desde sempre um objectivo prioritário sendo uma das primeiras preocupações da então Comunidade Económica Europeia pois dentre os primeiros regulamentos aprovados estão os relativos à coordenação dos sistemas de segurança social[6], a saber:

- Regulamento n.º 3 do Conselho, de 25 de Setembro de 1958, relativo à segurança social dos trabalhadores migrantes (JO n.º 58, de 16/12/58); e

- Regulamento n.º 4 do Conselho, de 3 de Dezembro de 1958, fixando as modalidades de aplicação e completando as disposições do Regulamento n.º 3 relativo à segurança social dos trabalhadores migrantes (JO n.º 58, de 16/12/58);

c) quanto ao universo de trabalhadores em causa - no âmbito da União Europeia a 28, em 2015, estamos a falar de 11,3 milhões de trabalhadores em mobilidade – 3,7% da população total em idade activa[7];

d) quanto à incidência da matéria em termos de jurisprudência produzida no âmbito do reenvio prejudicial estamos perante uma assinalável média de 15 acórdãos / ano do Tribunal de Justiça (19 em 2019 – elencados em anexo);

---

[6] Para além da aprovação da efémera Convenção Europeia de Segurança Social dos Migrantes, assinada em Roma em 9 de Dezembro de 1957, pelos governos dos Estados-membros da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), nos termos do n.º 4 do artigo 69º do Tratado CECA, substituída em 1958 pelos regulamentos de segurança social.

[7] Segundo o Relatório Especial do Tribunal de Contas (Europeu) no cinquentenário da instituição da livre circulação de trabalhadores, 2018.

À escala mundial, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), trata-se de um universo de 232 milhões de trabalhadores que o ambiente de globalização tende a fazer disparar aumentando os níveis de exploração e de desregulação.

e) se dúvidas houvesse sobre a actualidade e oportunidade do tema aí estão:

- a instituição do *Pilar Europeu dos Direitos Sociais* definindo "os princípios e os direitos fundamentais para assegurar a equidade e o bom funcionamento dos mercados de trabalho e dos sistemas de protecção social na Europa no século XXI"[8]; e sobretudo

- a criação da *Autoridade Europeia do Trabalho* como instituição co-responsável pela aplicação dos regulamentos de segurança social, com atribuições centradas no eixo mobilidade laboral / coordenação dos sistemas de segurança social[9].

Assumidos assim, o interesse, a necessidade, a actualidade e a oportunidade de desenvolvimento do estudo das técnicas e mecanismos utilizáveis em matéria de segurança social internacional, o inquestionável avanço do modelo adoptado pela União Europeia conduz-nos sem hesitação no sentido da avaliação desta realidade como referência ou paradigma da projecção do princípio da liberdade de circulação de trabalhadores[10].

2. A mobilidade laboral. Factores determinantes

Até à sedentarização imposta por um calendário agrícola o nomadismo primordial na busca de melhores condições de vida e de sobrevivência caracterizou as sociedades humanas primitivas.

[8] Ponto 14) do preâmbulo do Pilar Europeu dos Direitos Sociais – JO C 428, de 13/12/2017.

[9] Nomeadamente: considerandos (8) e (11) e n.º 11 do artigo 13.º do Regulamento (UE) 2019/1149 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019.

Pode afirmar-se mesmo que foram sempre causas económicas (crises económicas) as determinantes das deslocações das pessoas. E não se afastam desta realidade as mais recentes migrações internacionais de grupos humanos completos (populações inteiras) de dimensões bíblicas (século XIX) para as américas para aí se estabelecerem e aí fundarem comunidades e Estados novos. Porém, tais movimentos foram desencadeados no sector primário e muito antes do aparecimento da consciência social que a industrialização viria a impor.

Só na 2ª metade do século XX, no pós-guerra, as grandes migrações económicas sobretudo dentro da Europa num cenário completamente diferente quanto a preocupações sociais ligadas ao mercado do trabalho por parte dos países de destino, se confrontaram com graus de exigências socias crescentes assumidas pelos Estados de acolhimento, reduzindo o receio de perder os seus direitos em matéria de segurança social (as desvantagens da migração): à simples mobilidade geográfica somavam-se, agora, a mobilidade profissional e, sobretudo, a mobilidade social[11].

---

[10] Por isso nesta nota pressupõe-se como matéria dada a relativa ao Direito Institucional da União Europeia.

[11] Para LYON-CAEN, Antoine, *La Libre Circulation des Travailleurs dans la Communauté Économique Européenne*, Droit Social, nº 7 /8, 1989:

Mobilidade geográfica ou territorial, elemento constituinte da livre circulação da trabalhadores, entendida como o direito de qualquer cidadão deixar o país de origem e entrar e permanecer no território de outro Estado a fim de aí procurar emprego e exercer uma actividade remunerada, por tempo limitado ou ilimitado, bem como permanecer neste Estado depois de ter trabalhado, com abandono das zonas onde habitavam para reinstalação no local para onde vai trabalhar;

Mobilidade profissional entendida como o direito de qualquer cidadão de qualquer Estado beneficiar das mesmas condições de emprego que os nacionais do Estado de acolhimento, beneficiar das mesmas facilidades de formação e de utilizar as diferentes possibilidades oferecidas pelos serviços públicos de emprego deste Estado;

Os trabalhadores atraídos por melhores salários e melhor protecção social vão preencher lacunas demográficas com parte da sua vida activa em países estrangeiros, em regra, com a intenção de regressar aos países de origem daí decorrendo a necessidade de recomposição do seu tempo de trabalho em países diferentes para aceder a pensões que lhe correspondam.

Factores determinantes da mobilidade dos trabalhadores. Por parte dos Estados importadores de mão-de-obra:

a) Factor tradicional no âmbito europeu - Desequilíbrio do mercado de trabalho internacional indiferenciado

Por um lado, a preocupante baixa oferta de trabalho a níveis nacionais provocada por desequilíbrio demográfico dos países que viriam a ser destino de grandes volumes de mão-de-obra não qualificada[12] – caso da França e Alemanha na década de 40 (45 e seguintes) como efeito directo da guerra e dos anos 60 a braços com a consequência da quebra de natalidade dos anos 40.

Por outro, a existência de excedentes de mão-de-obra não qualificada em países com baixo desenvolvimento económico como Portugal, Espanha e Grécia, com população dominantemente agrícola e com baixíssimos rendimentos de trabalho (para além destes países estarem interessados em se desembaraçar destes excedentes) as melhores condições de trabalho e de protecção

Mobilidade social no sentido de integração e inserção do trabalhador e da sua família no Estado de acolhimento – tratamento igual no plano das regalias sociais quer estejam ligadas ao emprego ou não.

[12] Cujas pirâmides etárias ilustram bem os efeitos demográficos dos conflitos militares do século XX.

social oferecidas por países desenvolvidos constituíam forte e inegável factor de atracção (então pela França e pela Alemanha).

b) Factor actual - Oferta de mão-de-obra muito qualificada

À parte as situações em que o trabalhador, atraído por razões de ordem científica se fixa no território do país de acolhimento, a necessidade de trabalhadores com alto grau de preparação tecnológica[13] vai modificando a situação de forma a que a exportação de tecnologia é acompanhada dos trabalhadores que garantem o adequado *know-how*, o que obviamente favorece muito frequentemente o trabalho de carácter temporário.

Por parte dos trabalhadores:

A garantia de melhores condições de trabalho (de remuneração e de protecção social) mais tarde aliada ao facto de ser assegurada uma carreira contributiva sem interrupções constituem factores de primordial importância.

O fenómeno contemporâneo de pressão do Norte de África (e não só) sobre o continente europeu ilustra uma realidade não completamente nova: a epopeia das migrações intercontinentais que os europeus sempre experimentaram.

[13] A chamada "fuga de cérebros".

3. Um século de direito dos trabalhadores migrantes. 50 anos de livre circulação de trabalhadores na união europeia[14]

Embora os fluxos de trabalhadores para regiões ou Estados que oferecem melhores condições sociais não constituam fenómeno recente, só no século XX com o surgimento dos direitos fundamentais de 2ª geração passaram a estar reunidas as condições para garantir a construção de quadros e princípios regulatórios supranacionais capazes de satisfazer objectivos sociais que ao nível de cada Estado já iam progressivamente fazendo o seu caminho.

Na verdade, perante a questão social da necessidade de conceber e elaborar um conjunto de normas sociais internacionais com aptidão para promover a conciliação dos interesses contrapostos em presença e garantir a aplicação de soluções que os Estados estivessem dispostos a aceitar, só seria possível com o contributo destes mesmos Estados: os exportadores (baixo nível de desenvolvimento económico e desemprego) e os importadores de trabalho (com défices demográficos e carência de mão-de-obra)[15].

É este contexto de necessidade de garantir protecção social completa e contínua dos trabalhadores migrantes que confere à segurança social uma dimensão internacional ou seja os sistemas e regimes de protecção social de cada Estado postos em confronto

[14] Quanto às origens ver PÉRRIN, Guy, *Origines du Droit International de la Sécurité Sociale*, Révue Française des Affaires Sociales, Paris, 1981, pp. 161-205)

[15] Nestas questões: HANOTIAU B., *Les Problèmes de Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants*, Larcier, Bruxelas, 1973.

entre si têm de ser suficientemente compatíveis para permitir a sua aplicação sucessiva sem intermitências ou obstáculos[16].

No século XX, dada a dimensão da destruição provocada pelos dois grandes conflitos militares, a disponibilidade dos Estados no período subsequente aos mesmos para aceitar a cooperação internacional relativamente a medidas que favorecessem o crescimento económico e social conduz à instituição de grandes organizações internacionais com esse objectivo específico, caso, respectivamente, da Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE) (1948)[17] e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1919).

Vejamos os principais contributos trazidos à construção do modelo de direito social internacional.

3.1. Pós-primeira guerra mundial (1914-1918) – a Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Do texto do preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[18] já se retirava o seguinte:

---

[16] Segundo PÉRRIN, Guy, *op. cit.*, um esboço de coordenação de legislações de segurança social verificou-se na Convenção celebrada em 13 de Agosto de 1827 entre França e o Ducado de Parma sobre pagamento de pensões fora do território do Estado competente.

[17] Como sabemos, substituída em 30 de Setembro de 1961 pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE).

[18] A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada como projecção social da paz de Versalhes pela Parte XIII dos tratados de paz - artigos 387.º a 428.º do Tratado de Versalhes, assinado em 28 de Junho de 1919. Em 1946 assumiu o carácter de instituição especializada da Organização das Nações Unidas (ONU).

"Considerando que… é urgente melhorar essas condições (de trabalho), por exemplo relativamente… à defesa dos interesses dos trabalhadores ocupados no estrangeiro…"[19]

Neste sentido foi adoptada a primeira Recomendação Geral (n.º 2) sobre a reciprocidade de tratamento, em 1919, pela Conferência Internacional do Trabalho que, aliás, iria dar origem à primeira convenção - a Convenção (n.º 19) sobre a igualdade de tratamento (acidentes de trabalho) 1925 - consagrada a este princípio.

Na verdade, desde muito cedo a OIT auto-propôs-se a elaboração de um direito unificado comum a todos os Estados, uma espécie de mínimo de protecção social e a instituição e consolidação dos princípios que hoje presidem à ordenação do direito social internacional e garantem o seu desenvolvimento.

3.2. Pós-segunda guerra mundial (1939-1945) - o esplendor do social

a) A nível internacional

i) ainda no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

– Como instrumentos-chave definindo uma base ético-jurídica para a política e prática nacionais – princípios e direitos fundamentais - relativos aos trabalhadores migrantes:

. Convenção (n.º 97) sobre trabalhadores migrantes (revista), 1949[20], no contexto político do pós-guerra – medidas destinadas a

[19] Objectivo mais tarde reforçado na alínea c) do ponto III da Declaração de Filadélfia, de 10 de Maio de 1944 (a "Nova Carta da OIT"), propondo programas

regular o processo migratório no seu conjunto facilitadoras do movimento do excedente de mão-de-obra da Europa e outras partes do mundo; revista pela Convenção (n.º 143) relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, 1975[21], no contexto político da crise do petróleo de 1975 – controlo dos fluxos migratórios face aos migrantes irregulares e combater o tráfico de pessoas. Estabelece, por exemplo, uma definição de trabalhador migrante como "a pessoa que emigra de um país para outro, com vista a ocupar um emprego que não seja por sua conta própria, incluindo todas as pessoas admitidas regularmente na qualidade de trabalhador migrante" (artigo 11.º) e repousa sobre o princípio da assimilação do trabalhador migrante ao trabalhador nacional (artigo 6.º).

ii) no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)[22]

O contributo da Organização das Nações Unidas (ONU) é visível, desde logo, na sua Carta quando, no artigo 55.°, estabelece referências seguras e incentivadoras de objectivos futuros: a criação de bem-estar através da promoção das medidas que enumera nas suas alíneas. Inspirando-se neste modelo social, o seu

com o objectivo do bem-estar comum de "transferência de trabalhadores, incluindo as migrações de mão-de-obra".

[20] Aprovada para ratificação pela Lei n.º 50/78, de 25 de Julho.
E Recomendação (n.º 86) sobre trabalhadores migrantes (revista), 1949.

[21] Aprovada para ratificação pela Lei n.º 52/78, de 25 de Julho.
E Recomendação (n.º 151) sobre trabalhadores migrantes, 1975.

[22] A Carta das Nações Unidas foi assinada em S. Francisco a 26 de Junho de 1945.

desenvolvimento foi garantido pelos seguintes instrumentos jurídicos:

- Principalmente e como instrumento-chave: a *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros da sua Família* (18 de Dezembro de 1990)[23] a "magna carta dos direitos dos trabalhadores migrantes" que aprova o estatuto do trabalhador migrante[24]. Conjuntamente com as convenções 97 e 143 da OIT constitui a base ético-jurídica para a política e prática nacionais - princípios e direitos fundamentais - relativos ao trabalhador migrante entendido como a "pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional" (artigo 2.º n.º 1). A assimilação dos trabalhadores migrantes aos nacionais em matéria de segurança social está presente no seu artigo 27.º;

- *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (10 de Dezembro de 1948)[25] - procede à enumeração dos grandes princípios gerais num contexto que compreende o conjunto dos direitos económicos e sociais de entre os quais se destacam o direito de livre circulação no interior ou exterior do seu país (direito de abandonar o país em que se encontra incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país) (artigo 13.º) e a enumeração dos direitos fundamentais no

[23] Entrada em vigor na ordem internacional em 1 de Julho de 2003. Ainda não assinada nem ratificada por Portugal…

[24] Texto da convenção em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default /files/convencaomigrantes.pdf.

[25] A expressão "direitos do homem" interditada e convertida por decreto (!) em "direitos humanos" - Lei n.º 45/2019, de 27 de Junho.

Publicada no Diário da República, 1ª série, de 9 de Março de 1978, mediante aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

domínio da segurança social (artigos 22.º, 23.º, 25.º) e da sua aplicação (artigo 29.º);

- *Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (de 16 de Dezembro de 1966)[26] - completa a Declaração Universal dos Direitos Humanos na medida em que comporta obrigações submetidas à ratificação dos Estados;

iii) O papel das convenções bi e multilaterais de segurança social

Seguindo os objectivos e técnicas propostos nos instrumentos jurídicos produzidos pelas organizações internacionais relativamente à coordenação de sistemas de segurança social nacionais, os Estados exportadores e importadores de mão-de-obra organizaram entre si, sempre que o universo de trabalhadores a abranger o justificava e o interesse e a vontade dos Estados estivesse presente nesse sentido, a protecção social dos seus nacionais emigrados através da negociação e celebração de convénios bilaterais[27], de âmbito material mais ou menos incompleto (e outros multilaterais) – instrumentos clássicos de Direito Internacional Público quanto à forma[28].

b) A nível regional europeu

i) no âmbito do Conselho da Europa[29] - instituído com o objectivo de promover a cooperação entre os seus membros através

[26] Entrado em vigor em 3 de Janeiro de 1976.
Aprovado para ratificação pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

[27] Veja-se em anexo a extensão da relevância desta actividade no caso português.

[28] Quanto ao conteúdo é constituído por soluções jurídicas próprias da técnica internacional privatista (normas remissivas).

[29] Instituído em Londres em 5 de Maio de 1949.

de convenções e acordos celebrados no seu seio e obter a sua ratificação, dotados de um corpo de princípios fundamentais nomeadamente em matérias sociais.

Neste espaço a elevada intensidade da interdependência e do grau de colaboração OIT / Conselho da Europa é ilustrada pela seguinte afirmação "O espírito da OIT paira sobre o Conselho da Europa"[30].

- *Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (Roma, 4 de Novembro de 1950)[31] *e seus protocolos* – Tendo como objecto os direitos fundamentais civis e políticos da pessoa humana (direitos do Homem) erigidos em norma internacional oponível aos Estados. O controle internacional da execução dos compromissos dos Estados é exercido por uma jurisdição própria - o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - com jurisdição em matéria de protecção de direitos fundamentais permite aos particulares (que, lembre-se, não são sujeitos de direito internacional) litigar contra o próprio Estado, garante, nomeadamente, o contencioso do direito a prestações sociais, nos termos do artigo 6.º (Acórdão de 15 de Maio de 1986);

- *Convenção Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante* (24 de Novembro de 1977)[32] – reúne num único instrumento o conjunto de vantagens, direitos e deveres dos trabalhadores migrantes, impondo a obrigação de acordar bi ou multilateralmente os seus objectivos fundamentais e desenvolvendo

[30] Como paira sobre todas as iniciativas sociais da União Europeia.
[31] Entrada em vigor em 3 de Setembro de 1953.
Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.
[32] Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 162/78, de 27 de Dezembro.

em especial o princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores migrantes;

- *Código Europeu de Segurança Social Revisto* (6 de Novembro de 1990)[33] - estabelece a norma mínima comum europeia de segurança social directamente derivada da norma mínima da Convenção (n.º102) da OIT (1952) mas mais exigente, adequada ao nível de desenvolvimento da Europa;

- *Carta Social Europeia Revista* (3 de Maio de 1996)[34] - convenção internacional tendo como objecto a promoção dos direitos económicos e sociais, representando, ao nível europeu, o equivalente ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) – prevê o direito à segurança social, regulando o modo do seu exercício efectivo e desenvolve o princípio da igualdade de tratamento ou da não discriminação.

ii) no âmbito das Comunidades Europeias, agora União Europeia

– Direito originário - desde o Tratado de Roma, de 25/03/1957 (então artigo 51.º).

O artigo 48.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)[35], sobre os objectivos da livre circulação de

[33] Sucede ao Código Europeu de Segurança Social, de 16 de Abril de 1964, entrado em vigor em 17 de Março de 1968.

[34] Entrada em vigor em 1 de Dezembro de 2001.

Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 4-A/2001, de 17 de Outubro.

Sucede à Carta Social Europeia assinada em Turim em 1961, entrada em vigor em Fevereiro de 1965.

[35] Correspondendo ao artigo 51.º do texto original do Tratado de Roma instituindo a Comunidade Económica Europeia (CEE), ao artigo 42.º do TCE e ao artigo 69.º do Tratado de Paris, de 18 de Abril de 1951, instituindo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).

TÍTULO IV - A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais

CAPÍTULO 1 - Os trabalhadores

Artigo 45.º (ex-artigo 39º TCE)

1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União.

2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:

a) Responder a ofertas de emprego efectivamente feitas;

b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros;

c) Residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;

d) Permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objecto de regulamentos a estabelecer pela Comissão.

4. O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.

Artigo 46.º (ex-artigo 40.º TCE)

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta do Comité Económico e Social, tomarão, por meio de directivas ou de regulamentos, as medidas necessárias à realização da livre circulação dos trabalhadores, tal como se encontra definida no artigo anterior, designadamente:

a) Assegurando uma colaboração estreita entre os serviços nacionais de emprego;

b) Eliminando tanto os procedimentos e práticas administrativas, como os prazos de acesso aos empregos disponíveis, decorrentes, quer da legislação nacional, quer de acordos anteriormente concluídos entre os Estados-Membros, cuja manutenção constitua obstáculo à liberalização dos movimentos dos trabalhadores;

c) Eliminando todos os prazos e outras restrições previstas, quer na legislação nacional quer em acordos anteriormente concluídos entre os Estados-Membros, que imponham aos trabalhadores dos outros Estados-Membros condições diferentes das que se aplicam aos trabalhadores nacionais quanto à livre escolha de um emprego;

d) Criando mecanismos adequados a pôr em contacto as ofertas e pedidos de emprego e a facilitar o seu equilíbrio em condições tais que excluam riscos graves para o nível de vida e de emprego nas diversas regiões e indústrias.

Artigo 47.º (ex-artigo 41.º TCE)

Os Estados-Membros devem fomentar, no âmbito de um programa comum, o intercâmbio de jovens trabalhadores.

Artigo 48.º (ex-artigo 42.º TCE)

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, tomarão, no domínio da segurança social, as medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação dos trabalhadores,

trabalhadores, integrado no Capítulo 1 - Os trabalhadores, do Título IV - A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais, dispõe sobre regras de coordenação necessárias à sua realização.

Muito embora o princípio da igualdade de tratamento se extraia do artigo 45.º do mesmo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por extensão à coordenação dos regimes de segurança social - Acórdão Pinna, de 15/01/86[36].

Na verdade, "a coordenação dos regimes de segurança social não é senão um elemento constitutivo da liberdade de circulação dos trabalhadores"[37].

- Direito Derivado – principais actos normativos da União Europeia

O *regulamento*

O regulamento[38] pressupõe uma transferência de poderes a favor da União Europeia (acepção federalista). Não é, assim,

---

instituindo, designadamente, um sistema que assegure aos trabalhadores migrantes, assalariados e não assalariados, e às pessoas que deles dependam:

a) A totalização de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas;

b) O pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos Estados-Membros.

Quando um membro do Conselho declare que um projecto de acto legislativo a que se refere o primeiro parágrafo prejudica aspectos importantes do seu sistema de segurança social, designadamente no que diz respeito ao âmbito de aplicação, custo ou estrutura financeira, ou que afecta o equilíbrio financeiro desse sistema, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate e no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, o Conselho Europeu:

a) Remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário; ou

b) Não se pronuncia ou solicita à Comissão que apresente uma nova proposta; nesse caso, considera-se que o acto inicialmente proposto não foi adoptado.

[36] Processo C-41/84.

[37] PRÉTOT, Xavier, *op. cit*.

propriamente um instrumento de harmonização de legislações porque se substitui às legislações nacionais para dar lugar a normas únicas (direito unificado) para o conjunto da União Europeia e directamente aplicáveis; sendo antes o instrumento privilegiado do direito único que pressupõe a transferência de poderes para a União Europeia, deixando os Estados de poder legislar na matéria. Não se coloca, portanto, o problema da aproximação: a União Europeia tem o poder regulamentar - competência normativa.

O regulamento tem âmbito geral, carácter obrigatório em todos os seus elementos e aplicabilidade directa na ordem interna dos Estados-membros[39] primando sobre o direito interno, é dotado de uma autoridade superior a toda a lei interna mesmo posterior.

De notar que a execução destas normas da União Europeia está confiada aos Estados, competindo a estes determinar as formas de execução, o que, por vezes, envolve algumas dificuldades na apreciação uniforme das disposições da União Europeia, dadas as diferenças de estrutura das administrações nacionais.

Porém, na área do Direito da Segurança Social os regulamentos europeus de segurança social embora formalmente constituam Direito da União Europeia, não participam na empresa da União Europeia a título de unificação mas de uma coordenação de regimes de segurança social[40].

---

[38] No âmbito da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) designava-se decisão geral.

[39] Artigo 288.º (ex-249.°) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

[40] Neste sentido LOUIS, Jean Victor, *Les Instruments du Raprochement des Legislations dans da Communauté Economique Europèenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelas, 1978, pp 15 e ss.

Na verdade, os regulamentos europeus de segurança social estabelecem um mecanismo de coordenação regional dos direitos nacionais; não estabelecem uma regulamentação de direito europeu uniforme para os migrantes, isto é, limitam-se a consagrar soluções de direito internacional privado – regra uniforme de conflitos. A saber:

. Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, de 30/04/2004);

. Regulamento (CE) n.º 987/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 1 de Setembro de 2009, que estabelece modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 e Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 284, de 30/10/2009).

O regulamento relativo à livre circulação de trabalhadores na União – Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento e do Conselho, de 5 de Abril de 2011 – nada dispõe directamente sobre coordenação de regimes de segurança social; porém faz referência, a propósito da igualdade de tratamento dos trabalhadores não nacionais, no n.º 2 do seu artigo 7.º às "mesmas vantagens sociais… que os trabalhadores nacionais"[41].

[41] O mesmo sucede com a Directiva 2014/54 do Parlamento e do Conselho, de 16 de Abril de 2014, que o completa, quer no considerando (9), quer na alínea c) do n.º 1 do seu artigo 2.º

A *directiva*

A directiva[42] é um instrumento fundamental e típico de harmonização: tem por objecto as leis nacionais. Só vinculando os Estados-membros quanto aos resultados deixa às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios para os atingir.

A directiva, contrariamente ao regulamento, respeita a competência normativa de princípio das autoridades nacionais, não perdendo os Estados o poder de legislar.

Porém, a chamada regulamentarização das directivas[43] pode transformar em poderes da União Europeia as competências nacionais, o que transforma a harmonização em verdadeira unificação. Por isso, a Comunidade Europeia de então foi fundamentando as directivas no artigo 308.° do Tratado CE (discutivelmente, claro) em vez do artigo 100.° (actuais artigos 352.º e 115.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), respectivamente), para evitar a acusação dos Estados de estar a ultrapassar os seus poderes[44].

Quanto à noção de vantagens sociais como todas os benefícios "que ligados ou não ao contrato de trabalho são geralmente reconhecidos aos trabalhadores nacionais em razão principalmente da sua qualidade objectiva de trabalhador ou do simples facto da sua residência em território nacional" ver VACHET, Gérard, *L'égalité de Traitement entre Travailleurs Communautaires*, Droit Social, 1989, p. 536.

V. também o Acórdão Jobcenter Krefeld, de 16/10/2020, proc. C-181/2019.

[42] No âmbito da CECA designava-se recomendação.

[43] Quando um instrumento da União Europeia, formalmente directiva, ultrapassa a obrigação de resultado, retirando aos Estados-membros a liberdade quanto à forma e quanto aos meios.

[44] O que então determinou o aparecimento de acordos mistos como instrumento simultâneo das comunidades europeias de então e dos Estados-membros.

c) Organização Ibero-Americana de Segurança Social (OISS)[45]

É muito interessante o desenvolvimento da actividade desta organização nesta matéria[46] quanto à elaboração de instrumentos normativos e de coordenação, nomeadamente à Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social, de 10 de Novembro de 2007[47], de que, aliás, Portugal e Espanha são parte[48].

d) No continente africano

- *Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale* (CIPRES) - reúne os 15 Estados de língua francesa. Adoptou uma Convenção Multilateral de Segurança Social em 1996;

- *Southern African Development Community* (SADC) - são conhecidos os esforços no sentido da adopção de algum tipo de instrumento com o objectivo de coordenação.

[45] Na região latino-americana ao nível regional e sub-regional também estão presentes mecanismos de coordenação no Mercosur, Caricom e na Comunidade Andina, segundo indicação de ORTIZ, Pablo Arellano, *Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximacion Nacional e Internacional a los mecanismos de proteccion que Otorgan Continuidad a las Prestaciones*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 3, n.º 6, 2012, p. 105.

[46] Para lá das sempre esperadas disputas hegemónicas Lisboa / Madrid.

[47] Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 15/2010, de 27 de Outubro.

[48] Ver em anexo a listagem dos instrumentos relevantes.

4. Os objectivos e os princípios[49]

A protecção social como instrumento ao serviço do princípio da livre circulação de trabalhadores em espaços geográficos determinados pretende garantir a circulação de trabalhadores entre países sem que daí decorram desvantagens sociais designadamente da sua carreira contributiva, portanto sem quebra das suas expectativas de protecção social completa.

Esta necessidade de compatibilização dos diversos regimes nacionais de segurança social vai determinar um esforço de aproximação normativa que contempla o acolhimento dos objectivos fundamentais que entretanto se foram erigindo e consolidando como princípios básicos de coordenação dos sistemas de segurança social inicialmente no âmbito das organizações internacionais.

[49] Nesta matéria em geral ver, entre outros:
- HIROSE, Kenichi; NIKAC, Milos e TAMAGNO, Eduard, *Social Security for Migrants Workers. A Right Based Approach,* International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Easyern Europe-Budapest, ILO, Genebra, 2011.
- ILLUMINATI, F., e VITALI, *Manuale di Diritto Previdenziale Comunitario*, Roma, 1977
- LYON-CAEN, Antoine, *Droit Social International et Européen*, 9ª edição, Dalloz, Paris, 2020
- PANAYOTOPOULOS, M, *La Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants*, Centre d'Études Juridiques Européennes, Genève, 1971
- RODIÈRE, Pierre, *Droit Social de l'Union Européenne*, 2ª edição, LGDJ, Paris, 2014
- RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1982.
- TANTAROUDAS, Charilaos, *La Protection Juridique des Travailleurs Migrants de la CEE en Matière de Sécurité Social,* Economica, Paris, 1976
- WYATT D, *The Social Security Rights of Migrants Workers and Their Families*, CMLR, XIV volume, Special Issue, 1977

No âmbito da União Europeia na medida em que as técnicas de coordenação e a sua prática respondem e prosseguem objectivos contidos nas disposições dos Tratados, donde emanam os princípios inspiradores de todo o regime de coordenação, constituem eles próprios o critério de interpretação e de juízo de validade do direito derivado[50].

São princípios de todo o regime de coordenação:

4.1. quanto aos regimes legais[51] (obrigatórios):

i) *a igualdade de tratamento* – (proibição de discriminação) assegurar que todos os beneficiários dos Estados contratantes visados pelo campo de aplicação do instrumento em causa tenham os mesmos direitos e fiquem sujeitos às mesmas obrigações[52].

O respeito pelo *princípio da igualdade de tratamento* determina que os trabalhadores migrantes sejam submetidos à

- "*Le Cadre Multilatéral de L'OIT pour les Migrations de Main-d'œuvre*", OIT, 2006;

[50] Donde decorre a abundante jurisprudência nesta matéria.

[51] Não por oposição a ilegais; mas por oposição a regimes voluntários (complementares ou profissionais).

[52] Segundo LOCHAR, D., *La Notion de Discrimination*, Droit Social, 1987, p. 778, a noção de discriminação comporta 3 elementos:

1) identificação das pessoas que são objecto da diferença de tratamento (homem / mulher);

2) domínio no qual esta diferença intervém;

3) justificação desta diferença, sua adequação ou não ao fim prosseguido.

Podendo ser (seguindo VACHET, Gérard, *L'égalité de Traitement entre travailleurs communautaires*, Droit Social, 1989, pp. 534 ss.):

1) discriminação fundada na nacionalidade – quando os trabalhadores colocados em situações idênticas sejam regidos por regras diferentes em função da nacionalidade, salvo diferenças objectivas das condições de situações nas quais se encontram colocados os interessados. Há *discriminação negativa* (ao contrário ou *a rebours*) – quando há favorecimento de não nacionais;

2) discriminação indirecta – quando as disposições que formulam exigências aplicáveis quer a nacionais ou não são na realidade mais difíceis de satisfazer pelos não nacionais.

legislação de segurança social e beneficiem dela nas mesmas condições que os trabalhadores nacionais do país de acolhimento.

Foi o aparecimento de disposições discriminatórias, sobretudo nos sistemas nacionais de protecção territorialista[53] - posteriores à 2.ª Grande Guerra, como se sabe -, que levou à necessidade de reafirmação deste princípio, tendo o seu âmbito sido alargado aos próprios refugiados e aos apátridas.

Na verdade, o princípio da igualdade de tratamento constitui um direito imprescritível dos trabalhadores migrantes, enquanto pessoas, e um princípio fundamental de toda a coordenação, por isso se tornou na pedra angular dos sistemas elaborados nesta matéria com o desenvolvimento e a crescente complexidade das legislações de segurança social.

As primeiras convenções da OIT consagradas exclusivamente a este princípio foram a Convenção (n.º 19) sobre igualdade de tratamento (acidentes de trabalho), 1925, restrita porém a um ramo de seguro, e a Convenção (n.º 97) sobre trabalhadores migrantes,1949.

Este princípio foi ampliado por instrumentos posteriores da OIT, consagrados à segurança social dos estrangeiros e dos migrantes, nomeadamente a Convenção (n.º 118) sobre igualdade de tratamento,1962, concebida sobre o modelo da Convenção (n.º 102) sobre segurança social (norma mínima),1952[54], consagra em

[53] De âmbito territorial limitado ao espaço nacional. Beveridgiano, por oposição a personalista (bismarckiano).

[54] Que fixa os princípios gerais para todo o sistema de segurança social, sobre igualdade de tratamento dos residentes não nacionais no seu artigo 68.º dispõe:

"1 - Os residentes que não sejam nacionais devem ter os mesmos direitos dos residentes nacionais. Todavia, no tocante às prestações ou às fracções de

matéria de igualdade de tratamento uma concepção global de reciprocidade (reciprocidade concertada)[55] que é apreciada não ao nível de cada ramo considerado em particular mas para o conjunto de ramos que hajam sido objecto de ratificação, ou seja, todo o Estado-membro deve outorgar a igualdade de tratamento referente à sua própria legislação, tanto para inscrição como para atribuição de direitos a prestações aos cidadãos de qualquer outro Estado-membro em todos os ramos de segurança social[56] relativamente aos quais o primeiro Estado-membro tenha aceite as obrigações do convénio em causa.

ii) *determinação da lei aplicável* – trata-se de designar a *legislação aplicável* a fim de resolver conflitos de leis que poderiam nascer da aplicação sucessiva ou simultânea de duas ordens jurídicas pelas quais o trabalhador seria normalmente coberto. Trata-se de definir imperativamente qual das legislações em confronto é competente para regular a situação – unicidade da legislação aplicável[57].

---

prestações financiadas exclusivamente ou de modo preponderante pelos fundos públicos, e no tocante aos regimes transitórios, podem ser prescritas disposições especiais a respeito dos não nacionais e a respeito dos nacionais nascidos fora do território do Estado Membro.

2 - Nos sistemas de segurança social contributiva cuja protecção se aplique aos assalariados, as pessoas protegidas que sejam nacionais de outro Membro que tenha aceitado as obrigações decorrentes da parte correspondente da Convenção devem ter, relativamente à dita parte, os mesmos direitos que os nacionais do Membro interessado. No entanto, a aplicação do presente parágrafo pode ser subordinada à existência de um acordo bilateral ou multilateral que preveja uma reciprocidade."

[55] Concepção adoptada pela Convenção Europeia de Segurança Social.

[56] A Convenção n.º 118 abrange os nove ramos enunciados na Convenção n.º 102.

[57] A determinação da lei aplicável pelo Estado competente é imperativamente imposta; não podendo ser objecto de escolha ou opção por parte do destinatário da decisão.

O *princípio da unicidade da legislação aplicável* visa garantir os trabalhadores migrantes à sujeição de uma legislação determinada previamente com o objectivo de evitar conflitos de leis, quer positivos - aplicação concomitante de duas ou várias legislações com cúmulo injustificado de obrigações -, quer negativos - falta de legislação aplicável -, de forma a assegurar a protecção completa de uma legislação de segurança social, na medida em que a dissociação por ramos de protecção, além de contrária à concepção unitária dos sistemas, gera complicações administrativas mais importantes que as vantagens.

Na União Europeia a regra geral para os assalariados (mesmo fronteiriços ou sazonais) é a legislação nacional do lugar onde o trabalho é exercido (*lex loci laboris*). Para os trabalhadores destacados com carácter temporário, trabalhadores itinerantes e trabalhadores dos transportes internacionais a legislação aplicável é a do país de origem – situação de extraterritorialidade.

iii) *conservação dos direitos adquiridos* – visa anular as condições eventuais de territorialidade a fim de garantir aos interessados - imigrantes ou familiares - uma vez que, em regra, estão em condições de beneficiar normalmente das eventualidades de carácter imediato atribuídas no país de imigração, o benefício das prestações diferidas (invalidez, velhice ou sobrevivência), às quais adquiriram direito no decurso da sua vida activa, mesmo que tenham deixado de residir no país onde exerceram a sua actividade.

A Convenção (n.º 48) sobre a conservação dos direitos à pensão dos migrantes,1935 da OIT consagrou este princípio, embora

restrito a pensões, tendo sido transplantado para a Convenção (n.º 118) sobre igualdade de tratamento.

iv) *conservação dos direitos em curso de aquisição* – a totalização e a prorratização - prestações diferidas (pensões)

Com o princípio da conservação dos direitos em curso de aquisição pretende-se reconstituir a unidade da carreira de segurança social dos migrantes apesar das suas inscrições sucessivas ao abrigo de diversas legislações. Com esta finalidade, este princípio dispõe que se tomem em conta todos os períodos de qualificação (períodos de seguro, de actividade profissional, de residência) para o reconhecimento dos direitos e o cálculo das prestações, de maneira a se garantir aos interessados benefícios análogos aos que poderiam aspirar se os migrantes tivessem realizado toda a sua carreira num só país.

Este princípio foi consagrado pela primeira vez na Convenção n.º 48 da OIT[58] (contém um esboço de um regulamento internacional de acumulações) e ampliado pela Convenção n.º 118 da OIT ao conjunto de riscos de segurança social.

A realização deste princípio é conseguida pelos mecanismos da *totalização* dos períodos de seguro[59] e pela repartição dos encargos das prestações proporcionalmente à duração dos períodos cumpridos em cada uma das instituições em questão, a chamada prorratização[60].

[58] Conforme já se referiu foi revista pela Convenção n.º 157, que permite aos Estados-membros satisfazer as obrigações resultantes da Convenção por meio de instrumentos bilaterais.

[59] No âmbito do Direito da União Europeia: artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004.

[60] Da expressão latina *pro rata temporis*. No âmbito do Direito da União Europeia, nos termos do artigo 52.º do mesmo Regulamento 883/2004.

Estes mecanismos são regras gerais dos tratados bi e multilaterais e dos regulamentos europeus de segurança social.

Alguns autores tendem a considerar a interdição de cúmulo de prestações como princípio autónomo pela relevância adquirida na jurisprudência da União Europeia a propósito da sobreposição de períodos contributivos porque o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu pelo primado da aplicação dos direitos nacionais se a aplicação dos regulamentos for mais desvantajosa para os beneficiários – Acórdão Petroni[61].

v) *portabilidade e exportabilidade das prestações – serviço de prestações fora do Estado competente*

O princípio da exportabilidade de prestações consiste em afastar as condições de territorialidade se os trabalhadores ou os membros da sua família se encontram ocasionalmente ou residam normalmente fora do país cuja legislação é aplicável (prestações de doença a trabalhadores fronteiriços, por exemplo).

Obviamente as prestações não contributivas com condição de residência bem como as prestações de desemprego sujeitas a regras próprias, não participam deste princípio.

Neste caso o *controlo administrativo* é assegurado, em regra, pela instituição do lugar de estada ou de residência.

vi) *colaboração técnica e administrativa*[62]

[61] Processo C-24/75.

[62] No sentido de evitar a "hidra tecnocrática", referida por PRÉTOT, Xavier, *op. cit*.

É exemplar a resistência oferecida pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros – Departamento competente em matéria de relações internacionais - em entender que, dada a especificidade das matérias em causa, não estava ao seu alcance técnico nem a negociação, nem a elaboração, nem o acompanhamento da aplicação (nem sequer a tradução) em matéria de coordenação de sistemas de segurança social, nomeadamente das convenções de segurança social ou dos

Com o *princípio da colaboração administrativa* visa-se a cooperação orgânica entre as autoridades ou instituições nacionais para o bom funcionamento do sistema de coordenação. Este princípio está previsto nas Convenções n.º 19, 48 e 118 da OIT.

vii) *reciprocidade* – cada Estado parte deve aplicar os mesmos mecanismos relativamente aos trabalhadores migrantes. É um princípio de base de negociação de coordenação pois só um elevado grau de comparação nas obrigações dos intervenientes permite o funcionamento da coordenação.

4.2. Quanto aos *regimes complementares ou profissionais* (voluntários), embora sujeitos apenas a regras de mercado (sem regras)[63], dados porém os objectivos de ordem pública – expectativa dos interesses dos trabalhadores que prosseguem - tem havido a preocupação de consagrar um quadro legal imperativamente correspondente para salvaguarda de princípios, tais como[64]:

- a *solvência* – preservação ou manutenção dos direitos em formação através da avaliação actuarial e aplicação de regras prudenciais;

---

regulamentos europeus de segurança social. A intervenção do Ministério dos Negócios Estrangeiros limita-se, actualmente, à presença de adidos técnicos, como pessoal especializado recrutado pelo Instituto da Segurança Social, na Alemanha, em França, no Luxemburgo, no Reino Unido e na Suíça (Despacho n.º 7712-B/2019, de 28 de Agosto – DR, 2ª, 30/03/2019).

[63] Lembremos que em matéria de poupança ou se seguro privado "a protecção complementar está submetida às prescrições relativas à livre circulação de capitais" – PRÉTOT, Xavier, *Le Droit Social Européen*, PUF, 1990, p. 87 – portanto fora do âmbito desta nota.

[64] Nesta matéria, HORLICK, Max et al., *L´Intégration des Régimes Publics et Privés de Pensions*, AISS, Genebra, 1987

- a *portabilidade* – conservação dos direitos adquiridos garantindo a coordenação e a transferibilidade de direitos;

- o *estímulo fiscal* – facilitador da adesão como componente da poupança privada e impeditivo de indesejadas imposições fiscais ao retorno destas mesmas poupanças.

5. As técnicas jurídicas

Estimulados pelos instrumentos elaborados e aprovados no âmbito das organizações internacionais, os Estados passam a consagrar instrumentos jurídicos na ordem jurídica interna ou colaboram na elaboração de instrumentos supranacionais (caso dos então regulamentos europeus de segurança social) e celebram acordos ou convenções de segurança social bi ou multilateralmente com aptidão para acautelar os interesses sociais dos seus trabalhadores.

A aproximação de legislações tornada então necessária para atingir tais metas sujeita os direitos nacionais a modificações substanciais, no sentido de lhes garantir amplitude de aplicação a todas as situações decorrentes da circulação de trabalhadores.

Aproximar é combinar ou associar em virtude de analogias ou relações. Fazemos aproximação quando combinamos ideias, factos ou instituições unidos por determinados laços para deles tirar uma regra ou um princípio geral.

Ora, os sistemas de segurança social, quando se não ignoram, relacionam-se em grau de intensidade muito diversa, que vai desde a mera cooperação à unificação, passando pela coordenação, a

concertação e a harmonização, em regra proporcionalmente ao sentido da convergência de políticas e objectivos.

A *aproximação de legislações*[65], neste contexto, aparece-nos como uma noção geral que utiliza várias técnicas: a *coordenação,* a *harmonização* e a *unificação,* sendo estes dois últimos conceitos frequentemente englobados na expressão *uniformização*. Precisando melhor cada um[66]:

i) *coordenação* – os Estados ajustam os efeitos das normas sem modificar directamente o seu conteúdo, criando regras de articulação entre os vários regimes – regra uniforme de conflitos.

O objectivo principal da coordenação é o de, por um lado, eliminar todos os obstáculos à aplicação destas legislações e, por outro, modificar os seus efeitos de maneira a garantir aos trabalhadores migrantes uma protecção completa e contínua na base de uma igualdade efectiva.

A coordenação visa um equilíbrio de relações que se institui entre normas ou sistemas jurídicos que podem permanecer completamente diferentes.

Coordenar normas diferentes significa querer eliminar os contrastes, sejam substanciais, sejam lógicos que existem entre elas, o que pode comportar a própria mudança do seu conteúdo ou, noutra perspectiva, coordenar consiste em reunir as partes de um todo segundo um plano lógico para um fim determinado ou seja, em matéria jurídica, regular as relações entre sistemas jurídicos ou

[65] Prevista nos artigos 114.º a 117.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

[66] Para um estudo completo desta matéria: RIPAINSEL-LANDY, D. de et al., *Les Instruments du Raprochement des Legislations dans da Communauté Economique Europèenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelas, 1978.

instituições diferentes na medida necessária à ordem que se quer estabelecer nestas relações, podendo realizar-se sem mudança substancial do conteúdo das normas, dos sistema ou das instituições.

Como sabemos, esta figura é própria de dois institutos jurídicos:

- as regras de conflitos de leis (Direito Internacional Privado), que coordenam as relações entre direitos internos sem no entanto os modificar; e

- as regras de conflitos de jurisdições, ou porque adoptam o sistema de assimilação relativamente à competência, ou porque consagram o princípio da reciprocidade ou fixam as condições de reconhecimento dos actos estrangeiros, são regras de coordenação que não determinam necessariamente a modificação da substância dos direitos internos.

Note-se desde já que, sendo o regulamento uma fonte directa de unificação de legislações pelas virtualidades que o caracterizam, aparece-nos com uma mera função de coordenação quando aprovado nos termos do artigo 48.º (ex-42.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (ex-Tratado CE)[67], na medida em que o Tratado não confere às instituições o poder de unificar os regimes de segurança social - artigo153.º (ex-137.º)[68].

Na verdade, os regulamentos europeus de segurança social - Regulamentos n.º 883/2004 e n.º 987/2009 do Parlamento Europeu

[67] Regulamentos (CE) n.º 883/2004, de 26 de Abril, e n.º 987/2009, de 16 de Setembro, que são Direito da União Europeia, não direito harmonizado.

[68] Excluímos aqui a hipótese de recurso, por parte das instituições, aos artigos 115.º (ex-94.°) e 352.º (ex-308.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) os quais permitem um alargamento das suas atribuições.

e do Conselho, respectivamente de 26 de Abril de 2004 e 16 de Setembro de 2009 - relativos à aplicação dos regimes de segurança social são bem exemplo destas limitações, na medida em que apenas regulam o efeito extraterritorial das legislações e resolvem os conflitos de leis, definindo as modalidades de aplicação de regras diferentes a situações respeitantes a distintos regimes de segurança social.

ii) *harmonização jurídica*[69] – as normas sofrem modificações de conteúdo para garantir o equilíbrio de relações pretendido;

A harmonização constitui um sistema mais evoluído que a mera coordenação pois que, harmonizando duas normas, procura-se eliminar tudo o que se opõe a que as normas produzam efeitos similares na sua aplicação, podendo tocar a substância das normas, em princípio deixa subsistir as diversidades de origem ou a estrutura das regras.

Pode comportar, assim, uma modificação do conteúdo das normas na medida estritamente necessária aos resultados que se pretendem prosseguir. Tratando-se, assim, de estabelecer certas analogias, certas similitudes entre os diferentes sistemas normativos que são, num ângulo determinado, encarados como um todo.

---

[69] Dada a disparidade de desenvolvimento económico entre Estados a harmonização material, por exemplo a financeira, não foi considerada viável.

Nesta matéria:

VELDKAMP, G M J, *L'Harmonisation de la Sécurité Sociale dans la CEE*, Droit Social, 1968, pp.274 ss

PÉRRIN, Guy, *Les Aspects de l'Organization Internationale du Travail en Faveur da la Coordenation et de L'harmonisation des Législations de Sécurité Sociale,* Revue Belge de Sécurité Sociale, Bruxelas, n.º 10, 1969, pp 1115-1179;

CAMPOS, João Mota de, *Direito Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pp. 505 ss.

Prossegue-se harmonização propondo que os direitos internos se inspirem em leis modelos[70] ou princípios comuns, por vezes tirados do direito comparado.

A harmonização implica certas mudanças nas normas ou sistemas para criar entre elas as similitudes necessárias ao equilíbrio de relações que se pretende garantir. Quanto ao objecto, a harmonização visa a aproximação das disposições que permanecem nacionais.

iii) *unificação* – os Estados acordam em normas comuns – criando direito único – técnica de integração;

A unificação[71] como estádio último e ideal de aproximação comporta uma identidade de normas tornadas comuns aos diversos sistemas jurídicos, encarados com o objectivo de racionalização do direito com vista a facilitar as relações internacionais entre ordens jurídicas autónomas.

O fenómeno de unificação é bem próprio do Direito da União Europeia. Por isso, a doutrina distingue as fontes do Direito da União Europeia em:

• fontes internacionais[72]:

- Tratados da União Europeia (Tratado da União Europeia e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) - na medida em que comportam regras jurídicas positivas de aplicação imediata, directa, *self executing;*

[70] A lei modelo contém o direito uniforme que os Estados são convidados a introduzir voluntariamente na sua legislação nacional.

[71] Igualização, para alguns autores.

[72] Norma internacional é a formada pelo concurso directo da vontade dos Estados. Norma supranacional é a que se impõe a vários Estados sem ser elaborada pelo concurso directo das suas vontades, mesmo que o órgão que a impõe seja constituído por tal concurso.

- Convenções internacionais - aqui, a unificação pode ser entravada pela prática das reservas.

• fontes supranacionais:

- Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia - na medida em que completa e estende a unificação do direito destes Estados quando interpreta as disposições normativas que constituem elas próprias direito uniforme em si, criando, por vezes, o seu próprio direito material e de conflitos[73];

- Regulamentos - criam direito uniforme obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicáveis nos Estados-membros; não resultando do acordo entre Estados soberanos, não constitui, por isso, um instrumento internacional *stricto sensu*[74];

O regulamento é um instrumento privilegiado de direito único, pois pressupõe a transferência de poderes para a União Europeia.

Como já vimos atrás, os regulamentos de segurança social escapam funcionalmente à unificação: constituem meros instrumentos de coordenação dos direitos dos Estados-membros.

- Directivas - na medida em que a sua "regulamentarização" tem reduzido o papel dos Estados-membros a uma intervenção

[73] Alínea b) do n.º 3 do artigo 19.º do Tratado da União Europeia e artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[74] Não é irrelevante que o direito uniforme tenha origem em direito internacional convencional ou no Direito da União Europeia, na medida em que, sendo o primado do direito internacional convencional sobre o direito interno consagrado nas normas fundamentais dos Estados-membros da União Europeia, o primado do direito supranacional sobre o direito convencional internacional e não unicamente sobre o direito interno resulta da natureza do Direito da União Europeia que comporta um abandono de soberania, uma repartição *ratione materiae* de atribuições de competências legislativas (Acórdão Costa/ENEL, de 15 de Julho de 1964, proc. C-6/64). Há, assim, uma dupla hierarquia: Direito da União Europeia / direito internacional / direito interno.

meramente formal, comportando elas mesmo elementos substanciais de unificação de certas normas da União Europeia[75].

6. Os instrumentos jurídicos – o direito social internacional

A diversidade de instrumentos jurídicos internacionais de segurança social utilizados com o objectivo de garantir elevados níveis de protecção social, designadamente aos trabalhadores migrantes, permite-nos agrupá-los quanto à função em:

a) declarações políticas puramente proclamatórias sem valor jurídico mas geradores de impulsos no sentido da aceitação dos seus conteúdos doutrinais – e.g.: Carta do Atlântico (1944), Declaração de Santiago do Chile (1942), Declaração de Filadélfia (1944)…

b) instrumentos declarativos

O instrumento declarativo deve entender-se como uma declaração de princípio, constituída por uma enumeração mais ou menos generosa de ideais a atingir, reconhecendo direitos sem no entanto precisar o seu conteúdo. Tem como única ambição a melhoria das legislações nacionais e tende essencialmente a elevar os níveis de protecção social. Em regra, tem um valor mais moral que jurídico, caso da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (apenas no âmbito que nos ocupa) e da própria *Carta das Nações*

[75] Como se sabe, as directivas só obrigam quanto ao resultado, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de atingir tal resultado.

Unidas, Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989)[76], Pilar Europeu dos Direitos Sociais[77]-[78] (2017);

c) instrumentos normativos

Os instrumentos normativos, os chamados *tratados de unificação*, visam promover o desenvolvimento das legislações nacionais de segurança social. Os Estados que os ratificam obrigam-se a instaurar um sistema de segurança social que assegure aos indivíduos uma protecção conforme a norma posta por estes instrumentos. Implicam uma reciprocidade de compromissos entre Estados e facilitam a coordenação dos sistemas nacionais.

Contrapõem-se funcionalmente aos *instrumentos de coordenação*.

Outros tendem apenas ao estabelecimento de estatutos internacionais – caso, no âmbito Organização das Nações Unidas (ONU), dos estatutos dos refugiados (Convenção de 28 de Julho de 1951 e Protocolo de Nova lorque, de 31 de Janeiro de 1967) e dos apátridas (Convenção de Nova lorque, de 28 de Setembro de 1954).

[76] Aprovada por 11 dos 12 Estados-membros da então CEE (sem aprovação do Reino Unido).

[77] Em parecer de iniciativa o Conselho Económico e Social Europeu distingue 4 pilares da arquitectura da União Europeia (JO C 332, de 8/10/2015):

1.º - pilar monetário e financeiro;

2.º - pilar macroeconómico e microeconómico;

3.º - pilar social;

4.º - pilar político.

[78] Proclamação interinstitucional do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão Europeia na Cimeira Social para o Emprego Justo e o Crescimento realizada em 17 de Novembro de 2017 em Gotemburgo (JO C 428, de 13/12/2017).

Também reconhecida como a Declaração de Gotemburgo, de 17 de Novembro de 2017.

Trata-se de instrumentos concluídos no quadro de uma organização internacional não criadores de direitos subjectivos mas de normas a integrar nas legislações dos Estados[79] que aderem a estes instrumentos ou que os ratificam (quando for o caso), visando promover o desenvolvimento das legislações nacionais de segurança social.

Trata-se, em regra, de convenções internacionais (Direito Internacional Público) elaboradas e aprovadas no âmbito de organizações internacionais para promoção das legislações nacionais conforme normas postas por estes instrumentos, vinculando os Estados aderentes. Mais significativos:

i) Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948, designadamente os artigos 22.º, 23.º e 25.º - Organização das Nações Unidas (ONU);

ii) Convenção (n.º 102) sobre segurança social (norma mínima) da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[80] (1952);

iii) No âmbito do Conselho da Europa com função de harmonização:

- Convenção Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (24 de Novembro de 1977);

- Código Europeu de Segurança Social Revisto (6 de Novembro de 1990);

- Carta Social Europeia Revista (3 de Maio de 1996);

[79] Técnica das directivas.

d) instrumentos de coordenação - técnica internacional privatista: consagração de normas remissivas que apontam o direito material aplicável. A saber:

i) convenções bilaterais[81] ou multilaterais[82];

ii) modelo da União Europeia – Regulamentos Europeus de Segurança Social[83] (3ª geração[84])

---

[80] Ou ILO – International Labour Organization.

[81] Ver em anexo listagem das convenções bilaterais celebradas por Portugal.

[82] Cuja celebração a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomenda e estimula inserindo mesmo um modelo de acordo em anexo à Recomendação n.º 167.

[83] Aliás, antecedidos pela aprovação da Convenção Europeia de Segurança Social dos Migrantes, assinada em Roma em 9 de Dezembro de 1957, pelos governos dos Estados-membros da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), nos termos do n.º 4 do artigo 69º do Tratado CECA.

Como sabemos, as disposições dos regulamentos são todas de aplicação imediata no interior de todos os Estados-membros primando sobre o direito de origem nacional.

Sobre o distinto alcance das convenções de segurança social e dos regulamentos – Acórdão Unger, de 19/03/64 (C-75/63) e TANTAROUDAS, Charilaos, *La Protection Juridique des Travailleurs Migrants de la CEE en Matière de Sécurité Social,* Economica, Paris, 1976, p. 7, nota 1.

[84] 1.ª geração:

- Regulamento n.º 3 do Conselho, de 25 de Setembro de 1958, relativo à segurança social dos trabalhadores migrantes (JO n.º 58, de 16/12/58, p. 561); e
- Regulamento n.º 4 do Conselho, de 3 de Dezembro de 1958, fixando as modalidades de aplicação e completando as disposições do Regulamento n.º 3 relativo à segurança social dos trabalhadores migrantes (JO n.º 58, de 16/12/58, p. 597);

2.ª geração:

- Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da comunidade (JO L 149 de 5.7.1971); e
- Regulamento (CEE) n.º 574/72 do Conselho de 21 de Março de 1972, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da comunidade (JO L 74, de 27.3.1972);

3.ª geração:

- Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, de 30/04/2004);

7. Os mecanismos de controlo

7.1. A nível União Europeia

a) Controlo jurisdicional – acórdãos do Tribunal de Justiça - A jurisprudência da União Europeia[85]

De importância decisiva na elaboração do Direito Social Europeu tornado largamente judiciário, sendo sobretudo através do mecanismo do recurso prejudicial de interpretação[86] que tal contributo é garantido.

Na verdade, relativamente aos *Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia*[87], sublinha-se a inquestionável importância da jurisprudência europeia na aproximação de legislações como resultado do mecanismo do *reenvio prejudicial* ou *pedido de decisão prejudicial* de interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos de direito derivado[88].

- Regulamento (CE) n.º 987/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 1 de Setembro de 2009, que estabelece modalidades de aplicação do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 e Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 284, de 30/10/2009).

Todos estes regulamentos foram objecto de muitas e profundas alterações ao longo dos seus períodos vigência.

Os regulamentos (CE) n.ºs 883/2004 e 987/2009 consolidados são objecto de uma das compilações em *Ebook* a disponibilizar brevemente pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa.

[85] Institutos ou Direito de raiz pretoriana. A análise cuidada da Jurisprudência do Tribunal de Justiça pela sua extensão e profundidade exige um tratamento autónomo que não cabe nesta nota.

[86] Alínea b) do n.º 3 do artigo 19.º do Tratado da União Europeia e artigo n.º 267.º (ex-234.º) Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

[87] Os acórdãos do Tribunal Geral cuja competência é conhecer das acções intentadas por pessoas singulares e colectivas contra decisões das instituições da União Europeia não são relevantes no contexto do recurso prejudicial.

Nesta matéria, SCHERMERS, Henry G. / WAELBROECK, Denis F., *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, Kluwer Law International, 2000.

[88] Trata-se, como se sabe, de uma via não contenciosa. A importância das

Não cabendo aqui descrever o funcionamento do mecanismo do reenvio prejudicial[89], importará sublinhar o seguinte:

- não é usual que a concepção e a aplicação da técnica de coordenação sejam submetidas à apreciação de uma jurisdição internacional (não nos esqueçamos que o recurso para o Tribunal Internacional de Justiça, no âmbito OIT, não foi aplicado no domínio da segurança social);

- o objectivo é coordenar a jurisprudência dos tribunais nacionais dos Estados-membros: as partes não podem recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia com fundamento no artigo 267.º (ex-234.º) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, só as jurisdições nacionais;

- o Tribunal de Justiça da União Europeia não decide sobre o litígio: não aplica o direito, dá uma resposta abstracta a uma questão abstracta -, é à jurisdição nacional que compete o julgamento da questão. Porém, o Tribunal de Justiça não está impedido de fornecer à jurisdição nacional os elementos de apreciação próprios do Direito da União Europeia que poderão ser-lhe úteis na apreciação dos efeitos das disposições do direito nacional[90]. A sua decisão tem autoridade de coisa interpretada - *res interpretata pro veritate habetur*[91]-[92]*;* o tribunal nacional está

outras vias de acesso ao Tribunal (questão prejudicial de apreciação de validade - não contenciosa -, a acção por incumprimento, o recurso de anulação, a acção por omissão e a acção de indemnização) é diminuta.

[89] Para tal ver, nomeadamente, a Recomendação do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa à apresentação de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais (JO C 257, de 20/07/2018).

[90] Acórdão Inzirillo, de 16/12/76 (C-63/76).

[91] Não *res judicata*, isto é, não autoridade de coisa julgada pois trata-se de um procedimento entre juízes, sem partes, desprovido de carácter contencioso. No procedimento de reenvio prejudicial de interpretação o tribunal está

ligado à doutrina assente pelo Tribunal de Justiça e tem de segui-la na sua própria decisão ou recorrer precisamente para ver se este tribunal confirma ou rectifica essa doutrina[93].

- há, em direito europeu, uma dupla jurisdição com nítida separação de funções: à jurisdição nacional cabe a aplicação ao caso concreto (não nos esqueçamos que os regulamentos, fazendo parte substancialmente do direito interno dos Estados, podem as jurisdições nacionais ser chamadas a aplicá-los) e a da União Europeia - o Tribunal de Justiça só é competente para interpretar um acto de uma instituição da União Europeia e não para interpretar uma lei nacional ou sequer conhecer os factos da causa nem censurar os motivos do pedido de interpretação[94];

- os acórdãos do Tribunal de Justiça não integram a função legislativa, não criam Direito da União Europeia, só interpretam o já existente, em nome da unidade de interpretação que lhe é própria[95]. Trata-se de assegurar uma fonte centralizada de interpretação vinculante e unitária tanto do Tratado como do direito derivado[96].

---

investido do poder de conferir ao direito interpretado a sua significação autêntica (BOULOIS, Jean, *La Fonction Normative de la Jurisprudence*, Droit Social, 7/8, 1989).

[92] O n.º 1 do artigo 91.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (Jornal Oficial da União Europeia L 265, de 29.9.2012) dispondo sobre força obrigatória dos acórdãos e despachos, dispõe "O acórdão tem força obrigatória desde o dia da sua prolação".

[93] VANDERSANDEN, G e BARAV, A, *Contentieux Communautaire*, Bruxelas, Bruylant, 1977, p. 313.

[94] Acórdão Van Gend, de 05/02/63 (C-26/62).

SCHERMERS, Henry G, *Judicial Protection in the European Communities,* Springer, 1983, pp.190 ss.

[95] Alínea b) do n.º 3 do artigo 19.º do Tratado da União Europeia (ex-artigo 177.º).

[96] Na expressão de RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel *op. cit*.

Quanto à relevância da doutrina decorrente da jurisprudência em matéria de coordenação dos regimes de segurança social firmada no âmbito do reenvio prejudicial de interpretação do direito da União[97], e tendo como critério de interpretação e de juízo de validade do direito derivado os princípios do regime de coordenação emanados dos Tratados, sublinha-se o seguinte:

- busca de definições claras e precisas que levem a formar conceitos ou noções fundamentais dos regulamentos, tais como:

. noção de trabalhador[98] - tendo preparado a extensão do sistema da União Europeia de coordenação a todos os trabalhadores independentes;

. noção de legislação[99] - quanto à sua extensão e compreensão como o alargamento da noção de segurança social, caracterizada por ser um direito legalmente protegido, por oposição à noção de assistência[100], à qual corresponde uma apreciação individual do estado de necessidade;

. noção de território, por extensão do conceito[101];

---

[97] V. BERNARD, M., *Juris-Classeur de la Sécurité Sociale,* Éditions Techniques, vol III, 1972.

Para estudo dos principais acórdãos nesta matéria:

- PÉRRIN, Guy*, L'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la Coordenation Internationale des Législations de Sécurité Sociale,* Revue Belge de *Sécurité Sociale,* Bruxelles, n.° 1, janvier 1979, pp. 1-27;

- LYON-CAEN, Antoine*, Droit Social International et Européen*, Paris, Dalloz, 2020.

Frequentemente as questões resultam da resistência às regras por parte dos Estados-membros importadores de mão-de-obra quando chamados a pagar a despesa (as prestações devidas).

[98] Acórdão Unger, de 19/03/64 (C-75/63).

[99] Acórdão Van der Veen, de 15/7/64 (C-100/63) e Dingermans, de 2/12/64 (C-24/64).

[100] Nesta matéria ver SEDIVY*, A propôs de la Distinction entre Prestation de Securité Sociale et Prestation d'Assistence*, Droit Social, 1980, p. 564.

[101] Acórdão Unger, de 19/03/64 (C-75/63).

. noção de residência[102];

- intenção de conseguir melhorar as condições da livre circulação dos trabalhadores na União Europeia através, nomeadamente, de:

. precisão do princípio da unicidade de legislação aplicável que resulta da determinação da legislação aplicável, visando evitar os conflitos positivos ou negativos de leis;[103]

. aclaramento de certos aspectos técnicos da coordenação internacional das legislações de segurança social em matéria de totalização ou assimilação dos períodos de qualificação (eg: assimilação dos períodos de desemprego a períodos de trabalho)[104];

. delimitação da noção de prestação em espécie, inserindo prestações sob a forma de reembolso[105];

. extensão dos benefícios que decorrem de uma convenção bilateral celebrada por um Estado-membro com Estado terceiro a todos os outros Estados-membros – acórdão Gottardo, de 15/01/2002[106].

Trata-se de uma jurisprudência funcionalmente social e liberal. "Social na medida em que se inclina a escolher a interpretação mais favorável aos trabalhadores migrantes sem se preocupar com os princípios tradicionais da reciprocidade entre os Estados e de igualdade entre migrante e não migrante; liberal porque se recusa

[102] Acórdão Di Paolo, de 17/02/77 (C-76/76).

[103] Entre outros o Acórdão Nonnenmacher, de 9/06/64 (C-92/63)
Nesta matéria: artigos 11.º e ss. do Regulamento (CE) n.º 883/2004.

[104] Acórdão Murru, de 06/06/72 (C-2/72).

[105] Acórdãos Dekker, de 01/12/65 (C- 33/65) e Vaassen-Göebbels, de 30/06/66 (C-61/65).

[106] Processo C-55/00. Matéria, aliás, objecto da então Recomendação n.º 22, de 18 de Janeiro de 2003, agora Recomendação n.º H1, de 19 de Junho de 2013 (JO C, 279, de 27 de Setembro de 2013).

a deixar-se viciar pela letra dos regulamentos e força a sua própria lógica até preferir o espírito que ela lhe empresta."[107].

Para além de uma interpretação declarativa lata dos regulamentos, o uso de uma interpretação correctiva (*contra legem sed secundum ius*) – a função normativa da jurisprudência[108] -, ou seja, o rompimento com certas fórmulas de coordenação admitidas nos regulamentos sem, no entanto, pôr em causa os princípios e os métodos tradicionais dos instrumentos multilaterais[109], reforçando qualitativamente a união entre os Estados-membros e incluindo novas matérias no processo de integração no âmbito da União Europeia, exercendo uma função mais integradora do que os próprios órgãos dinâmicos (Conselho e Comissão Europeia)[110] a que alguns autores não hesitam chamar "Governo dos Juízes"[111];

---

[107] Guy Pérrin, op. *cit*.

Pois "o regulamento tem como fundamento, enquadramento e limite os artigos 48.º a 51.º do Tratado de Roma destinado a assegurar a livre circulação dos trabalhadores" (actuais artigos 45.º a 48.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) - Acórdão Hagenbeek, de 13/07/66 (C-4/66).

[108] Na expressão de BOULOIS, Jean, *La Fonction Normative de la Jurisprudence*, Droit Social, n.º 7/8, 1989.

[109] Conceitos, para *Guy Pérrin*:

. *princípios* - são as garantias fundamentais que são inerentes à coordenação das legislações de segurança social (igualdade de tratamento, manutenção dos direitos em curso de aquisição e manutenção de direitos adquiridos);

. *métodos* - visam aplicar os princípios como, por exemplo, o serviço de prestações no estrangeiro para manutenção dos direitos adquiridos e totalização dos períodos de qualificação para manutenção dos direitos em curso de aquisição;

. *fórmulas* - determinam o cálculo e montante das prestações nas diferentes situações e eventualidades às quais se aplica a coordenação internacional.

[110] Por oposição a órgãos de controlo: Parlamento Europeu e Tribunal de Justiça da União Europeia.

[111] Como COLIN, J.P., *Le Gouvernement des Juges dans les Communautés Européennes*, LGDJ, Paris, 1966.

Ou "*Europa dos juízes*" como LACOURT, R., *L'Europe des Juges,* Bruxelas, Bruyland, 1976.

Assim, no exercício desta orientação correctiva o Tribunal de Justiça recusou mesmo a validade de normas dos regulamentos de segurança social, nomeadamente do Regulamento (CE) 1408/71, (então aplicável), a saber:

i) n.º 3 do artigo 46.° com o fundamento que tinha como efeito reduzir os direitos adquiridos em virtude de uma legislação nacional, consagrando o primado do direito nacional em matéria de cumulação de pensões e acolhendo a dupla liquidação de prestações[112];

ii) do artigo 73.º parágrafo 2 por conter discriminação ilícita[113].

Esta orientação progressiva para uma espécie de direito de segurança social à escala europeia que pouco a pouco se constrói, "garante coerência e plasticidade a uma boa parte do material normativo da União"[114].

Trata-se de uma contribuição eficaz não só para o aperfeiçoamento da coordenação dos sistemas de segurança social em favor dos trabalhadores que se deslocam no interior da União Europeia mas também reflexamente para harmonizar os sistemas nacionais de segurança social.

Muito ao jeito do *decisionismo anglo-saxónico* (institutos ou direito de raiz pretoriana).

[112] Dentre outros: Acórdãos Petroni, de 21/10/75 (C-24/75); Strehl, de 3/02/77 (C-62/76)…

[113] Acórdão Pinna, de 15/01/1986 (C-41/84).

[114] RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1982, p. 393.

b) Controlo administrativo

i) *Comissão Administrativa para a Coordenação dos Sistemas de Segurança Social*[115] - órgão especializado com a atribuição de acompanhar e facilitar a aplicação dos regulamentos de segurança social, constituído junto da Comissão Europeia, composto por representantes governamentais de cada Estado-membro e assistido pelo BIT, tem a missão de:

- tratar de todas as questões administrativas ou de interpretação;

- tomar medidas de execução;

- promover e desenvolver a colaboração entre os Estados-membros;

- pronunciar-se previamente sobre todo o recurso interposto no Tribunal de Justiça;

- fazer propostas de revisão dos regulamentos;

- reunir informações sobre as disposições das legislações nacionais, estabelecer modelos e preparar guias.

As *decisões* interpretativas da Comissão Administrativa elaboradas e emitidas nos termos da alínea a) do artigo 72.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004[116], constituindo peças essenciais na aplicação da coordenação comunitária não vinculam as jurisdições competentes; não obrigando as instituições que aplicam os

[115] Artigos 71.º e 72.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, de 30/04/2004).

Estatutos de 16 de Junho de 2010 (JO C 213, de 06.08.2010).

[116] E do artigo 12.º dos Estatutos da Comissão Administrativa.

Procedimento que, relativamente às orientações técnicas das instituições nacionais, designamos com uma boa dose de ironia como "direito circulatório" por frequente e indevidamente atropelarem a lei (*contra e præter legem*).

Na 1ª geração de decisões (até 2006) foram emitidas mais de 200.

regulamentos a seguir certos métodos ou a adoptar certas interpretações, fornecem-lhes apenas uma ajuda técnica na aplicação do Direito da União Europeia neste domínio[117].

ii) *Comité Consultivo para a Coordenação dos Sistemas de Segurança Social*[118] - associa representantes das organizações sindicais nacionais de trabalhadores e de empregadores e dos governos dos Estados-membros no exame de questões gerais e de princípios que a aplicação dos regulamentos de segurança social coloca. Emite pareceres e propostas.

iii) *Comissão de Contas*[119] - efectua missões de ordem financeira relativamente à aplicação dos regulamentos de segurança social.

iv) *Autoridade Europeia do Trabalho*[120]

Apoia a aplicação dos regulamentos de segurança social.

Neste sentido a Comissão Administrativa celebra acordo de cooperação com esta entidade a fim de coordenar de mútuo acordo as actividades e evitar duplicação de esforços.

[117] Acórdãos Van der Vecht, de 05/12/67 (C-19/67) e Romano, de 14/05/81 (C-98/80).

[118] Artigo 75.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004.

[119] Artigo 74.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004 e Decisão da Comissão Administrativa n.º H 4 (JO C 107, de 27.04.2010).

[120] Integrada nas instituições competentes para aplicação dos regulamentos de segurança social pelo aditamento do artigo 74.º-A ao Regulamento (CE) 883/2004 - Regulamento (UE) 2019/1149 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019.

7.2. Controlo interno

a) controlo jurisdicional

Na medida em que o Direito da União Europeia é Direito interno aplicável, está sujeito ao controlo jurisdicional dos tribunais nacionais de cada Estado, sem prejuízo do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

b) controlo administrativo

As entidades aplicadoras do Direito da União Europeia nomeadamente em matéria de coordenação de legislação de segurança social são as instituições competentes nacionais, sujeitas naturalmente aos preceitos vigentes da ordem interna de cada Estado-membro.

Anexo – Principais instrumentos internacionais de segurança social, quanto à função[121]

a. Instrumentos declarativos

i) Organização das Nações Unidas (ONU)

- Carta das Nações Unidas (1945) (art.º 55.º) - DR, I, de 22/5/91;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) (arts 22.º e 25.º) - DR, I, de 7/3/78;

[121] Os diplomas nacionais indicados são os de aprovação para ratificação.

- Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) (arts 9.º e 10.º) - Lei n.º 45/78, de 11 de Julho;
- Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) (arts 11.º a 13.º) - Lei n.º 23/80, de 26 de Julho.

ii) Organização Internacional do Trabalho (OIT)

- Recomendação n.º 202 sobre a norma mínima da segurança social, aprovada na 101ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra, 14 de Junho de 2012[122].

iii) Conselho da Europa

- Convenção Europeia para Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950)[123].

iv) União Europeia (UE)

- Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989)[124];
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, 7 de Dezembro de 2000 (até à integração formal no quadro normativo da União Europeia)[125].

[122] Na sequência do 4.º Fórum de Alto Nível sobre a Eficácia da Ajuda, *Busan*, de 29 de Novembro a 1 de Dezembro de 2011.

[123] Objecto de adesão da União Europeia – n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia.

[124] Aliás referida no artigo 151.º da Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

[125] Agora formalmente integrada no quadro normativo da União Europeia, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia.
Versão consolidada: JO C n.º 202, de 7 de Junho de 2016.

b. Instrumentos normativos (harmonização)

i) Organização das Nações Unidas

- Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros da sua Família (18 de Dezembro de 1990)[126] – aprova o estatuto do trabalhador migrante.

ii) Principais convenções adoptadas pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (após 1944)

- n.º 97 – Trabalhadores Migrantes, 1949 – Lei n.º 50/78, de 25 de Julho;
- n.º 102 – Segurança Social (norma mínima), 1952 – RAR 31/92, de 30 de Junho[127];
- n.º 103 – Protecção da maternidade, 1952 – Dec Gov 63/84, 10 de Outubro;
- n.º 118 – Igualdade de tratamento (segurança social), 1962;
- n.º 121 – Prestações por acidentes de trabalho e doenças profissionais, 1964;
- n.º 143 – Trabalhadores Migrantes, 1975 – Lei n.º 52/78, de 25 de Julho;
- n.º 157 – Sistema internacional de manutenção de direitos em matéria de Segurança Social, 1982;

Outras versões: com as alterações introduzidas em 2007 e anotada - JO C 303, de 14/12/2007;
JO C 83, de 30/03/2010;
JO C 326, de 26/10/2012.

[126] Ainda não assinada nem ratificada por Portugal.

[127] Houve uma 1ª aprovação pelo Dec 94/81, de 22 de Julho, sem ratificação.

- n.º 183 – Protecção na maternidade (revista), 2000 – RAR 108/2012, de 3 de Agosto.

iii) Convenções adoptadas pelo Conselho da Europa

- Carta Social Europeia (Turim, 18 de Outubro de 1961)[128] - Resolução Assembleia da República n.º 21/91, de 6 de Agosto, e Protocolo Adicional (5 de Maio de 1988);
- Código Europeu de Segurança Social e Protocolo Adicional (16 de Abril de 1964) - Decreto do Governo n.º 35/83, de 13 de Maio;
- Convenção Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (24 de Novembro de 1977) – Decreto n.º 162/78, de 27 de Dezembro;
- Código Europeu de Segurança Social Revisto (6 de Novembro de 1990)[129];
- Carta Social Europeia Revista (3 de Maio de 1996) - Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17 de Outubro.

iv) Directivas da União Europeia (regimes legais[130])

[128] Aliás referida no artigo 151.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). V. Carta Social Europeia Revista (1996).

[129] Ainda não ratificado por Portugal.

[130] Por oposição a regimes profissionais – ver compilação *Regimes Profissionais de Segurança Social*. Coimbra, Almedina, 2018. Principais (em matéria de segurança social):

- Directiva 98/49/CE do Conselho, de 29/6/98 – Salvaguarda dos direitos a pensão complementar;
- Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001 – Manutenção dos direitos do trabalhador em caso de transferência de empresas ou estabelecimentos;
- Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006 - Princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres;

- Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978 - Terceira directiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (Não se aplica porém às prestações de sobrevivência nem às prestações familiares);
- Directiva 92/85/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992 – maternidade (norma mínima);
- Directiva 96/71/CE, de 16 de Dezembro – Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços;
- Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 – trabalho a tempo parcial;
- Directiva 98/23/CE do Conselho, de 7 de Abril 1998 – Altera a Directiva 97/81;
- Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro – Igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional;
- Directiva 2007/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2007 (art.º 3.º 11) - Altera a Directiva 92/85/CE;
- Directiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de Março de 2010 - que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental e revoga a Directiva 96/34/CE;
- Directiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 2 de Julho de 2010 – princípio da igualdade de tratamento

- Directiva 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008 – Protecção dos trabalhadores assalariados na situação de insolvência do empregador;
- Directiva 2014/50/UE do Parlamento e do Conselho, de 16 de Abril de 2014 – Melhoria na aquisição e manutenção de prestações complementares.

entre homens e mulheres que exercem actividade independente;

- Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011 (JO L 88, de 4/4/2011) – Cuidados de saúde transfronteiriços;
- Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011 (JO L 337, 20/12/2011) – Estatuto uniforme para refugiados;
- Directiva 2011/98/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011 (JO L 343, 23/12/2011) – Igualdade de tratamento para trabalhadores de países terceiros;
- Directiva de Execução 2012/52/UE da Comissão, de 20 Dezembro 2012 – Cuidados de saúde transfronteiriços;
- Directiva 2014/27/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 (art.º 2.º) - Altera a Directiva 92/85/CEE;
- Directiva 2014/54/UE do Parlamento e do Conselho, de 16 de Abril de 2014 – Livre circulação de trabalhadores (complementa o Reg 492/2011);
- Directiva 2014/67/UE do Parlamento e do Conselho, de 15 de Maio de 2014 – Destacamento de prestação de serviços (execução da Directiva 96/71/CE);
- Directiva (UE) 2018/957 do Parlamento e do Conselho, de 28 de Junho de 2018 – Altera a Directiva 96/71/CE.

v) Organização Ibero-Americana de Segurança Social

• Código Ibero-Americano de Segurança Social, de 19/09/1995, e Protocolos - Resolução da Assembleia da República n.º 37/2000, de 13 de Abril.

c. Instrumentos de coordenação

i) Conselho da Europa

• Acordos Provisórios (1953) - Decretos n.º 3/78, 9 de Janeiro e 13/78, de 26 de Janeiro;

• Convenção Europeia de Assistência Social e Médica (1953) - DL n.º 182/77, de 31 de Dezembro;

• Convenção Europeia de Segurança Social e Acordo Complementar (1972) - Dec n.º 117/82, de 19 de Outubro[131].

ii) União Europeia, EEE e Suíça[132]

• Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento e do Conselho, de 29 de Abril de 2004 – JO L 200, 02/06/2004 – regulamento base[133];

• Regulamento (CE) n.º 987/2009 do Parlamento e do Conselho, de 16 de Setembro de 2009 – JO L 284, 10/10/2009 - regulamento de aplicação[134];

[131]Trata-se de uma convenção quadro - muitas das suas disposições exigem a celebração de acordos bilaterais entre os Estados signatários. Tem protocolo de alteração – Estrasburgo, 11/5/94 (Decreto n.º 23/2000, de 14 de Setembro).

[132] Aplicáveis à Noruega, Islândia e Liechenstein nos termos da decisão do Comité Misto do EEE n.º 133/2011, de 2 de Dezembro (JO L 76, de 15.03.2012), no âmbito do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE).

Aplicáveis à Suíça nos termos da Decisão do Comité Misto n.º 1/2012, de 3 de Março (JO L 103, de 13.04.2012), no âmbito do Acordo sobre Livre Circulação de Pessoas celebrado com a Suíça.

O Regulamento (CE) n.º 118/97 do Conselho, de 2 de Dezembro de 1996, constitui a última versão actualizada até então dos Regulamentos n.ºs 1408/71 e 574/72 que em geral vigoraram até Abril de 2010.

- Regulamento (UE) n.º 1231/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010 - torna extensivas as disposições do Regulamento (CE) n.º 883/2004 e (CE) n.º 987/2009 aos nacionais de Estados terceiros ainda não abrangidos por estas disposições por razões exclusivas de nacionalidade[135].

iii) Organização Ibero-Americana de Segurança Social

- Convenção Ibero-Americana de Segurança Social, de 26 de Janeiro de 1978 – Decreto do Governo n.º 85/84, de 31 de Dezembro;
- Convenção Ibero-Americana de Cooperação no Domínio da Segurança Social, 26 de Janeiro de 1978 – Decreto do Governo n.º 86/84, de 31 de Dezembro;
- Tratado da Comunidade Ibero-Americana de Segurança Social, de 17 de Março de 1982 – Resolução da Assembleia da República n.º 8/87, de 7 de Março;
- Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social, de 10 de Novembro de 2007 (*Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai*) (invalidez, velhice e sobrevivência) – Decreto n.º 15/2010, de 27 de Outubro;
- Acordo de Aplicação da Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social, de 11 de Setembro de 2009 – Decreto n.º 20/2014, de 21 de Julho.

[133] Com alterações. Tem versão consolidada no site da União Europeia.
[134] Ver nota anterior.
[135] Com excepção da Dinamarca e Reino Unido.

iv) Acordos e convenções bilaterais celebrados por Portugal (por Estados)[136]

• Andorra

- Decreto n.º 12/90, de 2 de Maio – Convenção e Acordo Administrativo
- Aviso n.º 106-A/91, de 16 de Julho – Entrada em vigor

• Angola – Decreto n.º 32/2004, de 29 de Outubro – Convenção

• Argentina – Decreto n.º 10/2009, de 3 de Abril – Convenção

• Austrália

- Decreto n.º 11/2002, de 13 de Abril – Convenção
- Aviso n.º 1/2003, de 7 de Janeiro – Cumpridas formalidades
- Aviso n.º 228/2003, de 4 de Dezembro – Acordo Administrativo

• Brasil

- Resolução da Assembleia da República n.º 54/94, de 27 de Agosto – Acordo e Ajuste Administrativo
- Resolução da Assembleia da República n.º 6/2009, de 26 de Fevereiro – Altera o Acordo
- Aviso n.º 80/2013, de 28 de Junho – Entrada em vigor

• Cabo Verde

- Decreto n.º 2/2005, de 4 de Fevereiro – Convenção
- Decreto n.º 9/2017, de 22 de Março – Altera a Convenção
- Aviso n.º 135/2018, de 26 de Outubro – Acordo Administrativo
- Aviso n.º 142/2018, de 20 de Novembro – Entrada em vigor do Acordo

• Canadá

[136] Para a Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai nas eventualidades de invalidez, velhice e morte ver Convenção Multilateral Ibero-Americana de Segurança Social de 10/11/2007.

- Aviso de 10 de Fevereiro de 1981 – Arranjo Administrativo
- Decreto n.º 34/81, de 5 de Março – Acordo
- Aviso de 6 de Maio de 1981 – Troca de notas de ratificação
- Aviso de 22 de Setembro de 1981 – Ajuste e arranjo administrativo - Quebeque
- Portaria n.º 433/84, de 3 de Julho – Ajuste - Ontário (acidentes de trabalho e doenças profissionais)
- Decreto n.º 61/91, de 5 de Dezembro – Acordo Administrativo e Ajuste administrativo - Quebeque

• Chile

- Decreto n.º 34/99, de 1 de Setembro – Convenção
- Decreto n.º 57/99, de 16 de Dezembro – Acordo Administrativo

• Estados Unidos da América

- Decreto n.º 47/88, de 28 de Dezembro – Ajuste Administrativo
- Decreto n.º 48/88, de 28 de Dezembro – Acordo (pensões)

• Filipinas

- Decreto n.º 21/2017, de 31 de Julho – Convenção
- Aviso n.º 134/2017, de 11 de Dezembro – Entrada em vigor
- Aviso n.º 84/2018, de 13 de Julho – Acordo administrativo

• Guiné-Bissau

- Decreto n.º 35/94, de 21 Novembro – Convenção
- Decreto n.º 30/99, de 10 de Agosto – Acordo Administrativo

• Índia

- Decreto n.º 5/2017, de 31 de Janeiro – Convenção
- Aviso n.º 100/2017, de 21 de Julho – Entrada em vigor
- Aviso n.º 9/2019, de 28 de Fevereiro – Acordo Administrativo

• Marrocos

- Decreto n.º 27/99, de 23 de Julho – Convenção
- Aviso n.º 127/2010, de 16 de Julho – Acordo Administrativo

• Moçambique

- Decreto n.º 19/2011, de 6 de Dezembro – Convenção
- Aviso n.º 102/2017, de 25 de Julho – Entrada em vigor
- Aviso n.º 94/2018, de 27 de Julho – Acordo administrativo

• Moldova

- Resolução da Assembleia da República n.º 108/2010, de 24 de Setembro – Convenção
- Aviso n.º 1/2011, de 17 de Janeiro – Entrada em vigor
- Aviso n.º 241/2011, de 2 de Dezembro – Acordo Administrativo

• Reino Unido - Ilhas do Canal[137]

- Decreto n.º 16/79, de 14 Fevereiro – Convenção e tratamento médico
- Aviso de 16 de Agosto de 1979 – Entrada em vigor
- Aviso de 25 de Setembro de 1982 – Acordo administrativo
- Aviso de 23 de Outubro de 1987 – Complemento à Convenção – altera a convenção
- Aviso de 27 de Julho de 1988 – Acordo complementar – altera a convenção

• S. Tomé e Príncipe

- Decreto n.º 24/2005, de 7 de Novembro – Convenção
- Aviso n.º 451/2005, de 19 de Dezembro – Acordo Administrativo

• Tunísia

[137] Jersey, Alderney, Guernsey, Herm, Jethou e Man subtraídas à aplicação dos Regulamentos Europeus de Segurança Social.

- Resolução da Assembleia da República n.º 29/2009, de 17 de Abril – Convenção
- Aviso n.º 33/2009, de 1 de Julho – Entrada em vigor da Convenção
- Aviso n.º 96/2010, de 25 de Junho – Acordo Administrativo

• Turquia – (legislação aplicável e pensões) – No âmbito da Convenção Europeia de Segurança Social

• Ucrânia

- Decreto n.º 8/2010, de 27 de Abril – Convenção
- Aviso n.º 78/2010, de 4 de Junho – Acordo Administrativo

• Uruguai (no âmbito da Convenção Ibero-Americana de Segurança Social)

- Aviso de 1/7/87 – Acordo Administrativo
- Aviso de 11/03/88

• Venezuela – Decreto n.º 27/92, de 2 de Junho – Convenção e Acordo Administrativo

Jurisprudência da União Europeia – Acórdãos do Tribunal de Justiça (Pedidos de decisão prejudicial)[138]

1) Principais

- Acórdão Unger, de 19/03/64 (C-75/63) – A livre circulação de trabalhadores fundamento da construção europeia. Noção de trabalhador. Noção de território

[138] Apenas jurisprudência específica dos regimes públicos de segurança social; não se faz referência à jurisprudência geral nem à relativa a regimes profissionais de protecção social.

- Acórdão Van der Vecht, de 05/12/67 (C-19/67) – Natureza jurídica das decisões da Comissão Administrativa para a Coordenação dos Sistemas de Segurança Social
- Acórdão Petroni, de 21/10/1975 (C-24/75) – Invalidade do artigo 46.º n.º 3 do Regulamento n.º 1408/71 por redução de direitos adquiridos
- Acórdão Pinna, de 15/01/1986 (C-41/84) – Invalidade do artigo 73.º parágrafo 2 do Regulamento n.º 1408/71 por discriminação. Princípio da igualdade de tratamento. Prestações familiares
- Acórdão Gottardo, de 15/01/2002 (C-55/00) – Extensão do âmbito pessoal das convenções bilaterais

2) Mais recentes (por ordem cronológica)[139]

- Acórdão E.B., de 15/01/2019 (C-258/17) – Igualdade de tratamento. Discriminação baseada na orientação sexual
- Acórdão Balandin e o., de 24/01/2019 (C-477/17) – Nacionais de países terceiros. Aplicação da legislação de segurança social
- Acórdão Dreyer, de 14/03/2019 (C-372/18) – Conceito de prestações de segurança social
- Acórdão Jacob e Lennertz, de 14/03/2019 (C-174/18) - Tributação da pensão

A pesquisa dos textos dos acórdãos deve ser feita pelo número do processo no site da jurisprudência da União Europeia em http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=pt

[139] A jurisprudência dos acórdãos menos recentes está, em regra, já considerada nos textos normativos dos regulamentos em vigor.

- Acórdão Vester, de 14/03/2019 (C-134/18) – Duração da incapacidade para a invalidez
- Acórdão Villar Láiz, de 8/05/2019 (C-161/18) – Igualdade de tratamento. Discriminação indirecta
- Acórdão Dodič, de 8/05/2019 (C-194/18) – Igualdade de tratamento. Discriminação em razão do sexo
- Acórdão V, de 06/06/2019 (C-33/18) – Princípio da unicidade da legislação aplicável
- Acórdão Correia Moreira, de 13/06/2019 (C-317/18) – Conceito de trabalhador
- Acórdão Caisse pour l'avenir des enfants, de 05/09/2019 (C-801/18) – Prestações familiares – filhos residentes em países terceiros
- Acórdão Bundesagentur für Arbeit - Familienkasse Baden-Württemberg West, de 04/09/2019 (C-473/18) – Complemento diferencial de abono de família
- Acórdão Nobel Plastiques Ibérica, de 11/09/2019 (C-397/18) – Discriminação indirecta em razão da deficiência
- Acórdão Moser, de 18/09/2019 (C-32/18) – Complemento diferencial de abono de família
- Acórdão TSN, 19/11/2019 (C-609/17 e 610/17) – Direito às férias
- Acórdão Bocero Torrico, de 05/12/2019 (C-398/18 e 428/18) – Antecipação da pensão
- Acórdão Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complément de pension pour les mères), de 12/12/2019 (C-

450/18) – Discriminação – complemento de pensão para mulheres

- Acórdão Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava, de 18/12/2019 (C-447/18) – Discriminação em razão da nacionalidade
- Acórdão HK/Comissão, de 19/11/2019 (C-460/18P) – Conceito de cônjuge sobrevivo
- Acórdão Dobersberger, de 19/12/2019 (C-16/18) – Destacamento – Prestação de serviços
- Acórdão Pensionsversicherungsanstalt (Cessação da actividade depois da idade de reforma) de 22/01/2020 (C-32/19) – Direito de residência permanente
- Acórdão Bundesagentur für Arbeit, de 23/01/2020 (C-29/19) – Cálculo do subsídio de desemprego
- Acórdão Pensionsversicherungsanstalt (prestação para a reeducação), de 05/03/2020 (C-135/19) – Conceito de subsídio de doença. Estado competente para atribuição
- Acórdão Caisse d'assurance retraite e de la santé au travail d'Alsace-Moselle, de 12/03/2020 (C-769/18) – Âmbito material do Regulamento n.º 883/2004
- Acórdão Caisse pour l'avenir des enfants (Enfant du conjoint d'un travailleur frontalier), de 02/04/2020 (C-802/18) – Trabalhadores fronteiriços – prestações familiares
- Acórdão CRPNPAC, de 02/04/2020 (C-370/17 e 37/18) – Trabalhadores destacados – fraude
- Acórdão AFMB Ltd, de 16/07/2020 (C-610/18) – Relevância do empregador de facto – transportes rodoviários internacionais

- Acórdão Jobcenter Krefeld, de 6/10/2020 (C-181/19) – Âmbito do conceito de vantagens sociais

Bibliografia

BERNARD, M., *Juris-Classeur de la Sécurité Sociale,* Éditions Techniques, vol III, 1972.

CAMPOS, João Mota de, *Direito Comunitário*, III Volume, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991

CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Direito Internacional e Europeu de Segurança Social,* 2 tomos, Cosmos, Lisboa, 1997 (Tomo I pp. XXIII-LXI)

CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Segurança Social – Manual Prático*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2020 (pp. 555-586)

DELEECK, Herman, *L'avenir de la Sécutité Sociale en Europe*, Economica, Paris, 1987

FLYNN, Padraig, *Política Social Europeia - Opções para a União*, Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo,1993

HANOTIAU B-, *Les Problèmes de Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants*, Larcier, Bruxelas, 1973.

HIROSE, Kenichi; NIKAC, Milos e TAMAGNO, Eduard, *Social Security for Migrants Workers. A Right Based Approach,* International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Easyern Europe-Budapest, ILO, Genebra, 2011.

HORLICK, Max et al., *L´Intégration des Régimes Publics et Privés de Pensions*, AISS, Genebra, 1987

ILLUMINATI, F., e VITALI, *Manuale di Diritto Previdenziale Comunitario*, Roma, 1977

LOCHAR, D., *La Notion de Discrimination*, Droit Social, 1987, p. 778

LYON-CAEN, Antoine, *Droit Social International et Européen*, 9ª edição, Dalloz, Paris, 2020

MINÉ, Michel et al., *Le Droit Social International et Européen en Pratique*, Eyrolles, Paris, 2013

ORTIZ, Pablo Arellano, *Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximacion Nacional e Internacional a los mecanismos de proteccion que Otorgan Continuidad a las Prestaciones*, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 3, n.º 6, 2012, pp. 87-109

PANAYOTOPOULOS, M, *La Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants*, Centre d'Études Juridiques Européennes, Genève, 1971

PÉRRIN, Guy, *L'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la Coordenation Internationale des Législations de Sécurité Sociale,* Revue Belge de Sécurité Sociale, Bruxelles, n.° 1, janvier 1979, pp. 1-27;

PÉRRIN, Guy, *Les Aspects de l'Organization Internationale du Travail en Faveur da la Coordenation et de L'harmonisation des Législations de Sécurité Sociale,* Revue Belge de Sécurité Sociale, Bruxelas, n.º 10, 1969, pp 1115-1179

PHILIP, Christian, *Droit Social Européen*, Masson, Paris, 1985

PIETERS, Danny C H M, *Introduction into the Social Security Law of the Member States of the European Community*, Antwerp, Apeldoorn, Maklu-uitgevers, 1993

PIETERS, Danny C H M / PÉRRIN, Guy et al., *Colóquio Internacional de Segurança Social - A Europa 1992 e a Segurança Social*, Ponta Delgada, 1991

PRÉTOT, Xavier, *Le Droit Social Européen*, PUF, Paris, 1990

RIBAS, Jacques Jean / JONCZY, Marie-José / SÈCHÈ, Jean-Claude, *Traité de Droit Social Européen*, PUF, Paris, 1978

RIPAINSEL-LANDY, D. de et al., *Les Instruments du Raprochement des Legislations dans da Communauté Economique Europèenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelas, 1978

RODIÈRE, Pierre, *Droit Social de l'Union Européenne*, 2ª edição, LGDJ, Paris, 2014

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel, *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas*, Instituto de Estudios Laborales, Madrid, 1982

SCHERMERS, Henry G. / WAELBROECK, Denis F., *Judicial Protection in the European Union*, Sixth Edition, Kluwer Law International, 2000

TANTAROUDAS, Charilaos, *La Protection Juridique des Travailleurs Migrants de la CEE en Matière de Sécurité Social,* Economica, Paris, 1976

TEYSSIÉ, Bernard, *et al., Jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés Européennes,* Droit Social, n.ºs 7 e 8, Julho e Agosto de 1989, Dalloz, Paris

VANDERSANDEN, G / BARAV, A, *Contentieux Communautaire*, Bruxelas, Bruylant, 1977

VELDKAMP, G M J, *L'Harmonisation de la Sécurité Sociale dans la CEE*, Droit Social, Paris,1968, pp.274 ss

VELDKAMP, G M J et al., *Social Security under Different Social and Economic Conditions*, Arco, Lovaina, 1988

WYATT D, *The Social Security Rights of Migrants Workers and Their Families*, CMLR, XIV volume, Special Issue, 1977

Política Europeia em Matéria Social e de Emprego: uma Política para os Cidadãos, Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 2000

Social Security for Migrants Workers, International Labour Organization (ILO), Genebra, 1977

DIREITO À DESCONEXÃO – COMO EVITAR A INTRUSÃO E A EXAUSTÃO?

THE RIGHT TO DISCONNECT – HOW TO AVOID INTRUSION AND EXHAUSTION?

Carmo Sousa Machado[1] e João Galamba de Oliveira[2]

Sumário: 1. Introdução - 2. Enquadramento histórico - 3.Trabalho e descanso – O espaço da disponibilidade virtual no atual regime - 3.1 Os limites conceptuais - 3.2 A relevância da discussão - 3.3 Propostas de solução - 4. O direito à desconexão na legislação estrangeira - 4.1 França - 4.2 Espanha - 4.3 Alemanha - 5. Conclusão - 6. Bibliografia

Resumo:

Há muito que o legislador nacional se preocupa em garantir aos trabalhadores uma clara separação entre o tempo de trabalho e de descanso, permitindo-lhes usufruir livremente deste tempo sem pressões ou preocupações de índole profissional.

Ao definir o tempo de descanso como "o que não seja tempo de trabalho" (artigo 199.º do Código do Trabalho), o legislador faz depender o conceito de

[1] Fundadora e Coordenadora da área de prática de Direito do Trabalho da Abreu Advogados, sociedade da qual é sócia desde 1999 e Presidente do Conselho de Administração desde 2017, tendo sido *Managing Partner* entre 2004 e 2007. Desde 2019 é *Chair* da rede internacional de sociedades de advogados independentes *Multilaw* e Vice-Presidente da Ordem dos Advogados Portuguesa para o triénio de 2020-2022. É ainda autora e coautora de diversas publicações na área de Direito do Trabalho. Advogada com o título de Advogada Especialista em Direito do Trabalho pela Ordem dos Advogados e reconhecida por diversos Diretórios Internacionais, nomeadamente Chambers, Legal 500, Best Lawyers, Who's Who.

[2] Consultor da Abreu Advogados desde 2018, tendo antes exercido a sua atividade profissional junto da Abreu e C&C Advogados Timor-Leste entre 2014 e 2018, jurisdição na qual é reconhecido como "*recognised practitioner*" pela *Chambers and Partners*. Encontra-se na fase de elaboração da tese na área de Direito do Trabalho no âmbito do *Master in Law and Management*, mestrado conjunto da *Nova School of Law* e *Nova School of Business and Economics*.

tempo de descanso da delimitação precisa do que corresponda ao tempo de trabalho.

Contudo, especialmente devido à utilização intensiva das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, as fronteiras conceptuais têm vindo a atenuar-se, não sendo já suficiente uma definição negativa do período de descanso. Concomitantemente, a pandemia de COVID-19 obrigou a uma transformação profunda da forma de prestação de trabalho, privilegiando-se o teletrabalho – declarado obrigatório em determinadas circunstâncias e períodos temporais como o atual -, não podendo, no entanto, ser espectável que o trabalhador se mantenha na disponibilidade do empregador ilimitadamente.

A experiência internacional tem sido no sentido de desenvolver o conceito do direito à desconexão, estabelecendo os limites da "conexão" fora do horário de trabalho.

Abstract:

The clear separation between working time and rest period has long been a concern of the Portuguese legislator, by allowing employees to take advantage of the rest period without work-related pressures or concerns.

By defining rest period as "any period which is not working time" (article 199 of the Labour Code), the legislator wanted the concept of rest period to be dependent upon the exact delimitation of working time.

However, especially due to the abundant use of the New Information and Communication Technologies, the conceptual boundaries have been narrowing and therefore a negative definition of the rest period is no longer enough. At the same time, the COVID-19 pandemic caused a profound change in the way we work, favouring telework – declared mandatory in specific circumstances and time periods, such as the ones we are now going through. However, employees cannot be expected to remain at the disposal of their employer for unlimited hours.

Foreign legal jurisdictions have been developing the concept of the right to disconnect, by setting limits to the "connection" outside working hours.

1. Introdução

O direito ao descanso é um direito fundamental dos trabalhadores. O artigo 199.º do Código do Trabalho (doravante "CT") esclarece que se entende "por período de descanso o que não seja tempo de trabalho", sendo que, nos termos do artigo 197.º do CT, é tempo de trabalho "qualquer período durante o qual o

trabalhador exerce a atividade ou permanece adstrito à realização da prestação (…)".

A delimitação do que se entende por tempo de trabalho e tempo de descanso tem dado azo a várias – por vezes opostas – interpretações doutrinais e jurisprudenciais.

As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (doravante "NTIC") vieram contribuir para a intensificação da discussão, ao permitir e incentivar que o trabalhador permaneça, ainda que em diferentes níveis de disponibilidade, "adstrito à realização da prestação", nomeadamente através de uma conectividade digital total e permanente aos instrumentos de trabalho, ao empregador, aos fornecedores e aos clientes.

Este conjunto de fatores suscitou e tem vindo a intensificar a discussão em torno do direito à desconexão, que é um corolário do direito ao descanso. É, por isso, necessário garantir a possibilidade do trabalhador se desconectar do trabalho para que possa, efetivamente, gozar o seu tempo de descanso.

Ao longo da presente reflexão percorreremos a evolução histórica dos conceitos em crise, nomeadamente da delimitação do tempo de trabalho e do período de descanso, bem como analisaremos algumas das suas interpretações doutrinais e jurisprudenciais atuais.

Este percurso, por ser ainda insuficiente para uma eficaz proteção do direito fundamental ao descanso, convoca as experiências internacionais que podem apresentar-se como possíveis pontos de partida para uma atualizada interpretação do direito ao descanso ou de uma eventual alteração legislativa.

2. Enquadramento histórico

Há muito que o legislador nacional se preocupa em garantir aos trabalhadores uma clara separação entre o tempo de trabalho e de descanso. A Lei de 23 de março de 1891 foi o primeiro diploma nesse sentido, a qual veio fixar em oito horas o período diário de trabalho para os manipuladores de tabaco. Anos mais tarde, o Decreto de 3 de agosto de 1907 impôs a concessão de descanso semanal para todos os trabalhadores.

No mesmo sentido que os referidos diplomas, mas de forma mais abrangente, o Decreto n.º 5516, de 7 de maio de 1919, estabeleceu no seu artigo 1.º que "o período máximo do trabalho diário, quer seja diurno, nocturno ou mixto, dos trabalhadores e empregados do Estado, das corporações administrativas e do comércio e indústria, com excepção dos rurais e domésticos, do continente da República e ilhas adjacentes, não poderá ultrapassar oito horas por dia, nem quarenta e oito horas por semana", excecionando, no artigo 3.º, um limite máximo de sete horas por dia normal de trabalho "para os empregados de estabelecimentos de crédito, de câmbio e de escritórios".

Apesar da boa intenção de Dias da Silva, então Ministro do Trabalho responsável pela redação do referido diploma, a materialização do período máximo de oito horas diárias não foi nem fácil nem imediata, tendo encontrado bastante resistência junto da Associação Industrial Portuguesa e da Associação de Lojistas de

Lisboa. Relatos há que nem nas obras públicas o Decreto era aplicado[3].

Tanto que, a 10 de novembro desse mesmo ano, o mesmo Dias da Silva, enquanto deputado (que já se havia demitido da pasta de Ministro do Trabalho), questiona Alfredo de Sá Cardoso, então Chefe de Governo, "(…) como se pode admitir que havendo uma lei das 8 horas de trabalho não se cumpra? Dessa lei ri-se a indústria não a cumprindo. Pode S. Ex.ª dizer que ignora o que se passa na província, o que não se pode admitir é que ignore o que se passa em Lisboa onde essa lei é constantemente desrespeitada porque o próprio Governo é cúmplice, porque até hoje não se têm interessado pelo seu cumprimento (…) porque não se tem interessado para que duma vez para sempre termine a escravatura branca que existe neste País"[4].

Se o ano de 1919 ficou na história pelo estabelecimento do limite diário do período de trabalho de 8 horas, o ano de 1991 marca a alteração do limite semanal, reduzindo-o para quarenta e quatro horas, através do artigo 1.º da Lei 2/91, de 17 de janeiro.

Cinco anos volvidos, foi a Lei 21/96, de 23 de julho, que fixou, pela primeira vez, a limitação do período de trabalho semanal em quarenta horas. Nesse mesmo diploma ficou estabelecido que "as reduções do período normal de trabalho semanal previstas na presente lei ou em convenção colectiva para o mesmo fim definem

[3] ANA CATARINA SIMÕES MENDONÇA PINTO, *A luta de classes em Portugal (1919-1926): A esquerda republicana e o bloco radical*, FCSH – DH –, Universidade Nova de Lisboa, Teses de Doutoramento, 2016, p. 68, http://hdl.handle.net/10362/17203

[4] Diário da Câmara dos Deputados, IV Legislatura, Sessão Legislativa 01, Número 079, 10 de novembro de 1919, p. 18

períodos de trabalho efectivo, com exclusão de todas as interrupções de actividade resultantes de acordos, de normas de instrumentos de regulamentação colectiva ou da lei e que impliquem a paragem do posto de trabalho ou a substituição do trabalhador" (cfr. artigo 1.º n.º 3 da Lei 21/96, de 23 de julho), o que gerou alguma controvérsia e discussão quanto à definição de tempo de trabalho.

Até então a referência legal ao período normal de trabalho decorria do Decreto-Lei 49408, de 24 de novembro de 1969, que no artigo 45.º n.º 1 estabelecia que "o número de horas de trabalho que o trabalhador se obrigou a prestar denomina-se «período normal de trabalho»" e do Decreto-Lei n.º 409/71, de 27 de setembro (Lei de Duração do Trabalho, doravante "LDT"), que, no artigo 10.º n.º 1, fixava que "o período de trabalho diário deverá ser interrompido por um intervalo, de duração não inferior a uma hora, nem superior a duas, de modo que os trabalhadores não prestem mais de cinco horas de trabalho consecutivo".

A lei não esclarecia se as pausas e intervalos – além da exclusão do intervalo referido no artigo 10.º n. 1 da LDT - estariam englobados na contabilização do tempo de trabalho, pelo que essa lacuna foi sucessivamente aproveitada, ao longo do tempo, em benefício dos trabalhadores através da contratação coletiva, a qual, não raras as vezes, considerava o tempo despendido pelo trabalhador no local de trabalho, ainda que em pausa, como sendo tempo de trabalho.

A aprovação da referida Lei 21/96, que introduziu o conceito de tempo de trabalho efetivo, permitiu, por um lado, a redução do período máximo de trabalho semanal, aumentando,

simultaneamente, o período normal de trabalho ao desconsiderar as interrupções como tempo de trabalho.

Em 1997 o Supremo Tribunal de Justiça, influenciado pelo conceito de tempo de trabalho efetivo, proferiu o famoso Acórdão[5] onde concluiu que "trabalho é trabalho, descanso é descanso". Ao se ter debruçado sobre questões centrais do direito dos trabalhadores, o douto Acórdão encontrou resistência junto da Academia[6], mas não a suficiente para evitar a repercussão noutros Acórdãos[7].

Um ano mais tarde, em 1998, a Lei 73/98, de 10 de novembro, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 93/104/CE do Conselho, de 23 de novembro, definiu, no artigo 2.º n.º 1, como tempo de trabalho "qualquer período durante o qual o trabalhador está a trabalhar ou se encontra à disposição da entidade empregadora e no exercício da sua atividade ou das suas funções".

---

[5] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 18 de março de 1997, 96S197, dgsi.pt

[6] Nesse sentido *vide* JORGE LEITE, "Trabalho é trabalho, descanso é descanso" ou o modo de ser do direito, *Revista questões laborais n.º 12*, 1998, pp. 205-220, o qual defende que "o tempo de trabalho tende, por sua vez, a ser dividido em duas espécies (ou subcategorias): o tempo de trabalho «propriamente dito» (tempo de actividade produtiva, ou tempo de trabalho «efectivo» ou tempo de trabalho «real») e o tempo equiparado ao tempo de trabalho propriamente dito, podendo ainda suceder que a equiparação valha para todos os efeitos (jurídicos) ou apenas para alguns deles."

[7] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 3 de março de 1998, 97S4432, dgsi.pt e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 3 de maio de 2004, 0345296, dgsi.pt. Em sentido contrário *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 4 de maio de 2006, 261/06, dgsi.pt, no qual ficou patente o entendimento que "se no lapso temporal em que o trabalhador estiver numa posição de subordinação jurídica, então deve considerar-se que está a cumprir um «horário de trabalho»". Mas neste caso, ao contrário do Acórdão contestado por Jorge Leite, não se tratava de pequenas pausas para refeições, mas sim de deslocação efetuada pelo trabalhador da sede do empregador para o local onde iria prestar trabalho a mando e por determinação do empregador. Também sobre situação semelhante, decidindo no mesmo sentido, *vide* Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 10 de setembro de 2015, C-266/14, curia.europa.eu

Introduziu-se por esta via no ordenamento jurídico português um elemento adicional – e clarificador – do alcance da definição de tempo trabalho: a disponibilidade do trabalhador face à sua empregadora, mesmo quando não esteja efetivamente a exercer qualquer atividade profissional, bastando o trabalhador encontrar-se disponível para a qualquer momento e imediatamente receber ordens e instruções da sua empregadora[8].

3. Trabalho e descanso – O espaço da *disponibilidade virtual* no atual regime

3.1 Os limites conceptuais

Reconhecendo a importância fundamental do direito ao descanso, a Constituição da República Portuguesa (doravante "CRP") consagra, no artigo 59.º n.º 1 alínea d), que "todos os trabalhadores (…) têm direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal (…)". O Código do Trabalho concretiza no artigo 203.º que "o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana" e no artigo 199.º que se entende "por período de descanso o que não seja tempo de trabalho".

A definição de tempo de trabalho que atualmente vigora está prevista no artigo 197.º do CT, considerando-se como "tempo de trabalho qualquer período durante o qual o trabalhador *exerce a*

[8] FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Universidade do Porto – Reitoria, Porto, 2018, p. 85

atividade ou *permanece adstrito à realização da prestação* bem como as interrupções e os intervalos previstos no número seguinte" (itálico nosso).

O primeiro elemento da definição, correspondendo ao conceito de tempo de trabalho efetivo, não deixa margem para grandes interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, porquanto o trabalhador que se encontra presente no local de trabalho ou em outro local indicado pelo empregador, a exercer ativamente a sua atividade não poderá ter outra interpretação além de que se trata de prestação de trabalho e, por conseguinte, tempo de trabalho (independentemente da velocidade a que o trabalhador exercer a atividade).

Contudo, o mesmo não se poderá dizer sobre a delimitação do período de disponibilidade do trabalhador (tempo durante o qual o trabalhador "permanece adstrito à realização da prestação").

A disponibilidade do trabalhador poderá assumir diferentes formas, que deverão ser tratadas de modo diferente. A disponibilidade do trabalhador que se encontra fisicamente no local de trabalho e que, momentaneamente, não está ocupado porque aguarda novas instruções do empregador não é idêntica à disponibilidade do trabalhador que está de escala, em casa, a aguardar ser eventualmente chamado para trabalhar.

Será ainda mais distinta da situação do trabalhador que tem um *smartphone*, propriedade do empregador com ligação ao *e-mail* profissional, a quem foi solicitado – explícita ou implicitamente – que responda num determinado prazo a qualquer *e-mail* que lhe seja enviado.

Face a estas diferenças, a disponibilidade do trabalhador não deverá ter um tratamento uniforme. Enquanto o primeiro se encontra evidentemente dentro das fronteiras conceptuais do tempo de trabalho, já quanto ao segundo a jurisprudência não é unanime na sua qualificação[9]. Quanto ao terceiro, que na prática tem restringido o direito ao descanso do trabalhador, tem sido ignorado como subsumível ao conceito de trabalho.

3.2 A relevância da discussão

Não sendo nova a discussão sobre o alcance do conceito de tempo de trabalho e de descanso, nunca foi tão pertinente.

A pandemia de COVID-19 impulsionou e obrigou a uma transformação profunda da forma de prestação de trabalho e o que antes era uma mera exceção, hoje tornou-se a regra e rotina do setor terciário: o teletrabalho. Mesmo aqueles trabalhadores que normalmente se limitavam a utilizar os equipamentos e os instrumentos de trabalho do empregador no local pertencente a este, respeitando as horas de início e de termo da prestação, hoje levam e utilizam dentro de sua casa os ditos instrumentos de trabalho, propriedade do empregador.

[9] O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 24 de janeiro de 2018, 2066/15.0T8PNF.P1,dgsi.pt, esclarece que apesar da disponibilidade permanente (virtual) não corresponder a trabalho efetivo, e por isso como trabalho suplementar, essa mesma disponibilidade que lhe é exigida pelo empregador, em que o trabalhador tem que estar contactável e disponível a qualquer hora do dia ou da noite, "viola o direito do trabalhador «*ao repouso e aos lazeres*», pessoais e familiares", passando-se "da «escravatura da senzala» dos séculos XVI a XIX, para «a escravatura electrónica» do século XXI". *Vide* igualmente nota 5 *supra*.

A nova forma de trabalho, assente em ferramentas digitais em permanente conexão, antevê um futuro promissor mas desafiante devido aos problemas que ora surgem[10].

Com isto, a linha divisória do tempo de trabalho e do tempo pessoal esbateu-se mais, dando lugar a um tempo inominado em que, ainda que não trabalhando, o trabalhador está alerta, conectado e preocupado com matérias profissionais.

O trabalhador trouxe para casa não só o computador de trabalho e com ele o *e-mail* profissional, os documentos e a ligação à rede interna do empregador, mas também a presunção de uma disponibilidade permanente porque já não há uma distância física, que requeira uma deslocação considerável, a separar o trabalhador do seu instrumento de trabalho, sentindo-se o empregador livre para, (quase) a qualquer hora, dispor do tempo do seu trabalhador.

Assim, mesmo em situações que o trabalhador não está direta ou imediatamente na disponibilidade do empregador, o mesmo permanece ligado à realidade empresarial. Esta disposição que o empregador faz do tempo do trabalhador não se verifica apenas quando existe uma prestação efetiva de trabalho, mas também na disponibilidade constante que o trabalhador demonstra, porquanto está permanentemente ligado a instrumentos de trabalho, nomeadamente através do *smartphone* – quer seja propriedade do empregador ou sua – o qual permite o acesso em tempo real ao *e-mail* profissional, a salas virtuais de reunião, a efetuar e a receber

[10] Neste sentido *vide* TERESA COELHO MOREIRA, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais n.º 49*, 2018, p. 10

chamadas do empregador bem como de clientes ou fornecedores, entre outros.

Esta conexão profunda entre o trabalhador e os instrumentos de trabalho transformam-no no "*homo connectus*, visto, amiúde, como «colaborador» de quem não se espera outra coisa senão dedicação permanente e ilimitada"[11], criando no empregador uma expectativa de uma resposta imediata às suas solicitações, "assim estendendo a subordinação do trabalhador para além dos limites espácio-temporais antes delimitados"[12]. Para o empregador todos os assuntos são urgentes e este espera que o trabalhador lhe dê resposta imediata, independentemente da importância dos mesmos[13].

A integração da disponibilidade do trabalhador no tempo de trabalho ou no período de descanso não é simples nem direta e carece de análise casuística, razão pela qual é vasta a jurisprudência sobre os temas que, como se viu, levantam muitas dúvidas. A disponibilidade do trabalhador é sempre subsumível e integrável no tempo de trabalho? Em sentido convergente à graduação da disponibilidade que supra avocámos, a jurisprudência tem vindo a distinguir a disponibilidade do trabalhador que, não estando a trabalhar efetivamente, se encontra fisicamente no local de trabalho, integralmente sujeito às ordens e instruções do seu empregador, não podendo ocupar ou dedicar o seu tempo com

[11] JOÃO LEAL AMADO, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, p. 260

[12] CATARINA SARMENTO E CASTRO, Novas tecnologias e relação laboral – alguns problemas: tratamento de dados pessoais, novo regulamento geral de proteção de dados e direito à desconexão, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2018, p. 293

[13] TERESA COELHO MOREIRA, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais n.º 49*, 2018, p. 14

assuntos pessoais, da disponibilidade do trabalhador que, estando em casa ou noutro sítio da sua livre escolha, vê a sua independência e determinação parcialmente limitada por poder, a qualquer tempo, ser chamado ao serviço. Para efeitos de qualificação como tempo de trabalho, a disponibilidade relevante é aquela que decorre de uma presença física do trabalhador no local de trabalho[14], sendo "obrigatoriedade de permanência nas instalações da empregadora nos períodos em que o trabalhador não está a desempenhar a atividade, mas à disposição daquela, é o fator determinante para se considerarem aqueles períodos como tempo de trabalho"[15].

Por outro lado, a disponibilidade do trabalhador que esteja acessível permanentemente, mas que não se encontre fisicamente no local de trabalho, e que não chega a prestar trabalho efetivo, não se tem vindo a considerar como sendo tempo de trabalho, porquanto o trabalhador pode "ainda que de uma forma limitada, gerir os seus próprios interesses e desenvolver até atividades à margem da relação laboral que mantém com a entidade empregadora apesar de se encontrar disponível para trabalhar para esta" [16,17].

[14] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 19 de novembro de 2008, 08S0930, dgsi.pt

[15] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 9 de janeiro de 2019, 2066/15.0T8PNF.P1.S1, dgsi.pt.

[16] Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 8 de novembro de 2007, 482/05.4TTVIS.C1. Ainda no mesmo sentido, v. mais recentemente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 30 de abril de 2019, 6590/15.6T8LSB.L1.S1, dgsi.pt e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2 de maio de 2018, 157/14.3TTSTR.E1.S1, dgsi.pt.

[17] O *Code du Travail* francês chegou a ter uma interpretação do tempo de trabalho nesse mesmo sentido, em que apenas seria considerado tempo de trabalho aquele em que o trabalhador não pudesse exercer livremente as suas ocupações pessoais pelo que, *a contrario*, podendo o trabalhador exercer, ainda que limitadamente, as suas ocupações pessoais, não poderia tal tempo ser considerado como tempo de trabalho. Artigo L212-4 - *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit*

A divisão que a jurisprudência fazia da disponibilidade *in loco* da disponibilidade virtual do trabalhador, qualificando a primeira como tempo de trabalho e a segunda como não sendo tempo de trabalho, deixava sempre em aberto a qualificação da disponibilidade virtual do trabalhador: se a mesma não poderia ser considerada tempo de trabalho seria considerada período de descanso? Apesar de o CT (na sua versão atual, bem como na versão anterior decorrente da Lei 99/2003, de 27 de agosto) considerar como "período de descanso o que não seja tempo de trabalho", nenhum dos doutos Acórdãos citados se refere à disponibilidade virtual como período de descanso.

Esta disponibilidade virtual situa-se, assim, num limbo deixado à mercê da piedade do empregador ou, em último caso, dos tribunais[18].

No nosso entender, esta questão merece particular atenção e interesse, atualmente, devido à adoção massiva do teletrabalho[19]. Cada vez é mais difícil conseguir qualificar ou quantificar os graus da disponibilidade do trabalhador, e a sua localização física não importa mais na aferição desse mesmo grau de disponibilidade. A localização do trabalhador deixou de ser um fator de referência na medição da disponibilidade, considerando que com as NTIC todos os sítios se tornaram potenciais locais de trabalho, podendo o trabalhador

se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. O artigo foi revogado pela *Ordonnance* n°2007-329, de 12 de março de 2007.

[18] *Vide* nota 9.

[19] Tenha-se em consideração o Decreto-Lei 79-A/2020, de 1 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei 94-A/2020, de 3 de novembro, que estabeleceu (ainda que temporariamente) "obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam e o trabalhador disponha de condições para as exercer, sem necessidade de acordo escrito entre o empregador e o trabalhador".

utilizar o seu computador portátil – ferramenta de trabalho – no escritório, em casa ou até mesmo no café. Igualmente, a todo o tempo poderá o trabalhador responder aos *e-mails* do empregador, de clientes ou de fornecedores (entre outros…), bem como atender e efetuar chamadas telefónicas ou até participar em reuniões virtuais.

A utilização das NTIC oferece muitas vantagens tanto na gestão do tempo quanto na comunicação entre o empregador e os trabalhadores, entre estes, e entre estes e os clientes e/ou fornecedores. As NTIC permitem, igualmente, encurtar os prazos de tomada de decisão organizar o trabalho de forma a melhorar a produtividade e a acelerar a execução de tarefas. Por outro lado, e inversamente, as NTIC aceleram desumanamente a produtividade, criando no trabalhador um sentimento de permanente urgência e *stress*. E se os instrumentos de trabalho digitais não forem utilizados corretamente, podem acabar por isolar em vez de juntar, por promover a competição em vez da cooperação e diminuir a coesão da equipa de trabalho em vez de a fortalecer[20].

O trabalhador está, conforme já tivemos oportunidade de referir, permanentemente ligado, o que – sublinhemos – acontece devido a várias razões[21]. A primeira, e a mais óbvia, por solicitação direta do seu empregador (conexão vertical) que o contacta ou que o ordena a manter-se contactável, sendo exemplos a situação do empregador telefonar ao trabalhador fora do horário de trabalho ou

[20] Aplicación del derecho a la desconexión, *Actualidad internacional sociolaboral*, Ministerio de Empleo Y Seguridad Social, 2017, p. 194.

[21] FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, *Revista questões laborais n.º 50*, 2018, p. 15.

disponibilizar um *smartphone* ao trabalhador com acesso ao *e-mail* profissional e, simultaneamente, pedir-lhe para ter sempre consigo esse instrumento de trabalho. A segunda situação representa a conexão horizontal, e materializa-se na disponibilidade que o trabalhador manifesta perante os seus colegas de trabalho, mantendo-se permanentemente ligado aos mesmos através das redes sociais, aplicações de mensagens instantâneas ou *e-mail* profissional. Frequentemente a criação destas ligações virtuais entre os trabalhadores é da iniciativa do empregador, mas a sua participação pode até resumir-se à criação do ponto de ligação ou tal nem ser necessário.

O terceiro motivo da permanente disponibilidade do trabalhador resulta da sua própria iniciativa e acontece quando, por temor reverencial para com o seu empregador hierárquico ou até mesmo colegas, ou até mesmo por excesso de zelo e diligência que lhe seriam exigíveis, o trabalhador ativamente conecta-se e mantém-se conectado, prestando ativa e efetivamente o seu trabalho ou manifestando-se disponível para o fazer caso surja oportunidade. É exemplo disto o trabalhador que, espontaneamente, entra na sua conta de *e-mail* profissional e verifica se recebeu algum novo *e-mail*, ou aproveita para fazer pontos de situação que poderiam esperar pelo dia seguinte.

A permanente conectividade do trabalhador, que aparentemente parece ser uma mais-valia para o empregador, poderá revelar-se em sentido contrário, diminuindo drasticamente a sua rentabilidade devido ao cansaço acumulado, a um aumento de acidentes de

trabalho, de viação, pessoais e, no limite, ao *burnout* e a outras doenças associadas.

E neste cenário todos perdem: o trabalhador, desde logo, pelas consequências na sua saúde, na sua pessoa e na sua família, bem como o empregador porque perde, ainda que temporariamente, um trabalhador que deixa de prestar trabalho ou que o presta com menor qualidade, ficando também o Estado lesado ao suportar os custos inerentes a assistência médica e ao subsídio de incapacidade temporária ou definitiva para o trabalho.

Em Portugal não existe, ainda, legislação prevendo expressamente o direito ou o dever à desconexão, proibindo o empregador de contactar os trabalhadores nos períodos de descanso.

Mas, se relativamente ao teletrabalho, o artigo 170.º n.º 1 do CT já estabelece que "o empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família", é necessário sublinhar que esse artigo foi aprovado em 2003, muito antes de, praticamente, todos os trabalhadores terem sempre consigo e terem acesso imediato a ferramentas de trabalho como o *smartphone* ou o *tablet*. Nessa altura ainda pouco se discutia a necessidade de um direito à desconexão[22], considerando que a realidade do teletrabalho era ainda pontual e, mesmo nesses casos, a desconexão não seria prejudicada pelo uso de *smartphones* ou *tablets*.

[22] Exceção feita a JEAN-EMMANUEL RAY, a quem são atribuídos os primeiros escritos sobre o tema no artigo *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle*.

3.3 Propostas de solução

Apesar de, na nossa opinião, todos os princípios jurídico-laborais, incluindo o direito constitucional ao descanso, deixarem pouco espaço para interpretações divergentes quanto à existência de um direito à desconexão (sem o qual não se pode cumprir verdadeiramente o direito ao descanso), é urgente regular a forma como se deva operar a desconexão do trabalhador, evitando a intrusão do empregador na vida familiar e privada do trabalhador, e assegurando o direito ao descanso.

Se não for garantido ao trabalhador o direito a desconectar-se fora do tempo de trabalho – ou, ao invés, se o empregador não for impedido de perturbar o descanso do trabalhador – não poderá ser garantido o equilíbrio físico e psíquico do trabalhador[23], devendo ter-se sempre presente a máxima *salus populi suprema lex esto,* ou, mais concretamente, *salus operarius suprema lex esto*.

Existiram já algumas propostas de lei neste sentido (do Partido Socialista – doravante "PS"[24], Bloco de Esquerda – doravante "BE"[25], do Partido Ecologista os Verdes – doravante "PEV"[26], e do Partido Animais e Natureza – doravante "PAN"[27]), mas não foram aprovadas.

Na perspetiva dos deputados do PS, que propuseram o aditamento de um novo artigo (199.º-A) ao CT, o uso de ferramentas digitais não podia impedir o descanso dos trabalhadores a não ser

[23] JOÃO LEAL AMADO, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, p. 256.
[24] Projeto de Lei n.º 644/XIII.
[25] Projeto de Lei n.º 552/XIII/2.ª.
[26] Projeto de Lei n.º 643/XIII/3ª.
[27] Projeto de Lei n.º 640/XIII/3.ª.

que exigências imperiosas de funcionamento assim o exigissem. A sua utilização em períodos de descanso, feriados e férias podia ser regulada por Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho (doravante "IRCT") ou, na sua falta, por acordo com a comissão de trabalhadores, ou, na sua falta, com a comissão sindical ou, na sua falta, com os trabalhadores diretamente. Na falta de acordo, seria ao empregador a quem caberia definir o que são as "exigências imperiosas de funcionamento.

Esta proposta visava, essencialmente, regular de forma mais intensa o direito de descanso neste novo quadro, mas acabava por prever situações em que a desconexão podia não ser respeitada.

O PEV propunha que "a violação do período de descanso, inclusivamente através da utilização das tecnologias de informação e de comunicação, por parte da entidade empregadora, constitui contraordenação muito grave".

Já a perspetiva do BE, que propunha o aditamento de três novos números ao artigo 199.º do CT, era a de que (i) o trabalhador, mesmo quando não lhe fosse expressamente solicitado, se via instigado, no quadro atual de forte competição, a mostrar a sua total disponibilidade, mesmo sem remuneração desse tempo e (ii) apesar de o direito ao descanso estar já consagrado e de estar já fixada a remuneração pelo trabalho prestado fora do horário, existia um desfasamento entre a letra da lei e a aplicação prática, devido ao abuso que se permite com as novas tecnológicas. Daí a necessidade de expressamente prever que o período de descanso deve ser de desconexão profissional, podendo ser considerado assédio a violação do mesmo pelo empregador.

O BE sugeria ainda o reforço da fiscalização razão pela qual propunha uma nova redação do artigo 216.º n.º 3 do CT no sentido de ser necessário apresentar mapa de horário de trabalho à ACT, nomeadamente por correio eletrónico, com antecedência de 48 horas em relação à sua entrada em vigor. Essa obrigação tinha sido revogada pela Lei 23/2012 de 25 de junho.

A mesma argumentação foi usada na proposta do PAN, a qual previa igualmente o aditamento de três novos números ao artigo 199.º do CT que garantiriam que o trabalhador não fosse perturbado nos tempos de descanso, o chamado dever de desconexão (não precisando o trabalhador de tomar conhecimento ou responder a solicitações do empregador).

Pretendia ainda aditar o artigo 214.º-A ao CT, no qual se excecionava da desconexão as situações de força maior e que podem ser estabelecidas por IRCT e definia o conceito de desconexão profissional como o direito de obstar, não atender ou fazer cessar, o fluxo de comunicações profissionais que seja estabelecido com o empregador, seus trabalhadores ou terceiros, nos períodos de descanso.

Foram igualmente apresentadas duas resoluções, uma pelo Partido Comunista Português (doravante "PCP")[28] e outra pelo Partido Popular (doravante "CDS-PP")[29]. O PCP recomendava, entre outros, a reposição da obrigação dos empregadores de entregar mapas de horário de trabalho à Autoridade para as Condições do Trabalho (doravante "ACT") e o reforço da fiscalização da ACT

[28] Projeto de Resolução n.º 1085/XIII/3.ª
[29] Projeto de Resolução n.º 1086/XIII/3.ª

nomeadamente dos meios de organização dos tempos de trabalho e garantia do equilíbrio vida profissional com a vida privada.

Já o CDS-PP remetia a análise e discussão destas questões em sede de concertação social, com os parceiros sociais, com vista à consagração legal do direito "ao desligamento" (como lhe chama).

Independentemente do que venha a ser legislado, podem as empresas adotar desde já medidas com vista a garantir a desconexão dos seus trabalhadores. Em 2011, a Volkswagen Alemanha, compreendendo que a não desconexão afetava a vida pessoal dos seus trabalhadores e a sua rentabilidade, decidiu que os servidores de *e-mail* fossem desligados meia hora depois do fim da jornada de trabalho, obrigando os trabalhadores a ficarem desconectados durante mais de doze horas, até ao início da jornada do dia seguinte. Em 2016 a Michelin implementou uma ferramenta que enviava avisos aos trabalhadores que realizavam mais de cinco conexões com a empresa fora do horário de trabalho, advertindo-os da necessidade de se desconectarem. A Orange estabeleceu regras de utilização de serviços de mensagens eletrónicas, incluindo *e-mail*, não só fora do horário de trabalho, mas também durante as reuniões para aumentar a concentração dos trabalhadores e a otimização da prestação do trabalho. Já a Mercedes-Benz possibilita aos seus trabalhadores a não receção de *e-mails* durante as férias.

Em Portugal, saudamos os dois Acordos de Empresa que o Banco de Portugal celebrou[30,31], os quais proíbem expressamente ao empregador "exigir que o trabalhador se mantenha conectado durante os seus períodos de descanso", apesar de reconhecermos que a cláusula poderá não ter aplicabilidade prática, caso não haja boa vontade do empregador. Os referidos Acordos de Empresa proíbem o empregador de exigir que o trabalhador se mantenha conectado, deixando lugar à livre interpretação se o empregador pode permitir ou até, no limite, incentivar o trabalhador a manter-se conectado desde que a isso não o obrigue expressamente.

O direito à desconexão do trabalhador não existe nem subsiste se simultaneamente não for verificado o dever de o empregador não incentivar o trabalhador a manter-se conectado.

4. O direito à desconexão na legislação estrangeira

4.1 França

Quando se refere o direito à desconexão é habitual referir-se a legislação francesa como paradigma do mesmo, por ter sido o

[30] Acordo de empresa entre o Banco de Portugal e o Sindicato Nacional dos Quadros e Técnicos Bancários – SNQTB e Sindicato Independente da Banca, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º48, volume 85, 29 de dezembro de 2018, pp. 4611-4646.

[31] Acordo de empresa entre o Banco de Portugal e a Federação do Sector Financeiro – FEBASE, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º48, volume 85, 29 de dezembro de 2018, pp. 4572-4610.

primeiro país do mundo a aprovar uma lei que expressamente consagra o direito à desconexão[32].

O legislador francês apercebendo-se da expansão que o tempo de trabalho estava a tomar face ao tempo de descanso, em resultado direto da utilização dos novos instrumentos de trabalho digitais, aprovou a Lei 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 (que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2017), a qual ficou conhecida como *Loi Travail* ou *Loi El Kohmri*[33].

A referida lei estabelecia que os termos do "direito à desconexão" seriam definidos pelos acordos coletivos (artigo L. 3121-64). Na negociação anual sobre igualdade profissional entre mulheres e homens e a qualidade de vida no trabalho, devem ser definidos os procedimentos para o pleno exercício pelo trabalhador do seu direito de se desconectar, devendo o empregador garantir o respeito pelos períodos de descanso e férias, bem como pela vida pessoal e familiar (artigo L. 2242-17)[34]. Caso saíssem frustradas as negociações (ou no caso de não serem obrigatórias, como sucede nas empresas com menos de cinquenta trabalhadores), haveria ainda assim obrigação do empregador implementar o direito do trabalhador se desconectar, o qual deveria estar previsto num estatuto / código de conduta (artigo L. 3121-65). Sublinhe-se que não há, no entanto, nenhuma obrigação de chegar a um acordo nem sanção prevista caso não se elabore o estatuto.

---

[32] DUARTE AMORIM PEREIRA, Há vida para além do trabalho: notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional, *Revista Questões Laborais n.º 53,* 2018, pp. 136-137.

[33] Myriam El Khomri era então Ministra do Trabalho, Emprego, Formação Profissional e Diálogo Social.

[34] FRANK PETIT, *L'essentiel du droit du travail: les relations collectives*, 1ª edição, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 166.

Em qualquer das situações, cabe ao empregador *solicitar* ao trabalhador que este *não utilize* os instrumentos de trabalho digitais (computador, *smartphone, tablet*, …) durante o seu período de descanso ou durante as férias ou licença (por doença, maternidade/paternidade, …). Caso o empregador não solicite ao trabalhador que não se desconecte como ainda o instigue ou obrigue à conexão, violando o seu direito ao descanso, tal poderá ser considerado como assédio.

4.2 Espanha

Por sua vez, e por inspiração da lei francesa acima referida, em Espanha foi reconhecido, através do artigo 88 da Lei Orgânica de Proteção de Dados e Garantia de Direitos Digitais, que está em vigor desde dezembro de 2018, a desconexão digital como condição indispensável nas relações de trabalho. A referida norma estabelece que os trabalhadores, do setor público e privado, têm direito a que, fora do horário de trabalho, os empregadores respeitem os seus tempos de descanso, licenças e férias, bem como a sua privacidade pessoal e familiar com o fim de melhorar a conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal. Não obstante, a lei espanhola não define o que se entende efetivamente por direito à desconexão, deixando tal definição para o resultado das negociações coletivas, havendo por isso quem defenda que a solução que deveria ter sido

adotada era uma definição clara do que é considerado tempo de descanso[35].

Recentemente, o *Real Decreto-ley 28/2020,* de 22 de setembro, reforçou o dever dos empregadores garantirem a desconexão digital, limitando a utilização das NTIC durante os períodos de descanso dos trabalhadores em teletrabalho.

4.3 Alemanha

Na Alemanha também tem havido progressos relativamente ao direito à desconexão, apesar de, ao contrário de França e Espanha, não ter sido por via legislativa, mas sim por autorregulação. A Confederação das Associações de Empregadores Alemães em conjunto com a Confederação dos Sindicatos Alemães e com o Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais desenvolveram regulamentos que permitem conjugar o interesse e a saúde dos trabalhadores com as necessidades específicas de cada indústria, o que se refletiu nas medidas acima referidas adotadas pela Volkswagen, Mercedes-Benz, entre outras. O próprio Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais adotou a política de não contactar os funcionários públicos fora do horário de trabalho. De notar que, ao contrário da Volkswagen, o Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais permite o envio de comunicações fora do horário de trabalho em caso urgente. A implementação destas medidas por via de autorregulação,

[35] MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ, El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume 8, n.º 1, 2020, pp. 217.

sem qualquer imposição legislativa, não seria, no entanto, possível em Portugal, considerando a diferença de cultura e mentalidade.

5. Conclusão

A experiência internacional pode guiar-nos sobre a direção que deverá ser tomada em Portugal. Ainda que da experiência alemã resulte ser possível a efetivação do direito à desconexão, mesmo sem recurso a uma alteração legislativa, não poderemos deixar de ter em consideração que a realidade social e cultural portuguesa é bastante diferente da alemã.

Em Portugal impera a conceção que para se ser competitivo é necessário trabalhar ininterruptamente, estando permanentemente conectado, pronto a responder imediatamente às solicitações do empregador ou dos clientes.

De igual forma, a dificuldade de distinguir o que é o tempo de trabalho do tempo de descanso, nomeadamente nos períodos que o trabalhador está conectado fora do horário de trabalho, torna necessário delimitar positivamente o direito à desconexão.

Só garantindo o direito do trabalhador se desconectar das ferramentas de trabalho poderá permitir ao mesmo usufruir plenamente do seu direito ao descanso.

6. Bibliografia

Ana Catarina Simões Mendonça Pinto, *A luta de classes em Portugal (1919-1926): A esquerda republicana e o bloco radical*, FCSH – DH – Teses de Doutoramento, 2016, http://hdl.handle.net/10362/17203.

Catarina sarmento e castro, Novas tecnologias e relação laboral – alguns problemas: tratamento de dados pessoais, novo regulamento geral de proteção de dados e direito à desconexão, *Revista do CEJ*, n.º 1, 2018, pp. 271-299.

Duarte Amorim Pereira, Há vida para além do trabalho: notas sobre o direito ao repouso e a desconexão profissional, *Revista Questões Laborais n.º 53,* 2018, pp. 128-148.

Francisco Liberal Fernandes, Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, *Revista questões laborais n.º 50*, 2018, pp. 7-17.

Francisco Liberal Fernandes, *O trabalho e o tempo: comentário ao Código do Trabalho*, Universidade do Porto – Reitoria, Porto, 2018

Frank Petit, *L'essentiel du droit du travail: les relations collectives*, 1ª edição, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2018.

João Leal Amado, Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o direito à desconexão profissional, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n.º 52, 2018, pp. 255-268.

Jorge Leite, "Trabalho é trabalho, descanso é descanso" ou o modo de ser do direito, *Revista questões laborais n.º 12*, 1998, pp. 205-220.

María Rosa Vallecillo Gámez, El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volume 8, n.º 1, 2020, pp. 211-238.

Teresa Coelho Moreira, O direito à desconexão dos trabalhadores, *Revista questões laborais n.º 49*, 2018, pp. 7-28.

Aplicación del derecho a la desconexión, *Actualidad internacional sociolaboral,* Ministerio de Empleo Y Seguridad Social, 2017, pp. 192-203.

THE EMERGENCE OF A GIG ECONOMY: BRACE FOR (LEGAL) IMPACT – A REVIEW OF THE CASE DYNAMEX INC. V. CHARLES LEE

Catarina Granadeiro[1]

"Law cannot organize labor and industry without organizing injustice" – Frédéric Bastiat[2]

Summary: Abstract/Resumo - I. The legal quests caused by the emerging 'Gig Economy' - II. *Dynamex Inc. v. Charles Lee* - a) Background - b) Case Law regarding Classification of Workers - c) The legacy of the Dynamex case - d) The AB5 enactment - III. Impact of Dynamex and AB5 and Way Forward

Abstract:

This article analyzes the impact of the 'gig economy' in the legal framework of workers.

The emergence of a 'gig economy' triggered a debate regarding the lack of protection of the workers of nonstandard forms of employment it made possible – either through crowdwork or work allocated based on location apps.

The core issue at the forefront of this debate is the dichotomy between employees and independent workers and the desirable level of protection afforded to each.

In the United States, case law in California paved the way for a fair dichotomy between employees and independent workers by endorsing a flexible '*ABC test'* in *Dynamex Inc. v. Charles Lee*, a case decided in 2018.

---

[1] Assistant lecturer at Faculdade de Direito of Universidade de Lisboa. The author would like to thank Professor Guilherme Dray for helping with the choice of this topic and Professors Pedro Romano Martinez and Luís Gonçalves da Silva for the invitation to write in the first issue of this prestigious Digital Magazine.

[2] French Economist that lead the tantamount discussions on socialism and workforce prior to the revolution of 1848.

The ABC test was affirmed by the state legislator through the enactment of bill AB5 in January 2020.

This article provides an overview of the onset precedents which preceded the Dynamex Litigation as well as a thorough discussion of the latter. It concludes with a reference to the measures encompassed in the AB5 bill as well as a comparative reference to the potential impacts of these advances on the treatment of this legal problem in the USA and globally.

Resumo:

Este artigo Analisa o impacto da '*gig economy*' (economia '*gig*') no enquadramento legal dos trabalhadores.

O surgimento da '*gig economy*' (economia '*gig*') suscitou o debate relativo à falta de proteção dos trabalhadores das formas de emprego atípicas criadas por este fenómeno – através do chamado trabalho coletivo (*crowdwork)* e do trabalho alocado por via de aplicações (*app based work*).

A questão principal neste debate diz respeito à dicotomia entre trabalhadores e trabalhadores independentes e o nível desejado de proteção para cada uma destas figuras.

Nos Estados Unidos, a jurisprudência do Estado da Califórnia traçou a destrinça entre trabalhadores e trabalhadores independentes adotando um teste flexível conhecido por '*teste ABC'* no caso *Dynamex Inc. v. Charles Lee* decidido em 2018.

Este teste teve consagração legislativa com a lei AB5 promulgada em janeiro de 2020.

Este artigo apresenta uma análise dos precedentes jurisprudenciais relevantes anteriores ao caso *Dynamex* e procede a uma análise crítica deste último. Conclui com uma referência necessária à legislação AB5 e aos impactos da mesma no tratamento deste problema jurídico nos Estados Unidos e seus potenciais impactos no mundo.

I. The legal quests caused by the emerging 'Gig Economy'

The Gig Economy refers to a new reality capable of reversing hard-won protections of workers' rights and of promoting the exploitation of workers by more powerful economic forces. To discuss the implications of this new phenomenon, one must first establish the concept and realities contemplated within it.

The emergence of the gig or platform economy is one of the most important recent transformations to the world of work. In essence, the term 'gig economy' broadly refers to new patterns of work made possible by the ubiquity of the Internet and smartphones[3].

An important component of the gig economy is the existence of digital labor platforms, a notion which includes both web-based platforms, where work is outsourced through an open call to a geographically dispersed crowd ("crowdwork"), as well as location based applications (apps) which allocate work to individuals in a specific geographical area, typically to perform local, service-oriented tasks such as driving, running errands or cleaning houses[4].

The prima facie problem created by these new forms of work is the dichotomy between an employee and an independent contractor.

The company is at the core of the employment relationship which defines the scope of liability of the employer, its direction powers as well as the perimeters of the subjugation or dependency of the employee. The worker would traditionally be involved in the production goals herself. On this edge, the individual would integrate the company under the terms of the work performed and hence considered as a subordinated employee.

In the specifics of work performed through technological platforms, the worker is removed from the organization and production of the company: is an outsider to the market strategies, unaware of the definition of prices, subject to algorithm controls,

[3] BALANAID NI BHRAONAIN, *Empowerment or Exploitation: Legal Responses to the Gig Economy*, 6 King's Student L.Rev 2 (2019).

[4] https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/crowd-work/lang--en/index.htm

sanctioning measures and merely holds its personal effort and personal work tools and, at times, required to wear a uniform or a badge for a certain company[5].

Agencies of temporary employment, outsourcing and digital platforms are some converging examples of this new paradigm that can create new risks to workers. In a context of high unemployment and a shortage of new jobs, the so-called digital platforms follow business models which aspire to maximum profit and minimum costs of massified labor relations. At the same time, awareness grows because the gains to the economy from the operation of this type of company seem to be insignificant[6].

Taking an example that is familiar to many, Uber's business model is based upon the use of an online platform to instantly connect customers seeking transportation services with nearby drivers. Passengers can book a trip with a private driver by downloading the App, logging on and requesting a ride. From the pool of registered drivers, Uber will then locate available drivers closest to the passengers and informs them of the request. The driver has 10 seconds to accept the trip before another driver is located[7].

Uber does not consider itself to be the employer of its drivers or the provider of the transportation service itself. Problems are bound

[5] CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA, *Arquitectura de la subordinación. A propósito del trabajo mediante plataformas tecnológicas*, CIELO (Comuniad para la Investigación y el estúdio laboral y ocupacional) n.º 9, 2020: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/10/carballo_noticias_cielo_n9_2020.pdf

[6] In GUILHERME DRAY IN COLLABORATION WITH CATARINA GRANADEIRO, *An introduction to Portuguese Employment & Labor Law*, Almedina 2.nd Edition (2020), pp. 163.

[7] IRINA DOMURATH, *Platforms as contract partners: Uber and beyond*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (published November 28, 2018): https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1023263X18806485

to arise when there is a possible discrepancy between the terms supplied by Uber and how it sees itself, on one hand, and its appearance on the market on the other. Generally, these drivers are classified as independent contractors rather than employees in a standard employment relationship[8]. It is important to bear in mind that Uber alone, In the United States, has nearly half a million drivers in its fleet[9].

Besides Uber, a myriad of other companies operates in the same manner through platforms which connect providers to users that are seeking a particular good or service. With regards to the metrics of this new labor market, it is estimated that almost 2 billion people worldwide are working in the informal sector spread amongst cases of work on call, zero hour contracts, self-employment, fake independent employment, volunteer work and work in collaborative/cooperative schemes and gig work, among other atypical contractual arrangements. Bearing in mind the kinds of realities that fall within the notion of gig economy, it is worth putting its rise into context. Indeed, the gig economy emerged from a perfect storm of several interrelated developments. Advances in digital technology, the widespread availability of hand-held devices and the ever-increasing high-speed connectivity have all coincided with several cycles of economic downturn, shifts in lifestyle and generational preferences. As is often the case, this blend of factors

[8] JEREMY PILAAR, *Assessing the Gig Economy in Comparative Perspective: How Platform Work challenges the French and the American Legal Orders*, 27 J.L. & Pol'y 47 (2018), pp. 52.

[9] ORLY LOBEL, *The Gig Economy & the Future of Employment and Labor Law*, 51 U.S.F.L. Rec. 51 (2017), p.51.

has also laid bare strong, polarized, bivalent reactions in public debates.

There are romanticized accounts of the rise of the platform economy – those that celebrate its rise emphasize the practical benefits that it has introduced into day-to-day life and its immense potential to subvert entrenched business interests and industries ruled by quasi-monopolies. The darker account, however, provides an alarming analysis of a rising uber-capitalist system that commoditizes every human interaction. Perhaps most concerning of all, critics warn against the subversion of laws protecting those most vulnerable[10].

Regardless of whether one tilts towards the benefits or downsides of the gig economy, the unavoidable observation is that the nature of work has transformed significantly over the past thirty years. Traditionally, people used to work their entire life in the same firm or corporation and be bound by the same employment contract. While full-time jobs were the norm in industrialized countries for much of the twentieth century, they have gradually been replaced by non-standard employment relationships that offer lower pay, less predictable hours, fewer benefits, and uncertain career prospects. The Taylorism model is now seemingly outdated – corporations are fast paced and prefer dynamic and less demanding relationships with their workers.

Some authors emphasize that the individual availability that characterized the industrial worker has been largely replaced by the technological devices and a more efficient plural and diffused

[10] *Id.* ORLY LOBEL, pp. 52-53.

availability – the number, location and time fringe of each worker will correspond to the service and connection demands of users. Hence, the potential refusal by some would correspond to the acceptance by others, triggered by the need to obtain a certain remuneration[11].

Globalization, technological evolution and public policies favoring more intense competition pushed companies to seek the flexibility to hire and fire on short notice, to increase or shrink the overall size of their workforce, to adjust pay to short-term performance results, to redeploy workers within the company or to external production partners as well as to retain workers with particular skills on an as-needed basis[12].

As a result, companies progressively turned to non-standard forms of employment, primarily part-time, temporary, contract, on-call, and independent work[13]. Though often cast as a new phenomenon, non-standard employment was the norm in Western countries for much of the nineteenth and early twentieth century. Yet, the non-standard forms of employment nowadays are idiosyncratic to the extent that they are mostly based on digital platforms that lack personal and professional safeguards. Social

[11] CÉSAR AUGUSTO CARBALLO MENA, *Arquitectura de la subordinación. A propósito del trabajo mediante plataformas tecnológicas*, CIELO (Comuniad para la Investigación y el estúdio laboral y ocupacional) n.º 9, 2020: http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/10/carballo_noticias_cielo_n9_2020.pdf

[12] KATHERINE V.W.STONE, *In the Shadow of Globalization: Changing firm-level employment practices and shifting employment risks in the United States*, Res. Paper 07-13 UCLA School of Law &Econ. Res. Paper Series 12 (2007).

[13] JEREMY PILAAR, *Assessing the Gig Economy in Comparative Perspective: How Platform Work challenges the French and the American Legal Orders*, 27 J.L. & Pol'y 47 (2018), p.51.

insurance against the vagaries of old age, sickness and work accidents varies in generosity according to a person's contributions.

As such, whenever the need for labor arises, imagination works fast to create new types of non-permanent jobs and atypical employment contracts that suit such need.

These trends in the world of work pose legal challenges that demand legal solutions related to the precarious nature of these forms of work and the uncertainty it casts upon the application of labor laws. More specifically, these atypical contractual creations raise problems of unprotected stable wages, social safety nets or the benefits of education and lifelong training[14]. Hence, many scholars fear that the proliferation of this type of non-standard work forms will deepen already record levels of wealth inequality.

Non-standard forms of employment are defined by the International Labor Organization (hereinafter '**ILO**') as an umbrella term for different employment arrangements that deviate from standard employment. They include temporary employment, part-time and on-call work, temporary agency work and dependent self-employment. Non-standard employment features prominently in crowdwork and the gig economy[15].

These non-standard forms of employment refer to non-permanent jobs, structured on the basis of open-ended employment contracts that have a limited duration and contrast with permanent jobs, where duration is not limited.

---

[14] In GUILHERME DRAY IN COLLABORATION WITH CATARINA GRANADEIRO, *An introduction to Portuguese Employment & Labor Law*, Almedina 2. nd Edition (2020), p. 163.

[15] https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/lang--en/index.htm

Notwithstanding the fact that the ILO has been studying digital labor platforms since 2015 with a view to understanding the implications of this new form of work, as have lawmakers in various jurisdictions, the fact remains that, from a legal perspective, the outcome of such studies is still not clear.

The increase in non-standard forms of employment in the past few decades has been driven by a variety of forces, including demographic shifts, labor market regulations, macroeconomic fluctuations, and technological changes. On one hand, such technological innovations have the potential to unilaterally redistribute power within the employment relationship in favor of large companies. On the other hand, non-standard forms of employment also accommodate market changes and allow more workers to get integrated into the labor market.

Both the benefits and disadvantages must be weighed and critically assessed by the legislature and the wider public as these non-standard forms of employment necessarily entail a significant challenge to long-standing legal regimes.

This paper will analyze the decision in *Dynamex Inc., vs. Charles Lee*, a recent case decided by the Supreme Court of California, home to many of the most prominent 'gig economy' companies, and the legislation that was enacted to integrate its teachings, the AB5. The rise of 'gig' work has forced the courts to examine how these novel types of work fit into the existing employment legislation and case-law. In this seminal case, the notion of 'independent workers' was deemed consonant with an employment relationship.

A relevant preliminary point to make at the outset of this discussion is that gig workers are far from homogeneous in their background, interests, and preferences. The diversity within their needs and work patterns suggests caution and flexibility. This was well achieved in the application of a broad 'ABC' test in the *Dynamex* Litigation, as will be explained in further detail below.

The tenets of this case on how to properly categorize workers of nonstandard forms of employment have propelled a necessary legal reordering with potential global implications hence the chosen title, the emergence of the gig economy: brace for legal impact.

II. *Dynamex Inc. v. Charles Lee*

a) Background:

Dynamex Inc., vs Charles Lee (hereinafter referred to as '***Dynamex***' or '***Dynamex* Litigation**') was a case decided by the Supreme Court of California on April 30, 2018.

To provide some factual basis to the decision one must first understand the activities of *Dynamex* which propelled this litigation. *Dynamex* is a nationwide courier and delivery service based in Dallas, Texas, which has conducted business in California since 1995. In December 2004 *Dynamex* converted all its drivers to independent contractors after management concluded that such a conversion would generate economic savings for the company.

To a European company involved in the same type of business, this conversion would be a farfetched and lengthy process given the

dismissal restrictions in place in most European countries. In the United States, however, there are virtually no general legislative restriction on an employer's free right to terminate the employment relationship at any time. If there is neither a collective bargaining contract in force nor a bargaining representative selected by most of the employees, an employer and an employee are free to make whatever individual arrangements they desire, including those relating to the termination of the employment relationship. If no such arrangement, express or implied, is agreed to or contemplated by the parties then both the employer and the employee are largely free to terminate the relationship at will and without suffering any legal consequences[16]. The European job security model is in clear contrast with the American model of at will dismissal which only encompasses exceptions based on limited legislative restrictions, collective bargaining, and exceptional public policy concerns[17]. In most European countries, dismissal without just cause is null and void and the "employment at will doctrine", under which both parties (employer and employee) can quit from the employment contract for any reason and without the need for payment of any severance compensation, is rejected.

Under the new arrangement promoted by Dynamex in which drivers are now independent contractors, the drivers are required to obtain insurance through the National Independent Contractors Association (NICA) which, in turn, issues settlement checks as payment for work performed by the drivers.

[16] Dismissal Procedures, 80 Int'l Lab. Ver. 65 (1959).

[17] FRANCES RADAY, Individual and Collective Dismissal – A job security dichotomy, 10 COMP.Lab. L.J. 121 (1988).

Dynamex promulgates tables for the rates to be charged to its customers and standardizes the amounts to be paid to the independent contractors. For fixed routes, drivers are assigned a route by *Dynamex* and service the route for either a flat fee or a set amount per package. For on-demand work, drivers maintain contact with *Dynamex* using a required Nextel cellular telephone (paid for by the individual driver) and are assigned work by *Dynamex* dispatchers. In each case drivers perform pickups and deliveries using their personal vehicles but wearing *Dynamex* uniform shirts and badges. *Dynamex* retains the right to terminate drivers at any time for any reason.

In January 2005, Plaintiff Charles Lee entered into a written independent contractor agreement with *Dynamex* to provide delivery services for the company. Just three months after leaving his work at *Dynamex*, Lee filed this lawsuit on his own behalf and on behalf of similarly situated *Dynamex* drivers, alleging that *Dynamex*'s alleged misclassification of its drivers as independent contractors led to *Dynamex*'s violation of the provisions of California's Industrial Welfare Commission (hereinafter '**IWC**') Order No.9, the applicable state wage order governing the transportation industry, as well as various sections of the Labor Code, and, as a result, that *Dynamex* had engaged in unfair and unlawful business practices under Business and Professions Code section 17200.

In short, these were the essential facts that triggered the *Dynamex* Litigation and which allow us to understand the level of involvement of these workers in the course of business of this

company as well as its similarities to other on demand gig work springing with the emergence of the 'gig economy'.

b) Case Law regarding Classification of Workers

The decision starts by addressing the core legal question at stake in case law over time: the question of whether an individual worker should properly be classified as an employee or, instead, as an independent contractor[18].

Misclassification of workers has become a hot button issue due to its considerable ramifications for individual laborers, employers, and the government[19].

The distinction is particularly consequential. If a worker is classified as an employee in the United States of America, the hiring company bears the responsibility of paying federal Social Security and payroll taxes, unemployment insurance taxes and state employment taxes, providing worker's compensation insurance and, most significantly for the case at hand, complying with numerous state and federal statutes and regulations governing the wages, hours and working conditions of employees. On the other hand, American platform workers classified as independent contractors

[18] Dynamex Inc. v. Charles Lee, which can be accessed in: https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html, p. 1.

[19] ABIGAIL S. ROSENFELD, *ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 61, B.C.L Ver. E. Supp. II.- 112 (2020).

should expect to rely almost entirely on the market for retirement pay and insurance against risks such as ill-health or injury[20].

In *Dynamex*, the Supreme Court of California premised its discussion by noting that, in some circumstances, classification as an independent worker can be advantageous to the worker as well as to the employer, noting that[21]: '*the risk that workers who should be treated as employees may be improperly misclassified as independent contractors is significant in light of the potentially substantial economic incentives that a business may have in mischaracterizing some workers as independent contractors. Such incentives include the unfair competitive advantage the business may obtain over competitors that properly classify similar workers as employees and that thereby assume the fiscal and other responsibilities and burdens that an employer owes to its employees. In recent years, the relevant regulatory agencies of both the federal and state governments have declared the misclassification of workers as independent contractors rather than employees is a very serious problem, depriving federal and state governments of billions of dollars in tax revenue and millions of workers of the labor law protections to which they are entitled*[22]'.

American states have not been passive bystanders to Uber's rise. Most have passed Transportation Network Company ('**TNC**') legislation to regulate TNCs in some form. Some of the earliest legal

[20] JEREMY PILAAR, *Assessing the Gig Economy in Comparative Perspective: How Platform Work challenges the French and the American Legal Orders*, 27 J.L. & Pol'y 47 (2018), p. 67.

[21] WILLIAM B. GOULD IV, *Dynamex is Dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: The Sleeper in the Trilogy*, 83 Mo. L. Rev. (2018).

[22] *Id.*, p. 2.

pushback to gig economy companies can be traced to State Labor Commissioners. Though most platform companies have labeled their drivers independent contractors – and thereby avoided responsibility for providing them stable pay or benefits – a number of states have contested this classification and argued that drivers should obtain the same protections as full-time employees. California has contested this classification in this 2018 *Dynamex* case but we can trace the issue of classification back to previous precedents.

Considering past case law, the Court was asked to determine, as a preliminary matter, whether the *S.G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations* (hereinafter '***Borello***' or '***Borello* Litigation**') decision, which embodies the common law test or standard for distinguishing employees from independent contractors, was applicable.

In 1989, in *Borello*, the Supreme Court of California held that a farm misclassified its cucumber harvesters as independent contractors. The controversy concerned whether farmworkers hired by a grower to harvest cucumbers under a written "sharefarmer" agreement were independent contractors or employees for the purpose of the California worker's compensation statutes. The grower contended that the farmworkers were independent contractors under the *control of details test* because the workers (1) were free to manage their own labor (the grower did not supervise the picking at all but compensated the workers based on the amount of cucumbers that they harvested), (2) shared the profit or loss from the crop, and (3) agreed in writing that they were not employees.

The dispute arose after the Department of Industrial Relations served the farmer for failing to buy worker's compensation insurance. California law required such payment if the pickers were to be considered employees.

In rejecting the grower's contentions, the Court in *Borello* summarized its conclusion in the introduction of the opinion as follows: "*The grower controls the agricultural operations on its premises from planting to sale of the crops. It simply chooses to accomplish one integrated step in the production of one such crop by means of worker incentives rather than direct supervision. It thereby retains all necessary control over a job which can be done only one way. Moreover, so far as the record discloses, the harvesters' work, though seasonal by nature follows the usual line of an employee. In no practical sense are the sharefarmers entrepreneurs, operating independent businesses for their own accounts; they and their families are obvious members of the broad class to which worker' compensation protection is intended to apply*"[23].

On this basis, the court concluded the workers were employees entitled to worker's compensation as a matter of law, affirming the use of the common law 'control of work' test and by considering secondary factors outlined in prior case law.

The Supreme Court of California also emphasized the importance of statutory intent, noting that the law requires employers to purchase worker's compensation insurance to protect laborers like

[23] S.G. Borello & Sons, Inc. 48 Cal. 3d at p.345 as quoted in the Dynamex decision at p. 25.

the cucumber harvesters: "*the concept of 'employment' embodied in the workers' compensation act is not inherently limited by common law principles. We have acknowledged that the Act's definition of the employment relationship must be construed with particular reference to the history and fundamental purposes of the statue*"[24].

After considering the extent of the farmer's control over the worker's performance, analyzing secondary factors, and taking the intent of the worker's compensation mandate into account, the Court held that the pickers were employees[25]: "*Borello retains all necessary control over the harvest portion of its operations. A business entity may not avoid its statutory obligations by carving up its production process into minute steps, then asserting it lacks control over the exact means by which one such step is performed by the responsible workers*"[26].

Borello was crystallized for thirty years as the leading standard to assess worker misclassification under the California Wage orders.

Dynamex contended that in the wage order context, as in most other contexts, the multifactor standard set forth in the *Borello* seminal decision is the only appropriate standard under California Law for distinguishing employees and independent contractors. The court determined that the preexisting *Borello* approach regarding employees and independent contractors focused primarily upon the

[24] *Id.* At pp. 352 and 353.

[25] ABIGAIL S. ROSENFELD, *ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 61, B.C.L Ver. E. Supp. II.- 112 (2020).

[26] S.G. Borello & Sons, Inc. 48 Cal. 3d at pp.356-337 as quoted in the Dynamex decision at p. 31.

scope and purpose of the particular statutory scheme involved and was not '*limited by common law principles*' as the *Borello* court had once stated[27].

Subsequently, the court considered the meaning of "employ" within the state wage orders, which impacted how the court distinguished between employees and independent contractors.

In 2010, in *Martinez v. Combs* (hereinafter '***Martinez***' or '***Martinez* Litigation**'), the Supreme Court of California held that the term 'employ' as defined in Wage Order No. 14 has three valid interpretations which include: a) having authority over payments, scheduling or conditions of work, b) the suffer or permit to work standard, or c) employment relationships recognized under common law.

Martinez concerned whether plaintiff strawberry pickers could hold distributors that contracted with their bankrupt employer liable for back wages. To collect money from the suppliers, the harvesters needed to show that the distributors acted like joint employers[28].

Plaintiffs in *Dynamex* relied on the Martinez precedent maintaining that the standard or tests for employment set forth in it are applicable in the context of this litigation as well as the standard for determining the employee or independent contractor question set forth in the *Borello* Litigation[29].

---

[27] S.G. Borello & Sons, Inc. 769 P.2d at 405 as quoted in WILLIAM B. GOULD IV, *Dynamex is Dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: The Sleeper in the Trilogy*, 83 Mo. L. Rev. (2018), p. 19.

[28] Martinez v. Combs, 231 P.3ed 259, 278 (Cal.2010).

[29] Dynamex Inc. v. Charles Lee, which can be accessed at: https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2018/s222732.html, p. 13.

Dynamex, by contrast, took the stance that the alternative definitions of 'employ' and 'employer' discussed in Martinez are applicable only in determining whether an entity that has a relationship with the primary employer of an admitted employee should be considered a joint employer of the employee and not in deciding whether a worker is properly classified as an employee or an independent contractor. Hence, it asserted that even with respect to claims arising out of the obligations imposed by a wage order, the question of a worker's status as an employee or independent contractor must be decided solely by reference to the *Borello* standard[30].

Although it declined to answer the question whether the *Martinez* control over wages standard applied to employee classification questions, the Court in *Dynamex* held first, that the *Martinez* suffer or permit to work standard applied to questions of employee classification and, second, that the ABC test was the best method of determining whether the suffer or permit to work standard was satisfied.

As *Martinez* gave no indication that its holding applied only to the joint employer context, the Court concluded that the suffer or permit to work standard was relevant to questions of employee classification under the wage orders. Given the deliberately expansive reach of the suffer or permit to work standard, the Court then reasoned that the standard must be interpreted broadly to include within the definition of 'employee' all workers who can reasonably be viewed as working in the hiring entity's business.

[30] *Id.*, p. 13.

Thus, under *Martinez*, a worker is an employee if he or she is "employed" by an "employer," and "employ" is defined in the following manner: "(a) to exercise control over the wages, hours or working conditions, or (b) to suffer or permit to work, or (c) to engage, thereby creating a common law employment relationship." If any of these standards are met, the worker is an employee and not an independent contractor.

Following its decision in *Martinez*, the Supreme Court of California considered worker misclassification in the newspaper business. In 2014, in Ayala v. Antelope Valley Newspapers, Inc. (hereinafter '***Ayala***' or '***Ayala Litigation'***), the Supreme Court of California held that the trial court improperly denied class certification to newspaper carriers whose employer allegedly engaged in misclassification. The trial court failed to examine the full scope of the newspaper's control over its carriers' work performance. Moreover, the trial court neglected to distinguish between secondary factors that required individual versus communal assessment. As a result, the Supreme Court of California remanded the case.

Borello, *Martinez* and *Ayala* illustrate how the Supreme Court of California assessed worker misclassification and interpreted the scope of the employee-employer relationship under the wage orders in the years leading up to the *Dynamex* Litigation[31].

[31] ABIGAIL S. ROSENFELD, *ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 61, B.C.L Ver. E. Supp. II.- 112 (2020).

c) The legacy of the *Dynamex* case

As explained in the previous section, the *Dynamex* Litigation concerned the delivery drivers' alleged misclassification as independent contractors.

What sets *Dynamex* apart from the case law depicted above is that the Supreme Court of California strayed from precedent by adopting the ABC test in the absence of pre-existing state legislation or case law in California endorsing it in full[32]. To achieve this conclusion, the Court embraced the suffer-or-permit-to-work standard from *Martinez* and held that the ABC test was the appropriate means to distinguish between independent contractors and employees under state wage orders.

The Court carved this decision on the basis that the *Martinez* precedent was intended for situations other than the joint employer context: "(…) *the discussion of the origin and history of the suffer or permit to work language in Martinez itself makes it quite clear that this standard was intended to apply beyond the joint employer context. (…) Martinez observed that 'not requiring a common law master and servant relationship, the widely used 'employ, suffer or permit' standard reached irregular working arrangements the proprietor of a business might otherwise disavow with impunity. (…) Thus Martinez demonstrates that the suffer or permit to work standard does not apply only to the joint employer context, but can also apply to the question whether, for purposes of the obligations imposed by a wage order, a worker who is considered an employee*

[32] *Id.*, p. 124.

of an entity that has suffered or permitted the worker to work in its business"[33].

Dynamex argues that the suffer or permit to work standard cannot serve as the test for distinguishing employees from independent contractors for a myriad of reasons of which stands out the argument that a literal application of that standard would characterize all individual workers who directly provide services to a business as employees. Such application of the suffer or permit to work standard, therefore, would bring within its reach even those individual hires by a business – including unquestionably independent plumbers, electricians, architects, sole practitioner attorneys and the like – who provide only occasional services unrelated to a company's primary line of business. For this reason, *Dymanex* maintains that the *Borello* standard is the only approach that can provide a realistic and practical test for distinguishing employees from independent contractors.

The court acknowledges that "*when applied literally and without consideration of its history and purposes in the context of California's wage orders, the suffer or permit to work language, standing alone, does not distinguish between, on the one hand, those individual workers who are properly considered employees for purposes of the wage order and, on the other hand, the type of traditional independent contractors like independent plumbers and electricians who could not reasonably have been intended by the wage order to be treated as employees of the hiring business. As other jurisdictions have recognized, however, that the literal*

[33] Dynamex Inc. v. Charles Lee, p. 49.

language of the suffer or permit to work standard does not itself resolve the question whether a worker is properly considered a covered employee rather than an excluded independent contractor does not mean that the suffer or permit to work standard has no substantial bearing on the determination whether an individual worker is properly considered an employee or independent contractor for purposes of a wage and hour statute or regulation"[34].

To shoulder this problem, the Court explains how the standard of 'suffer or permit to work' is significant in assessing the scope of the category of workers that the wage order was intended to protect. Accordingly, the court explained that the 'suffer or permit to work' standard allows the exclusion of a worker as an independent contractor only if "*the worker is the type of traditional independent contractor – such as an independent plumber or electrician – who would not reasonably have been viewed as working in the hiring business. Such an individual would have been realistically understood as working only in his or her own independent business*"[35].

The Court, however, conceded that the "suffer or permit to work" standard is a "term of art" that cannot be interpreted literally because it would obviously encompass workers who are traditional independent contractors and would eviscerate the commonly understood distinction between employees and independent contractors. Consequently, the Court limited the scope

[34] *Id.*, p. 54.
[35] *Id.*, p. 61.

of "suffer or permit to work", joining Massachusetts and New Jersey in adopting the ABC Test.

Under the ABC test, a worker will be deemed to have been 'suffered or permitted to work' and thus, an employee for wage order purposes unless the putative employer proves: (i) that the worker is free from the control and direction of the hiring entity in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact, (ii) that the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity's business, and (iii) that the worker is customarily engaged in an independently established trade, occupation or business of the same nature as the work performed.

Employers may only classify a worker as an independent contractor if the hiring entity satisfies all three conditions of the ABC test.

Presumably, criterion A will likely be the easiest factor for the courts to apply. *Borello* held that "*the principal test of an employment relationship is whether the person to whom service is rendered has the right to control the manner and means of accomplishing the result desired*"[36] and the *Dynamex* decision appears to retain control as critical. Hence, prong A is similar to the preexisting common law test for employment established in *Borello* and evaluates the type and degree of control a business typically exercises over employees. A worker who is, either by contract or by practice, subject to the type and degree of control a business typically exercises over employees should likewise be considered an

[36] S.G. Borello & Sons, Inc., pp. 403-404.

employee and this does not mean just micromanagement:" "*as under Borello (…) depending on the nature of the work and overall arrangement between the parties, a business does not need to control the precise manner or details of the work in order to be found to have maintained the necessary control that an employer ordinarily possesses over its employees, but does not possess over genuine independent contractors. The hiring entity must establish that the worker is free of such control to satisfy part A of the test*"[37].

The second prong means that employers cannot hire independent contractors to do the same tasks employees normally do for the type of business in question. Thus, this prong expands those within the definition of employee to include almost any worker who engages in the same business as the hiring entity. Criterion B will likely be the most difficult factor for the courts to apply. This is because determining whether a job constitutes "same business", or "comparable work" may be more difficult for courts to quantify. The Court presents an example of what would fall outside prong B:"*When a retail store hires an outside plumber to repair a leak in a bathroom on its premises or hires an outside electrician to install a new electrical line, the services of the plumber or electrician to install a new electrical line are not part of the store's usual course of business and the store would not reasonably be seen as having suffered or permitted the plumber or electrician to provide services to it as an employee. On the other hand, when a clothing manufacturing company hires work-at-home seamstresses to make*

[37] Dynamex Inc. v. Charles Lee, pp. 68-69.

dresses from cloth and patterns supplied by the company that will thereafter be sold by it (…) or when a bakery hires cake decorators to work on a regular basis on its custom designed cakes, the workers are part of the hiring entity's usual business operation and the hiring business can reasonably be viewed as having suffered or permitted the workers to provide services as employee."[38].

Prong B is also particularly troublesome for any businesses, such as *Dynamex*, that use independent contractors to deliver or provide the core product or service. In applying the ABC test to *Dynamex*, the Court noted that a class of delivery drivers could be certified under prong B because the question of whether the delivery drivers were performing outside the usual course of *Dynamex's* business could clearly be resolved on a class wide basis. Indeed, delivery services – which are provided by the delivery drivers – are the very core of *Dynamex's* business.

Criterion C will not be entirely without its difficulties either. The Court explain what is pertained by prong C: "*It is well established, under all of the varied standards that have been utilized for distinguishing employees and independent contractors, that a business cannot unilaterally determine a worker's status simply by assigning the worker the label 'independent contractor' or by requiring the worker, as a condition of hiring, to enter into a contract that designates the worker an independent contractor*"[39].

This part of the ABC test seeks to avoid businesses hiring individuals as independent contractors when they work solely for the

[38] *Id.*, p. 70.
[39] Dynamex Inc. v. Charles Lee, pp.73-74.

employer. Thus, the test seeks to identify those workers that have taken steps on their own to create their independent business.

In making such a determination, courts must consider whether the tradesperson's business must be incorporated and whether there is a threshold advertising requirement associated with independent contractor status. For example, if a retired electrician does work for an employer, would that retired electrician be deemed an independent contractor within the meaning of criterion C?[40]. If the worker is "*simply designated as an independent contractor by the unilateral action of a hiring entity*"[41] then they will not meet this standard. That said, an employer does not necessarily have to prove that the incorporated worker obtained a license, advertised or the like to meet this prong – although these factors would be favorable. However, it is also not enough that the company does not prohibit or prevent the worker from engaging in an independent business. In short, there should be some factual evidence that the independent contractor is in business for himself or herself – such as actually providing services of the same type to other clients, having a business license or those alike[42].

All three parts of the ABC Test must be met for independent contractor classification to be deemed accurate and lawful. In *Dynamex*, the Supreme Court concluded that the "B" and "C" qualifications had not been met by the company because common

[40] WILLIAM B. GOULD IV, *Dynamex is Dynamite, but Epic Systems is its foil – Chamber of Commerce: The Sleeper in the Trilogy*, 83 Mo. L. Rev. (2018), p.22.

[41] Dynamex Inc. v. Charles Lee, p. 73.

[42] A good summary of prong C in Dynamex Litigation can be accessed here: https://www.streamkimlaw.com/dynamex-a-new-test-for-independent-contractors/.

proof existed that the work of the drivers was part of the company's core business and the drivers worked only for *Dynamex* and did not have employees of their own.

In doing so, the Supreme Court of California emphasized that the ABC test aligned more closely with the suffer or permit to work standard than the common law approach articulated in *Borello*. The court justified the move away from *Borello* by stressing the confusing, difficult to apply nature of multifactor tests – the ABC test would best operationalize the referred permit to work standard[43].

Under this precedent, the Court highlighted that employers shoulder the burden of proof in establishing that a worker is an independent contractor as it is "*appropriate and most consistent with the history and purpose of the suffer or permit to work standard in California's wage orders*"[44].

In the coming years, the use of technology will continue to transform organizational models by making workers less directly controlled. Modern work, through virtual platforms is configured with lower levels of subordination and greater freedom for workers to perform their work and choose their working hours. The archaic definition of the contract of employment does not fit the modern work organization and *Dynamex* is seen as a silver lining towards worker's protections in this new paradigm of the Labor market.

Due to the endorsement of the ABC test in California, as well as due to the fact that California is home to some of the most important

[43] ABIGAIL S. ROSENFELD, *ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 61, B.C.L Ver. E. Supp. II.- 112 (2020).
[44] Dynamex Inc. v. Charles Lee, p. 66.

'gig economy' titans like Uber, Lyft, Postmates and Airbnb, this is a decision of considerable importance which will require a reshaping of the way in which these companies operate and, in the short run, likely to raise their operational costs.

In addition to the cost increase, gig economy companies could also have to make some important organizational changes. This is likely the price to pay, in accordance with the opening remark by Frédéric Bastiat, to organize Labor and industry whilst also organizing and preventing injustice.

In the aftermath of the *Dynamex* Litigation the fight over reform in California, home to the fifth largest economy in the world has been particularly fierce. The technological advances driving the 'gig economy' sparked a public debate about the new imbalance of bargaining power between workers and employers, and how we want to relate to those who provide us with these very convenient services[45]. A legal response was needed to address the new precarious realities created by the phenomena of the 'gig economy'.

Through the *Dynamex* Litigation the judiciary paved the way for a fair dichotomy between employees and independent workers by endorsing a flexible test to resist the advent of the new times and the realities uncovered by the gig economy. Thus, *Dynamex* is a landmark decision when discussing the latest developments on Labor law in the USA but also abroad due to the echoes such decision might have in the treatment of analogous problems globally.

[45] BALANAID NI BHRAONAIN, *Empowerment or Exploitation: Legal Responses to the Gig Economy*, 6 King's Student L.Rev 2 (2019), p. 18.

In January 2020, the legislator in California took part of the public debate sparked by *Dynamex* and enacted AB5 legislation (California Assembly Bill 5[46]).

d) The AB5 enactment

Since *Dynamex*, lawmakers have confronted the issue of worker misclassification through statutory means in most states[47]. Legislative intervention is desired to ensure the worker's rights are protected without the need to launch a legal battle to the platforms that promote this type of work[48].

The underlying force behind the introduction of AB5, that goes by the nickname 'gig worker bill', were growing concerns about employee misclassification in the 'gig economy'. In a signing statement on September 18, 2019, Governor Gavin Newsom declared Assembly Bill 5 "*landmark legislation for workers and our economy*"[49].

AB 5 is a measure that codifies the ABC test contained in the *Dynamex* Litigation, enacted on January 1, 2020. Thus, it creates a presumption that workers should be classified as employees

[46] The legislative text of this bill can be consulted here: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5.

[47] ABIGAIL S. ROSENFELD, *ABC to AB 5: The Supreme Court of California Modernizes Common Law Doctrine in Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court*, 61, B.C.L Ver. E. Supp. II.- 112 (2020).

[48] An especially useful opinion on the reach of the Dynamex Case can be found in this article by GUILHERME DRAY: https://eco.sapo.pt/opiniao/o-sonho-californiano-tambem-e-dos-precarios/.

[49] https://www.manatt.com/insights/newsletters/employmentlaw/landmark-legislation-ab5-codifies-dynamex-abc-test.

triggering several benefits for those workers including overtime pay, paid sick leave, worker's compensation benefits and unemployment insurance.

The intent of AB5 is to limit the ability of companies to classify workers as independent contractors rather than employees in the state of California.

The core element of this distinction as outlined above is the fact that employees get grater Labor protections whilst independent contractors do not. If workers are employees under AB5, they are also entitled to other employment benefits, including paid sick days and the protections of the unemployment insurance code. These protections come, naturally at an expense for employers.

Experts predict that shifting a transportation-related independent contractor workforce to an employee workforce can increase the cost of labor by 35% or more. With razor thin margins in most of the transportation industry, this translated to some serious cost increases to both businesses and consumers in California. Some estimate that Uber fares would need to increase by 20% or more to accommodate those increased labor costs[50].

AB5 makes the ABC test the law in California but it also expands its application beyond the wage-order claims to all provisions under the state Labor and Unemployment Insurance Codes. Hence, the ABC test is now applied to many more laws – not merely those covered by the state wage orders discussed in *Dynamex*.

[50] These statistics can be traced here: https://www.jdsupra.com/legalnews/ab5-is-now-law-in-california-now-what-86489/.

This law also contains several exemptions for certain traditionally free practitioners such as lawyers, architects, engineers, private investigators, and accountants. Exemption from AB5 does not mean that workers can automatically be classified as independent contractors by virtue of attaining a classification under a certain category of work. Rather, it means the former *Borello* test will be used to determine their classification for both wage-order and non-wage-order claims.

Assembly Bill 5 enables the California attorney general, city attorneys and local prosecutors to sue companies over violations as this legislation creates aggressive new government enforcement mechanisms. The law provides that violating businesses may be subject to injunctive relief and direct prosecution by the city attorney.

With this incorporation of the ABC test into the Labor Code, if a business fails the test and lacks sufficient capital to satisfy a misclassification judgment or award, both the government and private litigants now have a more direct basis to pursue Labor Code monetary penalties arising out of such misclassification from officers and directors personally.

Lastly, AB5 makes clear that it does not diminish the flexibility of employees to (1) work part-time, (2) work on intermittent schedules or (3) work for multiple employers. As such, for the time being, nothing in the Law prevents California employers from continuing to engage workers through other non-contractor avenues, including as needed on a temporary or part-time employment basis.

On the wake of the AB5 we can almost certainly expect to see enforcement duked out in some lengthy legal battles. App-based companies argue they offer a different employment model which is innovative and flexible and thus should be exempted from AB5. For the expected losses and the impact caused by AB5, one can also expect years of lobbying efforts for industry-related broader exemptions for App-based companies at the legislative level.

Newsom, the Governor who 'fathered' this bill has indicated he may support gig companies' proposal to create a special employment category for app-based drivers. Notwithstanding, many legal scholars, economists and other academics have reacted by urging Newsom and lawmakers not to exempt gig worker, writing that: "*California is poised to lead the country – indeed, to lead the world – with the strongest law on record to protect workers from misclassification*"[51].

III. Impact of *Dynamex* and AB5 and Way Forward

The *Dynamex* litigation and the AB5 legislation that ensued will certainly hasten the ABC test trend and expand it not only to other American states but to other types of claims. It can also have a global reach: because California's economy is the largest in the United States, legal and political developments there tend to have a ripple effect across other states, at a federal level and, at times, at a global scale.

[51] Except of this letter retrieved from: https://www.latimes.com/business/story/2019-08-30/ab5-dynamex-independent-contractors-bill.

In recent years, 20 states in the United States have already implemented the ABC test in one form or another, although primarily in relation to unemployment insurance or worker's compensation claims. Many other countries have also felt the need to adapt their labor laws to the realities of the 'gig economy'.

The discussion led by Dynamex, although not targeted by this analysis, should also take place sometime soon in most European countries[52]. Indeed, the European employment law and social policy faces a crossroads: the emergence of new forms of work – namely through platforms – and an ageing population combined with changing migration patterns which place increasing pressure on domestic social security systems. Hence, the effects of Dynamex and its comparative example will likely have a global reach[53].

A positive note of *Dynamex*/AB5 and its global impact is that it sheds light on the issue of misclassification of workers as independent contractors, a decades-long trend that has

[52] In Spain, for instance, the Supreme Court has recently decided that the existing relationship between a rider and Glovo was of an employment kind mainly due to the subjugation element. The Court concluded Glovo was not merely an intermediate in between customers and services but instead directed its riders as an employer. «*El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado que la relación existente entre un repartidor ('rider') y la empresa Glovo tiene naturaleza laboral. (…) El Tribunal Supremo sostiene que Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. Es una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador*». The news on this decision can be found here: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-la-existencia-de-la-relacion-laboral-entre-Glovo-y-un-repartidor.

[53] JEREMIAS PRASSL, *Future Directions in EU Labour Law*, European Labour Law Journal, vol. 7, no. 3 (2016), p.323-330.

impoverished wage earners, weakened labor unions[54] and contributed to a fissured workplace amongst companies.

Besides the vociferous tech company lobbying and their claims of huge economic downfall, *Dynamex* Litigation and the AB5 represent a step in the right direction. As Guilherme Dray framed it "*Entrepreneurship is great and makes the world move. However, the defense of employment is also an investment in quality, in a future for the community and those who work. The Californian dream is a tangible dream: it joins modernity and innovation, on one hand, with the protection of employment, people and the common good on the other*"[55].

The movement to adapt labor legislation to the realities of 'gig workers' and to address the perils brought by this new paradigm of work is also underway in Portugal, where a green book on the future of work, digital platforms, social protection of independent workers and education[56] is in drafting and expected to be approved by the end of 2020, at a moment some claim is not the best momentum for employers given the impacts of the Covid-19 pandemic.

Notwithstanding, the fact remains that the 'gig economy' is not a new phenomenon, that this new protective legislative framework will shed light on a classification long held obscure and that, most importantly, it will extend labor protections to those who will likely be most affected by an incoming economic crisis: the independent workers.

[54] In the USA, under federal law, only employees can join unions and collectively bargain for wages and benefits.

[55] This quote is retrieved from this article: https://eco.sapo.pt/opiniao/o-sonho-californiano-tambem-e-dos-precarios/.

[56] *Livro verde sobre o Futuro do Trabalho*.

A LEI N.º 29/2017 E O COMBATE À FRAUDE NO DESTACAMENTO DE TRABALHADORES NA UNIÃO EUROPEIA

LAW NO. 29/2017 AND THE FIGHT AGAINST FRAUD IN THE POSTING OF WORKERS IN THE EUROPEAN UNION

Francisco Liberal Fernandes

Sumário: Introdução. 1. A fraude no destacamento. 2. O combate à fraude e o abuso no destacamento. 3. As medidas de controlo da regularidade do destacamento: 3.1. Identificação do verdadeiro destacamento; 3.2. Publicitação das condições de trabalho; 3.3. Cooperação administrativa; 3.4. Obrigações da empresa destacadora; 3.5. Defesa dos direitos dos trabalhadores destacados; 3.6. Execução transfronteiriça das sanções administrativas. Conclusão.

Resumo:

Apesar de possuir uma dimensão relativamente reduzia no conjunto do mercado europeu, o destacamento de trabalhadores na União Europeia tem sido objecto, por diversos motivos, da atenção de diferentes quadrantes. Uma dessas razões prendia-se com o facto de o regime comunitário originariamente instituído não impedir eficazmente a lesão, pelas empresas destacadoras, dos direitos dos trabalhadores destacados, nem o incumprimento das obrigações para com os sistemas de segurança social por parte das empresas subcontratantes. Tendo a Directiva 2014/67 sido adoptada para combater essas práticas fraudulentas, analisa-se neste texto algumas das medidas introduzidas no direito nacional pela Lei n.º 29/2017 (alterada pelo Decreto-Lei nº 101-E/2020, de 7-12), que procedeu à transposição daquele diploma comunitário. De uma maneira geral, esta lei vem possibilitar uma melhor cooperação entre as autoridades nacionais competentes, impor uma maior transparência no recurso ao destacamento e conferir aos trabalhadores lesados a possibilidade de accionarem no nosso país a entidade empregadora em caso de incumprimento.

Abstract:
Despite having a relatively small dimension in the whole of the european market, the posting of workers in the European Union has been the object, for several reasons, of the attention of different quarters. One of these reasons was that the community regime originally established did not effectively prevent the injury, by the posting companies, of the rights of the posted workers, nor the non-compliance with the obligations to the social security systems by the subcontracting companies. Given that Directive 2014/67 was adopted to combat these fraudulent practices, this text analyses some of the measures introduced in national law by Law No. 29/2017 (amended by Decree-Law No 101-E/2020, 7-12), which proceeded to transpose that community law. In general, this law allows for better cooperation between the competent national authorities, imposes greater transparency in the use of posting workers and gives injured workers the possibility of calling the employer in our country in case of non-compliance.

Introdução

O destacamento transnacional de trabalhadores na União Europeia constitui uma forma de mobilidade laboral directamente subordinada ao direito de prestação de serviços (art. 56º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)). No quadro do exercício desta liberdade económica fundamental, as empresas sediadas num Estado-membro (EM) gozam do direito de prestar serviços noutro EM e de destacar temporariamente para esse EM os trabalhadores ao seu serviço a fim de assegurar a execução desses serviços (art. 57º do TFUE)[1].

Neste sentido, o trabalhador destacado é "qualquer trabalhador que, por um período limitado, trabalhe no território de um Estado-membro diferente do Estado onde habitualmente exerce a sua actividade" (art. 2º da Directiva 96/71 do Parlamento Europeu e do

[1] Para mais desenvolvimentos, *vide* o nosso *O destacamento de trabalhadores na União Europeia (Directiva 96/71 revista*) (no prelo).

Conselho, de 16-12, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, alterada pela Directiva 2018/957)[2]. Nos termos do seu art. 1º, nº 3, este conceito abrange: *(i)* os trabalhadores destacados no âmbito de um contrato celebrado entre a empresa destacadora e o destinatário da prestação de serviços (alínea *a*)); *(ii)* os trabalhadores destacados para um estabelecimento ou uma empresa do mesmo grupo situados num EM (desde que continuem a exercer nesse Estado a sua actividade por conta da empresa que o destacou (alínea *b)*); *(iii)* e os trabalhadores destacados por empresas de trabalho temporário para uma empresa utilizadora estabelecida no território de um EM ou que nele exerça a sua actividade (alínea *c)*)[3].

Comum a qualquer destes tipos de destacamento é a exigência de que a actividade em causa seja realizada no território da União, que, durante o período em que tem lugar, subsista a relação de

[2] Estabelece-se no nº 2 do mesmo art. 2º que "para efeitos da presente directiva, a noção de «trabalhador» é a que se aplica no direito do Estado-membro em cujo território o trabalhador está destacado".

[3] Aliás, tendo em vista restringir os destacamentos em cascata, o art. 1º, nº 3, segundo parágrafo, da Directiva 96/71 consagra que, caso um trabalhador destacado por uma empresa de trabalho temporário seja deslocado pela empresa utilizadora para um terceiro EM, deve considerar-se que esse trabalhador "se encontra destacado no território desse Estado-Membro pela empresa de trabalho temporário ou pela agência de colocação com a qual ele tem uma relação de trabalho". Independentemente disto, "a empresa utilizadora informa atempadamente a empresa de trabalho temporário ou a agência de colocação que tenha posto o trabalhador à disposição, antes do início do trabalho a que se refere o segundo parágrafo" (art. 1º, nº 3, terceiro parágrafo).

De igual modo dispõe o art. 3º-B, nº 5, da Lei 29/2017. Porém, diferentemente da Directiva, em que aquela consequência é automática, o legislador nacional faz depender semelhante efeito da circunstância de a empresa utilizadora não informar, antes do início do trabalho, a empresa de trabalho temporário, empregadora do trabalhador, desse destacamento (art. 3º-B, nº 4). Verifica-se assim que o legislador nacional fica aquém das garantias asseguradas pela Directiva.

trabalho entre a empresa destacadora e o trabalhador destacado (art. 1º, nº 3, da mesma Directiva)[4], e que este se encontre inscrito no sistema de segurança social no EM de origem (art. 12º, nº 1, do Regulamento n.º 883/2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, e art. 14º, nº 1, do Regulamento 987/2009, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento n.º 883/2004). De fora deste regime fica, pois, o destacamento dos trabalhadores independentes, muito embora sejam abrangidos pelo art. 12º, nº 2, do Regulamento n.º 883/2004[5].

A dependência estrutural do destacamento de trabalhadores da livre prestação de serviços explica que o direito comunitário procure conciliar a promoção da liberdade económica no interior da União com a necessidade de proteger os direitos dos trabalhadores que, temporariamente, exercem a sua actividade num EM diverso daquele onde desempenham por norma as suas funções. Ao impor aos prestadores transnacionais de serviços o cumprimento de um conjunto mínimo de condições de emprego e de trabalho em vigor no

[4] Diferente do destacamento de trabalhadores — que constitui um direito acessório da liberdade de prestação de serviços —, a liberdade de circulação dos trabalhadores confere aos cidadãos comunitários (e respectivas famílias) o direito de, por sua iniciativa e sem qualquer limite temporal, se deslocarem para outro EM para aí trabalharem e residirem para esse fim, bem como o direito de não serem discriminados em razão da nacionalidade em matéria de emprego, condições de trabalho e demais condições sociais, relativamente aos nacionais do EM de acolhimento. Diversamente dos trabalhadores migrantes — em relação aos quais o controlo das respectivas condições de trabalho é de carácter interno ou nacional, na medida em que lhes é aplicável na íntegra o princípio da *lex loci laboris* —, no que respeita aos trabalhadores destacados esse controlo assume uma dimensão transnacional, uma vez que a respectiva situação laboral é objecto de mais do que uma ordem jurídica.

[5] Por outro lado, enquanto o art. 13º do Regulamento 883/2004 abrange os trabalhadores que exercem a sua actividade, simultânea ou sucessivamente, em EMs diferentes sob a direcção de um ou mais empregadores, a Directiva 96/71 não compreende estas situações de pluri-localização.

EM de acolhimento[6], incluindo de protecção social, o legislador comunitário procura garantir relações equitativas de concorrência entre as empresas, promovendo para o efeito um determinado nível de conciliação entre interesses económicos e interesses sociais.

A Directiva 96/71 não fixa qualquer harmonização da legislação dos EMs relativa às condições de trabalho dos trabalhadores destacados, nem impõe a obrigação de aqueles adoptarem para estes uma disciplina específica. Dado que o estatuto laboral destes trabalhadores contém elementos de conexão entre a lei aplicável ao contrato de trabalho (a lei do EM de origem) e a lei do território onde ocasionalmente tem lugar a prestação da actividade, aquele diploma pretende resolver os conflitos de competência quanto à lei aplicável ao destacamento de trabalhadores, estabelecendo para o efeito um regime de coordenação das legislações nacionais relativamente à determinação de "um núcleo de regras imperativas relativas à protecção mínima a observar no país de acolhimento pelas entidades patronais que destaquem trabalhadores para trabalharem temporariamente no território do Estado-membro onde os serviços são prestados" (considerando 13 da Directiva 96/71, primitiva redacção)[7].

[6] O art. 3º da Directiva 96/71 enumera o conjunto de condições de trabalho em vigor no EM de acolhimento que devem ser observadas pelos empregadores relativamente aos trabalhadores que destacam. Comparada com a sua redacção anterior, é de salientar a consagração do princípio da igualdade de retribuição entre os trabalhadores destacados e o trabalhadores nacionais do EM de acolhimento.

[7] Este núcleo duro pode ter por fonte disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral, bem como, na ausência de um sistema de declaração de aplicação geral, as convenções colectivas ou decisões arbitrais que produzam um efeito geral sobre todas as empresas semelhantes pertencentes ao sector ou à profissão e/ou

Porém, a realidade veio demonstrar que, por comparação com as directivas sobre a livre circulação de serviços (Directiva 2006/123) e sobre a liberdade de circulação de trabalhadores (Directiva 2014/15)[8], o regime consagrado pela primitiva Directiva 96/71 não só permitia uma prática abusiva com reflexos negativos para os trabalhadores destacados (e para os sistemas de segurança social), como fomentava um clima de concorrência desleal entre as empresas comunitárias[9]. Daí a necessidade da sua alteração, o que veio a verificar-se através das Directivas 2014/67 (respeitante à execução da Directiva 96/71/CE; altera o Regulamento n.º 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno («Regulamento IMI»)), 2018/957 (alterou a Directiva 96/71)[10] e 2020/1057 (estabeleceu regras específicas no que se

as convenções coletivas celebradas pelas organizações de parceiros sociais mais representativas no plano nacional e aplicadas em todo o território nacional, caso os EMs assim o decidam (art. 3º, nºs 1 e 8).

[8] Ambas as directivas determinam a aplicação aos trabalhadores migrantes do direito de segurança social do EM de acolhimento.

[9] Em condições normais ou regulares de destacamento, o regime em vigor propicia vantagens competitivas (”ganhos de gestão da mão-obra”) decorrentes da diferença de condições de trabalho aplicáveis nos EMs. Assim sucede quando os regimes de segurança social do EM de origem são mais vantajosos do que os vigentes nos EMs de acolhimento ou quando as condições de trabalho e de emprego não compreendidas no núcleo garantido pela art. 3º, nº 1, da directiva e que continuam a ser aplicáveis aos trabalhadores durante o período de destacamento são mais flexíveis no EM de origem do que no EM de acolhimento (assim, em matéria de cessação do contrato, de representação sindical ou de formação profissional).

[10] Quatro aspectos são de salientar no novo regime instituído pela Directiva 2018/957:

(i) O reconhecimento do princípio da igualdade da retribuição, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias, entre os trabalhadores destacados e os trabalhadores nacionais, em situação comprável, relativamente às condições legais, regulamentares ou previstas em convenções colectivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral. Na sua versão primitiva, a Directiva 96/71 limitava-se a garantir aos trabalhadores destacados o salário mínimo em vigor no EM de acolhimento.

refere à Directiva 96/71 e à Directiva 2014/67 para o destacamento de condutores do setor do transporte rodoviário e altera a Directiva

---

Ora, o facto de o art. 7º do CT não ter sido objecto de alteração (designadamente pelo Decreto-Lei nº 101-E/2020) — e, portanto, continuar a considerar a remuneração mínima —, significa que o legislador nacional não transpôs devidamente a Directiva 2018/957 no que respeita ao princípio da igualdade da retribuição, Deste modo, caberá às autoridades nacionais, designadamente aos tribunais, interpretar e aplicar aquele preceito em conformidade com o direito comunitário.

(ii) Quanto ao destacamento de longa duração (superior a doze meses, podendo, por razões fundamentadas, ser prolongado por mais seis meses), os trabalhadores destacados beneficiam, com base na igualdade de tratamento, de todas as condições de trabalho e emprego em vigor no território do EM onde o trabalho é executado, previstas por lei, disposições regulamentares e/ou por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral, para além das referidas no n.º 1 do art. 3º (art. 3º, nº 1- A, da Directiva).

A Lei 29/2017 consagra regime idêntico. Assim, os trabalhadores cujo destacamento seja superior a doze meses beneficiam, para além das condições fixada no art. 3º – A, nº 1, as demais condições legais, regulamentares e/ou previstas por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral (art. 3º-C, nº 1). Porém, relativamente ao tratamento retributivo, são aqui aplicáveis as considerações referidas no parágrafo anterior.

(iii) A consagração da obrigação de as empresas destacadoras garantirem aos seus trabalhadores as mesmas condições de alojamento sempre que o empregador utilizador disponibilizar alojamento aos trabalhadores afastados do seu local de trabalho habitual, assim como o pagamento dos subsídios e abonos ou reembolsos com as despesas de viagem, de alimentação e de alojamento para os trabalhadores que estão distantes do seu domicílio por motivos profissionais (art. 3º, nº 1, da Directiva). A autonomização destas espécies de retribuição visa impedir que as empresas destacadoras possam reduzir a remuneração global, invocando despesas com o alojamento e o transporte (como era prática frequente).

O art. 3º-A, nº 1, da Lei 29/2017 consagra regime idêntico.

(iv) A obrigação de as empresas de trabalho temporário ou as agências de colocação garantirem aos trabalhadores destacados as condições de trabalho e emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários cedidos pelas empresas de trabalho temporário estabelecidas no EM de acolhimento (art. 3º, nº 1-B, da Directiva). O art. 3º-B, nº 1, da Lei 29/2017 acolheu este princípio.

Uma observação: os arts. 3º-A, nº 1, e 3º-C, nº 1, da Lei 29/2017 (como já o art. 7º, nº 1, do CT) aludem às condições de trabalho aplicáveis aos trabalhadores destacados no nosso país previstas "em instrumentos de regulamentação coletiva de eficácia geral". Como o ordenamento laboral não prevê semelhante tipo eficácia (nem se vislumbra que venha a ser consagrada num futuro próximo) — com as eventuais excepções decorrentes dos arts. 206º, nº 1, e 208º-B, nº 1, ambos do CT —, aqueles enunciados mais não são do que o resultado de uma simples reprodução do texto da Directiva 96/71, como aliás tem sido prática frequente relativamente às directivas sobre condições sociais.

2006/22 no que diz respeito aos requisitos de execução e o Regulamento nº 1024/2012).

1. A fraude no destacamento

A regularidade do regime comunitário relativo ao destacamento de trabalhadores está dependente do cumprimento por parte das empresas destacadoras de determinadas condições, cuja violação possui aspectos específicos relativamente a idêntico problema que atravessa em maior ou menor grau o direito do trabalho dos EMs[11].

Esse incumprimento decorre da inobservância, por um lado, dos tipos de destacamento previstos no art. 1º da Directiva 96/71 ou das condições de emprego, de trabalho e de segurança que devem ser observados pelos empregadores relativamente aos trabalhadores que destacam (art. 3º, nº 1, da Directiva)[12], e, por outro, das regras relativas à segurança social aplicáveis ao destacamento (art. 12º do Regulamento 2004/883)[13]. Essa prática é lesiva dos direitos dos trabalhadores destacados, além de que se traduz no pagamento de

[11] Cf. EUROFOUND, *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union*, 2016; Decisão 2026/344 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9-3, que cria uma Plataforma europeia para reforçar a cooperação no combate ao trabalho não declarado.

[12] Designadamente, através do não cumprimento dos limites legais dos períodos de trabalho (com a consequente da redução do valor da hora de trabalho), do não pagamento do trabalho suplementar, da disponibilização de alojamento deficiente, ou do não pagamento das despesas de transporte.

[13] Aliás, um dos aspectos que mais reparos tem merecido o regime do destacamento é precisamente a separação entre o direito do trabalho e o direito da segurança social; cf. EUROFOUND, *Improving the monitoring of post workers in the EU*, 2020, p. 3 e s.

contribuições para a segurança social inferiores às realmente devidas[14].

Na actualidade, com a entrada em vigor das Directivas 2018/957 e 2020/1057, é a diferença de cotizações sociais entre os EMs a principal vantagem a nível de custos do trabalho susceptível de ser usufruída pelas empresas que destacam trabalhadores[15]. Daí que a nossa atenção incida sobre os mecanismos dirigidos à evasão das cotizações fixadas pelos sistemas de segurança social dos EMs de acolhimento[16].

De acordo com o art. 12º, nº 1, do Regulamento 883/2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social, os trabalhadores destacados continuam sujeitos durante os primeiros 24 meses do destacamento ao regime de segurança social do EM de origem, mediante o preenchimento de algumas condições:

[14] Não obstante o trabalho destacado ser inferior a 1% no conjunto da população trabalhadora da EU (cf. FREDERIC de WISPELAERE/JOZEF PACOLET, *Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2017*, Network Statistics FMSSFE, Comissão Europeia, Outubro de 2018, p. 3), foi o reconhecimento a nível dos EMs e da União que o regime existente fomentava o *dumping social* e a concorrência desleal que alertou para a necessidade de alteração do regime originário. Nesse sentido, e a título de exemplo, veja-se a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - *Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços Maximizar os benefícios e potencialidades e simultaneamente garantir a protecção dos trabalhadores* (COM/2007/0304 final).

[15] Isso não significa naturalmente que o incumprimento do direito comunitário não possa verificar-se a nível das condições trabalho em vigor no EM de acolhimento. Também o recurso ao falso trabalho independente constitui outro dos meios de fraude às normas do destacamento.

[16] Daí que a erradicação da fraude e do *dumping* social no quadro do destacamento apenas se afigure formalmente possível com a harmonização completa do custo do trabalho e com a sujeição do trabalhador destacado ao regime da segurança social do EM de acolhimento.

(i) Que trabalhador esteja inscrito no sistema de segurança social há, pelo menos, um mês antes do destacamento; ou seja, mesmo que o trabalhador tenha sido contratado com vista ao seu destacamento, deve exercer uma actividade subordinada no EM de origem durante aquele período mínimo (art. 12º, nº 1, do Regulamento 883/2004, e art. 14º, nº 1, do Regulamento 987/2009).

(ii) Que a empresa destacadora exerça normalmente uma actividade substancial no país de origem (art. 14º, nº 2; § 1 da Decisão nº A2, de 12-6-2009, da Comissão Administrativa para a Coordenação dos Sistemas de Segurança Social, relativa à interpretação do artigo 12º do Regulamento 883/2004)[17].

(iii) Que, durante o destacamento, se mantenha o vínculo de subordinação entre o trabalhador destacado e o respectivo empregador (art. 12º, nº 1; § 1 da Decisão nº A2, de 12-6-2009)[18].

(iv) Que a duração previsível do destacamento não exceda 24 meses (art. 12º, nº 1).

(v) Que o trabalhador destacado não vá substituir outro trabalhador destacado cujo período de destacamento atingiu o seu termo (art. 12º, nº 1)[19].

Uma das vias utilizadas para contornar as normas segurança social tem sido através do recurso às empresas "caixas de correio". Trata-se de empresas constituídas nos EMs em que as condições de

[17] Dispõe o Regulamento 1071/2009 (estabelece regras comuns no que se refere aos requisitos para o exercício da actividade de transportador rodoviário e revoga a Directiva 96/26/CE do Conselho) que as empresas que exercem a actividade de transportador rodoviário devem dispor de um estabelecimento efectivo e estável num EM (art. 3º, nº 1, alínea *a)*).

[18] Este requisito visa contrariar os efeitos dos destacamentos em cascata.

[19] A não observância de qualquer destas condições conduz à aplicação do direito da segurança social do EM de acolhimento.

trabalho e as prestações sociais são menos onerosas, com o objectivo único ou principal de permitirem disponibilizar trabalhadores para as empresas sediadas em EMs onde esses custos são mais elevados. Independentemente de tratar-se de empresas que, muitas das vezes, são constituídas ou detidas pela própria empresa a quem os serviços são prestados, de facto a sua actividade é nula ou irrelevante no EM onde formalmente estão estabelecidas.

Paralelamente, apesar de os trabalhadores ao serviço dessas empresas estarem registados como trabalhando de forma habitual no EM onde estão sediadas, na realidade a sua contratação tem como único ou principal objectivo disponibilizar trabalhadores para a empresa contraente exercer a sua actividade normal no EM onde está sediada. No plano formal, as duas empresas criam uma relação contratual sujeita à Directiva 96/71, de forma a que uma beneficie do regime mais vantajoso em vigor no EM da empresa subcontratante, muito embora não exerça aí qualquer actividade real.

O destacamento inter-grupo (art. 1º, nº 3, alínea *b),* da Directiva 96/71) é uma outra via para defraudar os sistemas de segurança social. É o que sucede quando uma empresa é criada num EM no âmbito do mesmo grupo económico com o objectivo de ser prestadora de serviços em benefício de empresas situadas noutro EM, destacando para o efeito os seus trabalhadores que continuam sujeitos ao regime de segurança social do EM de origem. Na realidade, os trabalhadores destacados trabalham habitualmente na empresa subcontratante (e de maneira permanente durante um período que não exceda dois anos) e não na empresa destacadora, o

que permite que aquela beneficie dos custo sociais praticados no EM de origem[20].

[20] Refira-se ainda que o actual mecanismo de controlo da inscrição dos trabalhadores destacados nos sistemas de segurança social não oferece condições que permitam assegurar a validade do destacamento. Com efeito, de acordo com o art. 19º, nº 2, do Regulamento 987/2008, a "pedido da pessoa interessada ou do empregador, a instituição competente do Estado-Membro cuja legislação é aplicável por força do disposto no título II do regulamento de base atesta que essa legislação é aplicável e indica, se for caso disso, até que data e em que condições". Independentemente de aquele Regulamento não fixar regras relativamente à respectiva emissão e controlo — conferindo assim uma grande margem de discricionariedade aos EMs, o que reflecte a autonomia de que estes gozam na organização dos sistemas de segurança social —, a declaração ou certificado (documento portátil A1) limita-se a confirmar que o interessado se encontra inscrito do sistema de segurança social do EM emitente (o EM de origem) e que, por isso, não está obrigado a fazer descontos para outro EM, designadamente o EM de acolhimento; cf. EUROFOUND*, Improving the monitoring of post workers in the EU*, 2020, p. 9 e s.

Enquanto relativamente às condições de trabalho está instituído um regime de cooperação entre os EMs com vista à obtenção de informações que permitam perseguir as prestações transnacionais abusivas ou ilegais (infra), no que respeita à segurança social vigora apenas um regime de informação que não tem em vista o controlo da regularidade do destacamento, mas apenas a obrigação de os EMs de origem informar os EMs de acolhimento sobre a situação do trabalhador em matéria de segurança social do trabalhador, concretamente sobre a data a partir da qual o trabalhador destacado em causa está sujeito a respectiva legislação (art. 20º do Regulamento 987/2009).

Por outro lado, o princípio da confiança consagrado no art. 5º do mesmo Regulamento — "os documentos emitidos pela instituição de um Estado-Membro que comprovem a situação de uma pessoa para efeitos da aplicação do regulamento de base e do regulamento de aplicação, bem como os comprovativos que serviram de base à emissão de documentos, devem ser aceites pelas instituições dos outros Estados-Membros enquanto não forem retirados ou declarados inválidos pelo Estado-Membro onde foram emitidos" — obsta a que a que as autoridades competentes do EM de acolhimento possam contestar a emissão do certificado A1, bem como averiguar se as contribuições são efectivamente pagas.

Por conseguinte, a emissão do certificado A1 não é condição de validade do destacamento, mas um simples meio de prova da sujeição ao direito da segurança social do EM que o emite, o que significa que o regime de coordenação relativo à segurança social não assegura qualquer verificação entre a emissão do certificado A1 e a declaração de destacamento no EM de acolhimento. Ou seja, a não apresentação daquele certificado não permite concluir pela irregularidade de destacamento. Pelo facto de não ser um elemento constitutivo do destacamento, de não constituir uma condição de aplicação da Directiva e de nem poder ser exigido previamente à deslocação do trabalhador, admite-se que o certificado A1

Em qualquer destas situações, os trabalhadores migrantes que deveriam estar sujeitos ao regime das contribuições sociais do EM de acolhimento (*lex loci laboris*) continuem subordinados ao direito do EM de origem durante um período que não exceda dois anos. Nestes casos, o recurso ao recrutamento transnacional de trabalhadores tem como objectivo evitar a aplicação da legislação da segurança social do EM onde exercem de forma estável a sua actividade, cujos efeitos negativos se fazem sentir a nível da perda de receitas fiscais[21].

seja emitido com efeitos retroactivos, isto é, após o início do período do destacamento (Tribunal de Justiça, acórdão *Barry Banks*, de 30-3-2000, C - 178/97, § 53).

Quanto à força probatória do modelo A1 (anterior E 101), o TJ pronunciou-se no acórdão *Fitzwilliam Executive Search*, de 10-2-2000 (C – 202/97), no sentido de que ele "estabelece uma presunção de regularidade da inscrição dos trabalhadores destacados no regime de segurança social do Estado-Membro onde está estabelecida a empresa de trabalho temporário", impondo-se por isso à instituição competente do EM no qual estão destacados esses trabalhadores (§ 53). Já no acórdão *Herbosch Kiere*, de 26-1-2006 (C – 2/05), decidiu que o modelo E 101 (actual A1) "vincula a instituição competente e os órgãos jurisdicionais do Estado para o qual os trabalhadores são destacados. Consequentemente, um órgão jurisdicional do Estado-Membro de acolhimento dos referidos trabalhadores não pode apreciar a validade de um certificado E 101 relativamente à declaração dos elementos nos quais se baseou a emissão do certificado, designadamente a existência de um vínculo orgânico".

Para compensar a reduzida eficácia do regime em vigor na perspectiva da eliminação da fraude no destacamento, a Recomendação nº A1, de 18-10-2017, da Comissão Administrativa para a coordenação dos sistemas de segurança social (relativa à emissão do atestado mencionado no art. 19º, nº 2, do Regulamento 987/2009 (2018/C 183/06)), sugere aos EMs a adopção de determinadas medidas a fim de evitar a falsificação do Documento Portátil A1, bem como a utilização de um questionário normalizado aquando do pedido para a respectiva emissão.

Aliás, no considerando 12 da Directiva 2014/67 refere-se que a falta do certificado relativo à legislação de segurança social aplicável em conformidade com o Regulamento nº 883/2004 "pode ser uma indicação de que a situação não deverá ser qualificada como um «destacamento temporário» num Estado-Membro que não aquele onde o trabalhador em questão exerce habitualmente a sua atividade profissional no âmbito da prestação de serviços".

[21] *Les travailleurs détachés*, Avis du Conseil économique, social et environnemental présenté par M. Jean Grosset, 2015, p. 26 e s.

2. O combate à fraude e o abuso no destacamento

Na sua versão originária, a Directiva 96/71 não conferia aos EMs os mecanismos necessários para assegurar um controlo efectivo das condições em que o destacamento se processava — designadamente, o cumprimento pela empresa destacadora das condições de emprego e de trabalho fixadas no EM de acolhimento, se a mesma exercia uma actividade substancial no EM de origem e não constituía uma simples organização fornecedora de mão-de-obra, ou se cumpria as obrigações relacionadas com a segurança social —, nem habilitava as autoridades nacionais e comunitárias a conhecer com rigor a verdadeira dimensão e impacto do fenómeno, como, aliás, vem reconhecido no considerando 5 da Directiva 2018/957 (que alterou a Directiva 96/71): "é da maior importância dispor de dados estatísticos suficientes e exatos no domínio do destacamento de trabalhadores, nomeadamente quanto ao número de trabalhadores destacados em setores laborais específicos e por Estado-Membro. Os Estados-Membros e a Comissão deverão recolher e controlar esses dados"[22].

Com efeito, a natureza transnacional deste tipo de actividade criava dificuldades de identificação e de controlo pelos EMs dos genuínos destacamentos; aliás, na sequência da admissão de novos

[22] A necessidade de superar esse desconhecimento já estava implícita no considerando 7 da Directiva 2014/67: "a fim de prevenir, evitar e combater a evasão e/ou abuso das regras aplicáveis por parte de empresas que tiram vantagens indevidas ou fraudulentas da liberdade de prestação de serviços consagrada no TFUE e/ou da aplicação da Diretiva 96/71/CE, haverá que melhorar a execução e o controlo da verificação do conceito de destacamento, bem como introduzir, a nível da União, elementos mais uniformes que facilitem uma interpretação comum".

EMs, em 2004, que originou um mercado interno com níveis de custos de trabalho substancialmente diferenciados, assistiu-se a uma intensificação da prática de abusos e ilegalidades. Embora, na sua versão primitiva, a Directiva consagrasse um sistema de cooperação transnacional de informações recíprocas (art. 4º), o certo é que a fiscalização das condições do destacamento constituía uma competência dos EMs que ficava aquém das necessidades de controlo a nível europeu, as quais exigiam mais do que uma simples troca de informações. Aliás, numa Comunicação de 2007, a Comissão reconhecia a existência de insuficiências que comprometiam a aplicação eficaz da Directiva 96/71[23].

Ora, tendo em vista assegurar de forma mais rigorosa o cumprimento do direito comunitário — basicamente, a tutela dos direitos dos trabalhadores destacados e a garantia de maior transparência na prestação transnacional de serviços —, foi adoptada a Directiva 2014/67 com vista a criar um sistema eficaz de controle da regularidade do destacamento[24]. Esta Directiva foi transposta pela Lei 29/2017 (alterada pelo Decreto-Lei nº 101-E/2020, de 7-12, que transpôs a Directiva 2018/957), pelo que será esta lei, republicada por aquele diploma, o objecto das considerações que se seguem[25].

[23] Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - *Destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. Maximizar os benefícios e potencialidades e simultaneamente garantir a protecção dos trabalhadores* (COM/2007/0304 final).

[24] Também a Directiva 2018/957 adoptou normas que completam e reforçam as medidas consagradas pela Directiva 2014/67.

[25] Transpõe a Diretiva 2014/67/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. De acordo com o disposto no seu art. 23º, a Directiva 2014/67 deveria ter sido transposta até 18-6-2016.

3. As medidas de controlo da regularidade do destacamento

Perante as situações de abuso e de concorrência desleal ocorridos na vigência da versão primitiva da Directiva 96/71 e as dificuldades com que se deparavam os EMs (de origem e de acolhimento) para assegurar a regularidade do destacamento[26], a Directiva 2014/96 veio consagrar um conjunto de medidas dirigidas a combater a aplicação disfuncional do regime existente. Para tal conferiu mais poderes e impôs mais obrigações aos EMs com vista a melhorar a execução, o controlo e a cooperação inter-comunitária. À semelhança da Directiva 2014/67, as medidas adoptadas pela Lei 29/2017 dizem respeito aos seguintes aspectos:

[26] Refira-se que a jurisprudência comunitária tem reconhecido o princípio da proibição do abuso do direito comunitário. Por exemplo, no acórdão *Centros*, de 9-3-1999 (C-212/97), o TJ sustentou que "um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias" (§ 24). No acórdão *Emsland-Stärke*, de 14-2-2000 (C – 110/99), afirmou que a "conclusão de que se trata de uma prática abusiva necessita, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado" (§ 52). "Por outro lado, requer um elemento subjectivo que consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção. A existência deste elemento subjectivo pode ser demonstrada, designadamente, pela prova de colusão entre o exportador comunitário, beneficiário das restituições, e o importador da mercadoria no país terceiro" (§ 53).

Expressamente, na Directiva 2014/67 alude-se no considerando 7 à necessidade "de prevenir, evitar e combater a evasão e/ou abuso das regras aplicáveis por parte de empresas que tiram vantagens indevidas ou fraudulentas da liberdade de prestação de serviços consagrada no TFUE e/ou da aplicação da Diretiva 96/71" e de "melhorar a execução e o controlo da verificação do conceito de destacamento, bem como introduzir, a nível da União, elementos mais uniformes que facilitem uma interpretação comum".

3.1. Identificação do verdadeiro destacamento

Compreende-se que uma das medidas dirigidas a impedir as práticas desleais diga respeito à verificação pelo EM de acolhimento das condições que caracterizam um verdadeiro destacamento[27].

Neste sentido, o art. 4º da Lei 29/2017 (art. 4º da Directiva 2014/67) enuncia, de forma exemplificativa, os critérios ou elementos que as autoridades nacionais responsáveis devem ponderar para determinar a autenticidade do destacamento[28]. Assim, relativamente ao trabalhador destacado, devem averiguar, entre outros aspectos, se é subordinado ou um falso trabalhador independente, ou se é temporária a prestação que executa (nº 1). E, por outro lado, se a empresa destacadora exerce efectivamente uma actividade real (isto é, de uma actividade que não seja de mera gestão interna ou administrativa) no EM de origem ou de

[27] De acordo com o art. 2º da Lei 29/2017, este dever de controlo por parte das autoridades nacionais abrange não só as situações de destacamento para o nosso país, como também as situações em que a entidade destacadora está estabelecida em Portugal.

Problema que a Directiva deixa por resolver tem a ver com a oposição entre a qualificação pelo EM de acolhimento de que a empresa destacadora não exerce uma actividade real no EM de origem e o reconhecimento por parte deste como sendo uma empresa com legitimidade para destacar trabalhadores; trata-se de uma discrepância cujos efeitos imediatos dizem respeito às receitas para a segurança social.

[28] "Os elementos enumerados na presente diretiva sobre a execução e o controlo do destacamento podem também contribuir para a identificação pelas autoridades competentes dos trabalhadores abusivamente declarados como trabalhadores por conta própria. … Uma maior clarificação e um melhor controlo do destacamento por parte das autoridades competentes aumentariam a segurança jurídica e constituiriam um instrumento útil para combater eficazmente o falso trabalho independente e garantir que os trabalhadores destacados não sejam abusivamente declarados como trabalhadores por conta própria, contribuindo assim para prevenir, evitar e combater a evasão às regras aplicáveis" (considerando 10 da Directiva 2014/67).

estabelecimento (nº 2), ou se é uma empresa mera caixa de correio[29].

Esse controlo consiste numa apreciação global dos elementos indicados pelo legislador, não sendo necessário que todos eles se verifiquem para determinar se a situação em causa é um verdadeiro ou um falso destacamento, ou se empresa satisfaz os requisitos exigidos para a prestação transnacional em causa (art. 4º, nº 3, da Lei 29/2017)[30].

Caso a entidade nacional competente apure que se verifica um destacamento fraudulento, o trabalhador tem direito às mesmas condições aplicáveis aos trabalhadores destacados (art. 4º, nº 4, da mesma lei).

3.2. Publicitação das condições de trabalho

O sistema existente revelava fragilidades no que respeitava ao conhecimento das condições de emprego e de trabalho que devem ser garantidas aos trabalhadores destacados; aliás, esse desconhecimento constituía uma das causas que estava na origem de situações de incumprimento do direito comunitário. Por isso, com

[29] Esclarece o considerando 8 da Directiva 2014/67 que "devem ser analisados pela autoridade competente do Estado-Membro de acolhimento e, caso necessário, em estreita cooperação com o Estado-Membro de estabelecimento, os elementos factuais constitutivos da natureza temporária inerente ao conceito de destacamento e a condição de que o empregador está efetivamente estabelecido no Estado-Membro a partir do qual aquele é realizado".

[30] É através do Sistema de Informação do Mercado Interno (Regulamento nº 1024/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25-10, relativo à cooperação administrativa («Regulamento IMI») que se processa o pedido e a troca de informações entre os diferentes EMs envolvidos no destacamento relativamente aos diferentes aspectos relativos ao controlo da respectiva regularidade.

vista a proporcionar maior transparência e acessibilidade a essas informações, o art. 5º da Lei 29/2017 (art. 5º da Directiva 2014/67) prescreve que a autoridade competente (a Autoridade para as Condições do Trabalho – art. 3º, nº 2) deve publicar, de forma clara e exaustiva, no site oficial a nível da internet, em língua portuguesa ou nas línguas mais pertinentes tendo em atenção a procura no mercado de trabalho, as informações relativas às condições legais e contratuais colectivas aplicáveis aos trabalhadores destacados no nosso país, bem como sobre as autoridades com competências no âmbito do destacamento.

3.3. Cooperação administrativa

De acordo com o art. 6º da Lei 29/2017 (art. 6º da Directiva 2014/67), a autoridade nacional a quem cabe a responsabilidade pela inspecção do cumprimento da Directiva 96/71 (art. 8º) deve cooperar com os outros EMs na aplicação do regime do destacamento, designadamente responder aos pedidos de informação provenientes das respectivas autoridades competentes, realizar as inspecções às situações de destacamento no nosso país[31], ou enviar a documentação solicitada[32]. No art. 7º estão fixados os prazos de

[31] Por regra, estas inspecções são da iniciativa da autoridade competente nacional; porém, podem ser realizadas a pedido das autoridades dos outros EMs (art. 8º, nº 2, da Lei 29/2017).

[32] Muito embora o controlo dos destacamentos para o nosso país seja da responsabilidade da autoridade nacional, pretende-se com o regime instituído (art. 7º da Directiva 2014/67 e art. 8º da Lei 29/2017) obrigar o EM de estabelecimento do empregador a acompanhar os destacamentos com origem no respectivo território.

resposta das autoridades nacionais aos pedidos de informação oriundos dos outros EMs.

No âmbito dessa cooperação, as autoridades nacionais devem disponibilizar informação relevante às autoridades do EM de acolhimento relativamente aos prestadores de serviços sediados no nosso país (art. 8º, nº 1). Mais especificamente, devem acompanhar e controlar a actividade da empresa destacadora de modo a garantir o cumprimento das condições que lhes são aplicáveis (art. 10º, nº 2).

3.4. Obrigações da empresa destacadora

A fim de garantir o cumprimento efectivo das normas relativas aos termos e às condições de emprego dos trabalhadores destacados para o nosso país, a empresa destacadora está sujeita a um conjunto de obrigações. Assim, nos termos do art. 9º, nº 1, da Lei 29/2017 deve apresentar até ao início da prestação uma declaração (em português) que contenha os elementos de identificação da relação de destacamento (alínea *a)*)[33], conservar e apresentar a documentação referente ao contrato de trabalho (alíneas *b)* e *c)*) e designar uma pessoa de ligação com a entidade competente do EM de acolhimento ou com os parceiros sociais em matéria de negociação colectiva (alínea *d)*)[34].

As mesmas obrigações recaem sobre a entidade destacadora

[33] Com efeito, a identificação do trabalhador destacado e o local de trabalho são dos principais elementos que possibilitam o controlo pelas autoridades nacionais competentes durante o período de destacamento.

[34] A entidade destacadora deverá informar logo que possível a autoridade nacional competente das alterações significativas introduzidas na declaração inicial.

quando estabelecida em Estados diversos dos EMs (art. 9º, nº 5).

Para além destas obrigações do prestador transnacional de serviços, a autoridade nacional pode realizar as inspecções que entenda necessárias (incluindo verificações aleatórias) para assegurar o cumprimento do regime em vigor, de forma a combater, entre outros aspectos, o trabalho não declarado ou o falso trabalho independente no quadro do destacamento (art. 10º)[35,36].

3.5. Defesa dos direitos dos trabalhadores destacados

Na sequência da Directiva 2014/67, o art. 11º, nº 1, da Lei 29/2017 confere aos trabalhadores destacados no território nacional o direito de apresentar queixas e recursos judiciais contra o empregador no caso de incumprimento das condições trabalho previstas no art. 7º do Código do Trabalho — e, de uma maneira geral, de violação de qualquer obrigação decorrente da respectiva relação laboral, ainda que o vínculo tenha cessado e/ou o trabalhador tenha regressado ao EM de origem (art. 11º, nº 4, da mesma Lei).

Além disso, confere-se às associações sindicais ou a outros terceiros que, de acordo com os respectivos estatutos, tenham interesse no cumprimento das regras relativas ao destacamento legitimidade para intervir em processos judiciais ou administrativos

[35] Como se prescreve no art. 10º, nº 2, da Lei 29/2017, as inspecções deverão incidir principalmente sobre os sectores em que se verifica concentração de trabalhadores destacados (avaliação do risco). Para essa avaliação dever-se-á atender aos aspectos indicados no nº 3 do art. 10º.

[36] Diversamente da Directiva 2014/67 — que admite que os EMs possam conferir aos parceiros sociais o direito de controlar as condições de trabalho dos trabalhadores destacados, quando fixadas por via contratual colectiva e realizar para o efeito inspecções (art. 10º, nº 4) —, a Lei 29/2017 não consagra semelhante competência fiscalizadora.

em nome ou em apoio do trabalhador (ou do empregador), desde que este tenha consentido expressamente nessa representação (art. 11º, nº 2)[37].

Tendo em vista reforçar o cumprimento prático e eficaz das regras do destacamento, em especial no âmbito das cadeias de subcontratação[38], a Directiva 96/71 prevê ainda a possibilidade de os EMs consagrarem um regime de responsabilidade solidária em benefício dos trabalhadores destacados, envolvendo o empregador e o contraente deste (art. 12º, nº 1)[39]. Nesse sentido, dispõe o art. 12º da Lei 29/2017 que o contratante a quem o serviço é prestado pelo empregador do trabalhador destacado (o prestador de serviços) é solidariamente responsável pelos "direitos do trabalhador adquiridos no âmbito da relação contratual entre o contratante e o prestador de serviços, enquanto subcontratante direto", relativos ao não pagamento de remunerações líquidas em atraso (art. 12º, nº 1 e 2, da Lei 29/2017)[40].

[37] Dado que a intervenção do trabalhador ou de terceiro é regulada pela lei nacional, essa defesa de direitos está sujeita às regras relativas à representação e defesa nos tribunais e aos prazos de prescrição ou de caducidade previstos para este tipo de acções.

[38] Com efeito, no quadro das cadeias de subcontratação os trabalhadores destacados são confrontados frequentemente não só com o incumprimento das regras em vigor, mas também com enormes dificuldades em conseguir o ressarcimento dos seus direitos.

[39] "O respeito das regras aplicáveis no domínio do destacamento e a proteção efetiva dos direitos dos trabalhadores neste contexto são particularmente importantes nas cadeias de subcontratação e deverão ser assegurados através de medidas adequadas em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais e com observância do direito da União" (considerando 36). Por isso, "o cumprimento eficaz das regras substantivas no domínio do destacamento dos trabalhadores para a prestação de serviços deverá ser assegurado através de ações específicas que visem a execução transfronteiriça das sanções administrativas de caráter pecuniário e/ou coimas impostas" (considerando 40 da Directiva 2014/67).

[40] A Directiva 2014/67 admite que os EMs possam isentar do regime de

Deste modo, o legislador nacional usou da faculdade conferida pela Directiva (art. 12º, nº 4, segundo período) e aplicou o regime de responsabilidade solidária a todos os sectores de actividade (art. 12º, nº 1, da Lei 29/2017)[41]. No entanto, não fez uso da possibilidade (art. 12º, nº 4, primeiro período, da Directiva) de estender o mesmo regime para além das relações subjectivas entre o empregador do trabalhador destacado e o seu contraente directo, ou seja, para além da contratação de primeiro grau (art. 12º, nº 2, da Lei 29/2017).

3.6. Execução transfronteiriça das sanções administrativas

A cooperação e assistência mútua entre os EMs não se limita ao pedido de informações e de inspecções das condições laborais dos trabalhadores destacados. Prevê-se agora um sistema que permite a notificação e execução transfronteiriça das sanções pecuniárias de carácter administrativo e/ou as coimas impostas pelas autoridades administrativas ou judiciais nacionais competentes, estejam os prestadores estabelecidos em Portugal ou noutros EMs (art. 13º, nº 1, da Lei 29/2017)[42].

responsabilidade solidária o contraente que haja cumprido diligentemente as suas obrigações (art. 12º, nº 5).

[41] Na sua versão primitiva, a Directiva 96/71 apenas obrigava os EMs a aplicar semelhante regime de responsabilidade do subcontraente no quadro das actividades de construção mencionadas no respectivo anexo.

[42] "O facto de os Estados-Membros se confrontarem ainda com numerosas dificuldades na cobrança de sanções administrativas e/ou coimas transfronteiriças suscita preocupação, pelo que o reconhecimento mútuo de sanções administrativas e/ou coimas deve ser abordado". "As disparidades entre os sistemas dos Estados-Membros para aplicar as sanções administrativas e/ou as coimas impostas em situações transfronteiriças são prejudiciais ao bom funcionamento do mercado interno e podem dificultar ou mesmo impossibilitar a garantia de que os

Relativamente ao destacamento de trabalhadores no nosso país, se as autoridades nacionais se depararem com a impossibilidade de notificar o prestador de serviços de uma decisão que impõe uma sanção ou de executar as coimas aplicadas devem requerer às autoridades do EM de estabelecimento que proceda a essa notificação ou cobrança (arts. 15º e 16º da Lei 29/2017)[43].

Os montantes cobrados respeitantes às sanções pecuniárias de carácter administrativo ou coimas revertem a favor da autoridade requerida; são cobrados em euros, mas se for necessário, a mesma entidade procede à conversão do montante da sanção na moeda do Estado requerido (art. 19º da Lei 29/2017).

Conclusão

O combate à fraude e ao abuso no destacamento transnacional de trabalhadores não se resume à Directiva 2014/67. Por um lado, a Directiva 2018/957 (que alterou a Directiva 96/71) e a Directiva 2020/1057 (relativa ao destacamento de condutores no sector rodoviário) vieram conferir maior eficácia ao regime (esta última,

trabalhadores destacados gozam de um nível de proteção equivalente em toda a União" (considerandos 38 e 39 da Directiva 2014/67).

O art. 14º da Lei 29/2017 define os elementos do instrumento uniforme que deve ser adoptado para dar cumprimento ao disposto relativo à execução e notificação transfronteiriça das sanções administrativas ou judiciais.

De acordo com o art. 20º da mesma Lei (art. 21º da Directiva 2014/67), o sistema de cooperação administrativa e de assistência mútua entre os EMs devem ser executados através do Sistema de Informação do Mercado Interno (IMI) estabelecido pelo Regulamento 1041/2012.

[43] Na linha do direito comunitário, nos arts. 17º e 18 da Lei 29/2017 estão previstas as situações em que a autoridade nacional pode recusar proceder à notificação ou suspender a execução da sanção requeridas por outro EM.

aliás, relativamente a um sector onde o incumprimento das normas adquiria uma dimensão muito relevante).

Por outro lado, a Autoridade Europeia do Trabalho, instituída pelo Regulamento 2019/1149, de 20-6, do Parlamento Europeu e do Conselho — que tem por objectivo prestar "assistência aos Estados-Membros e à Comissão em matérias relacionadas com a aplicação e o cumprimento efetivos do direito da União no que respeita à mobilidade laboral transfronteiriça em toda a União e à coordenação dos sistemas de segurança social na União Europeia" (art. 1º, nº 2), designadamente as directivas sobre o destacamento (art. 1º, nº 4, alíneas *a)* e *b)*) — vem facilitar o acesso por parte do trabalhadores e das empresas à informação dos seus direitos e deveres, e promover uma maior cooperação entre as autoridades competentes dos EMs.

Além disso, a Directiva 2019/1152, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia (que apenas produz efeitos a partir de 1-8-2022), visa igualmente promover o conhecimento pelos trabalhadores das condições de trabalho aplicáveis nas situações de destacamento. Neste sentido, impõe aos EMs (art. 7º) que assegurem que o empregador faculte aos trabalhadores destacados, antes da respectiva partida, os documentos referidos no art. 5º, nº 1, e que tais documentos contenham, pelo menos, as informações adicionais enumeradas no art. 7º, nº 1 e 2: *a)* o país ou países onde o trabalho deve ser prestado e a sua duração prevista; *b)* a moeda em que será paga a remuneração; *c)* se aplicável, as prestações pecuniárias ou em espécie decorrentes do trabalho prestado; *d)* informação que indique se está prevista uma repatriação e, em caso afirmativo, as condições

de uma tal repatriação; *e)* a remuneração a que têm direito nos termos da legislação do EM de acolhimento; *f)* se aplicável, eventuais subsídios inerentes ao destacamento e reembolso de despesas de viagem, alojamento e alimentação; e *g)* a ligação para o sítio Web nacional único oficial criado pelo EM de acolhimento, nos termos do art. 5º, nº 2, da Diretiva 2014/67.

Por fim, a entrada em funcionamento, em 2019, do sistema de intercâmbio electrónico de dados de segurança social (*Electronic Exchange of Social Security Information* (EESSI)) permite uma troca mais rápida de informações entre as instituições de segurança social, com vista a reforçar a protecção dos direitos dos cidadãos em matéria de segurança social além fronteiras e a ajudar na luta contra a fraude. Neste sentido, a proposta de alteração do sistema de coordenação dos sistemas de segurança social, apresentada pela Comissão em 2016, em especial do art. 12º do Regulamento 883/2004 (COM (2016) 815 final) — que continua a ser objecto de discussão —, visa clarificar as relações entre aquele regulamento e a Directiva 96/71, reforçar "as regras administrativas em matéria de coordenação da segurança social no que respeita ao intercâmbio de informações e à verificação do estatuto desses trabalhadores face à segurança social, a fim de prevenir eventuais abusos ou práticas desleais", e a conferir "novos poderes de execução à Comissão nos termos do artigo 291.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), com vista a aprofundar a especificação de modalidades uniformes de emissão, verificação e revogação do documento portátil A1 (DPA1, um certificado relativo à legislação de segurança social que se aplica ao seu titular)" (*loc. cit.*, p. 3).

Bibliografia

EUROFOUND, *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union*, 2016.

EUROFOUND, *Improving the monitoring of post workers in the EU*, 2020.

FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia (Directiva 96/71 revista)* (no prelo).

WISPELAERE, FREDERIC de /JOZEF PACOLET, *Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2017*, Network Statistics FMSSFE, Comissão Europeia, Outubro de 2018.

Les travailleurs détachés, Avis du Conseil économique, social et environnemental présenté par M. Jean Grosset, 2015.

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY & LABOR COMPLIANCE

Guilherme Dray *

Summary: 1. Introduction: Labor Law as a fair balance between the protection of the employee and the employers 'freedom of management. 2. The importance of soft law for labor compliance. 3. Types of soft law: corporate codes of conduct and collective agreements. History and importance. 4. The concept of Corporate Social Responsibility. 5. Principle of equality and affirmative actions: the golden combination between hard law and soft law. 6. Conclusion.

Abstract:

This article is about the golden combination between hard law and soft law. It describes the importance of soft law to complement the traditional law regarding labor issues. It stresses that the respect for the principle of equality, the implementation of anti-harassment policies as well the promotion of a culture of decent jobs can be better enforced with the collaboration of the corporations. The corporate social responsibility agenda, combined with the adoption of codes of conduct and the conclusion of collective agreements, can be very helpful for labor compliance, for the welfare of the employees, and for the corporations 'competitiveness.

Resumo:

O presente artigo versa sobre a combinação de ouro entre *hard law* e *soft law* no domínio do Direito do Trabalho. Descreve a importância da *soft law* para complementar a lei tradicional em questões laborais e sublinha que o respeito pelo princípio da igualdade, a implementação de políticas e combate ao assédio, bem como a promoção de empregos dignos, podem ser mais bem cumpridos com a colaboração das empresas. A agenda de responsabilidade social corporativa,

* Guilherme Dray is Phd in Law, Professor of Law at the Faculty of Law of the University of Lisbon, Researcher at the Private Law Research Center, Member of the Governing Bodies of the Labor Law Institute, author of several books and monographies, and Lawyer/Partner at the Law Office Macedo Vitorino & Associados. Was Visiting Professor at Georgetown University, USA.

combinada com a adoção de códigos de conduta e a celebração de convenções coletivas de trabalho, pode ser muito útil para o cumprimento da lei laboral, para o bem-estar dos trabalhadores e para a competitividade das empresas.

1. Introduction: Labor Law as a fair balance between the protection of the employee and the employers 'freedom of management

I. Employment and labor law is the legal branch that governs the individual relationship between employer and employee, including their rights and duties, as well as the collective relationship between unions and employers. Employment law governs the employment contract, which is the contract that covers the work phenomena ([1]).

Historically, employment and labor law emerged in the 19th Century as an instrument to protect the weaker party to the employment relationship – the employee – against an unlimited number of working hours, work accidents, low salaries, infant work, and work devoid of human conditions. From those concerns steamed a group of rules and principles – a floor of rights ([2]) – aimed at the protection of the employee in several areas: limitation of working hours, health and safety protection, prohibition of infant work, establishment of minimum wages, the right to rest and to leisure,

[1] See GUILHERME DRAY, in collaboration with CATARINA GRANADEIRO, *An Introduction to Portuguese Employment & Labour Law,* 2nd Edition, Almedina, Coimbra, 2020, p. 17.

[2] See SIMON DEAKIN / GILLIAN MORRIS, *Labour Law*, 3rd edition, Butterworths, London, 2001, pp. 20 et seq.

prohibition of unfair dismissals, protection in the event of maternity and a plethora of other rights and guarantees ([3]).

The basic tenet of labor and employment law is therefore to keep workers safe and to make sure they are treated fairly and with dignity. That is the basic idea of the Employment Law, its magnetic North, and its "divine particle" ([4]).

II. Nevertheless, the interests of the employer should not be forgotten. While the underlying goal of employment and labor law is to protect employees, modern employment law also entails to protect the employer´s freedom of management and to promote flexible employment relations ([5]). The idea is rather intuitive: without employers and wealthy corporations there is no job market and no job opportunities. For that reason, despite its underlying goal of protecting the employees, employment and labor laws must above all strike a fair balance between this protection, on one hand, and the employer´s freedom of management, on the other ([6]).

In other words: although the basic idea of employment is the protection of the weaker party to the employment contract – the employee ([7]), employment law also pertains to guarantee the regular

[3] See ALVIN L. GOLDMAN / ROBERTO L. CORRADA, *Labor Law in the USA*, Third Revised Edition, Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2011, pp. 21 et seq.

[4] See Guilherme DRAY, *O Princípio da Proteção do Trabalhador,* Almedina, Coimbra, 2015, p. 853.

[5] See GUILHERME DRAY, *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, cit., pp. 399 et seq.

[6] See See Guilherme Dray, in collaboration with Catarina Granadeiro, *An Introduction to Portuguese Employment & Labour Law,* cit., p. 19.

[7] See Manfred Weiss, "Re-Inventing Labour Law?", *The Idea of Labour Law*, Edited by Guy Davidov & Brian Langille, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, pp. 43-57.

performance of the corporation. To that purpose, the law also contains several norms regarding the employer´s power of management, allowing him/her to exercise the directive power, which is the power to control and command the employee´s performance; the regulatory power, which is the power to issue internal rules or to approve personal policy handbooks; as well as the disciplinary power, which means that in the event of employee´s misconducts the employer may apply disciplinary sanctions or penalties against him/her, following an internal disciplinary procedure and without the previous intervention of a court.

III. The critical point is thus to find a fair balance between these two concerns: on one hand, to protect the employee and build decent jobs; on the other, to give the employer the instruments he/she needs to freely manage the work production.

That is the cornerstone and the main purpose of employment and labor laws ([8]): to build decent and inclusive jobs, without jeopardizing the business productivity.

To reach that fair balance, we may use several instruments. We may use *hard law*, which comprehends all the legal acts issued by State actors, such as international covenants and national laws; but we may also use *soft law*, issued by non-State actors, such as codes of conduct or collective agreements concluded by corporations and unions.

[8] See Harry Arthurs, "Labour Law after Labour", *The Idea of Labour Law*, cit., pp.190-208.

The combination between these two types of norms can be crucial to build a new paradigm, in which the importance of corporate social responsibility in building a welfare society for all workers can be stressed. Issues such as diversity and inclusion, decency and well-being, employees 'training and learning, right to privacy, and data management, can be best enforced with the golden combination between *hard law* and *soft law*; between the State and private companies. Instead of thinking in the old way, where the traditional distinction between employers and employees use to be stressed and all problems should be solved through traditional laws approved by Governments or Parliaments, we may think on a new world based on sharing, common values, and cooperation aimed at the common good.

The use of *soft law* may be critical for labor law compliance. If we encourage the employer to enact corporates codes of conduct or to conclude collective agreements to build better jobs and decent works, we are bringing him/her to the "bright side of the moon", instead of stressing the traditional division between capital and work.

The corporate social responsibility and the suggestion that corporations must maximize the value for all stakeholders, including workers, can greatly contribute to reach a fair balance between the protection of the worker and the freedom of management.

2. The importance of soft law for labor compliance

I. The principle of equality, the prohibition of harassment, the right to privacy, the data protection, as well as other social subjects can be enforced both by the State or by private agents. In that sense, specifically in the common law legal systems ([9]), it is usual to distinguish between *hard law* and *soft law*.

Hard law can be defined as the normative act issued by State actors, usually through legislative decrees. Thus, *hard law* contains the characteristics of generality and abstraction. It is applied to all situations and to all persons whose actions are under the scope of legal rules. *Hard law* is also coercive, normative, and legally binding. It is mandatory for everyone and can be enforced by the State and its institutions, such as the courts. If the obligations of a specific law are breached, the State can, therefore, impose sanctions against the citizen or the corporation that violated it. *Hard law* can be both issued by international actors or by national actors, such as legislative parliaments or governments.

Differently, *soft law* is issued by non-State actors and it is not binding for the generality of the population. Usually, *soft law* is delivered by corporations or non-governmental organizations or arises from collective bargaining concluded between employers and trade unions. *Soft law* includes all the non-legally binding instruments frequently used by non-State actors such as corporations, non-governmental organizations (NGO's) and trade

[9] About the distinction between common law systems and civil law systems, see DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado,* Vol. I, 4ª edição, Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 63 et seq.

unions. It includes, namely, *corporate codes of conduct*, *international framework agreements* and *collective agreements* ([10]). All of them are self-regulatory instruments adopted on a voluntary basis and, for that reason, they are not legally binding for the generality of the population ([11]).

II. The adoption of *codes of conduct* and *international framework* agreements are a phenomenon that has been intensified over the last 30 years and appeared both as a response to the failure of public actors to adopt legally binding rules on social matters. They can be also understood under the social responsibility awareness of multinational companies and the advent of the concept of "Corporate Social Responsibility" ([12]). Contrarily, collective agreements have existed for over a century since the late 19th century. They have a history and a past full of experiences and advancements.

Corporate codes of conduct are unilateral statutes approved within a corporation with a set of principles and rules intended to govern the way corporations should behave toward their stakeholders, as well as the way stakeholders (especially employees) should conduct themselves in relation to the institution and to one

[10] See Isabelle Duplessis, "Soft Law and international labour law", *in Labour Law: Its role, trends and potential,* Labour Education, 2-3, nº 143-144, 2006, pp. 37-46, p. 37.

[11] See Guilherme Dray, *Equality, Welfare State & Democracy*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 41 et seq.

[12] See I. Schömann et al., *Codes of Conduct and International Framework Agreements: New Forms of Governance at Company Level,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, p. 105.

other ([13]) ([14]). They often put emphasis on the social responsibility of companies and are a central tool of the above mentioned Corporate Social Responsibility agenda.

On a different level, *international framework agreements* are agreements concluded between multinationals and global trade unions on an international level. They represent the result of social dialogue at a transnational level, namely as a method to promote and execute the core labor standards of the International Labor Organization (ILO). They are more ambitious than the unilateral codes of conduct since they include multiple stakeholders at a multinational and international level. The agreements are suitable to fill the governance gap between the transnational multinationals and the traditionally national social actors ([15]) and are mandatory *inter alia*.

Finally, *collective agreements* are arrangements concluded between employers and trade unions. They are the outcome of a collective bargaining process. They usually contain rules to complement labor laws, which are generally more favorable for the

---

[13] See J. Murray, *Corporate Social Responsibility: An Overview of Principles and Practices,* Policy Integration Department – World Commission on the Social Dimension of Globalization, International Labour Office, Geneva, Working Paper nº 34, 2004.

[14] See A. Carson, M. Scott & Baetz and S. McGill, *Codes of Conduct in the Private Sector*

– *A Review of the Academic Literature from 1987 to 2007,* 2, 2008, quoted by Antonio GarciaMuñz Alhambra, Beryl ter Haar and Attila Kun, *in* "Soft on the Inside, Hard on the Outside: An Analysis of the Legal Nature of New Forms of International Labour Law", cit., p. 339.

[15] See D. STEVIS, *International Framework Agreements and Global Social Dialogue: Parameters and Prospects,* ILO Multinational Enterprises Program, Job Creation and Enterprise Development Department. Employment Sector, Employment Working Paper, nº 47, 2010, p. 2.

employees than pre-existing rules stated in labor laws. Commonly, they are approved at a company level, but they can as well be approved to be applied on a whole sector of activity or for a specific profession. Usually, they contain rules about fringe benefits, wages, careers, and working time arrangements. Collective agreements come from collective bargaining. Historically, it is common to say that the United States (U.S.) has a long tradition of it and played a very important role for its advancement ([16]). Indeed, in the U.S., collective bargaining started in the late 18th Century by labor union leader Samuel Gompers, the founder of the American Federation of Labor (1886) ([17]). The success of collective bargaining in the U.S. created the environment for its consolidation all over the western world and for its proclamation in the United Nations covenants on labor issues ([18]).

These three types of treatises – *codes of conduct*, *international framework agreements*, and *collective agreements* – differ from State laws. As we said above, they are not binding for the generality of the population and do not benefit the traditional judicial coercion to enforce the Rule of Law. They are only binding for those who issue them or conclude it. Although, they can play a very important role in promoting equality and non-discrimination, in avoiding harassment at work, in seeking inclusion, and in protecting the employees' fundamental rights. They can do it, either by creating new rules

[16] See MELVYN DUBOFSKY, JOSEPH A. MCCARTIN, *Labor in America: A History*, 9th Edition, Wiley Blackwell, May 2017, pp. 223 e ss.

[17] See SAMUEL GOMPERS, *Seventy Years of Life and Labor: An Autobiography,* E.P. Dutton and Co., New York, 1925.

[18] See GUILHERME DRAY, *The Influence of the United States of America on Reaffirming the Principle of Equality in Portuguese Speaking e Countries,* Almedina, Coimbra, pp. 35 et seq.

beyond the norms stated in national laws, or by implementing schemes or programs of affirmative actions to lift groups of people that traditionally are disadvantaged and excluded from the labor market, such as women and racial minorities.

III. Given the fact that *soft law* is not legally binding for all the people, it is common to argue that the laws approved by the State tend to be more effective from a legal perspective, and that social matters are usually best regulated by these legal binding acts, including international standards or national rules ([19]). Nevertheless, even in the civil law regimes (such as the Portuguese) where the law is the most important source of norms, the use of non-legally binding instruments and the so-called *soft law* should not be diminished, since they can also have an important role by complementing the laws, adapting them to some specific environments, and making them better enforced. Labor compliance is easier whenever it is based on a compromise of the corporation in doing it ([20]). On the other hand, even if in a more circumspect level, *soft law* can have normative effect as well. Although it is not legally binding for all the people, *soft law* is at least mandatory for those who issued or approved these instruments. And whenever they are concluded by

[19] See ANTONIO GARCIA-MUÑZ ALHAMBRA / BERYL TER HAAR AND ATTILA KUN, "Soft on the Inside, Hard on the Outside: An Analysis of the Legal Nature of New Forms of International Labour Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial relations,* Wolters Kluwer, Law and Business, 2011, pp. 337-363.

[20] See R. J. DUPUY, "Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to 'Soft Law'", in *Declarations on Principles, a Quest for World Peace (Liber Röling),* eds. R.J. Akkerman, P.J. van Krieken & Ch. O. Pannenborg, Leyden, Sijthof, 1977, p. 248: J. Klabbers, "The Undesirability of Soft Law", *Nordic Journal of International Law,* 67, 1988, pp. 381-391.

two parties, they cannot be changed unilaterally without a mutual agreement, under the *pacta sunt servanda* legal principle (article 406.º of the Portuguese Civil Code). Moreover, under the Portuguese Law, the collective agreements are considered as a specific source of law, being mandatory for the employees and the unions who have signed it (articles 1st and 2nd of the Portuguese Labor Code) ([21]).

IV. The simultaneous application of *hard law* and *soft law*, side by side, can better promote a fair balance between dignity at work and freedom of management. The reason is simple to comprehend: if the employer enacts corporates codes of conduct or concludes collective agreements with the unions, he/she will be better motivated to comply with the law and its own regulations. By inviting him/her to do it, we are bringing the employer to the right track and stepping forward to improve the working conditions.

In a nutshell, the combination between *hard law* and *soft law* can reduce the difference between the law in books and the law in action and can better enforce the application of the labor law. Whenever soft law goes further and complements *hard law*, we may reach better results and go beyond the minimum standards expressed at the traditional labor law. Being an assumption applied to all branches of law, this combination can be particularly successful when it comes to employment and labor law.

[21] See LUÍS GONÇALVES DA SILVA, em *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME MACHADO DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1034 e ss.

The Corporate Social Responsibility theory in the light of which corporations must follow other interests beyond the interests of the capital, the shareholders, and the management team, can give a huge contribution to labor compliance.

3. Types of soft law: corporate codes of conduct and collective agreements. History and importance.

I. As referred above, *soft law* includes *codes of conduct*, *international framework agreements* and *collective agreements*.

The adoption of *codes of conduct* and *international framework* agreements are a phenomenon that has been intensified over the last 30 years and appeared both as a response to the failure of public actors to adopt legally binding rules on social matters. They can be also understood under the social responsibility awareness of multinational companies and the advent of Corporate Social Responsibility" ([22]). Contrarily, *collective agreements* have existed for over a century since the late 19th century. They have a history that should be stressed.

These three types of treatises – *codes of conduct*, *international framework agreements*, and *collective agreements* – differ from State laws. As we said above, they are not binding for the generality of the population and do not benefit the traditional judicial coercion to enforce the Rule of Law. They are only binding for those who issued them or those who are represented by the corporation or the

[22] See I. SCHÖMANn et al., *Codes of Conduct and International Framework Agreements: New Forms of Governance at Company Level,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, p. 105.

trade union that concluded the negotiations. Although, they can play a very important role in promoting equality and non-discrimination, in avoiding harassment at work, and in protecting the employees' personal data, as well as other fundamental rights. They can do it, either by creating new rules beyond the national laws and adapting them to the specific environment of those corporations, or by implementing policies of affirmative actions to bring to the employment market groups of people that traditionally were excluded from the access to some jobs, namely women and racial minorities. As we expressed above, the U.S. had a pioneering role both in collective agreements and in corporate governance studies and both methods can be tremendously important for the enforcement of dignity and citizenship at the workplace. The importance and the magnitude of collective agreements justifies some specific words on its history. After exploring its history, we will stress the importance of the U.S. on the utilization of corporative codes of conduct.

II. The U.S. has indeed a long tradition in collective bargaining and currently its employment system is characterized by the set of rules and principles arising from a symbiotic relationship between trade unions activities and those of the companies comprising the industrial system of the country ([23]). Since the enactment of the

[23] See WILLIAM B. GOULD IV, *A Prime from American Labor Law, fourth edition,* MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology, 2004, p. 1. See also MELVYN DUBOFSKY / JOSEPH A. MCCARTIN, *Labor in America: A History*, 9th Edition, Wiley Blackwell, May 2017, pp. 223 e ss.

Wagner Act of 1935 ([24]), the importance of collective agreements is clear and plays a key role in the country's economic development, allowing the industrial sector to work freed from strikes and situations of labor turmoil ([25]). Nowadays, we have in the U.S. an employment framework legal system essentially based on collective negotiation rather than on the law; a system that stems from negotiations initiated by trade unions, particularly in the railway and car manufacture industries; a system where dispute resolution is achieved through private arbitration, rather than through direct litigation in courts ([26]); and a system containing different levels of legislative sources that regulate labor relationships, both in the Federal Government and the Federal States. The current two biggest areas of intervention on Labor Law in the U.S. concern equality and non-discrimination, on one hand, and collective bargaining, on the other hand ([27]): in the first case, because of equality and non-discrimination, as well as the meritocracy, are crucial for social mobility and the so-called *American Dream*; in the second case, because collective bargaining is at the heart of labor relations, which should be peaceful and economically productive ([28]). These two

[24] Cf. LAWRENCE M. FRIEDMAN, *American Law in the 20*th *Century,* Yale University Press, New Haven and London, 2002, p. 167.

[25] On the history of "*American Labor Law",* see ROBERT A. GORMAN / MATTHEW W. FINKIN, *Basic Text on Labor Law, Second Edition,* Thomson West, United States of America, 2004, pp. 2 et seq.

[26] See GUILHERME DRAY, *The Influence of the United States of America on Reaffirming the Principle of Equality in Portuguese Speaking Countries,* Almedina, Coimbra, 2017, pp. 23 e ss.

[27] On U.S. Labor Law History, see David E. Strecker, *Labor Law. A Basic Guide to the National Labor Relations Act,* CRC Press, Taylor & Francis Group, Boca Raton, London, New York, 2011, pp. 11 et seq.

[28] See DAVID E. STRECKER, *Labor Law. A Basic Guide to the National Labor Relations Act,* p. 2.

subjects can also be put together since several collective agreements states on equality matters and contain affirmative action schemes.

III. More recently, the U.S. also played a very important role on the appearance of corporative codes of conduct, since it was a U.S. company – *General Motors* – who first adopted and disclosed a Corporate Governance Code (1992). Likewise, to a large extent, the attention that is given by corporations to the phenomenon of social responsibility also arises from the U.S. market, which brought winds of change in this respect ([29]).

IV. Indeed, although the existence of Government Federal Laws and State Laws on equality and non-discrimination and other labor topics, there are still discrimination regarding the access to employment and problems of enforcement related to other labor issues. In that context, the approval of codes of conduct and the corporations´ acknowledgement that the adoption of equality policies and the hiring of disadvantaged groups are useful for the development of their business, can help the enforcement of equality laws. The same can be said regarding anti-harassment and data protection policies. The voluntary adoption of good practices by big corporations is a current trend. Today, many businesses are powerful allies of equal opportunity, hiring racial minorities, improving job conditions, and providing access to disabled people. They do it on a voluntary basis, without judicial coercion or the threat of litigation.

[29] Cf. Guilherme Dray, *Equality, Welfare State & Democracy*, cit., pp 53 et seq.

Large corporations that perform in the global marketplace are opened to increase diversity and cross-cultural experience in their businesses ([30]). The advent of the Corporate Social Responsibility concept helped to build that path.

4. The concept of Corporate Social Responsibility

I. The concept of Corporate Social Responsibility began in the 1980s of the 20th Century and the goal was simple: more than simply obtaining a shareholder value, the main purpose of corporate governance should be to get it to all stakeholders. From this perspective, besides being concerned about their members and shareholders, companies' management should also be concerned with wealth creation, likely to be distributed among all those that are part of the company, such as the employees, the suppliers, the local community, the creditors and, ultimately, the State itself (Stakeholder value) ([31]). Thence, the appeal to business ethics and

[30] See RICHARD THOMPSON FORD, "Discounting Discrimination: Dukes v. Wal-Mart Proves that Yesterday's Civil Rights Laws Can't Keep Up with Today's Economy", *Harvard Law & Policy Review*, *Jobs and the American Worker,* Volume 5, No. 1, Winter 2011, Cambridge, Massachusetts, 2011, available at http://web.archive.org/web/20120625043058/http://hlpronline.com/2011/06/discountingdiscrimination/.

[31] In this regard, see MICHAEL C. JENSEN, "*Value Maximization, Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function",* October 2011, *Negotiation, Organization and Markets Unit Harvard Business School*, *Working Paper* nº 01-09, Monitor Company and M. C. Jensen, 2002, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=220671.

the defence of employee's citizenship at work increased in Western countries, very much due to corporate governance scholars ([32]).

II. Within the past few decades, large corporations have become increasingly aware of their social and moral responsibility, which has consequently improved labor enforcement in the workplace, based on the implementation of equality policies, anti-harassment codes, and data protection rules. Currently, the concern of corporate managers for the compliance of civil and labor rules on their relationship with the staff, the neighborhood, and the local communities is increasing, and they are more conscious that unfair methods of work may lead to less productivity from the employees, press campaigns, boycotts and other direct actions launched by trade unions, consumers, or other stakeholder´s associations ([33]).

The corporate social responsibility involves a wide range of practices that go beyond legal requirements and are adopted on a voluntary basis. They deal with bribery and corruption, respect of human rights, right to privacy and data protection, community involvement and environment protection, as well as human resources management, employment conditions and prevention against harassment and discrimination ([34]).

[32] Cf. Guilherme Dray, *Equality, Welfare State & Democracy*, cit., pp. 54 et seq.

[33] See JEAN-MICHEL SERVAIS, "International Labor Standards and Corporate Social Responsibility", *Bulletin of Comparative Labor Relations,* Kluwer Law International, Netherlands, No. 55, 2005, pp. 21 et seq.

[34] See JEAN-MICHEL SERVAIS, "International Labor Standards and Corporate Social Responsibility", cit., p. 22.

Therefore, the respect for minimum labor standards can be (and should be) part of the Corporate Social Responsibility" ([35]).

Generally, these labor standards include the elimination of discrimination in employment; the prohibition of harassment at the workplace; the abolition of forced labor and child labor; the freedom of association; and the free collective bargaining, among others.

Thus, the role played by companies in promoting equality, dignity at work and social progress is increasingly a reality. Nowadays, more than be part of the problem, corporations can be part of the solution. The growing popularity of Corporate Social Responsibility is partly premised on the belief that modern corporations have the financial resources, human capital, and global influence to advance progressive causes ([36]). The role played by several U.S. associations in this field, such as the case of the American Bar Association, founded in 1878, through its Equal Employment Opportunity Commission, has also been determinant ([37]).

---

[35] In this regard, see ERIC OGILVIE-BROWN, "Corporate Social Responsibility: An Integral Element Rather than a Bolt-on Option", *Rethinking Corporate Governance, Bulletin of Comparative Labor Relations,* Kluver Law International BV, Netherlands, 2011, pp. 165 et seq. The author defends that, "*Corporate Social Responsibilities (CSR) is an integral part of the day-today planning and operation of a successful business*".

[36] See AARON K. CHATTERJI / BARAK D. RICHMAN, "Understanding the "Corporate" in Corporate Social Responsibility", *Harvard Law & Policy Review*, *Progressive Visions of The Corporation,* Volume 2, No. 1, available at http://web.archive.org/web/20120625075725/and www.hlpronline.com/Chatterji_Richman_HLPR.pdf.

[37] In this regard, see the official website of the *American Bar Association* (ABA), available at http://www.americanbar.org/groups/labor_law/committees/eeocom.html.

III. The awareness of corporate policies on employment issues, such as equality and non-discrimination and anti-harassment policies, is also encouraged by several international institutions ([38]).

The 1976 OECD's initiative, "*Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*", intended to create guidelines for companies operating in several markets. Basically, the OECD Guidelines include general concepts and principles such as the respect for human rights, the importance of human capital formation, the compliance with national legislation and the promotion of employee´s rights. Regarding employment and industrial relations, they mention some fundamental workplace rights, such as the elimination of discrimination, abolition of child labor and forced labor, freedom of association and free collective bargaining ([39]).

IV. Similarly, in 1998, the ILO approved the "*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*" ([40]). Later, the same ILO created a program dubbed as "*Decent Work*", with the aim of "*ensure that people can find work, which is essential to moving out of poverty; and that the work they find is "decent" – in terms of providing a living for the worker and for his or her family, to being*

[38] Cf. Guilherme Dray, *Equality, Welfare State & Democracy*, cit. pp 55 et seq.

[39] See JEAN-MICHEL SERVAIS, "International Labor Standards and Corporate Social Responsibility", cit., pp. 28-29.

[40] The document "*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*" is available at http://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm

carried out under reasonable conditions and above all to ensuring that worker´s fundamental rights are respected" ([41]) ([42]).

The same ILO, in 2019, this time regarding the combat against harassment, adopted a specific Convention aimed at the prohibition of harassment.

Recognizing the right of everyone to a world of work free from violence and harassment, including gender-based violence and harassment; recognizing that violence and harassment in the world of work can constitute a human rights violation or abuse; and recognizing that violence and harassment is a threat to equal opportunities, is unacceptable and incompatible with decent work; the ILO adopted the Convention n.º 190, which may be cited as the *Violence and Harassment Convention, 2019*. The Convention defines the concepts of "*harassment*" – a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment – and "*gender-based violence and harassment*" - violence and harassment directed at persons because of their sex or gender, including sexual harassment. Moreover, the Convention states that each Member shall adopt laws and regulations requiring employers to take appropriate steps to prevent violence and harassment in the world of work. To that extend, the Convention

[41] See LEE SWEPSTON, "ILO Standards and Globalization", cit., p. 12.

[42] The document "*Performance Standards on Environmental and Social Sustainability",* from *World Bank´s International Finance Corporation (IFC),* is available at

http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/115482804a0255db96fbffd1a5d13d27/PS_ English_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES

invites the Member states to adopt and implement, in consultation with workers and their representatives, a workplace policy on violence and harassment. In other words: there is an explicit invitation for the adoption of corporate codes of conduct aiming at preventing the harassment at the workplace and for the promotion of a work culture based on mutual respect and dignity of the human being.

V. The European Union, in turn, in 1998, through the European Parliament, approved the resolution "*EU standards for European Enterprises operating in developing countries: Towards a European Code of Conduct*" ([43]). In 2001, through the European Commission, the European Union launched the "*Green Paper on corporate social responsibility*" ([44]), which refers to "*corporate social responsibility*", affirming that companies also have social responsibilities, particularly in the relationship with their employees.

In 2017, the European Union launched "*The European Pillar of Social Rights*", which includes several principles regarding the decent work agenda. The Pillar states that the principle of equality of treatment and opportunities between women and men must be ensured in all areas, including participation in the labor market, terms and conditions of employment and career progression. Under the Pillar, women and men have the right to equal pay for work of

[43] The resolution "*EU standards for European Enterprises operating in developing countries: Towards a European Code of Conduct*" is available at http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc. do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1998-0508+0+DOC+XML+V0//EN

[44] The "*Green Paper on corporate social responsibility*" is available at http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:n26039

equal value (Chapter I, n.º 2), and regardless of gender, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation, everyone has the right to equal treatment and opportunities regarding employment, social protection, education, and access to goods and services available to the public. Along with this, the Pillar also states that equal opportunities of under-represented groups shall be fostered (Chapter I, n.º 3). On the other hand, the Pillar also determines that workers have the right to a high level of protection of their health and safety at work, to a working environment adapted to their professional needs and which enables them to prolong their participation in the labor market, as well as the right to have their personal data protected in the employment context.

VI. The United Nations, through the Sub commission on the Promotion and Protection of Human Rights, approved in 2003, the document "*Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regards to human rights*", containing a "*comprehensive checklist for private firms, on the way to operate in conformity and consistent with international human rights standards*".

In 2009, the U.N. Global Compact approved the document "*Corporate Governance – The Foundation for Corporate Citizenship and Sustainable Businesses*", establishing 10 principles of good governance, among which the principle of labor standards stands out, and includes the right to freedom of association, the right to collective bargaining, the elimination of all forms of forced and compulsory labor, the abolition of child labor and, of course, the

elimination of discrimination in respect of employment and occupation ([45]).

VII. Also, the World Bank´s International Finance Corporation (IFC) approved in 2012 the "*Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*", which recommends respect for corporate citizenship and establishes a set of recommendations related to "*health, safety and welfare of the force labor*" ([46]).

VIII. All the conventions and international documents refereed invite the corporations to comply with international human rights and with national legislation, as well as to promote the elimination of discrimination, the prohibition of harassment, the hiring of minorities, the abolition of child labor and forced labor, the freedom of association and free collective bargaining, and the respect for privacy and data confidentiality. The bare essence of this movement is the following: under the corporate social agenda, companies can develop the floor of rights and the minimum legal standards that were already enacted by the State-actors (*hard law*). To do it, they can use *soft law* and its mains instruments: *codes of conduct*, *international framework agreements*, and *collective agreements*.

---

[45] The document *Corporate Governance – The Foundation for Corporate Citizenship and Sustainable Businesses* is available at

https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Corporate_Governance /Corporate_ Governance_IFC_UNGC.pdf,

[46] The document "*Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*", do *World Bank´s International Finance Corporation (IFC),* is available at http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/115482804a0255db96fbffd1a 5d13d27/PS_ English_2012_Full-Document.pdf?MOD=AJPERES

Moreover, under the principle of equality and the adoption of affirmative actions, companies are also invited to take action and promote those that are traditionally more vulnerable and outside the employment market, such as disabled people, racial minorities, youngsters and women.

5. Principle of equality and affirmative actions: the golden combination between hard law and soft law

I. It is currently agreed that the principle of equality and non-discrimination is part of the democratic ideal. Internationally, it forms part of several legally binding documents: the 1948 *Universal Declaration of Human Rights* ([47]); the 1965 *Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* ([48]); the 1966 *International Covenants on Civil and Political Rights* ([49]) and on

[47] Article 1.º of the *Universal Declaration of Human Rights*, approved by the United Nations General Assembly on 10 December 1948, determines that *"all human beings are born free and equal in dignity and rights"*, and article 2.º of the same legislative act states that *"Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status* .

[48] Article 5.º of the *Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination,* approved by the United Nations General Assembly on 21 December 1965, provides that *"States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, color, or national or ethnic origin, to equality before the law"*, namely in the exercise of *"rights to work (and) to free choice of employment"*.

[49] Article 2.º of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, approved by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, provides that "*each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized (…), without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*". Moreover, article 26.º prohibits discrimination and

Economic, Social a Cultural Rights ([50]); the 1979 *United Nations Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women* ([51]); several International *Labor Organizations' conventions* ([52]) and treaties; and declarations of rights of certain regional blocks, such as the *Treaty on European Union* ([53]), the *Charter of*

---

establishes equal and effective protection against discrimination on any ground, *"such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status"*.

[50] Article 2.º, paragraph 2, of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, approved by the United Nations General Assembly on 16 December 1966, provides that *"The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status"*.

[51] Article 2.º of the *The United Nations Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women*, approved by the United Nations General Assembly on 17 December 1979, determines that *"States Parties condemn discrimination against women in all its forms"* and *"agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women"*.

[52] Regarding the specific field of access to employment, the ILO's Convention No. 111 on Discrimination in Respect of Employment and Occupation (1958), and the ILO's Convention No.156 on Equal Opportunities and Treatment for Male and Female Workers (1981), stand out. The subject of equality and non-discrimination forms part of the axis created by this Organization and is commonly called by the latter as *"Decent Work"*. Its main goal is to "*ensure that people can find work, which is essential to moving out of poverty; and that the work they find is "decent" – in terms of providing a living for the worker and for his or her family, to being carried out under reasonable conditions and above all to ensuring that worker´s fundamental rights are respected"*- see, in particular, Lee Swepston, "ILO Standards and Globalization", *Bulletin of Comparative Labour Relations,* Wolters Kluwer Law & Business, Netherlands, No. 55, 2005, p.11 et seq. (p. 12).

[53] Article 2.º of the *Treaty on European Union*, as last amended by Article 1-A.º of the Lisbon Treaty, determines that *"The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail"*.

Fundamental Rights of the European Union ([54]) and the *African Charter on Human and Peoples' Rights* ([55]).

II. In Portugal, the principle of equality is provided for in article 13.th of the Portuguese Constitution, as a general principle according to which all citizens shall have the same social dignity and be equally treated before the law, providing additionally that no one shall be privileged, favoured, suffer prejudice, be deprived of any right, or exempted from any duty because of his/her ancestry, sex, race, language, territory of origin, religion, political or ideological convictions, education, economic or social status as well as sexual orientation. Besides containing a general prohibition on discrimination, the principle of equality set forth in the Portuguese Constitution, particularly in articles 9.th and 81.st, also undertakes a social function, which implies the obligation to eliminate or mitigate the social, economic, and cultural inequality intended to pursue a legal and material equality, or rather a real equality. Thus, article 9.th reaffirms that the State shall "*promote the wellbeing and quality*

[54] Article 21.º of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, adopted on 7 December 2000 by the European Parliament, the European Council and the European Commission, as amended on 12 December 2007, in Strasbourg, provides that *"Any discrimination based on any ground such as sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited"*.

[55] Article 2.º of the *African Charter on Human and Peoples' Rights*, approved by the African Union Heads of State and Government's Conference on 26 July 1981, determines that *"Every individual shall be entitled to the enjoyment of the rights and freedoms recognized and guaranteed in the present Charter without distinction of any kind such as race, ethnic group, color, sex, language, religion, political or any other opinion, national and social origin, fortune, birth or any status"*. On the other hand, article 15.º recognizes the right to work under equitable.

of life of the people and the real equality of all Portuguese (...)" (article 9.th, subparagraph d)), whereas article 81.st determines that the State has a primary obligation "*to promote social justice, ensure equal opportunities and make the necessary corrections on the unequal distribution of wealth and income, in particular through tax policy*" ([56]). Therefore, the Portuguese Constitution reaffirms the Welfare State and enshrines several social rights, as true "positive discriminations" ([57]).

III. Finally, this framework also explains the rules set forth in the Portuguese Constitution, applied to more vulnerable people, such as children, pregnant women, young people, disabled people, and workers, the latter as a unitary and cross-sectional category. It was, therefore, based on this understanding and in line with said political and constitutional aim to achieve real equality ([58]) that the constitutional review of 1982 devoted an autonomous chapter (Chapter III of Title II – articles 53.rd to 57.th) to workers' rights, freedoms and guarantees – the commonly called "Labor Constitution". Simultaneously, together with those perceptive rights, the Constitution ensured the "credit claims" set out in

[56] In this regard, see GUILHERME DRAY, *"Igualdade e não discriminação"*, *Código do Trabalho, Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp.123-138; "O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira", Brazilian Journal on Constitutional Law, n.º. 2, Jul./ Dez. 2003: pp.113-137; e "*O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho",* Almedina, Coimbra, 1999.

[57] See JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Part IV, *Fundamental Rights*, pp. 237 et seq., exemplifying some phenomena of *"positive discrimination"* provided for in the Constitution.

[58] In this regard, see JOÃO FILIPE MOREIRA SABINO, *"Os Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho"*, *Human Rights and Labour Law*, cit., pp. 64 et seq.

Chapter I of Title III, with regards to the economic, social, and cultural rights (articles 58.t[h] and 59.[th]) ([59]).

Therefore, the purpose of said legislation is to promote a real equality between citizens, by granting special rights of protection, namely those of workers, seen as a category of citizens who tend to be in a situation of inferiority which might compromise their freedom to bargain in equal terms. This is the reason why, as mentioned above, article 13.t[h], paragraph 1, allows for – or rather imposes – citizens' discrimination (positive discrimination) and differentiation by the legislator, to promote substantial and real equality amongst them.

Thus, the principle of equality enshrined in the Constitution has two approaches to it: a *negative approach*, consisting of the prohibition of privileges and distinctions as well as the prohibition of arbitrariness and discrimination; and a *positive approach*, resulting in the obligation to treat differently the different situations, to compensate unequal opportunities ([60]), on behalf of social justice and under the John Rawls´ theory of *equality of fair opportunity*" ([61]).

IV. In brief, the Portuguese Constitution provides for both an equality before the law, as a liberal principle, and for the real

[59] On the distinction between *"rights, freedoms and guarantees"* and *"economic, social and cultural rights"*, see JORGE MIRANDA, "O regime dos direitos, liberdades e garantias*"*, *Studies on the Constitution*, III, pp. 41 et seq.

[60] See Guilherme Dray, *"O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho"*, cit., p. 107, and *"O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira"*, *Brazilian Magazine of Constitutional Law*, cit., p.117.

[61] See JOHN RAWLS, *Justice as Fairness: A Restatement,* ed. by Erin Kelly, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

equality of the Portuguese, as a social principle. It includes a non-discrimination principle, to prevent privileges and discriminations and to prohibit arbitrariness; and a positive perspective, based on the pursuit of the aforementioned real equality, by imposing positive discriminations, particularly regarding employment, placing emphasis on the role of the Welfare State.

Once again: the adoption of positive discriminations or affirmative actions by the employers is not mandatory. What the law (the *hard law*) states, is that affirmative actions enacted by the employers, whenever they are temporary and shaped to promote those who are disadvantaged, are lawful and welcome. But the trigger to launch these programs or policies and the instruments they may use to achieve these goals, depend on the employers 'will and depend on the implementation of *soft law*.

Therefore, the combination between *hard law* and *soft law* seems to be not only possible, but rather very useful.

V. In Portugal, we have several norms imposing the adoption of codes of conduct or creating minimum thresholds when it comes to the hiring of women or disabled. Besides, we also have a rule imposing the adoption of codes of conduct to prevent harassment at the workplace.

These rules have a clear goal: try to bring disabled people for the employment market, try to enforce the appointment of women to management posts and, finally, try to put on the employers ´mindset the importance of the adoption of corporate codes of conduct aiming at the protection of human rights and citizenship at work.

Let´s take a glance on it.

VI. Regarding equality and non-discrimination, the Portuguese Law n.º 62/2017, August 1st, 2017 ([62]), created a regime aimed at the balanced representation between women and men in the administrative and supervisory bodies of public sector entities, as well in listed companies included on the Portuguese stock exchange.

Article 7.º of said law states that the state-owned corporations, as well as the listed companies, should adopt gender equality plans, aimed at achieving effective equality of treatment and opportunities between women and men, promoting the elimination of discrimination based on sex, and promoting the reconciliation of personal, family, and professional life. These plans must be adopted and should be published by these companies on the respective website.

Under the law, the annual preparation of gender equality plans should follow the Guide to the Implementation of Gender Equality, made available by the Commission for Equality at Work and Employment ("CITE"), respecting the procedure provided for therein and consisting of four phases: (i) diagnosis, (ii) preparation of the plan, (iii) publication, and (iv) monitoring.

That same law states that the proportion of people of each sex assigned to each management and supervisory body cannot be less than 33.3%, as of January 1st, 2018.

[62] See at https://dre.pt/home/-/dre/107791612/details/maximized.

VII. Also regarding equality and non-discrimination and the achievement of equal opportunities, Law nº. 26/2019, March 28th ([63]), approved the regime of balanced representation between men and women in the management staff and in the bodies of the Public Administration.

Under the law, the appointment of directors holds a minimum threshold of balanced representation, the proportion of 40% of people of each sex in the positions and bodies of management.

For that same purpose, the recruitment and selection committee for Public Administration (CRESAP) must comply with the goal of balanced representation of men and women in the composition of the list of candidates to fill the position sent to the Government.

VII. Regarding the hiring of disabled people, Decree-Law nº. 29/2001, February 3rd ([64]), establishes the system of employment quotas for people with disabilities, with a degree of functional disability equal to or greater than 60%, in all services and bodies of the central administration, autonomous and local regional.

Under the law, in all external competitions for admission to the civil service where the number of seats is equal to or greater than 10, a quota of 5% of the total number of seats, to be filled by people with disabilities, is mandatory. In competitions where the number of seats to be filled is less than 10 and equal to or greater than three, the reservation of 1 seat is guaranteed. In competitions where the

[63] See at https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/121665677/details/normal?q=Lei+n%C2%BA.+26%2F2019.

[64] See at https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/315563/details/normal?q=Decreto+lei+n%C2%BA.+29%2F2001.

number of places to be filled is one or two, the candidate with a disability has preference in equal ranking.

VIII. Also regarding disabled people, but now in the private sector, Law n.º 4/2019, January 10th ([65]), establishes a system of employment quotas for persons with disabilities with a degree of disability equal to or greater than 60% in the private sector, as well as in public sector bodies not covered by Decree-Law n.º 29/2001 of 3 February.

Under the Law, medium-sized enterprises with more than 75 workers must admit workers with disabilities, in a number of not less than 1 % of the staff at their service; and big corporations must admit workers with disabilities, in a number of not less than 2 % of their staff.

VIII. Finally, about the prohibition of harassment, the Portuguese Labor Code prohibits any type of harassment (article 29.th), including moral and sexual harassment, also stating that the employee can terminate the contract based on subjective just cause grounded on the employer´s performance whenever there is an offense to the physical or moral integrity, freedom, honor or dignity of the employee, punishable by law, including the practice of harassment by the employer or his/her representative (article 394.th, n.º 2). Moreover, under article 127.º, nº 1, item *k)*, of the Labor Code, the lawmaker invites the adoption of soft law, imposing the enactment

[65] See at https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/117663335/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%204%2F2019.

of corporate codes of good conduct to prevent harassment at work, whenever the company has 7 or more workers. Once again, the Portuguese Agency that stands for Equality at the Workplace – "CITE" – Commission for the Equality at the Workplace - presents a guide for drafting these codes of good conduct for preventing and tackling harassment at work.

IX. In all the referred cases, the method use by the legislator is similar: instead of regulating all the details regarding the hiring of disabled people or women by companies, or related to the implementation of antiharassment policies, the lawmaker creates minimum standards and endorses the responsibility for these issues to the corporations, inviting them to implement, through *soft law*, the adoption of good practices aimed at the promotion of equality and non-discrimination, the adoption of affirmative actions, as well as the prevention of moral and sexual harassment.

The symbiose between *hard law* and *soft law* seems clear and effective. More than ever, the adoption of soft law aimed at citizenship at work is crucial and can be seen as a trend of this decade.

6. Conclusion

Summing up: more than regulate all the details and try to achieve its own goals through *hard law* and coercion, the lawmaker finally understood that the future of the welfare for all workers must be shared between the traditional law and the corporations´ good

practices. In a nutshell, through a golden combination between *hard law* and *soft law*.

Instead of trying to force companies to comply with the law by the traditional way, Governments should use its power to inspire companies and to invite them to work for the benefit of all stakeholders. Instead of using exclusively the traditional *hard law*, Governments should invite companies to enact their own codes of conduct, conclude collective agreements or implement internal policies aimed at the welfare and the common good.

Both the lawmaker and companies should think beyond the traditional employment contract and the traditional law and emphasize the importance of corporate social responsibility when it comes to the welfare of all stakeholders, including employees. Issues such as diversity and inclusion, decency and well-being, fundamental rights, flexibility and fair working conditions, reasonable salaries, social protection, learning, right to privacy, and data management, are best enforced with the golden combination between *hard law* and *soft law*; between the State and private companies; between coercive laws and corporations 'policies. Progressive companies should be proud in adopting codes of conduct and internal regulations aimed at the building of decent environment places for work.

The sharing of responsibilities may be the solution for a post-Covid 19 World.

A society based on frugal economy, social inclusion, decency at work, and ecological awareness, can ultimately be a better society.

SOBRE OS EFEITOS DA REVELIA NA IMPUGNAÇÃO DO DESPEDIMENTO COLETIVO

ON THE EFFECTS OF THE DEFENDANT'S DEFAULT ON THE COLLECTIVE DISMISSAL'S JUDICIAL CHALLENGE

Joana Vasconcelos*

Sumário: 1. O processo especial de impugnação do despedimento coletivo: principais características e objeto – 2. A situação anterior à reforma de 2019 do CPT: a controvérsia em torno do regime aplicável à revelia na impugnação do despedimento coletivo – 3. O novo regime dos efeitos da revelia resultante da Lei n.º 107/2019, de 9-9 – 3.1 Sentido geral e traços essenciais das soluções consagradas nos n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 156.º do CPT – 3.2. A condenação do réu na reintegração do autor (ou na indemnização substitutiva desta) e no pagamento das retribuições intercalares: principais dificuldades com que se defronta a sua aplicação – 3.3 O articulado para petição de créditos pelo autor: uma solução, a vários títulos, incompreensível

Resumo:

A impugnação do despedimento coletivo está, entre nós, sujeita, há mais de três décadas, a um processo especial, traduzido num conjunto de soluções específicas face ao processo comum, em tudo o mais aplicável. Até à reforma de 2019 do Código de Processo do Trabalho, a disciplina de tal processo especial não incluía qualquer disposição sobre revelia – cujos regime e efeitos estavam longe de ser pacíficos, dividindo-se a jurisprudência e a doutrina quanto à solução aplicável. A Lei n.º 107/2019, de 9-9, veio pôr termo a tal incerteza, regulando expressamente tal matéria – mediante a transposição integral do modelo traçado para o processo especial de impugnação do despedimento individual. Esta opção, além de surpreendente, mostra-se a vários títulos incompreensível – e faz antever sérias dificuldades na sua aplicação.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola de Lisboa.

Abstract:
The collective dismissal's judicial challenge has been, for over three decades, subject to a special procedure consisting of a set of specific solutions that difer from the so-called common procedure, otherwise applicable. Up to the Labour Procedure Code 2019 reform, such special procedure contained no provision on the defendant's default – consequently its legal framework and consequences were far from clear, as the jurisprudence and the authors were divided over the applicable solution. Law 107/2019, of September 9, put an end to this uncertainty by setting forth rules on the matter – which are a mere replication of those established in the special procedure aimed at challenging individual dismissal. Such option, quite unexpected, is hardly understandable for several reasons and its application will predictably face serious difficulties.

1. O processo especial de impugnação do despedimento coletivo: principais características e objeto

À impugnação, necessariamente judicial, do despedimento coletivo a que se refere o artigo 388.º do Código do Trabalho (CT) – que a submete, ainda, ao prazo de "seis meses contados da data da cessação do contrato", bem como ao princípio da vinculação temática[1] - faz o Código de Processo do Trabalho (CPT), desde 1989[2], corresponder um processo especial.

[1] Enunciado no n.º 3 do artigo 387.º do CT (para onde remete expressamente o n.º 3 do artigo 388.º a que se reporta o texto *supra*), bem como no n.º 1 do artigo 98.º-J do CPT, e por força do qual deve o empregador, na sua justificação judicial do despedimento impugnado, ater-se aos factos e fundamentos constantes da respetiva decisão junta aos autos pelo trabalhador. Sobre este ponto, v. Joana Vasconcelos, Anotação 8 ao artigo 98.º-J *in Processo especial para impugnação da regularidade e licitude do despedimento - Comentário aos artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 93-94.

[2] O processo especial de impugnação do despedimento coletivo foi criado pelo DL n.º 315/89, de 21-9, que, dando execução ao previsto no artigo 25.º, n.º 3, do DL n.º 64-A/89, de 27-2, estabeleceu os "mecanismos processuais adequados à efetivação do direito à impugnação do despedimento coletivo" (v. o respetivo Preâmbulo), aditando ao articulado então vigente do CPT os artigos 156.º-A a 156.º-H. Sobre este ponto, mais desenvolvidamente, v. Bernardo Xavier, *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa*, Verbo, Lisboa – São

Presentemente previsto e regulado nos seus artigos 26.º, n.º 1, alínea *d)*, que lhe atribui natureza urgente, 156.º a 160.º, que estabelecem um conjunto de soluções próprias, as quais representam outras tantas especificidades face ao processo declarativo comum[3], e 161.º, que remete expressamente para as respetivas regras "quanto ao mais" que se siga ao despacho saneador, este processo especial concretiza-se numa singular tramitação da correspondente ação declarativa de condenação. A qual prossegue três grandes objetivos: fomentar a presença em juízo, como autores, do maior número possível de trabalhadores despedidos no âmbito do mesmo "procedimento coletivo formal"[4], facilitar a apreciação pelo juiz dos fundamentos económicos do despedimento impugnado[5] e promover a prolação de decisão de mérito sobre a causa logo no despacho

Paulo, 2000, pp. 106 segs. e 559 segs.; e Luís Miguel Monteiro, "Processo de impugnação de despedimento colectivo"*, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho (coord. Pedro Romano Martinez), Vol. V – Jornadas de Direito Processual do Trabalho,* IDT - Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa/Almedina, Coimbra, 2007, pp. 79 segs.

[3] Cuja aplicabilidade de princípio a "tudo o que não estiver prevenido" nas suas disposições próprias (de que se dá nota no texto *supra*) decorre do n.º 1 do artigo 549.º, n.º 1, do CPC, convocado pela alínea *a)* do n.º 2 do artigo 1.º do CPT. Neste sentido, reportando-se ainda à norma do CPC que em 2013 foi substituída por aquele, v. Luís Miguel Monteiro, "Processo de impugnação de despedimento colectivo", 2007 cit., pág. 78; Bernardo Xavier, "O processo especial de impugnação do despedimento colectivo", *in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho (coord. Pedro Romano Martinez), Vol. VI – Ciclo de Conferências sobre Processo do Trabalho,* IDT - Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa/Almedina, Coimbra, 2012, pág. 174, n. 69.

[4] Bernardo Xavier, "O processo especial de impugnação do despedimento colectivo", 2012, pág. 173.

[5] Através da "assessoria técnica" prevista no artigo 157.º do CPT, que, sempre que a impugnação do despedimento se baseie na "improcedência dos fundamentos invocados", se segue necessariamente aos articulados, por determinação legal e à margem de qualquer impulso das partes.

saneador[6]: são, a este propósito, inequívocos, os artigos 156.º, n.º 3[7], 157.º a 159.º e 160.º do CPT.

Porque a disciplina deste processo especial não inclui qualquer norma paralela à contida nos artigos 98.º-L, n.º 3, e 98.º-J, n.º 3, alínea *c)*, do CPT[8], ao trabalhador que através dele se oponha ao seu despedimento apenas se consente deduzir pedidos relativos à ilicitude do mesmo[9]. É o que resulta do artigo 48.º, n.º 2, do CPT, que comete ao processo declarativo comum todas as situações a que, por falta de previsão legal expressa nesse sentido, "não corresponda processo especial"[10].

Nada disto obsta, naturalmente, a que em sede de impugnação do despedimento coletivo o trabalhador lance mão do regime comum da cumulação de pedidos - contido nos artigos 555.º, n.º 1, e 37.º do

[6] Através de previsão legal expressa em tal sentido – artigo 160.º, n.ºs 2 e 3, do CPT -, mas, também, da antecipação da prova pericial relativamente à fase do saneamento do processo. V., neste sentido, Luís Miguel Monteiro, "Processo de impugnação de despedimento colectivo", 2007 cit., pág. 82.

[7] Que onera o réu com o "chamamento" dos demais trabalhadores despedidos; na mesma linha, v. a regra especial de competência estabelecida no artigo 16.º, n.º 1, do CPT. Sobre este ponto, mais desenvolvidamente, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, pp. 139 segs.

[8] Que num outro processo especial, o de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, previsto e regulado nos artigos 98.º-B segs. do CPT, permitem genericamente ao autor efetivar, também, pretensões relativas a quaisquer créditos laborais que detenha sobre o réu. Sobre estas duas normas e a respetiva disciplina, v. Joana Vasconcelos, Anotações 12 a 17 ao artigo 98.º-L e Anotações 31 a 34 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 127 segs. e 113 segs.

[9] A saber, e para além da própria declaração de ilicitude, com indicação dos fundamentos que a sustentam, a reintegração (ou a indemnização substitutiva desta, caso aquele decida exercer, logo na petição inicial, a opção que lhe concede o artigo 391.º, n.º 1, do CT), as retribuições intercalares e a indemnização de todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, causados pelo despedimento.

[10] Sobre este preceito, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017 cit., pp. 77-78.

Código de Processo Civil (CPC), aplicáveis por força da remissão contida no n.º 1, alínea *a)*, do artigo 1.º do CPT[11]-, para, em simultâneo com aquela, fazer valer créditos laborais.

Todos estes aspetos permaneceram inalterados na recente reforma do CPT, levada a cabo pela Lei n.º 107/2019, de 9-9, que em sede de impugnação do despedimento coletivo e no com alcance substancial[12], se limitou a regular os efeitos da revelia (nos novos n.ºs 5 a 7 do artigo 156.º) e a admitir expressamente o diferimento, para lá do despacho saneador, da decisão acerca da procedência dos fundamentos invocados para o despedimento impugnado (nova parte final do n.º 2 do artigo 160.º).

Simplesmente, enquanto esta última solução acolhe aquela que era já a orientação consolidada na jurisprudência dos nossos tribunais superiores[13], a primeira representa uma desconcertante novidade que, pelas muitas questões que suscita, justifica uma abordagem mais detida, que se fará no presente estudo – o qual se iniciará com uma breve caracterização da situação preexistente no

[11] A questão da possibilidade e do regime aplicável à efetivação pelo trabalhador de créditos laborais no processo especial de impugnação do despedimento coletivo foi por nós analisada em estudo anterior, para o qual se remete, para maiores desenvolvimentos sobre os vários pontos versados no texto *supra*: Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo" *in Prontuário de Direito do Trabalho,* 2018, II, pp. 91 segs.

[12] Para além das duas inovações com alcance substancial versadas no texto *supra*, foram várias as modificações de cunho formal efetuadas pela Lei n.º 107/2019, de 9-9, nas normas que conformam o processo de despedimento coletivo, mais exatamente nos artigos 160.º e 161.º do CPT - e que consistiram, ora em alterações terminológicas ou de redação, ora na reformulação de uma remissão para o CPC. Sobre este ponto, mais detidamente, v. Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", *in Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020, I, pp. 204 segs.

[13] Neste sentido, com indicação de jurisprudência, v. Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", 2020 cit., pp. 204 segs.

que tange ao quadro normativo aplicável à revelia no contexto da impugnação do despedimento coletivo, seguindo-se a análise e apreciação da solução agora consagrada.

2. A situação anterior à reforma de 2019 do CPT: a controvérsia em torno do regime aplicável à revelia na impugnação do despedimento coletivo

No direito anterior à reforma de 2019 do CPT, os seus artigos 156.º a 160.º nada estabeleciam para a hipótese de o empregador não apresentar, no prazo legalmente fixado, a sua contestação (artigo 156.º, n.º 1, do CPT).

Diante do silêncio do legislador, estava longe de ser pacífica a solução aplicável nesta eventualidade, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência entre os que davam como certa a cominação semiplena prevista no artigo 57.º, n.º 1, do CPT - integrado na disciplina do processo declarativo comum[14], aplicável na ausência de soluções próprias, nos termos gerais fixados no CPC (ao abrigo da remissão contida na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 1.º do CPT)[15] -, e os que a excluíam, invocando argumentos de vária ordem. De entre

[14] Luís Miguel Monteiro, "Processo de impugnação de despedimento colectivo", 2007 cit., pág. 86; Bernardo Xavier, "O processo especial de impugnação do despedimento colectivo", 2012 cit., pág. 174. Em sentido algo diverso, e na esteira do Ac. RL de 17-9-2008 (Proc. 4270/2008, Natalino Bolas), Abílio Neto, *Código de Processo do Trabalho - Anotado*, 5.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2011, pág. 405, baseia a cominação semiplena no artigo 484.º (atual artigo 567.º) do CPC, convocado pela alínea *a)* do n.º 2 do artigo 1.º do CPT.

[15] O ponto foi versado *supra* no n.º 1, n. 3, para onde se remete. V., ainda, sobre este ponto, Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017 cit., pp 135 segs.; Bernardo Xavier, "O processo especial de impugnação do despedimento colectivo", 2012 cit., pág. 174.

estes, avultava a pretensa ausência, no regime do processo especial em causa, de "norma que, diretamente ou por remissão", consagrasse "o efeito cominatório semipleno da revelia"[16] (já que a remissão genérica do artigo 161.º do CPT para o processo declarativo comum se reporta unicamente à tramitação subsequente à "prolação do despacho saneador"[17]). E, bem assim, o ser a regulação deste processo especial supostamente "completa" (inexistindo, pois, caso omisso[18]), além de alegadamente "incompatível" com o regime contido no artigo 57.º do CPT[19] - devido à necessária intervenção do assessor que elabora "o relatório que justificará, ou não, o despedimento"[20], à consequente inexistência de um ónus de contestar e à imposição ao empregador de um mero dever de juntar o procedimento de despedimento, cuja preterição teria outras consequências que não as prescritas naquele[21].

Por tudo o que antecede, era significativamente diverso o desfecho que destas duas abordagens resultava para a ação de

[16] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento coletivo e o artigo 198.º, n.º 2, do Código de Processo Civil", in ROA, 2013, n.º 1 (acessível também em https://portal.oa.pt/upl/%7Bc349a6ea-1953-4d13-9bcb-3b29601067f7%7D.pdf), pág. 210.

[17] Ac. RL de 27-1-2016 (Proc. n.º 2078/14, Duro Mateus Cardoso), v., também, o Ac. RL de 19-12-2012 (Proc. n.º 2916/11, Seara Paixão), cuja argumentação segue de perto o parecer de José Lebre de Freitas, junto aos autos, cujo conteúdo corresponde, no essencial, ao do artigo do A. referenciado na n. anterior.

[18] Ac. RL de 19-12-2012 (Proc. n.º 2916/11, Seara Paixão). No mesmo sentido, José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 193.

[19] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 193.

[20] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 196.

[21] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pp. 195-196.

impugnação do despedimento coletivo em que se verificasse qualquer das situações previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 156.º do CPT.

Assim, enquanto por força do estatuído no artigo 57.º do CPT se considerariam "confessados os factos articulados pelo autor", sendo "logo proferida sentença a julgar a causa conforme for de direito" (artigo 57.º, n.º 1, do CPT)[22] - a qual poderia, caso aqueles factos conduzissem à sua procedência, e revestindo-se esta de "manifesta simplicidade", ser fundamentada "mediante simples adesão ao alegado pelo autor" (artigo 57.º, n.º 2, *in fine*, do CPT). Já a proposta baseada na inaplicabilidade deste regime distinguia dois cenários: não apresentação da contestação, mas junção pelo empregador do "processo de despedimento coletivo"[23], e falta também desta. No primeiro, e porque o juiz, com base nos elementos apresentados, poderia "verificar as irregularidades formais que tenham sido cometidas", o mesmo sucedendo, quanto aos "fundamentos do despedimento nele invocados", com o relatório do assessor qualificado – aqueles e este supririam cabalmente o que de "menos relevante" pudesse o réu pudesse vir afirmar na sua contestação[24] (desde logo por nela não pode incluir "factos e fundamentos diversos dos do procedimento de despedimento")[25]. Diferentemente, no

[22] Sobre o regime de revelia contido no artigo 57.º do CPT, v. Paulo Sousa Pinheiro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 153; Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017, cit., pp. 85-86, com indicações de jurisprudência.

[23] *I.e.*, dos "documentos comprovativos das formalidades previstas nas normas reguladoras do despedimento coletivo", a que alude o n.º 2 do artigo 156.º do CPT.

[24] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pp. 195-196.

[25] Expressamente neste sentido, com base numa inexplicada e, em nosso entender, inexplicável aplicação analógica do artigo 98.º-J, n.º 1, do CPT (que contradiz a profusa argumentação aduzida pelo A. acerca da singularidade e completude do processo de despedimento coletivo, com vista a dele excluir o

cenário de não junção dos "documentos comprovativos das formalidades previstas nas normas reguladoras do despedimento coletivo", entendida esta "como um dever", o seu não cumprimento implicaria as "sanções do artigo 417.º, n.º 2, por remissão do artigo 430.º, ambos do CPC" (apreciação livre do valor da recusa da entrega de documento, logo, da colaboração devida, e inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 2, do CPC)"[26]. Em síntese - e em contraste com o que prescreve o regime comum adjetivo laboral da revelia, esta, a nosso ver insustentada e incoerente leitura das normas legais em causa[27], obstava a que "da falta de contestação do empregador" se retirasse "a prova dos factos, contrários à posição por ele tomada no procedimento do despedimento, que o autor tenha alegado na petição inicial", e associava meras "consequências

artigo 57º do CPT, e que não se mostra justificada por qualquer identidade entre as situações visadas pelas duas normas), v. José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 196. Mais acertadamente, o Ac. RL de 19-12-2012 (Proc. n.º 2916/11, Seara Paixão), justifica a vinculação temática invocada no n.º 3 do artigo 387.º do CT, aplicável por força do n.º 3 do seu artigo 388.º.

[26] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 196.

[27] Sendo patente o contraste entre a solução – injustificadamente favorável ao réu revel - apreciada no texto *supra* e a generalizada consagração, no processo laboral, da cominação semiplena como consequência da revelia, só excluída por previsão legal expressa – que, em sede de impugnação do despedimento individual, a substituiu pelo regime, mais gravoso, de cominação plena (artigo 98.º-J, n.º 3, do CPT). No mesmo sentido, e após relembrar, ilustrando com vários exemplos, esta generalizada aplicação da cominação semiplena em sede adjetiva laboral, Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", 2020 cit., pág. 210, considera que seria "estranho" uma mesma omissão do empregador ter "consequências diametralmente distintas consoante o despedimento fosse coletivo ou individual" (sendo que, na impugnação judicial de um e de outro lhe competia, e compete, "em termos idênticos, alegar e provar os factos constitutivos do direito de despedir").

probatórias" ao "incumprimento do dever de junção do respetivo processo"[28].

A reforma de 2019 do CPT pôs fim a esta querela, substituindo as duas soluções em confronto por uma outra, não coincidente com qualquer delas – e, nessa medida, inovou significativamente nesta matéria. É o que se verá já em seguida.

3. O novo regime dos efeitos da revelia resultante da Lei n.º 107/2019, de 9-9

3.1 Sentido geral e traços essenciais das soluções consagradas nos n.ºs 5, 6 e 7 do artigo 156.º do CPT

A Lei n.º 107/2019, de 9-9, adicionou ao artigo 156.º do CPT três novos números - 5, 6 e 7 -, nos quais submete a revelia no processo especial de impugnação do despedimento coletivo a um conjunto de regras que reproduzem, quase integralmente[29], as previstas para tais situações, quando ocorram no processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, no artigo 98.º-J, n.ºs 3 a 5, do CPT[30].

Nesse sentido, e começando pela própria noção de revelia, esta abrange, doravante, quer a mera falta de contestação, quer a

[28] José Lebre de Freitas, "A cominação semiplena na impugnação de despedimento colectivo", 2013 cit., pág. 197.

[29] Salvo meras alterações de redação impostas pela adaptação do texto transposto, v. sobre este ponto Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", 2020 cit., pág. 207.

[30] Sobre esta disciplina, v. Joana Vasconcelos, Anotações 22 a 37 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 105 segs.

simples não junção dos "documentos comprovativos das formalidades previstas nas normas reguladoras do despedimento coletivo" a que se refere o n.º 2 do artigo 156.º do CPT: é, a este propósito, inequívoco o corpo do n.º 5 do mesmo artigo 156.º, quando (em linha com o corpo do n.º 3 do artigo 98.º-J) associa à ausência de qualquer delas - mesmo verificando-se a outra – a consequência nele prevista, bem como as demais enunciadas nas respetivas alíneas *a)* a *c)*.

Significa isto que, perante a não apresentação da contestação ou a não entrega em juízo dos documentos devidos dentro do prazo legalmente fixado, "o juiz declara a ilicitude do despedimento" e, relativamente a "cada trabalhador" autor[31], condena o réu a reintegrá-lo[32] - ou, caso aquele tenha optado pela indemnização substitutiva da mesma, no respetivo pagamento, o qual terá como valor "mínimo" o "correspondente a 30 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade"[33] -, bem como a liquidar-lhe as "retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado

[31] Contra esta assunção, patente em mais de um ponto do novo regime de revelia traçado para este processo especial, de que serão vários os autores pelo mesmo visados, advertem Pedro Maurício/ Simone Pereira / Sofia Carreiras / Susana Silveira, "As alterações ao Código de Processo do Trabalho. A Lei n.º 107/2019 de 9 de setembro", *in Prontuário de Direito do Trabalho*, 2019, II, pág. 278, que, "não contestando o réu", é evidente que "não serão chamados" à ação os demais trabalhadores abrangidos pelo despedimento coletivo e "que não sejam autores na ação". Donde, quando o n.º 5 do artigo 156.º do CPT determina que o juiz declara a ilicitude do despedimento com referência a cada trabalhador, é evidente que se reporta unicamente ao trabalhador ou trabalhadores que impulsionaram a ação em causa ou que, tendo proposto várias em separado, estas tenham sido objeto de apensação, nos termos prescritos no artigo 31.º do CPT.

[32] "No mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade" (alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT).

[33] "Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 391.º" do CT (alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT, parte final).

da decisão judicial que declare a ilicitude do despedimento" (alíneas *a)* e *b)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT).

Mais determina tal n.º 5, na sua alínea *c)*, que o juiz "ordena a notificação" de cada um dos trabalhadores visados[34] "para, querendo, no prazo de 15 dias, apresentar articulado no qual peticione quaisquer outros créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação, incluindo a indemnização prevista na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 389.º" do CT.

Por seu turno, o n.º 6 prevê que na data referida na alínea *c)* do n.º 5 o réu seja "notificado da sentença quanto ao referido" nas respetivas alíneas *a)* e *b)*.

Já o n.º 7 estabelece que, caso o trabalhador apresente o "articulado a que se refere a alínea *c)* do n.º 5, o réu seja notificado para, no prazo de 15 dias, contestar, após o que se observarão "os restantes termos do processo comum" regulados nos artigos 57.º segs. do CPT.

Indiscutivelmente mais gravosa para o empregador revel, cuja não colaboração processual determina agora a sua imediata condenação no pedido, sem entrar na apreciação do mérito da causa, a opção de lhe associar um efeito cominatório pleno[35], nos termos descritos, mostra-se problemática, por vários motivos.

Antes de mais porque, ao valer-se, sem mais, de um regime que, tal como está conformado, se tem debatido, ao longo dos mais de dez anos de vigência que já leva, com inúmeras dificuldades de

[34] V. *supra* a n. 31.

[35] Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017 cit., pág. 120; Anotação 22 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pág. 105.

aplicação[36] – que a Lei n.º 107/2019, de 9-9, deixou, aliás, por resolver – as transpôs também para este domínio.

Num outro, e mais preocupante, plano, as novas regras adotadas assumem uma identidade entre os dois processos, que patentemente inexiste – e que, por isso, torna, não apenas desadequadas, mas também contraditórias – e, em geral, incompreensíveis, várias das soluções nelas consagradas[37].

3.2. A condenação do réu na reintegração do autor (ou na indemnização substitutiva desta) e no pagamento das retribuições intercalares: principais dificuldades com que se defronta a sua aplicação

A cominação plena associada pelas alíneas *a)* e *b)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT implica, já houve ocasião de o antecipar, as imediatas declaração da "ilicitude do despedimento" e a condenação do réu "a reintegrar o trabalhador", ou a indemnizá-lo, "no mínimo" em "30 dias" de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade, bem como a pagar-lhe as retribuições intercalares.

[36] Voltaremos a este ponto já em seguida, no n.º 3.2.

[37] Daí que, à luz do que se desde já se antecipa no texto *supra* e, sobretudo, do que mais adiante se evidenciará, no n.º 3.3, se estranhe o entusiasmo expresso por Pedro Maurício/ Simone Pereira / Sofia Carreiras / Susana Silveira, "As alterações ao Código de Processo do Trabalho. A Lei n.º 107/2019 de 9 de setembro", 2019 cit., pág. 278, para quem "a solução acolhida pelo legislador, no que se refere à transposição do regime legal previsto para o despedimento individual, é inteiramente de aplaudir, assim se uniformizando, do ponto de vista normativo, a tramitação de qualquer tipologia de despedimento em caso de ausência de contestação".

Os pedidos que por tal modo procedem são os deduzidos na petição inicial que deu início ao processo – nela requerendo o autor a declaração da ilicitude do seu despedimento, com todas as legais consequências, tal como injuntivamente fixadas nos artigos 389.º, n.º 1, alínea *b)*, e 390.º, n.º 1, do CT (reintegração e condenação do empregador no pagamento das chamadas retribuições intercalares)[38], bem como a indemnização de todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais causados pelo despedimento (a que se referem os artigos 389.º, n.º 1, alínea *a)*, e 390.º, n.º 1, parte inicial). Com uma única exceção: a opção do trabalhador pela não reintegração, a qual, podendo ser exercida "até ao termo da discussão em audiência final" (artigo 391.º, n.º 1, do CT), não o será, as mais das vezes, logo na petição inicial[39].

Ora, é precisamente aqui que começam as dificuldades de aplicação do estatuído na alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT, as quais coincidem, em boa parte, com as que surgem diante do artigo 98.º-J, n.º 3 do CPT[40].

Com efeito, a alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT admite que a condenação do empregador na reintegração dê lugar à indemnização substitutiva desta, tendo o trabalhador expressado

[38] Joana Vasconcelos, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na acção com processo especial para impugnação do despedimento", *in Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 1038 e 1042; Anotações 22 ao artigo 98.º-J e Anotações 9 a 12 ao artigo 98.º-D *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., p. 105-106 e 43 segs.

[39] Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017 cit., pp. 85-86.

[40] O ponto foi por nós desenvolvido em Joana Vasconcelos, Anotações 23 a 28 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 106 segs.

essa sua vontade até ao momento em que aquela é proferida - ou seja, na petição inicial por este apresentada. Sucede, porém, que, conforme se advertiu, a opção em causa pode fazer-se até um momento processual sensivelmente ulterior, fixado na lei substantiva que confere tal direito potestativo ao trabalhador (artigo 391.º, n.º 1, do CT). E ainda que a letra da alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT pareça estabelecer um limite ao respetivo exercício - que, nas situações integradas na sua previsão, teria de anteceder a decisão condenatória a proferir – afigura-se-nos ser de excluir qualquer leitura que, cingida àquela, restrinja por tal modo o direito potestativo em causa e, ao fazê-lo, subverta no plano adjetivo, o modelo de proteção contra o despedimento há mais de quatro décadas gizado pela nossa lei substantiva.

Paralelamente, a indemnização substitutiva da reintegração a atribuir ao trabalhador corresponderá, "no mínimo", a "30 dias de remuneração base e diuturnidades, por cada ano completo ou fração de antiguidade"[41]. Por se tratar de um "mínimo" de indemnização substitutiva, que opera independentemente de qualquer diligência do trabalhador tendente a obter a sua fixação, pode este requerer ao juiz a atribuição de um montante superior, para o que terá de

[41] A remissão expressa da parte final da alínea *a)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT referida no texto *supra* para o estatuído nos n.ºs 2 e 3 do artigo 391.º do CT submete tal fixação às correspondentes prescrições em matéria de cômputo da antiguidade ("desde o despedimento até ao trânsito em julgado" desta decisão condenatória) e de montante mínimo, a atribuir em qualquer hipótese ("três meses de retribuição base e antiguidade"). Neste sentido, reportando-se à norma paralela contida no artigo 98.º-J, mas em termos que se mostram totalmente pertinentes nesta sede, atenta a identidade das previsões normativas em causa, v. Joana Vasconcelos, Anotação 25 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., p. 110.

alegar e provar factos que a suportem: os relativos ao "grau de ilicitude do despedimento" e ao "valor da retribuição" (artigo 391.º, n.º 1, do CT) ou, sendo o caso, às situações em que o valor da indemnização é legalmente "majorado"[42].

Quanto ao modo de conciliar, quer o pleno exercício pelo trabalhador do direito potestativo de optar pela indemnização substitutiva da reintegração, quer a dedução pelo mesmo de um pedido de indemnização de montante superior ao "mínimo" referido, com a imposição pelo n.º 5 do artigo 156.º do CPT de uma imediata decisão condenatória, nos termos explicitados nas suas alíneas *a)* e *b)*, temos entendido que, de entre as várias propostas formuladas com vista a ultrapassar idênticas dificuldades geradas pelas alíneas

[42] Com efeito, a fixação da indemnização em montante superior ao referido "mínimo" está sujeita ao limite comum de 45 dias (artigo 391.º, n.º 1, do CT) – salvo tratando-se de despedimento declarado ilícito de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, de trabalhador em licença parental ou, em geral, de despedimento abusivo: em tal eventualidade, o limite máximo será de 60 dias (artigos 63.º, n.º 8, 331.º, n.º 4, e 392.º, n.º 3, do CT). Afirmámo-lo a propósito da solução paralela que integra o processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento - Joana Vasconcelos, Anotação 26 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., p. 111 - e reiteramo-lo aqui, dada a similitude de situações.

Num outro plano, revestindo o montante "mínimo" de indemnização substitutiva fixado na alínea *a)* do n.º 5 deste artigo 156.º um cunho marcadamente sancionatório e perfilando-se, nessa medida, a sua fixação como uma cláusula penal legalmente estabelecida, ao empregador está vedado requerer a sua redução, mediante a alegação e prova dos factos enunciados no n.º 1 do artigo 391.º do CT, cuja aplicabilidade é por aquela afastada. Sobre este ponto, mais detidamente, reportando-se ao artigo 98.º-J, n.º 3, do CT, v. Albino Mendes Baptista, *A nova acção de impugnação do despedimento e a revisão do Código de Processo do Trabalho,* Coimbra Editora, Coimbra, 2010 pp. 92-93; Viriato Reis/Diogo Ravara, "A acção especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento" *in Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 91-92, 2012, p. 177; Joana Vasconcelos, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na acção com processo especial para impugnação do despedimento", 2014 cit., pág. 1028 e Anotação 27 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., p. 111-112.

a) e *b)* do n.º 3 do artigo 98.º-J do CPT[43], aquela que se mostra mais adequada é a defendida por Viriato Reis e Diogo Ravara. Os quais vêm no articulado para petição de créditos previsto na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 98.º-J, "o lugar e momento próprio para o trabalhador alegar todos os factos necessários para a definição e concretização" dos seus direitos[44]. Estes, reconhecidos, ainda que em termos necessariamente genéricos, na "primeira sentença", de "carácter interlocutório", prevista nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 98.º-J do CPT, serão depois concretizados ou liquidados, "por via desse articulado" para petição de créditos, na "segunda sentença", que põe "fim ao processo", complementando ou desenvolvendo aquela[45].

Sendo esta abordagem plenamente transponível para o regime contido no n.º 5 do artigo 156.º do CPT, dele decalcado ponto por ponto - e muito especialmente para o articulado a que se refere a sua alínea *c)* –, dir-se-á que também em sede de impugnação do despedimento coletivo é neste último que deve o autor optar, caso queira, pela indemnização substitutiva da reintegração, bem como invocar todos os factos que em seu entender justifiquem a fixação do respetivo montante acima do "mínimo" que lhe é legalmente garantido.

[43] Propostas essas por nós referenciadas e sumariamente analisadas em Joana Vasconcelos, Anotação 23 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 106 segs.

[44] Viriato Reis / Diogo Ravara, "A acção especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento", 2012 cit., pág. 201.

[45] Viriato Reis / Diogo Ravara, "A acção especial de impugnação judicial da regularidade e da licitude do despedimento", 2012 cit., pp. 201 e 209-210.

3.3 O articulado para petição de créditos pelo autor: uma solução, a vários títulos, incompreensível

A alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT, houve já ocasião de o antecipar, impõe ao juiz que, em simultâneo com a condenação do réu revel nos termos fixados nas alíneas *a)* e *b)* que a antecedem, notifique cada autor[46] "para, querendo, no prazo de 15 dias, apresentar articulado no qual peticione créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação, incluindo a indemnização prevista na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 389.º" do CT.

E, nessa medida, possibilita ao trabalhador deduzir contra o empregador pedidos relativos a créditos laborais - em articulado próprio, a tanto destinado, e no prazo contado da decisão que declara a ilicitude do despedimento e condena o réu em conformidade -, transpondo, sem mais, para a impugnação do despedimento coletivo a solução consagrada em sede de impugnação da regularidade e licitude do despedimento.

Trata-se, já o antecipámos, de uma opção surpreendente e, a vários títulos, incompreensível, baseada numa suposta analogia entre estes dois processos especiais que o mero cotejo da respetiva tramitação, bem como das soluções num e noutro adotadas quanto ao elenco de pretensões a efetivar pelo trabalhador, mostra simplesmente não existir[47].

[46] V. *supra* a n. 31.

[47] O ponto tratado no texto *supra* foi por nós versado em estudo anterior, cujos teor e conclusões se retomarão, no essencial, na presente secção: Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pp. 99 segs.

Relembre-se, a este propósito, que no processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento é expressa e latamente permitida a dedução pelo trabalhador, no seu articulado, que se segue ao do empregador, de pedidos relativos a quaisquer créditos laborais que sobre este detenha: afirma-o, com toda a clareza, o n.º 3 do artigo 98.º-L do CPT[48]. Mais, em caso de revelia, e conforme previsto na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 98.º-J, tais pedidos serão deduzidos em articulado próprio que, no singular contexto desta ação, se perfila como o sucedâneo daqueloutro, porquanto obsta a que o abrupto fim do processo em momento anterior ao da apresentação do seu articulado pelo trabalhador inviabilize o exercício por este da faculdade que lhe é concedida de efetivar os seus créditos laborais junto com a impugnação do despedimento[49].

Nada disto ocorre no processo especial de impugnação do despedimento coletivo - e por duas incontornáveis razões. Primeira, porque nele a petição de créditos laborais pelo trabalhador está sujeita ao regime da cumulação de pedidos contido no CPC[50] - e assim permanecerá, nada tendo a Lei n.º 107/2019, de 9-9, alterado

[48] Sobre esta disposição, v. Joana Vasconcelos, Anotações 12 a 17 ao artigo 98.º-L *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 127 segs.

[49] Sobre este ponto, v. Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pp. 100-101 e Anotações 31 a 34 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho – Processo Especial para Impugnação da Regularidade e Licitude do Despedimento*, 2020 cit., pp. 113 segs.

[50] Sobre este ponto, mais desenvolvidamente, Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pp. 92 segs.

quanto a este ponto[51]. Segunda, e não menos significativa, porque, seguindo este processo especial, na fase dos articulados, o modelo "clássico" de petição inicial e contestação, será aquela o momento processual apropriado para a dedução pelo trabalhador de todos os pedidos que pretenda fazer valer contra o empregador – incluindo os relativos a créditos laborais, nos limitados termos em que podem estes ser formulados[52].

Daí que se mostrem, antes de mais, incompreensíveis o sentido e o propósito da possibilidade que ao trabalhador confere a alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT de, no processo especial de impugnação do despedimento coletivo, e em caso de revelia do empregador - e só neste -, deduzir, no articulado nele previsto, pedidos relativos a "créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação, incluindo a indemnização prevista na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 389.º" do CT.

Porque em tal processo a petição inicial antecede sempre a contestação, jamais a falta da segunda compromete a apresentação da primeira, logo, a formulação pelo trabalhador dos respetivos pedidos - como tipicamente sucede no processo especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, em resultado da opção de alterar a ordem de intervenção processual das partes nesta fase[53]. Ora, constituindo a solução prevista no artigo

[51] Mais exatamente, não adicionou à respetiva disciplina uma norma que, em linha com o artigo 98.º-L, n.º 3, do CPT, expressa e genericamente consinta ao trabalhador nele fazer valer também os seus créditos laborais.

[52] Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pp. 94 segs.

[53] Sobre este ponto, mais desenvolvidamente, v. Joana Vasconcelos, *Direito Processual do Trabalho*, 2017 cit., pp. 101, 111 segs. e 115 segs. e Anotação 5 ao artigo 98.º-J *in Comentário aos Artigos 98.º-B a 98.º-P do Código de Processo do Trabalho*, 2020 cit., pp. 90-91.

98.º-J, n.º 3, alínea *c)*, do CPT o remédio que permite ultrapassar o impasse em tal situação gerado, não se vê o que possa justificar a sua adoção num contexto processual onde o mesmo patentemente jamais irá ocorrer.

E, sendo certo que no processo especial de impugnação do despedimento coletivo a dedução pelo trabalhador de pedidos - de quaisquer pedidos - contra o empregador há de fazer-se, nos termos gerais e sob pena de preclusão, na petição inicial, de novo, não se vê o que possa justificar que na hipótese de revelia - e só nesta -, se lhe conceda, ao arrepio das mais elementares regras adjetivas, uma segunda oportunidade de fazer o que, não fora a alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT, lhe estaria interdito, a saber: peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação e, bem assim, a indemnização de todos os danos causados pelo despedimento[54].

Incompreensíveis são também os termos aparentemente irrestritos em que na alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT é admitida a petição de créditos laborais pelo trabalhador. Não é outro, com efeito, o sentido da sua latíssima previsão, a qual reproduz, na íntegra, a norma contida na alínea *c)* do n.º 3 do artigo 98.º-J do CPT, que faz o mesmo quanto à do seu artigo 98.º-L, n.º 3 - uma e outra permitindo, sem mais, juntar pretensões relativas a créditos laborais às decorrentes da impugnação do despedimento.

A verdade, porém, é que cingindo-se a permissão da alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT à eventualidade de revelia, ficam por

[54] No mesmo sentido, v. Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", 2020 cit., pág. 213.

explicar as razões de tamanha abertura legislativa quanto à dedução, já extemporânea (como se viu) de pedidos que, se formulados na petição inicial, teriam de se conformar com a disciplina da cumulação de pedidos prevista no CPC, mais exatamente de preencher as condições em que o n.º 2 do seu artigo 37.º excecionalmente a permite[55].

Por último, e à luz do que antecede, é incompreensível o contraste entre a orientação que quanto à admissibilidade da efetivação pelo trabalhador de créditos laborais neste processo especial subjaz à nova norma e aquela que se exprime no regime adjetivo comum que, na falta de uma clara opção em contrário da Lei n.º 107/2019, de 9-9, permanecerá aplicável em todas as situações nela não especificamente contempladas – não sendo, em nosso entender, razoavelmente possível inferir dos termos e do limitadíssimo alcance da alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT uma opção de princípio pela orientação favorável ao alargamento do processo especial de impugnação do despedimento à cobrança de créditos laborais do trabalhador[56].

[55] Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pp. 94 segs.

[56] Joana Vasconcelos, "Efetivação de créditos laborais na impugnação do despedimento coletivo", 2018 cit., pág. 102. Em sentido diverso, Luís Miguel Monteiro, "A impugnação do despedimento coletivo na revisão do processo do trabalho", 2020 cit., pág. 221, sustenta que "para lá" da sua patente "desadequação", que o leva a restringir muitíssimo o âmbito de aplicação da alínea *c)* do n.º 5 do artigo 156.º do CPT (pp. 214 segs.), "aquele que parece ter sido o sentido desta alteração específica ao regime da ação de impugnação do despedimento coletivo" terá sido, simplesmente, a "ampla admissibilidade da cumulação de pedidos", permitindo, afinal, na petição inicial o que, aparentemente, circunscreveu ao "articulado subsequente à revelia do réu".

DA LIBERDADE SINDICAL NEGATIVA (E DA IMPORTÂNCIA DE SE CHAMAR SINDICATO)

NEGATIVE UNION FREEDOM (AND THE IMPORTANCE OF CALLING IT A UNION)

Júlio Manuel Vieira Gomes

Sumário: Liberdade sindical negativa. Critérios de representatividade sindical. Transparência financeira dos sindicatos e democracia interna.

Resumo:

Uma vez que, mesmo nos sistemas jurídicos que a reconhecem, a liberdade sindical negativa é apenas a liberdade de não se filiar em um sindicato e a de não ter que pagar quotas para um sindicato de que não se é filiado, mas não a liberdade de escapar às consequências da contratação coletiva outorgada por esse sindicato, assumem particular importância outros aspetos infelizmente pouco tratados no nosso Código do Trabalho: a real representatividade dos sindicatos, a sua transparência financeira e a sua democracia interna. Mesmo quem, como o autor destas linhas, reconheça que a grande maioria dos direitos atuais dos trabalhadores teve a sua origem no conflito coletivo e na luta sindical deve ter presente os perigos criados pela existência de sindicatos débeis e pouco representativos (para já não falar de sindicatos amarelos) particularmente em um sistema jurídico como o português que permite a contratação coletiva in peius e que dá ao Estado discricionariedade na escolha da convenção coletiva a estender, no todo ou em parte.

Abstract:

The freedom not to affiliate in a trade union does not encompass the freedom to escape the results of the collective bargaining of that trade union. Therefore it is of the utmost importance to have legal criteria to assess the representativeness of trade unions as well as legal rules that ensure the financial transparency and the internal democracy of trade unions.

O tema da liberdade sindical negativa[1] de que nos propomos tratar neste breve estudo é um tema politicamente pouco correto. Também o direito do trabalho tem, de algum modo, os seus tabus, e como um autor alemão escreveu "pode ser errado dizer o que está certo"[2,3]. Aliás, na preparação deste texto tivemos ocasião de reler algumas das palavras críticas de MASSIMO D'ANTONA sobre a evolução do sindicato e do seu papel[4] e de nos recordarmos como pagou com a vida a sua reflexão certeira e desassombrada sobre alguns desses tabus. Mas até em países como o nosso em que, felizmente, a divergência doutrinal em matéria de direito do trabalho não acarreta um risco significativo de um cobarde assassinato político, há outras formas de silenciar opiniões

[1] Sobre a "descoberta" da liberdade sindical negativa pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tema de que não trataremos neste estudo, cfr. JOËL CAVALLINI, Liberté d'association; les accords de monopole syndical (ou clauses de *closed shop*) sont contraires à la liberté d'association, JCP, édition sociale, n.º 6, 2006, 1118, págs. 24 e ss., e, na doutrina nacional ANA TERESA RIBEIRO, A liberdade sindical na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, vol. I, pp. 167 e ss., mormente pp. 168-170, JOÃO REIS, Liberdade Sindical, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, pp. 1865 e ss., pp. 1867-1868 e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Direito à negociação colectiva e à greve, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, pp.1890 e ss.

[2] CHRISTOPH ENGEL, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, vol. 59, 2000, pp. 56 e ss., p. 58.

[3] O tema pode, de resto, cruzar-se com outro que é igualmente, nas palavras de ALBERT ARSEGUEL, La représentativité des syndicats, in Le syndicalisme salarié, dir. por Bernadette Lardy-Pélissier e Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2002, pp. 7 e ss., p. 8, um tema perigoso, a saber, o da representatividade real dos sindicatos. Como o autor destaca "pode parecer sacrílego interrogar-se sobre a representatividade dos sindicatos".

[4] Cfr., por exemplo, MASSIMO D'ANTONA, Diritti Sindacale e Diritti del Sindacato: Il Titolo III dello Statuto dei Lavoratori Rivisitato, in Opere, vol. II, Scritti sul Diritto Sindacale, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 189 e ss.

incómodas, aquelas outras "maneiras tão sábias, tão subtis e tão peritas que nem podem sequer ser bem descritas", nas belas palavras do poeta[5]. Acresce que a liberdade sindical negativa é apreendida pela doutrina dominante de um modo tão acanhado que o tema é quase um tema moribundo. De resto, um autor apresentou mesmo a demanda da liberdade sindical negativa como o equivalente no direito do trabalho à tentativa de encontrar o abominável homem das neves[6] e outro, ainda, destacou que a questão quase só é debatida na doutrina alemã, mas que nem por isso deixaria de ser bizantina, representando uma espécie de "jogo de berlindes"[7], uma questão destituída de interesse prático. Como tentaremos expor ao longo deste estudo o tema pode ser um tema "maldito", mas afirmar que a demanda da liberdade sindical negativa é tarefa condenada ao fracasso só é verdade para aqueles que, à partida, a reduzem a tão pouco, a um quase nada tão insignificante e evanescente, que é natural que depois não a encontrem. E quanto à questão do interesse prático, importa destacar que alguns temas são importantes, sobretudo, pelo seu valor simbólico e que a resposta a certas questões importa sobremaneira porque revela as conceções sociais e políticas que subjazem a um sistema de relações coletivas.

[5] Referimo-nos ao poema "Pranto pelo dia de hoje" de SOPHIA DE MELLO BREYNER ANDRESEN.

[6] OLAF DEINERT, Negative Koalitionsfreiheit, Recht der Arbeit 2014, pp. 129 e ss., p. 129.

[7] FRANZ GAMILLSCHEG, Überlegungen zur Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags, in Ausgewählte Schriften zu Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 349 e ss., p.359, refere-se à liberdade sindical negativa como sendo o "brinquedo preferido da dogmática alemã" e um "jogo de berlindes" ("das Glasperlenspiel mit der negativen Koalitionsfreiheit, der deutschen Dogmatik liebstes Spielzeug").

Importa também esclarecer que trataremos da liberdade sindical no sentido que a expressão "sindical" assume na terminologia jurídica portuguesa por oposição, por exemplo, à brasileira. Com efeito, a nossa lei reserva a palavra sindicato[8] às associações constituídas por trabalhadores, não designando como tal as associações de empregadores. Relativamente aos empregadores é controverso se a sua liberdade de associação é aqui distinta da liberdade de associação geral[9] e se se pode afirmar que as associações de empregadores prosseguem um interesse coletivo comparável ou similar ao interesse coletivo prosseguido pelos

[8] Ao longo do texto usaremos a palavra sindicato, de preferência a associação sindical. Com efeito, e como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 9.ª ed., 2019, p. 1097, "associação sindical e sindicato são expressões que podem ser usadas em sinonímia", ainda que, como o autor destaca a expressão associação sindical seja a utilizada tanto pela Constituição como pelo Código do Trabalho.

[9] Sobre o tema cfr., entre nós, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 19.ª ed., 2019, pp. 861 e ss., que critica a formulação do artigo 440.º n.º 2 do CT por este se referir aos fins de "defesa e promoção dos seus interesses empresariais". O autor muito embora reconheça que o "sindicalismo" dos empregadores é um sindicalismo de reação ou defesa contra o sindicalismo dos trabalhadores (p. 863) afirma que a associação de empregadores é "um sindicato de empregadores, dotado de uma disciplina legal parcialmente paralela à das associações de trabalhadores, e, capacitado, fundamentalmente, para agir no terreno das relações coletivas de trabalho". Cfr., igualmente, PEDRO ROMANO MARTINEZ, ob. cit., pp. 1134 e ss., que defende que "apesar da falta de correspondência a nível constitucional, pode equiparar-se a liberdade de associativismo patronal com a liberdade sindical", invocando, aliás, a Convenção n.º 87 da OIT.

sindicatos de trabalhadores[10,11], o que, evidentemente depende do modo com este interesse coletivo é concebido[12]. Embora

[10] Em sentido negativo pronunciou-se, por exemplo, GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, Sulla libertà sindacale dell'imprenditore, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1976, ano XXX, pp. 170 e ss., p. 183, para quem as associações de empregadores não são caracterizadas pela natureza coletiva do interesse prosseguido: "O interesse do empresário como interesse individual contraposto ao coletivo dos trabalhadores não é realizado e tutelado exclusivamente pela adesão do empresário à associação de empregadores e conserva a mesma natureza que tem já na sua dimensão individual (…) sendo historicamente variável, tem sempre o mesmo objeto: pode com efeito ser descrito como uma variante do interesse no lucro correspondente ao exercício da liberdade de iniciativa económica privada". Além disso nas associações de empregadores parece funcionar perfeitamente o mandato de direito civil. Para o autor, em suma, as associações de empregadores não defendem um genuíno interesse coletivo, mas um interesse que é o somatório dos interesses dos seus filiados. Os empregadores. mesmo quando filiados em uma associação, têm um interesse meramente individual e o objeto da sua atividade, tendo um conteúdo exclusivamente económico, pode ser descrito como uma variante do interesse no lucro que corresponde ao exercício da iniciativa económica privada. O autor afirma, mesmo, p. 193, que "só um espírito de simetria mal entendida é que leva a considerar que o empregador, quando estipula uma convenção coletiva desenvolve uma atividade sindical comparável com a do sindicato dos trabalhadores". O autor acrescenta que não há qualquer ponto de contacto entre uma atividade sindical e uma atividade empresarial: o objeto e os escopos destes tipos de atividade são heterogéneos e satisfazem exigências diversas.

[11] Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito do Trabalho, Vol. I (Direito Europeu; Dogmática Geral; Direito Coletivo), Almedina, Coimbra, 2018, p. 900, a associação patronal não visa, apenas, a atuação sócio-laboral, mas, antes a dimensão empresarial em geral".

[12] Cfr., por exemplo, LUIGI MENGONI, Ancora sulla libertà sindacale degli imprenditori, Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 1980, pp. 146 e ss., 147. O autor critica o entendimento do interesse coletivo como um interesse superior aos interesses individuais dos filiados e observa que é "a metafísica hegeliana do espírito objetivo concebido como substância dotada de vida própria e de autoconsciência" que resulta na convicção, acolhida também por Marx, da existência de interesses coletivos supraindividuais. Para MENGONI o interesse coletivo é, mais modestamente, o interesse comum dos vários filiados e ocorre quando vários interesses coincidentes são organizados mediante a criação de um instrumento único de atuação. Tal visão permite considerar as associações de empregadores como similares às associações sindicais propriamente ditas. MENGONI sublinha que "os fundadores da ciência do direito sindical aplicaram sempre este conceito de coligação às associações de empregadores e atribuíram-lhes a qualidade de sindicatos" e que "a associação de empregadores constituída para a tutela dos interesses dos seus membros em conseguir com o menor custo possível uma disciplina uniforme das relações de trabalho nas respetivas empresas é por definição titular de um interesse coletivo" (ob. cit., p. 148). É interessante

reconheçamos que o Código do Trabalho (mas não necessariamente a Constituição) trata de modo quase simétrico sindicatos e associações de empregadores e uma certa simetria se encontre também no artigo 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na própria Convenção n.º 87 da OIT, quanto aos direitos de trabalhadores e empregadores constituírem organizações em defesa dos seus interesses, não podemos deixar de realçar uma diferença fundamental, ao menos no que toca à negociação coletiva: é que os trabalhadores só podem exercer o seu direito de negociação coletiva através dos sindicatos, enquanto os empregadores na grande maioria dos ordenamentos não necessitam de se organizarem para exercer tal direito, podendo, mesmo quando filiados em associações de empregadores, celebrar "isoladamente" convenções coletivas (entre nós, acordos de empresa)[13].

notar que para o autor o reconhecimento da legitimação contratual aos empresários isolados, mesmo que filiados numa associação de empregadores (como resulta do artigo 4.º da Convenção da OIT n.º 98) significa que o acordo de empresa não é considerado uma forma de determinação do mesmo interesse tutelado pela associação de empregadores. Constitui antes um instrumento de tutela de um interesse diverso do empregador singular, não integrado no interesse coletivo, mas com este coordenado no sistema das fontes de direito do trabalho.

[13] ANTONIO VALLEBONA, Il Contratto Collettivo di Lavoro nei Paesi della Comunità Europea, Maggioli Editore, Rimini, 1982, p. 75, refere-se à "distinção entre o sindicalismo dos trabalhadores e a dos empregadores que sendo embora ambos expressões do princípio da liberdade sindical, desenvolvem papéis evidentemente diferentes no âmbito do sistema de relações industriais".

A liberdade sindical é concebida pela doutrina largamente dominante, como tendo uma natureza complexa que abrange duas dimensões, uma individual e outra coletiva[14,15], distinguindo-se também da liberdade geral de associação[16]. Para uma parte dos autores, aliás, a liberdade individual "precede", ao menos

[14] Cfr., por todos, ALFREDO MONTOYA MELGAR, El Contenido Complejo de la Libertad Sindical: Planos Individual y Colectivo, Sindicalismo y Democracia, coord. por Wilfredo Sanguineti Raymond e Enrique Cabero Morán, Comares, Granada, 2017, pp. 227 e ss. Para este autor, o primeiro direito sindical individual é logicamente o da filiação do trabalhador no sindicato (ou do empregador na associação de empregadores). Uma vez filiado o trabalhador fica investido de uma série de direitos de que é titular individual: o direito de eleger livremente os representantes sindicais e o direito de atividade sindical. Também é direito do trabalhador aceitar o desconto da sua quota sindical sobre o salário e a sua transferência para o empregador (p. 234). Os direitos sindicais individuais completam-se com o reconhecimento do direito à não discriminação por razões sindicais (ver o artigo 1.º da Convenção da OIT n.º 98, sendo que o próprio direito de greve é frequentemente concebido como um direito individual de exercício coletivo. são coletivos os direitos de elaborar os estatutos e regulamentos sindicais, organizar a atividade e a administração do sindicato e formular o plano de ação deste. São também direitos coletivos o direito de fundar federações e confederações e organizações internacionais (p. 237). Na doutrina germânica cfr., por todos, GÜNTER SCHAUB, Tarifautonomie in der Rechtsprechung, Recht der Arbeit 1995, pp. 65 e ss.

[15] Se, como destaca PAOLA BELLOCCHI, La Libertà Sindacale, in Organizzazione Sindacale e Contrattazione Collettiva, coord. por GIANPIERO PROIA, Vol. II, do Trattato di Diritto del Lavoro, dir. por MATTIA PERSIANI e FRANCO CARINCI, Cedam, Padova, 2014, pp. 3 e ss., p. 35, a "liberdade sindical é, antes de mais, liberdade de escolher de que modo tutelar os interesses coletivos", tal liberdade abrange hoje a escolha de qual o âmbito dos interesses coletivos a defender, isto é, a determinação do grupo cuja autotutela é organizada através da constituição de um sindicato. Como a autora destaca, ob. cit., p. 37, a escolha do como organizar-se pressupõe uma outra escolha, a dos interesses a tutelar e promover e, portanto, o âmbito da organização. Mas talvez vá longe de mais quando defende que a liberdade de escolher quais os interesses coletivos a tutelar implica que o sindicato pode optar por defender o interesse coletivo só dos filiados ou dos não filiados, de todos os trabalhadores num âmbito local ou nacional, de uma determinada profissão.

[16] Seria a própria natureza do interesse coletivo a fazer a diferença. Assim para PAOLA BELLOCCHI, ob. e lug. cit., face à liberdade geral de associação existe aqui "uma diferença específica constituída, da perspetiva funcional pela tipicidade dos fins para os quais se organiza, a saber a autotutela dos interesses coletivos do trabalho".

ontologicamente, a liberdade coletiva e está na base desta última[17] [18,19]. Seria esta liberdade sindical individual que comportaria uma liberdade positiva e outra negativa. Na Constituição portuguesa, tal como nas leis fundamentais de outros países que passaram por regimes corporativos, a liberdade sindical negativa está expressamente consagrada, pelo menos no seu núcleo duro: o direito de os trabalhadores não se filiarem, se assim o desejarem, em sindicatos e não poderem ser sujeitos à obrigação de pagar

[17] JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, La Libertad Sindical, Boletin Mexicano de Derecho Comparado, ano XXXIII (nova série), 2000, n.º 98, pp. 695 e ss. O autor concebe a liberdade sindical individual praticamente como um direito natural que estaria na base da criação do sujeito sindical coletivo (p. 696: "La libertad sindical es un derecho natural del ser humano en el sentido de que está fundada sobre los lazos naturales establecidos entre los membros de una misma profesión. Ésta es de esencia individualista. Se invoca para fundar un sindicato, para pertencer a él si está ya fundado, para no pertencer a ninguno, para dejar de pertencer o afiliarse a outro. La libertad sindical és así una manifestación de la libertad individual"), embora afirme que uma vez criado o sindicato este é também o sujeito da liberdade sindical e podem surgir conflitos entre os diferentes sujeitos da liberdade sindical. Para este autor, ob. Cit., p. 701, a dimensão coletiva da liberdade sindical faz referência à auto-organização, à autonomia normativa e à autonomia conflitual. Distingue, depois, ob. cit., p. 707, o direito de constituir organizações sindicais (trabalhadores e empregadores podem criá-las sem distinção e sem necessidade de qualquer autorização prévia); o direito de filiação e as garantias da liberdade sindical: 1) abstenção das autoridades públicas; 2) faculdade de elaboração dos seus estatutos; 3) Eleger livremente os seus representantes; 4) Organizar a sua gestão e atividade; 5) Formular o seu programa de ação; 6) Não estar sujeito a dissolução ou suspensão por via administrativa; 7) Constituir federações e confederações; 8) Constituir organizações internacionais ou filiar-se nelas; 9) Proteger os seus membros contra prejuízos em razão da filiação e da atividade sindicais; 10) impedir a ingerência de organizações estranhas; 11) instaurar medidas para promover e desenvolver a negociação coletiva.

[18] Outros autores como REINHARD RICHARDI, Gestaltungsformen der Tarifautonomie, JZ 2011, pp. 282 e ss., p. 283, defendem que na base da autonomia coletiva está também a própria autonomia individual.

[19] Para uma leitura do artigo 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que considera que a referida norma parte do primado da liberdade individual cfr., por todos, CARSTEN HERRESTHAL, Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie, EuZA 2011, pp. 3 e ss., p. 15 ("Im Kern der Wert- und Ordnungsstruktur steht dabei die Individualfreiheit").

quotizações sindicais a sindicatos em que não se filiaram (artigo 55.º, n.º 2, alínea b).

Mas em outros ordenamentos discute-se a própria existência e o conteúdo da liberdade sindical negativa. Para alguns autores, por exemplo, a liberdade sindical é uma liberdade unitária, não fazendo sentido autonomizar a liberdade sindical negativa. Outros, ao invés, defendem que a liberdade de que os trabalhadores dispõem de constituir sindicatos ou de neles se filiarem pressupõe, lógica e necessariamente, a liberdade de não o fazerem, sob pena de não existir, em rigor, uma liberdade[20]. Liberdade sindical positiva e liberdade sindical negativa são duas faces da mesma moeda e são indissociáveis. Aliás, diz-se, a liberdade sindical negativa reforça e tutela a liberdade sindical positiva: a liberdade de poder sair de um sindicato, de não ser forçado a permanecer nele mesmo contra a vontade, facilita o exercício da liberdade de constituir outros sindicatos, eventualmente concorrentes do anterior. Mas uma parte da doutrina considera que este argumento pretensamente lógico representa, na realidade, uma má lógica[21]. Com efeito, para um segmento importante da doutrina, a liberdade sindical positiva e a liberdade sindical negativa, mesmo quando se reconheça a existência

[20] RUPERT SCHOLZ, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, pp. 41-42: a liberdade nunca pode esgotar-se em uma oportunidade de conduta positiva, antes exige como consequência lógica uma possibilidade de conduta negativa. A liberdade de fazer algo, sem a liberdade de não o fazer, significa na prática a obrigação de fazer. O reconhecimento da liberdade negativa é, no fundo, o reconhecimento da própria liberdade.

[21] Assim KAHN-FREUND, cit apud, FELIX HARTMANN, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 58, n. 64: seria um caso de má lógica pretender inferir a existência de uma liberdade negativa da circunstância de existir uma liberdade de associação.

desta última, não são, de modo algum, equiparáveis[22]. Quando não se afirma que a liberdade sindical negativa é uma liberdade de parasitas[23] ou de *free riders*, defende-se que enquanto a liberdade sindical positiva é uma liberdade coletiva, a outra é apenas uma liberdade individual, uma liberdade pobre por se tratar da liberdade dos que não participam nos movimentos sociais coletivos[24], uma liberdade "altamente problemática"[25], uma liberdade contra o grupo[26].

[22] Alguns autores acentuam a tensão existente entre liberdade sindical positiva e liberdade sindical negativa. Assim para BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, Manual de Direito do Trabalho, Letras e Conceitos Lda., 3.ª ed., 2018, p. 124, "ao contrário do que possa parecer, não existe total homologia e compatibilidade entre as várias vertentes positiva e negativa da liberdade sindical. Repare-se que a liberdade sindical negativa, entendida sem restrições, mata a liberdade sindical positiva".

[23] BACHMANN, *cit apud* FELIX HARTMANN, ob. cit., p. 51, n. 19, chamou-a, com efeito, de "direito de parasitas" (Schmarotzrecht"). No passado POTTHOFF e SINZHEIMER, mas também BACHMANN e KASTNER, por razões de política social, consideraram que a liberdade sindical negativa não merecia proteção pelo direito, porquanto o trabalhador que não se filiava em um sindicato seria basicamente um parasita que não merece tutela. Sobre estas teses cfr., por todos, JUTTA SCHABBECK, Das Problem der negativen Koalitionsfreiheit, Diss. München, 1971, pp. 45 e ss. Mas como a autora destaca, ob. cit., p. 47, o *outsider* pode ter motivos sérios para não se querer filiar em um determinado ou até em qualquer sindicato: por razões políticas ou porque não está de acordo com a estratégia e a atuação do(s) sindicato(s).

[24] Assim, por exemplo, JANS SCHUBERT, Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln, ZTR 2011, pp. 578 e ss., p. 581, para quem a liberdade de associação positiva e a negativa não estão no mesmo plano. A liberdade de associação negativa é apenas uma liberdade de "quedar-se distante" ao contrário da liberdade positiva.

[25] A expressão é de PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 42, que destaca que a liberdade sindical negativa não é mencionada na Convenção n.º 98 da OIT.

[26] SEBASTIAN DE SOTO RIOJA, La libertad sindical negativa, Civitas, Madrid, 1998, p. 36: o direito de não sindicalização é um direito essencialmente individual e dirigido contra o grupo. Cfr., também, p. 79, n. 71: "a liberdade é poder e não um poder fazer em abstrato que não possa exercer-se em concreto e a liberdade sindical negativa é por definição uma liberdade sem poder, é a liberdade de fazer as coisas só por si mesmo".

Muito embora a Constituição portuguesa consagre inequivocamente a liberdade sindical negativa, pelo menos no seu núcleo essencial do direito de cada trabalhador não ser forçado a filiar-se em um sindicato nem ser forçado a pagar quotizações sindicais para um sindicato em que escolheu não se filiar, importa ter presente que a jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional afasta a possibilidade de entender tal liberdade como abrangendo o direito desse trabalhador, que optou pela não filiação, de não ser prejudicado pelos resultados da negociação coletiva levada a cabo por um sindicato em que não se filiou.

Tal resulta das posições assumidas, por maioria, pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 338/2010[27] e no Acórdão n.º 602/2013[28], respetivamente a propósito da adaptabilidade grupal e do banco de horas grupal.

Naquele primeiro Acórdão, a propósito da adaptabilidade grupal, pode ler-se:

"[O]s trabalhadores, ao decidirem filiar-se numa associação sindical, conferem a essa associação a faculdade de os representar perante as entidades patronais e ficam vinculados pelos acordos por estas celebrados durante a sua vigência (artigo 496.º; n.º 1) mesmo que posteriormente se desfiliem do sindicato (artigo 496.º, n.º 1). O fundamento para essa vinculação é a relação de representação que se estabelece entre o trabalhador e a entidade sindical em quem

[27] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, processo n.º 175/09, publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 216, 8 de novembro de 2010, pp. 4994-5031.

[28] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013, processo n.º 531/12 (retificado pelo Acórdão n.º 635/2013), publicado no Diário da República, 1.ª série, n.º 206, 24 de outubro de 2013, pp. 6241-6296.

confia para coletivamente representar os seus interesses. A possibilidade de extensão do regime das CCT em vigor a trabalhadores sindicalmente não filiados, por sua vez, funda-se no princípio da igualdade. Os trabalhadores que operam no quadro de uma mesma empresa ou de um mesmo sector devem estar sujeitos a um mesmo conjunto de condições de trabalho, a menos que haja uma razão válida para assim não suceder. É constitucionalmente indiscutível que um trabalhador pode ficar vinculado por um instrumento coletivo de trabalho, fundado numa autonomia coletiva (artigo 56.º, n.º 3, da Constituição), sem necessidade da sua aceitação específica de tal instrumento. A questão está no facto de tais instrumentos de regulamentação coletiva poderem colocar concretamente em causa direitos individuais dos trabalhadores"[29].

Reconhece-se, depois, no Acórdão, que pode haver aqui um prejuízo para a conciliação da vida familiar com a vida profissional do trabalhador abrangido pela adaptabilidade[30], mas acrescenta-se que:

"Deve, no entanto, considerar-se que, se uma convenção coletiva (eventualmente objeto de uma portaria de extensão) opta por tal solução é certamente por razões que reconhece como sendo do interesse global dos trabalhadores. Há, com efeito, uma renúncia

[29] P.5010.

[30] P.5011: "É também certo que um instrumento de regulamentação coletiva que preveja uma forma variável de organização do tempo de trabalho dificulta por regra "a conciliação da atividade profissional com a vida familiar" [artigo 59.º, alínea d) da Constituição] (…) O acréscimo dos tempos de trabalho em determinados períodos torna, porém, mais exíguo o encontro familiar (em especial no âmbito da chamada família nuclear) e essa perda não é geralmente compensada pela redução posterior de tempo de trabalho, uma vez que os outros elementos da família não terão certamente as mesmas variações (isto é, acréscimos e reduções) nos seus horários laborais e escolares".

coletiva que a própria lei contém dentro de limites de proporcionalidade (ao estabelecer limites máximos) e que visa a realização de interesses que se consideram, num determinado momento devidamente delimitado, concretamente prevalecentes sobre o repouso e a vida familiar. Esses interesses poderão passar, nomeadamente, pela viabilidade económica da empresa e pela consequente manutenção dos postos e das condições de trabalho dos trabalhadores"[31].

O Acórdão n.º 602/2013, a propósito do banco de horas grupal, segue na mesma senda, mas com uma fundamentação mais sofisticada ou, pelo menos, mais complexa. Sustenta que não estando em jogo a aplicação *erga omnes* da convenção coletiva aplicável a 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica, não haveria uma violação da liberdade sindical negativa[32]. Destarte, os trabalhadores não filiados não eram abrangidos pela eficácia normativa dessa convenção, a qual funcionava apenas como pressuposto para o exercício do poder de direção do empregador[33]. Em todo o caso, o Acórdão reiterou que da

[31] P.5011; o sublinhado é nosso.

[32] P.6257: "[o] artigo 208.º-B do Código do Trabalho não chega sequer a interferir com a liberdade sindical na sua dimensão negativa, por via do regime do banco de horas grupal, os trabalhadores não são diretamente abrangidos pela eficácia de convenções coletivas do trabalho celebradas por associações sindicais em que não estão inscritos ou relativamente às quais não tenham exercido o seu direito de escolha. A aplicação concreta de tal regime funda-se no poder de direção do empregador com observância de determinados pressupostos legalmente estabelecidos. A mesma não implica uma subordinação da autonomia individual à autonomia coletiva não fundada na representação sindical, pelo que inexiste qualquer problema de compatibilidade da norma do n.º 1 do citado artigo com a liberdade sindical tutelada no artigo 55.º da Constituição".

[33] PP. 6256-6257: "não é a convenção coletiva que admite a extensão do regime nela previsto (…) que constitui, por si mesma, o título de atribuição ao empregador do direito à aplicação do regime de modulação já que a mesma convenção opera antes – e em paralelo com a aceitação por parte de 75% dos

convenção aplicável a 60% dos referidos trabalhado resultaria uma presunção de que a solução era benéfica para os trabalhadores (mesmo que estes porventura a tivessem recusado).

Com efeito, para o Acórdão, "[o] legislador parte de uma presunção de favorabilidade da instituição dos regimes de adaptabilidade grupal ou de banco de horas grupal (…) em ambos os casos [convenção coletiva aplicável a 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica ou aceitação por 75% dos referidos trabalhadores] a faculdade legal do empregador é condicionada por um apoio muito significativo ou dos próprios trabalhadores a abranger ou dos representantes qualificados de um número não menos significativo do mesmo universo de trabalhadores, sendo esse apoio indiciador do caráter vantajoso da instituição do regime de modulação do tempo de trabalho em causa para o conjunto dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica"[34]. Refere-se, ainda, que a referida presunção de favorabilidade não é absoluta: "a presunção de favorabilidade da instituição do regime de adaptabilidade grupal ou banco de horas grupal decorrente da verificação dos pressupostos legais – o aludido apoio de uma maioria dos trabalhadores – não é absoluta, já que a lei impõe limites fundados justamente no direito de contratação coletiva dos trabalhadores. Com efeito, os artigos 206.º n.º 4 e 208.º-B n.º 3, do Código do Trabalho excecionam da aplicabilidade daquele regime o trabalhador abrangido por convenção coletiva que disponha

trabalhadores da proposta de modulação do tempo de trabalho formulada pelo empregador – como pressuposto do exercício de um poder que assenta, afinal, na própria lei (e não na autonomia individual ou coletiva)" [citando NUNES DE CARVALHO].

[34] P. 6257 (o sublinhado é nosso).

de modo contrário a esse regime ou relativamente ao regime [definido com base na regulamentação coletiva, o] trabalhador representado por associação sindical que tenha deduzido oposição a portaria de extensão da convenção coletiva em causa". "No caso destes trabalhadores, a aludida presunção não opera ou tem-se como elidida"

Em todo o caso, para o Acórdão, "mesmo que estivesse em causa a extensão de tal instrumento de regulamentação por decisão do empregador a habilitação legal para o efeito não seria incompatível com a Constituição", citando-se o princípio da igualdade que estaria na base das portarias de extensão.

Começaremos a nossa análise pela afirmação que da convenção coletiva resulta uma "presunção de favorabilidade", uma presunção de que se uma convenção coletiva introduz um esquema de adaptabilidade ou de banco de horas é porque "é por razões que certamente reconhece como sendo do interesse global dos trabalhadores" e, pelos vistos, também dos não filiados. O que nos remete para uma questão crucial do direito coletivo do trabalho: quem é que, no fim de contas, um sindicato representa quando negoceia uma convenção coletiva? Todos os trabalhadores de uma determinada "categoria"? Todos os trabalhadores de um setor ou

ramo de atividade, filiados e não filiados e até filiados em outro sindicato? Ou até, simplesmente, todo o proletariado[35,36]?

Trata-se de uma questão a que, pela sua complexidade só podemos aqui aludir muito sumariamente. Em todo o caso, sublinhe-se, desde logo, que só está em jogo aqui saber quem é que o sindicato representa na contratação coletiva e não em muitas outras atividades que o sindicato pode desenvolver.

A resposta a esta questão é delicada por uma série de razões. Em primeiro lugar ideológicas. Com efeito, e como é evidente, a opção política de cada um desempenha aqui um papel fundamental. Assim, para uma visão marxista, por exemplo, o sindicato "representa" o proletariado e não fará sentido, mesmo em sede de contratação coletiva, tentar reduzir a sua representatividade. Mas também por

[35] JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, El Sindicalismo y el Orden Democrático, "Estudio Preliminar" in Georges Renard, Sindicatos, Trade-Unions y Corporaciones, Editorial Comares, Granada, 2014, pp. VI e ss., p. XI: "Trata-se de reconhecer a dimensão política e jus-publicista do sindicato e da atividade sindical para a defesa dos interesses que lhe são próprios, vinculados potencialmente à defesa dos interesses coletivos gerais da classe trabalhadora: o sindicato é manifestação da autoconsciência da classe trabalhadora como conjunto, em todos os âmbitos da vida social e política". "O sindicato representativo (…) é uma organização potencialmente dirigida a representar institucionalmente o conjunto da classe trabalhadora em todos os âmbitos da vida social". Para o autor esta perspetiva constitucional do sindicato "supera a configuração estritamente privada do sindicato como sujeito que visa tutelar interesses exclusivamente profissionais e contratuais para abarcar uma dimensão mais ampla da função do sindicato no sistema político, enquanto autêntico sujeito político que pretende tutelar os interesses coletivos da classe trabalhadora em todos os âmbitos da vida social". Cfr., também p. XII: "O sindicato desenvolve uma atividade coerente com a identidade coletiva da classe trabalhadora e de defesa contra todas as situações de domínio social e de luta emancipadora".

[36] JEAN MAURICE VERDIER, Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales (quelques réflexions, rappels, suggestions), Droit Social 1991, pp. 6 e ss., p. 8, fala do sindicato como o "guarda heroico de uma fraternidade ampla sem exclusões que tem todos os méritos salvo o de incitar à filiação sindical" e sublinha que o sindicato fala em nome de todos os trabalhadores – "convicção fundada sobre a existência histórica de uma classe operária homogénea representada, quase por essência, pelo sindicato".

razões históricas: nos países que passaram por regimes corporativos nunca foi possível verdadeiramente exorcizar por completo a matriz do sindicato. No sistema fascista italiano, por exemplo, o sindicato corporativo era uma pessoa de direito público que se apresentava como um representante legal de uma "categoria"[37], uma realidade ontologicamente anterior, para alguns, ao sindicato. A instauração de um regime democrático e o fim do regime corporativo implicou que o sindicato passasse a assentar na associação livre e espontânea

[37] Já depois da instauração da democracia em Itália esta visão do sindicato como representante legal de uma categoria continuou a ser defendida por alguns autores. Veja-se, por exemplo, MATTIA PERSIANI, I Soggetti del Contratto Collettivo con Efficacia Generale, Il Diritto del Lavoro 1958, parte I, pp. 88 e ss. Para PERSIANI a "categoria" profissional era uma formação social, "um daqueles grupos intermédios inseridos orgânica e estavelmente na sociedade geral, formado por pessoas que se encontram reunidas não ocasional, mas necessariamente" (ob. cit., p. 93), mas "não era apenas um fenómeno social, como também uma realidade juridicamente relevante". O interesse coletivo desta "categoria" seria um interesse privado (cita a opinião em contrário de CASSI, que considerava privado o interesse coletivo dos filiados no sindicato, mas público o interesse coletivo dos membros da categoria, interesse que não poderia ser realizado pela autonomia privada, mas só pela intervenção do Estado). PERSIANI afirmava que o sindicato não era o titular do interesse da categoria profissional, mas cabia-lhe a ele avaliá-lo. Acrescentava também que os membros da categoria profissional que não fossem filiados naquele sindicato podiam sempre reagir mediante a constituição de novos sindicatos ou pela filiação em sindicatos que lhes oferecessem maiores garantias, acabando por concluir que "o interesse da categoria coincide com o das associações sindicais, mas deve sublinhar-se que coincide não com o interesse de um sindicato, mas com a síntese dos interesses de todos" (ob. cit., p. 95). Os sindicatos eram, assim, concebidos como representantes legais dos membros da categoria ainda que o autor reconhecesse que a expressão "representação legal" era um pouco imprópria, seja porque a categoria não era uma pessoa jurídica, seja porque se tratava sobretudo, de uma representação de interesses (ob. cit., p. 106). Em sentido oposto cfr., por exemplo, RENATO BALZARINI, Considerazioni sulla Nozione di Autonomia Collettiva (Con Riguardo al Diritto Positivo Italiano), Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro 1964, pp. 1 e ss., pp. 6-7: "A configuração de interesses coletivos diversos dos interesses individuais das pessoas que pertencem à categoria profissional e superiores a estes últimos repousa sobre uma ficção, a de conceber a categoria como se fosse uma entidade unitariamente relevante distinta dos seus componentes".

dos trabalhadores e fosse um sujeito de direito privado[38]. Contudo esta transformação nunca foi completa, ficando o sindicato em uma espécie de limbo entre o privado e o público[39] e sendo frequentemente apresentado como uma pessoa de direito privado a quem é confiado o exercício de certas funções públicas. Este estatuto híbrido deve-se, de resto, a várias razões: desde logo, à importância crescente da atividade política do sindicato (particularmente, mas não só, das associações sindicais chamadas a intervir na concertação social); mas também ao facto de para a maior parte da doutrina, o sindicato agir em defesa de um interesse coletivo de que só o próprio sindicato seria intérprete[40], ao ponto de tal interesse coletivo ser frequentemente apresentado como algo que não existiria ou, pelo menos, não poderia ser apreendido sem o sindicato – sendo que para alguns autores parece ser, inclusive, um

[38] Entre nós cfr., por todos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Tratado de Direito do Trabalho, Parte III, Situações Laborais Colectivas, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2014, p. 55 que se refere à "pujança, também neste domínio, do valor máximo da liberdade e da autonomia – pilares básicos do direito privado".

[39] MASSIMO D'ANTONA, Le varie dimensione giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione, in Opere, vol. II, Scritti sul Diritto Sindacale, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 183 e ss., p. 188, muito embora afirme que "a autonomia do sindicato pertence ao privado porque é fundamentalmente autonomia de uma esfera social face ao Estado", sublinha que o sindicato está entre o público e o privado ("sempre più sospeso tra pubblico e privato") e a dimensão pública assume um tal relevo que "dificilmente pode ser tratada e tratada de modo exaustivo pelo instrumentário do direito privado".

[40] VALENTE SIMI, Formazioni sociali e categoria professionale, RTDPC 1965, ano XIX, pp. 426 e ss. Para o autor certas formações sociais ou corpos sociais intermédios são coletividades orgânicas titulares de interesses coletivos próprios que não se confundem nem com os interesses individuais, nem com o interesse geral da comunidade. Nestes casos, a coletividade não surge de um ato voluntário de adesão do indivíduo, mas de uma comunhão de posições que se mantém enquanto de facto se mantiver a pertença daquele indivíduo àquela formação social (ob. cit., p. 445). Na categoria profissional o sindicato seria "o instrumento necessário que a formação social exprime e cria para a gestão do seu próprio interesse".

interesse do próprio sindicato[41]. Tal interesse coletivo é concebido, por muitos, como algo diferente e superior ao interesse dos trabalhadores individualmente considerados e insindicável por quem quer que seja que não o próprio sindicato. Evolui-se, assim, para o que alguns chamam de uma conceção essencialista do sindicato[42], com o que ALAIN SUPIOT designou de um certo "perfume a 68"[43], e uma compreensão do sindicato como "vanguarda iluminada" dos trabalhadores[44]. ROMAGNOLI dirá, a propósito, que o sindicato nunca

[41] Veja-se, por exemplo, AURELIO GENTILI, Rappresentanza di Interessi e Autonomia Collettiva nelle Relazioni Sindacali, Rivista di Diritto Civile 1974, ano XX, parte I, pp. 576 e ss., p. 585, que refere a existência de um interesse sindical ontologicamente distinto do interesse coletivo. O interesse sindical é o interesse a conservar e potenciar a organização sindical. "A organização sindical, ao menos a partir do momento em que se reconhece como instituição, finaliza a sua própria atividade ao interesse, não eliminável, de autoconservação" (ob. cit., p. 595). Muito embora o autor reitere que interesse sindical e interesse coletivo não se confundem, afirma igualmente que "sendo imprescindível a ação sindical para determinar o interesse coletivo, sendo certo que só o sindicato pode ser o seu possível "gestor" e que os indivíduos precisamente porque são indivíduos não têm competência para serem seus intérpretes, há que concluir que, em definitivo, o interesse coletivo é e só pode ser o interesse do sindicato (nas próprias palavras do autor "a conclusão parece óbvia mas é inquietante", ob. cit., p. 697).

[42] A expressão é de CYRIL WOLMARK, Les transformations du droit français de la représentation collective, in La Représentation Collective des Travailleurs, Ses Transformations à la Lumière du Droit Comparé, dir. por Marie-Ange Moreau, Dalloz, Paris, 2012, pp. 163 e ss., p. 167.

[43] ALAIN SUPIOT, Les syndicats et la négociation collective, Droit Social 1983, pp. 63 e ss., p. 65 : O problema das relações entre o aparelho sindical e a sua base tem um odor a 68 ("un parfum soixante-huitard"). Como SUPIOT destaca, a representação dos trabalhadores por um aparelho sindical especializado nas funções de reivindicação e de negociação pode colocar, como qualquer fenómeno de representação, um certo número de dificuldades. Poder-se-ia considerar que tais problemas apenas respeitam aos sindicatos e que deveriam ser resolvidos por estes. No entanto, como o autor refere, desde o momento em que o reconhecimento da representatividade sindical basta para que um sindicato seja habilitado a representar todos os trabalhadores do seu sector geográfico e profissional, a questão muda de figura: "O legislador não pode desinteressar-se das distorções desde o momento em que pretende fazer da negociação coletiva o maior instrumento de evolução do direito do trabalho".

[44] Quem parta da premissa da existência de um ordenamento jurídico sindical autónomo desemboca frequentemente na afirmação de que a liberdade sindical positiva é necessariamente superior à liberdade sindical negativa, mesmo que

considere ser esta última uma verdadeira liberdade. Assim MARCELLO PEDRAZZOLI, Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento aplicativo del giudice, Lavoro e Diritto 1990, n.º 3, pp. 355 e ss. e n.º 4, pp. 549 e ss., afirma que os membros da associação sindical não coincidem com os titulares dos interesses laborais que subjetivamente serão mais numerosos, mas a organização sindical "objetiva-se no momento em que, através de uma livre determinação da vontade, com vista à prossecução de um objetivo comum, uma pluralidade de trabalhadores estabelece os confins da realidade (empírica, social, material, organizativa) no âmbito dos quais será desenvolvida a autotutela dos interesses do trabalho, individualizando um grupo homogéneo em algum aspeto ou as variadas, mas sempre unificáveis, situações que ocorrem em serie e relativamente às quais a organização agirá" . Para o autor não se pode consentir que a não participação prejudique ou impeça o pleno funcionamento da liberdade sindical: "a tutela da liberdade sindical negativa significa que o exercício positivo dessa liberdade é condição necessária, mas não suficiente, para que se realize a garantia da organização sindical: é necessária porque sem atos negociais de constituição ou de adesão, a organização não é tipificada; não é suficiente porque o âmbito em que é garantida a organização vai para além de aqueles que realizaram tais atos negociais" (ob. cit., p. 376). PEDRAZZOLI dirá, mesmo, dirá que o trabalhador não filiado é coagido a participar da autonomia coletiva e é um trabalhador "virtualmente ativo do ordenamento sindical" e defende, assim, que o trabalhador não filiado permanece sujeito ao poder de tipificação alheia, numa condição de sujeição ainda que facultativa: "ele deve suportar que tal poder seja exercido por outros, caso não o exerça ele próprio e enquanto não seja induzido a exercê-lo, porque dele depende o próprio funcionamento da autonomia coletiva" (ob. cit., p. 401). É interessante notar que, embora concebendo a liberdade sindical negativa como uma liberdade menor, PEDRAZZOLI não a reduz á utilização da liberdade sindical contra o próprio sindicato, sublinhando que a mesma apresenta um sinal "ideológico bem distinto face ao alcance derrogatório e *in peius* que a contratação coletiva é chamada agora a desempenhar" e releva "em sentido construtivo e não apenas em sentido individualístico de uma garantia da liberdade de abster-se da organização" (ob. cit., pp. 373-374). A liberdade sindical negativa exprime uma exigência que constitui "o dilema não resolvido e na aparência não resolúvel dos sistemas voluntários das relações coletivas: a organização sindical ou o seu desenvolvimento, a autonomia coletiva, não alcança o seu objetivo e permanece debilitada se a tutela por ela introduzida não é estendida a todos os seus potenciais destinatários". A liberdade sindical negativa seria para o autor ambivalente: por um lado ela implicaria que a atividade sindical não deve acarretar desvantagens ao *outsider* que o autor apoda mesmo de *free rider*. Mas a liberdade negativa é apenas uma liberdade de não participação, não permitindo ao *outsider* escapar da tipificação levada a cabo pela convenção coletiva (ob. cit., p. 375).

se libertou do complexo de Peter Pan[45], apresentando-se como o representante legal[46] dos trabalhadores, condenados eternamente a

[45] UMBERTO ROMAGNOLI, La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti col passato), Lavoro e Diritto 2013, n,º 1, pp. 3 e ss., p. 18: "O sindicato deve deixar de considerar-se a si próprio um representante *sui generis*, um pouco mandatário e um pouco tutor, como deve deixar de procurar persuadir o trabalhador de que este é, nas relações com o sindicato, um representado *sui generis*. Um pouco capaz e um pouco não. Um menor com o complexo de Peter Pan". Como o autor também sublinha a doutrina e a Lei têm-se preocupado com a garantia dos representantes dos trabalhadores face aos poderes da empresa, mas muito menos com a definição da posição desses representantes face aos próprios trabalhadores.

[46] Alguns autores continuam, de resto, a falar de uma representação legal ainda que *sui generis*. Assim, por exemplo, para GEORGES BORENFREUND, Propos sur la représentativité syndicale, Droit Social 1988, pp. 476 e ss., 477-478, existiria aqui uma representação legal de um tipo particular: os sindicatos mais representativos aparecem como encarregados da representação de interesses de uma coletividade que como que adquire uma personalidade própria relativamente aos membros que a compõem. Nesta perspetiva os trabalhadores não são diretamente representados e o essencial é organizar de maneira mais eficaz a representação dos interesses da coletividade a que pertencem. Neste sentido poderia dizer-se, inclusive, que todos os sindicatos têm vocação de falar em nome dos trabalhadores, tratando-se de uma "representação de interesses coletivos mais amplos que os dos filiados e assumida como tal à partida pelos sindicatos, o que permite compreender que a coletividade não se limita aos aderentes" (ob. cit., p. 479). Pode mesmo dizer-se, nesta construção, que o representado é quem o representante diz que é. Por outro lado, ainda nas palavras do autor, "seria erróneo retirar destas considerações a ideia de que os sindicatos representativos têm apenas por vocação transmitir as aspirações dos trabalhadores" e "a própria vontade dos representantes deve naturalmente exprimir-se, sem cair na delegação pura". Em suma, "as organizações sindicais não são simples mensageiros", sendo "o seu papel de tradução e elaboração das aspirações dos trabalhadores (…) determinante" (ob. cit., p. 481, n. 30). Nesta visão relativiza-se o ato de filiação individual e voluntário. É, pois, natural que se afirme que "vários sindicatos têm a faculdade de agir isoladamente para defender os interesses de todos os trabalhadores" (ob. cit., p. 484). Importa, no entanto, destacar que BORENFREUND tem em conta a atuação do sindicato no seu conjunto (e, portanto, a sua atuação como grupo de pressão ou no contexto de uma greve), sendo mais cauteloso quando trata da negociação coletiva (em que chega a afirmar, ob. cit., p.481, que "do ponto de vista da relação entre os conceitos de representatividade e de representação, a representatividade sindical, quando atribuída a grupos de direito privado não pode ser inteiramente separada de uma ideia de representação constituída sobre o mandato"). Do mesmo autor cfr., ainda, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Droit Social 1991, pp. 685 e ss. Aqui, e depois de se questionar se a "representação" vai ao ponto de fazer nascer o grupo, sendo este uma construção social criada pela atuação do próprio representante, ou se será mais correto entender que o grupo assenta em uma comunhão natural de

um estatuto de quase incapacidade. Esta visão do sindicato como sendo quem interpreta ou define o interesse coletivo tem, é certo, na maioria dos sistemas democráticos (pelo menos europeus), que coexistir com o pluralismo sindical. Este último acarreta que em relação ao mesmo grupo de trabalhadores podem coexistir vários sindicatos que interpretam (ou podem interpretar) diferentemente o interesse do grupo[47]. Acresce que os próprios trabalhadores são hoje

interesses e precede a sua manifestação através da representação, "manifestação visível desse mesmo grupo" (ob. cit., p. 687), o autor não deixa de mencionar certos perigos que ameaçam a "representação" sindical. Desde logo a fragmentação do grupo cada vez mais fraturado por interesses divergentes. Depois, o risco de o "representante", em um sistema neocorporativo assumir um estatuto quase público e ser capturado por uma lógica de gestão do social, agindo quase em parceria com o Estado (referindo-se a este modelo neocorporativo e à concertação social o autor afirma precisamente que "resta questionar se um regime democrático não perde em força e em credibilidade quando remete cada vez mais para os representantes do meio profissional para traçar os contornos de uma política económica e social, exonerando-se assim das suas responsabilidades" (ob. cit., p. 690). Estas inquietações fazem com que mesmo BORENFREUND acabe por valorizar o interesse individual, afirmando que a ideia de representação que atende ao grupo e aos interesses e direitos individuais não conduz a uma assimilação do interesse individual e do interesse coletivo, mas implica identificar o interesse individual e protegê-lo. "Cada trabalhador tem o direito de exigir, ao menos, que as escolhas realizadas o sejam com toda a clareza e inteligibilidade sem que os representantes possam contentar-se em invocar a existência de um interesse superior apresentado *a priori* como transcendendo os interesses em presença" (ob. cit., p. 691).

[47] Por vezes o pluralismo sindical parece ser mais tolerado que verdadeiramente desejado. Assim PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., pp. 39-40, embora sublinhe que a garantia do pluralismo sindical é precisamente dada pela liberdade de organização em torno de um interesse profissional mais ou menos amplo, sem interferência da autoridade estatal, e reconheça que não é censurável a aspiração de um grupo profissional a ter uma presença ativa no âmbito do sistema sindical, acaba por afirmar que existe o risco de o pluralismo sindical protegido enquanto legitima diferenciação dos interesses, desembocar em "patológica fragmentação": fragmentar-se-ia a representação e a solidariedade de classe com a multiplicação de categorias que assumem o seu próprio e específico interesse profissional como exclusiva razão de identidade. Também GUIDO TRIONI, Il Sistema del Diritto Sindacale dalla Rappresentanza alla Rappresentatività, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 1985, pp. 529 e ss., p. 543, afirma que a pluralidade das organizações sindicais longe de ser um valor em si mesma é uma espécie de consequência tolerada do pluralismo organizativo e um exercício meramente potencial da liberdade. Na doutrina francesa, cfr., por exemplo, GÉRARD LYON-

mais heterogéneos entre si, podendo certos "subgrupos" ter necessidades e interesses específicos[48,49]. Apesar disso. boa parte da

CAEN, Droit syndical et mouvement syndical, Droit Social 1984, pp. 5 e ss., p. 8,para quem o pluralismo legal gera dificuldades quase intransponíveis: "a pluralidade de interlocutores sindicais com perspetivas diferentes sobre a conclusão de uma negociação".

[48] ALBERT ARSEGUEL, ob. cit., p. 9, os trabalhadores subordinados não são hoje um grupo homogéneo. O movimento de individualização [mas também de precarização] gerou uma sociedade com múltiplos subgrupos: "Torna-se impossível para um sindicato querer ser representativo de uma tal diversidade, a qual, ao invés, conduz à multiplicação de organizações que pretendem ser todas representativas. Ora a representação caduca quando os membros do grupo deixam de considerar-se representados, deixam de considerar que a ação dos seus representantes os compromete efetivamente" (cfr., também, p. 23).

[49] Sem esquecer que certos segmentos podem não ser adequadamente defendidos pelos sindicatos (trabalhadores a termo, trabalhadores temporários, jovens), mas outros nem sequer o poderão ser legalmente (o que sucederá, por exemplo, se os trabalhadores autónomos, mas economicamente dependentes, não se puderem filiar). Estes "desertos sindicais", na expressão de THIBAULT LAHALLE, são um dos fatores que poderá estar na base de movimentos como o dos coletes amarelos em França (a que só a pandemia parece verdadeiramente ter posto cobro) – sobre o tema cfr o interessante estudo deste autor, Les gilets jaunes et le droit du travail, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale 2019, n.º 28, 1208, pp. 8 e ss; a referência aos desertos sindicais aparece na p. 11). Trata-se de ume estudo muito interessante por várias razões: aponta, desde logo, a hostilidade de muitos sindicatos face a este movimento que é visto como "pondo em causa o monopólio de representação dos trabalhadores por parte dos sindicatos". Depois porque refere que o movimento surge também da convicção muito disseminada em boa parte da população francesa da impotência dos sindicatos (o autor não deixa, aliás, de considerar algo paradoxal que o movimento dos coletes amarelos tenha conseguido uma série de vantagens retributivas e fiscais que muitas greves e formas de luta sindical não tinham conseguido). Acresce que o movimento abrangia pessoas – por exemplo, pequenos empresários- que não tinham quem os representasse no sistema de relações coletivas. Um outro fenómeno que identifica é que a circunstância de os sindicatos se deixarem atrair cada vez mais por uma lógica de diálogo e de concertação com o Estado pode criar a perceção junto do público que já não são verdadeiramente um contrapoder, mas mais um mecanismo disfarçado de execução e pseudolegitimação dos fins do Estado. Ora quando assim sucede o conflito social, que obviamente não desaparece, tende a manifestar-se, a irromper, por outros modos. E daí que o autor afirme, a nosso ver com alguma razão, que o fenómeno dos coletes amarelos é inquietante também por isso que parece traduzir a superação de um modelo de "representação" dos trabalhadores pelos sindicatos (ob. cit., p. 12: "Avec la crise des "gilets jaunes", c'est la question de l'utilité même des syndicats qui est posée (…) Le pouvoir politique a marginalisé les représentants des salariés. Partenaires quand'ils approuvent les reformes, ils sont au contraire écartés lorsqu'il les critiquent. Au fil du temps la faiblesse des

doutrina continua a afirmar que todos os sindicatos representam todos os trabalhadores ou que cada representante, cada sindicato, é que diz quem é que representa. E é claro que esta "representação" é cada vez mais concebida como uma representação de caráter político[50,51].

Sublinhe-se, no entanto, que, ainda que dominante, esta visão não é pacífica. Para um outro segmento da doutrina a liberdade sindical é ainda liberdade de associação privada e o sindicato é, em primeira linha, uma instituição de autotutela dos interesses dos seus

---

contre-pouvoirs est devenue telle qu'ils n'ont plus été en mesure de jouer leur rôle d'interface entre le gouvernement et les travailleurs").

[50] Ainda que por vezes alguns autores, mesmo quando defendem que só o sindicato pode ser intérprete do interesse coletivo cuja defesa se arroga, exprimam algumas inquietações face à deriva para uma "representação política". Assim, para GEORGES BORENFREUND, Pouvoir de représentation et négociation collective, Droit Social 1997, pp. 1006 e ss., p. 1012, "Assiste-se a uma transposição do modelo da representação política para a esfera das relações profissionais. Mas o paralelo parece artificial porquanto as finalidades respetivas da representação política e da representação dos trabalhadores em uma empresa são bem diversos: afirmação da soberania, por um lado, e expressão de um contrapoder pelo outro". Sobre a representação política cfr., igualmente, VALÉRIE BERNAUD, Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique? DS 2013, pp. 496 e ss., p. 496, que observa criticamente que "*a priori* representação política e representação sindical não têm nada em comum. Contudo, faz-se tudo hoje para uma aproximação das duas".

[51] Este regresso no modelo neocorporativo a uma noção de representação "política" dos trabalhadores pelos sindicatos tem custos elevados. Desde logo, convém não esquecer que, como destaca ANNALISA PESSI, Unità sindacale e autonomia collettiva, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 105, a privatização da convenção coletiva e a passagem de uma representação sindical de tipo político institucional a uma representação de tipo privatista e associativo constituiu no passado o elemento determinante para a recuperação da liberdade e do pluralismo sindicais. "Em um sistema contratual que pressupõe a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual, na medida em que o indivíduo é parte do grupo de trabalhadores que assume relevância jurídica na medida em que se organiza em sindicato, o enraizamento da convenção coletiva no direito dos privados garante não apenas o pluralismo e a concorrência sindicais, mas protege as posições subjetivas individuais, tanto do empregador como do prestador de trabalho, da tendência da contratação coletiva à omnicompreensividade normativa" (ob. cit., p. 109).

filiados e que retira legitimidade da livre adesão dos mesmos[52,53]. Neste entendimento o interesse coletivo não é uma realidade metafísica, uma vontade geral concebida quase na esteira de ROUSSEAU, mas simplesmente o interesse comum aos interesses individuais dos filiados. Aliás, embora o sindicato seja o modo por excelência de autotutela de tais interesses, nem sequer está afastado que haja outros modos de defesa desse interesse coletivo (que poderá, pois, ser assumido por outros grupos[54] que não chegam a ser um sindicato) e que possa existir atividade "sindical"[55] de não

[52] Para EDUARD PICKER, Zur Zukunft des Kollektivarbeitsrechts, Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, Verlag C, H. Beck, München, 2010, pp. 811, pp. 817 e ss., importa regressar às razões históricas que explicaram a existência das associações sindicais e de empregadores, bem como a própria existência de um sistema de constatação coletiva. Para o autor a autonomia das associações coletivas provém das bases, dos seus filiados, e, portanto, é autonomia coletiva privada. Tal explica aliás que as convenções coletivas em primeira linhe produzam efeitos relativamente aos filiados nas associações outorgantes. E isto porque tais associações só têm o poder de criar normas jurídicas quando tal poder lhes foi atribuído por um ato de autonomia privada dos seus filiados. Além disso, cada trabalhador mesmo que filiado vê a sua autonomia protegida face ao poder sindical na medida em que esta não consiga proteger os seus interesses em melhor medida que o próprio trabalhador: o princípio do tratamento mais favorável assegura que as normas da convenção coletiva estabelecem apenas um tratamento mínimo permitindo que o contrato individual de trabalho se afaste em sentido mais favorável para o trabalhador, em função da sua capacidade individual de negociação.

[53] No sentido de que o sindicato ao celebrar uma convenção coletiva representa exclusivamente os seus filiados cfr. KURT H. BIEDENKOPF, Grenzen der Tarifautonomie, Müller, Karlsruhe, 1964, p. 90: um sindicato não é representante dos trabalhadores não filiados nele. Note-se, contudo, que este autor admite (ob. cit., p. 97) que se pode dizer que um sindicato tem a seu favor uma presunção de que a sua atividade é favorável aos trabalhadores.

[54] Como refere PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 36, a associação sindical é a forma mais relevante, mas não é a única, de autotutela dos interesses coletivos. Também MENEZES COREDIRO, ob. cit, p. 878, observa que "deve também admitir-se que uma organização não-sindical possa, ao abrigo da sua liberdade de atuação e da dos seus membros, desenvolver ações que defendam interesses sócio-profissionais dos trabalhadores nela associados".

[55] MATTIA PERSIANI, Condotta Antisindacale, Interesse del Sindacato, Interesse Collettivo e Interesse Individuale dei Lavoratori, Politica del Diritto 1971, números 4-5, pp. 543 e ss., pp. 548-549: Se, por um lado, o termo sindical designa

sindicalizados, por paradoxal que tal possa parecer[56,57]. Este entendimento privatista da autonomia coletiva e a afirmação de que a mesma é, ainda, autonomia negocial privada[58], são frequentemente acusados de assentar em conceções civilistas

tudo o que se refere ao sindicato, "entendido como organização que tem como escopo a tutela dos interesses dos trabalhadores" com o mesmo termo podem ser designados tais interesses, independentemente da organização que assume a sua tutela, em todos os casos em que não se trata de interesses meramente individuais mas de interesses referidos a um grupo, a uma coletividade de trabalhadores.

[56] ROSARIO FLAMMIA, Contributo all'Analisi dei Sindacati di Fatto, I – Autotutela degli Interessi di Lavoro, Giuffrè, Milano, 1963, um dos autores que mais criticou a doutrina dominante por concentrar a sua atenção quase exclusivamente nas relações entre o sindicato e o Estado ou com outros grupos que vivem no âmbito do sistema e, em contrapartida, mostrar pouco interesse em analisar as relações entre o sindicato e os interesses dos seus filiados, em função dos quais o sindicato existe, deixando a posição jurídica do indivíduo como que na sombra (p.6) afirmava que "a atividade de autotutela do indivíduo (…) pode existir também sem organização": "O não organizar-se com outros pode ser considerado pelo indivíduo, em certos casos, como o modo mais oportuno para auto tutelar os seus próprios interesses de trabalho. Portanto, o comportamento de autotutela e o comportamento organizativo são entidades lógicas distintas porque autotutela e organização são conceitos jurídicos autónomos, diversos e distintos" (ob. cit., p. 72).

[57] Também SANTORO-PASSARELLI, ob. cit., p. 187, observava a este propósito: "Os trabalhadores singularmente considerados têm legitimidade para realizarem comportamentos e serem titulares de direitos que têm natureza sindical independentemente de poderem ser referidos ao sindicato como sujeitos. A atividade sindical não se resume exclusivamente à atividade do sindicato como sujeito ou melhor, não se esgota nem é delimitada pelo sujeito sindicato, mas é determinada e qualificada pelo próprio objeto da atividade. Por outras palavras, a natureza sindical da atividade não deriva do sujeito que a realiza, mas qualifica-se pelo objeto e conteúdo". Podem, assim, considerar-se em sentido lato sindicais a assembleia geral de trabalhadores mesmo quando não convocada por uma comissão sindical ou intersindical ou a decisão de fazer greve tomada – o que no nosso direito é teoricamente possível – por não filiados.

[58] Cfr., por exemplo, REINHARD RICHARDI, Koalitionsgewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, Archiv des öffentlichen Rechts 1968, pp. 243 e ss., p. 254: as partes de uma convenção coletiva zelam pelos interesses dos seus filiados. A autonomia coletiva, na parte que se reporta à liberdade de negociação coletiva, pertence ao direito privado e é uma modalidade ainda que especial da autonomia privada ("besondere Erscheinungsform der Privatautonomie"). Cfr., igualmente, p. 266: "a liberdade de associação e a liberdade sindical referem-se historicamente ao mesmo pensamento e estão dogmaticamente estreitamente ligadas, porque a liberdade de associação abrange a liberdade sindical".

incapazes de compreender o direito coletivo do trabalho. Mas, por vezes, fica-se com a impressão de que o que se rejeita ao rejeitar a dogmática civilista é, antes, o resultado a que esta conduz da defesa da liberdade individual e do primado do indivíduo sobre as organizações sociais intermédias que pretendem saber, melhor do que cada pessoa, o que é "bom" para ela. Em suma, mais do que a defesa de um direito coletivo do trabalho, parece, por vezes, estar-se, antes, perante a defesa de um direito coletivista do trabalho[59].

Como é evidente estas diferentes conceções do papel do sindicato e do que é o interesse coletivo (e quem o define) têm repercussões na importância que é atribuída à liberdade sindical negativa e no próprio conteúdo desta[60]. Numa visão marxista, a liberdade sindical negativa é uma pseudoliberdade, a falta de consciência de classe. Mas mesmo quando se afirma que o sindicato opera como o intérprete do interesse coletivo, tenderá a afirmar-se que a liberdade sindical na sua dimensão coletiva deverá prevalecer sobre uma liberdade negativa meramente individual. E daí que alguns autores manifestem assombro pelo interesse despertado pela liberdade sindical negativa: no fim de contas, ninguém se preocupa

[59] OTTO RUDOLF KISSEL, Verblassende negative Koalitionsfreiheit?, Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1999, pp. 547 e ss, p. 560, refere-se a uma tendência clara do direito do trabalho para uma visão fortemente coletivista, acrescentando que se confia cada vez mais na convenção coletiva como uma espécie de lei da profissão.

[60] Neste aspeto assiste, parece-nos, razão a SEBASTIAN DE SOTO RIOJA, ob. cit., p. 130, quando sustenta que "o que subjaz na discussão conceptual do aspeto negativo da liberdade sindical é uma opção sobre um modelo de promoção do sindical (…) não são mais que duas posições distintas acerca do papel que há-de desempenhar o sindicato e do desenho de todo um ordenamento das relações laborais".

com a liberdade de não expressão ou com a liberdade de não associação ou de não reunião,

Ao invés, quem repudie esta visão quase mística do interesse coletivo e o encare mais modestamente como o denominador comum dos interesses individuais dos filiados no sindicato atribuirá muito maior peso à liberdade sindical negativa, que deveria abranger, não apenas a liberdade de não se filiar em um sindicato, e de não pagar quotizações a um sindicato em que se escolheu não estar filiado, mas também a liberdade de não ser prejudicado pela atividade, mormente, negocial, do referido sindicato[61].

Assim, a tese dominante tende, com efeito, a afirmar que um sindicato, quando negoceia uma convenção coletiva, representaria não apenas os seus filiados, mas todos os trabalhadores (inclusive os não filiados) potencialmente afetados pela definição daquele interesse coletivo. Mas mesmo quem adota esta tese fá-lo frequentemente com um *caveat*; é que esta representação do grupo na sua totalidade estaria reservada a associações sindicais verdadeiramente representativas[62].

[61] WOLFGANG ZÖLLNER, Tarifmacht und Aussenseiter, Recht der Arbeit 1962, pp. 453 e ss., p. 458: a liberdade sindical negativa não pode resumir-se na liberdade formal de não ser membro de uma associação sindical: o seu sentido essencial tem de ser o não estar sujeito sem consentimento ao poder normativo dessa associação, o que acarreta o poder de ficar fora da esfera da sua atividade de criação de normas. Na verdade, de pouco serve uma mera liberdade de não ser filiado e de não pagar quotas quando se fica sujeito a uma das principais atividades de um sindicato, a sua negociação coletiva. O não filiado não participou na formação da vontade do órgão do sindicato e não exprimiu qualquer consentimento em que lhe sejam aplicadas as normas criadas pela contratação coletiva desse sindicato –e o autor questiona, o que teria o não filiado de fazer para furtar-se a elas? Emigrar ou mudar de profissão?

[62] MASSIMO D'ANTONA, Le varie dimensione giuridiche dell'azione sindacale e della contrattazione, in Opere, vol. II, Scritti sul Diritto Sindacale, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 183 e ss., p. 185: "A administração dos interesses gerais dos trabalhadores, dos interesses gerais que o sindicato vai tutelar, por vezes com uma

E, por isso mesmo, ainda que se aceite que o sindicato não fala apenas pelos seus filiados e "representa" todos os trabalhadores (ou, ao menos todos os que se poderiam filiar nele) não se nos afigura convincente, com todo o respeito, a posição assumida aqui pelo Tribunal Constitucional.

Em primeiro lugar, e neste aspeto concordamos com o Acórdão, não ocorre nesta sede uma aplicação da convenção aos não filiados. Parece-nos, por isso mesmo, errada a asserção de LUIS MIGUEL MONTEIRO de que o artigo 206.º sobre a adaptabilidade grupal representaria "uma forma de extensão da convenção" e "o reconhecimento, ainda que parcial, da eficácia *erga omnes* daquela [da convenção]"[63]. Não há aqui qualquer extensão da convenção, como destacou NUNES DE CARVALHO e o próprio Acórdão do Tribunal Constitucional reiterou, citando este autor – a convenção não passa a aplicar-se aos 100% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica ou sequer aos não filiados desta equipa, secção ou unidade não abrangidos por esta (nem por portaria de extensão, nem por escolha da aplicação da mesma). O que sucede é que havendo convenção coletiva que abranja 60% dos trabalhadores da estrutura relevante o empregador passa a poder impor a adaptabilidade a todos os trabalhadores, excetuados apenas os mencionados no n.º 4 do artigo 206.º, quando sem a referida convenção só o poderia fazer com a aceitação de 75% dos trabalhadores (n.º 2 do artigo 206.º). Assim, a convenção não se aplica propriamente aos trabalhadores

interpretação em alternativa à da lei é uma tarefa para as grandes organizações que são capazes de ter uma visão geral do interesse dos trabalhadores".

[63] LUÍS MIGUEL MONTEIRO, Anotação ao artigo 206.º, Código do Trabalho Anotado, Pedro Romano Martinez e outros, Almedina, Coimbra, 13.ª ed., 2020, p. 521.

não abrangidos pela mesma e muito menos há aplicação *erga omnes* – aliás esta não tem lugar mesmo através da portaria de extensão uma vez que esta não estende a convenção a trabalhadores sindicalizados em outro sindicato não outorgante, quer este tenha, quer não tenha celebrado uma convenção coletiva, por respeito com a liberdade sindical positiva, ainda que aqui a lei exija, neste último caso, que a associação sindical tenha deduzido oposição à convenção coletiva em causa (é claro se tiver havido extensão, que pode nem sequer existir, com frequentemente sucederá face a um acordo de empresa; e parece-nos independentemente do sucesso da referida oposição). Sublinhe-se, aliás, que precisamente por isso que não há qualquer extensão da convenção, os não abrangidos pela mesma podem, desde logo, sofrer um prejuízo: é que o sindicato pode ter celebrado a convenção que prevê a adaptabilidade em troca de outras vantagens (por exemplo retributivas) que, em princípio, não se aplicarão aos não filiados que não escolham a convenção e que ficam ainda assim obrigados à adaptabilidade por força do artigo 206.º.

Mas importa sublinhar que a tal presunção de favorabilidade que o Tribunal Constitucional afirmou ser inerente a uma convenção coletiva pode, no fim de contas, ser afirmada em relação a um sindicato muito pouco representativo ao nível da empresa ou até do estabelecimento (e já nem sequer falamos do setor de atividade). Com efeito, o que a lei exige é que a convenção negociada pelo sindicato abranja 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica. Ora, e independentemente da incerteza inerente a estes conceitos, importa ter presente que uma empresa

pode ter vários estabelecimentos e, em um deles, uma secção em que pretende introduzir o regime da adaptabilidade. Por hipótese a empresa pode ter 200 trabalhadores, e 2 estabelecimentos, um com 60 e outro com 140 trabalhadores. Em uma secção, incluída neste último estabelecimento, onde se pretende introduzir o regime da adaptabilidade, trabalham 20 trabalhadores. Será então suficiente que a convenção em causa abranja 12 desses trabalhadores (num universo de 200 na empresa e de 140 no estabelecimento…) para que o regime de adaptabilidade possa ser imposto aos restantes trabalhadores da secção, mesmo que haja convenções que se apliquem a mais trabalhadores, tanto no estabelecimento, como na empresa.

É claro que o problema resulta aqui também da falta de critérios de representatividade sindical real ou efetiva no nosso sistema jurídico. Este nó górdio do nosso sistema de relações coletivas que não há coragem política de cortar – em grande medida, pensamos por força do sucesso político da concertação social como mecanismo de domesticação do conflito social e de enquadramento da própria contratação coletiva[64] – é cada vez mais um traço característico do nosso sistema, por comparação a outros como o espanhol ou o francês em que se evoluiu para sistemas de representatividade, baseados, pelo menos em parte, em critérios eleitorais. A isso acresce que para

[64] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Direito à negociação colectiva e à greve…, cit., p. 1904, menciona "as pertinentes críticas que têm sido feitas pela OIT, relativamente à ausência de critérios de representatividade das organizações que integram o Conselho Económico e Social, mais concretamente a Comissão Permanente de Concertação Social (artigo 9.º n.º 2 alíneas ii) a vii) da Lei n.º 108/91, de 17 de Agosto)".

que um sindicato possa celebrar uma convenção coletiva[65] – por exemplo, um acordo de empresa – não se exige em Portugal um número mínimo de filiados, alguma antiguidade[66] ou sequer a demonstração, como sucede na Alemanha, por força de uma criação pretoriana, de alguma força social. E também nada parece impedir a criação de sindicatos de âmbito territorial muito limitado ou até de sindicatos de empresa[67]. O que potencia o perigo de sindicatos francamente minoritários, para já não falar de sindicatos amarelos e financeiramente dependentes do empregador, perigo a que voltaremos adiante.

Mas mesmo que se considere realista a afirmação da presunção de favorabilidade da convenção coletiva celebrada por qualquer sindicato, ou em geral da atuação deste, por mais liliputiano que ele

[65] Como destaca MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 230, "na maioria dos países da Europa há hoje uma tendência para impor regras de representatividade aos interlocutores negociais da contratação coletiva, embora o modo como tal exigência se processa seja muito variável".

[66] A lei francesa, por exemplo, exige uma antiguidade de dois anos. Para BERNARD GAURIAU, Critères de représentativité. entre appréciation disjointe et appréciation conjointe, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale, 2012, n.º 15, pp. 37 e ss., p. 39, o objetivo do legislador ao fazer tal exigência seria "evitaras criações oportunistas ou de circunstância e assegurar que a ação sindical é real".

[67] Alguma doutrina critica esta possibilidade de criar um sindicato restrito a uma empresa. Para OTTO ERNST KEMPEN, "Form follows function" – Zum Begriff der "Gewerkschaft" in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichts, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, coord. por Hartmut Oetker, Ulrich Preis e Volker Rieble, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 733 e ss., p. 734. para que os sindicatos possam desempenhar genuinamente as suas funções de representação dos trabalhadores é necessário que sejam independentes (designadamente face aos empregadores), estruturados de maneira democrática e sobretudo que tenham um poder ou capacidade de se imporem à contraparte na conclusão de convenções coletivas o que passa pela capacidade e vontade de levar a cabo conflitos coletivos de trabalho. Mas o autor considera também importante que o sindicato não se circunscreva a uma única empresa, não apenas para assegurar a independência do sindicato, mas também pela necessidade de este representar um interesse coletivo suficientemente amplo. Embora não sufraguemos este entendimento, ele tem o mérito de alertar para a maior vulnerabilidade de um sindicato restrito a uma empresa.

seja, importa também ter presente que esta presunção pode não ser elidível para os não filiados. Na verdade, se na secção com 10 trabalhadores, trabalharem 6 filiados no sindicato outorgante, 3 não filiados e 1 filiado em outro sindicato que, por hipótese se opôs à extensão da convenção, este último pode invocar que quanto e ele a presunção foi elidida, mas os não filiados não têm modo algum de elidi-la. Terão de se contentar com a ideia de que o interesse coletivo deve prevalecer, obviamente, sobre os interesses individuais[68] e de que o sindicato, por ser um sindicato, visa naturalmente favorecê-los…

Uma outra questão, aparentemente sem resposta, é se os não filiados podem, ao menos, exigir qualquer demonstração de que a convenção coletiva abrange efetivamente 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica? Afigura-se-nos muito duvidosa essa possibilidade, uma vez que pensamos que os trabalhadores sindicalizados não são obrigados a revelar a sua filiação, nem ao empregador, nem aos colegas de trabalho (e não nos parece, tão-pouco, que os não filiados possam ser obrigados a informar os colegas da sua adesão a uma convenção). Assim, os trabalhadores não filiados terão de acreditar quando o empregador lhes disser que é essa a situação. Considerando a evolução do Código de 2003 para o Código de 2009 quanto ao conteúdo das convenções coletivas – em que como é sabido deixou de figurar a menção do número de trabalhadores abrangidos pela convenção, para passar a figurar apenas uma

[68] ANTOINE LYON-CAEN, La négociation collective : Nouveaux horizons? Nouveaux problèmes?, Droit Social 1997, pp. 1004 e ss., p. 1004, interrogava-se a este propósito: os beneficiários das convenções estão desprovidos de prerrogativas oponíveis aos autores das regras?

estimativa – a solução deixa-nos também neste ponto algumas dúvidas…

Destarte, os não filiados são, ou podem ser, prejudicados pela mera existência de uma convenção coletiva outorgada por um sindicato em que podem conscientemente ter optado por não se filiarem por entenderem que o mesmo não representava e não defendia adequadamente os seus interesses[69].

E, mais uma vez com todo o respeito pela decisão do Tribunal Constitucional, julgamos que a situação contemplada no artigo 206.º do CT não pode ser equiparada à existência de portarias de extensão.

Na portaria de extensão, o Estado, que deve defender o bem comum, analisa no caso concreto se há razões mais ponderosas para permitir a extensão do que para recusá-la. O que se passa é que no nosso sistema, como não há critérios de representatividade real, o Estado tem o poder discricionário de estender uma convenção celebrada, mais uma vez por um sindicato pouco ou quase nada representativo[70], podendo, de resto, dizer-se hoje o mesmo em relação por exemplo a uma associação de empregadores que tenha outorgado um contrato coletivo[71]. A portaria de extensão pode,

[69] VOLKER RIEBLE, Tariffreiheit, EuZA 2017, pp. 228 e ss., p. 238: quem diz não à filiação não deve ser sujeito a uma espécie de paternalismo da convenção coletiva.

[70] Sobre os perigos das convenções coletivas celebradas por sindicatos "esqueléticos" ou liliputianos cfr., por todos, PETER SCHÜREN, Tarifverträge ohne mitgliedschaftliche Legitimation – eine Skizze, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, coord. por Hartnut Oetker, Ulrich Preis e Volker Rieble, Verlag C. H. Beck, München, 2004, pp. 877 e ss. O autor questiona igualmente a qualidade da representação dos interesses das minorias pelos sindicatos: refere designadamente o trabalho das mulheres (que não são propriamente uma minoria no mundo do trabalho, mas que seriam uma minoria nas direções dos sindicatos) e refere igualmente os trabalhadores temporários (ob. cit., p. 878).

[71] Sobre o tema cfr., por todos, o (ainda hoje essencial) estudo de LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Pressupostos, requisitos e eficácia da portaria de extensão,

nestas condições, transformar-se, por exemplo, em um instrumento para falsear a concorrência, usado designadamente por uma associação de empregadores que represente sobretudo grandes empresas para impor condições remuneratórias e outras que dificilmente são suportáveis por micro e pequenas empresas ou por empresas concorrentes na fase inicial da sua atividade[72]. No entanto, o perigo para a liberdade sindical negativa é apesar de tudo menor porque se espera que o Estado desempenhe a referida função de defesa do bem comum[73] e porque os interessados podem eventualmente opor-se à extensão.

Em todo o caso, permitimo-nos discordar, igualmente, da ideia de que subjacente à extensão das convenções coletivas esteja, ou pelo menos esteja em primeira linha, uma preocupação de igualdade. Aliás, existe no regime jurídico da portaria de extensão

in Estudos do Instituto do direito do trabalho, vol. I, coord. por PEDRO ROMANO MARTINEZ, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 759 e ss. e, mais recentemente, ANA TERESA RIBEIRO, Recentes desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais no domínio das portarias de extensão, Prontuário de Direito do Trabalho 2019, vol. I, pp. 315 e ss. Como esta última autora refere, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/2012, independentemente de outras críticas aliás certeiras que lhe podiam ser dirigidas (ao menos de inconstitucionalidade orgânica e formal . cfr ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., p. 324) tinha ao menos o mérito de exigir uma representatividade real, ainda que só da associação de empregadores outorgante que solicitava a extensão, em certas condições. Hoje abandonado este critério regressou-se, na prática, á discricionariedade do Ministério do Trabalho e à possibilidade de extensão de convenções coletivas celebradas por associações pouco ou quase nada representativas…

[72] Cfr. ANA TERESA RIBEIRO, ob. ult. cit, pp. 120-121.

[73] Ainda que para alguns autores – sirva de exemplo MARIO NIGRO, Formazioni Sociali, Poteri Privati e Libertà del Terzo, PD (Politica del Diritto) 1975, pp. 579 e ss., p.598, esta esperança seja hoje praticamente vã. Para este autor o neocorporativismo conduz a uma refeudalização das estruturas públicas não se podendo hoje falar genuinamente de um interesse geral, pelo menos no sentido que este tinha como instrumento técnico e formal que vinculava a ordem jurídica e os seus atores ao respeito dos valores fundamentais da própria sociedade. Verifica-se uma procedimentalização do interesse geral que é apenas um interesse de composição ou compromisso.

um sinal claro de que a igualdade está longe de ser a preocupação determinante – é que a nossa lei permite à portaria de extensão estender no todo ou em parte a convenção (artigo 514.º n.º 1 do Código do Trabalho). Ora quando corra uma extensão em parte – o que é raro, mas não inédito – não há qualquer igualdade entre os trabalhadores diretamente abrangidos pelo âmbito subjetivo da convenção e os trabalhadores abrangidos pela portaria de extensão aos quais só se aplicará uma parte da convenção. Os autores que se debruçaram mais extensivamente sobre a história da contratação coletiva têm destacado que a extensão das mesmas se justifica, outrossim, pela tutela do efeito de cartel da convenção e não por qualquer (paradoxal) intenção de beneficiar *outsiders*[74]. Acresce que esta tendência para tentar impor a extensão das convenções – quando não mesmo a sua eficácia *erga omnes* – é reforçada na medida em que as convenções podem derrogar a lei *in peius*. Perante convenções que se afastam da lei *in peius* a urgência de impô-las aos não filiados (e até aos filiados em outros sindicatos) é muito maior[75]

[74] GAMILLSCHEG, ob. Cit., p. 357, admite expressamente que a proteção dos trabalhadores não filiados é, quando muito, um efeito reflexo da extensão ("so ist die Begünstigung der Aussenseiter nicht mehr als ein Reflex der andere Zwecke der Allgemeinverbindlichkeit"). De resto, como sublinha, uma extensão que tivesse o objetivo fundamental de proteger os não filiados seria um convite à não filiação. Do que se trata é, em primeira linha, de proteger o efeito de cartel da convenção. No mesmo sentido cfr. KURT BIEDENKOPF, p. 100: "A extensão das normas acordadas [na convenção coletiva] aos trabalhadores não filiados é historicamente perspetivada como um processo que visa em primeira linha a tutela da associação sindical e a tutela do seu poder de criação de normas. Este é ameaçado pelos desvios de trabalhadores e pela aplicação a estes de outras normas".

[75] Assim, precisamente, CLAUDIA SCHUBERT, Ist der Aussenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt?, Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negative Koalitionsfreiheit, Recht der Arbeit 2001, pp. 199 e ss., p. 207: os sindicatos pretendem impedir que os seus próprios filiados fiquem sujeitos a uma regulamentação mais desvantajosa do que a dos não filiados. Daí a pressão para que os negociadores da convenção coletiva apareçam indiretamente como representantes de toda a profissão e não apenas

[76] porque há o risco de os filiados no sindicato que aceita tais soluções votarem "com os pés"[77], ou seja, terminarem com a sua filiação (ainda que tal não tenha efeitos no imediato). Como também se multiplicam as vozes no sentido de suprimir o princípio do tratamento mais favorável, ou seja, a prevalência do contrato individual de trabalho sobre a convenção coletiva quando aquele seja mais favorável[78].

---

representantes dos filiados e a defesa de que a convenção coletiva tenha eficácia *erga omnes*. A autora interroga-se se desse modo os parceiros contratuais não se transformam em um legislador substituto que não é legitimado nem pelos princípios democráticos, nem pela filiação.

[76] Para GUIDO TRIONI, ob. cit., pp. 535-536, que defende desassombradamente um sistema neocorporativo, quando as convenções coletivas continham sobretudo disposições favoráveis aos trabalhadores a irrelevância da adesão do trabalhador à associação sindical ou à convenção era evidente porque o trabalhador não tinha interesse em contestar que lhe fosse aplicada a convenção. Agora que a convenção coletiva pode afastar-se da lei em sentido desfavorável, a situação coloca-se de modo substancialmente diverso. A eficácia geral é, contudo, segundo o autor, necessária sob pena de os tratamentos desfavoráveis face à lei serem reservados aos trabalhadores sindicalizados.

[77] Como sublinha CHRISTINE WINDBICHLER, Das Spannungsverhältnis von Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, in Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, coord. por BERND RÜTHERS, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, pp. 101, não há qualquer controlo jurídico da bondade ou justeza do conteúdo das convenções coletivas. Mas para que a contratação coletiva desempenhe as suas funções é necessário um enquadramento legal, bem como a verificação de certas premissas. E um certo controlo provém da legitimação da capacidade normativa pela filiação ou adesão voluntária. Um sindicato que não consiga persuadir os seus filiados de que as soluções contratuais encontradas no âmbito da sua contratação coletiva são adequadas verá os seus filiados fugirem-lhe em maior ou menor medida. A liberdade sindical, também na sua componente de liberdade de desfiliação, é, de certo modo, um mecanismo de controlo. Nas palavras da Autora é "uma espécie de controlo de mercado" ("eine Art Marktkontrolle"). A autora acrescenta que as associações sindicais e de empregadores devem saber encontrar elas próprias o seu lugar e a sua clientela e não devem esperar que o Estado as "leve às costas" (pág. 105; "zum Jagen zu tragen").

[78] SYLVAIN NÉRON, La rénovation de la démocratie sociale: perspectives et prospectives, Revue de Droit du Travail 2009, pp. 426 e ss., p. 435 : se a convenção coletiva tende a substitui a lei deve a prazo substituir o próprio contrato individual de trabalho ou, pelo menos, impor-se a ele, mesmo quando este último seja mais favorável: "Mas esta reforma contribui também à contratualização do acordo de empresa que, a prazo, deveria substituir o contrato individual de trabalho. Uma

Se a liberdade sindical negativa se reduz, no fim de contas, à liberdade de não se filiar em um sindicato e de não pagar quotizações para o mesmo, sem poder impedir que a atuação negocial deste tenha repercussões diretas nas condições de trabalho dos não filiados[79], podendo, inclusive, introduzir alteração *in peius* relativamente às normas legais, então assume muito mais relevância a tutela dos não filiados. Por várias razões o nosso ordenamento está particularmente mal apetrechado para o efeito. Em primeiro lugar, e como o Comité Sindical da OIT destacou a negociação coletiva deveria ser uma função reservada a sindicatos genuinamente independentes e representativos. A exigência de independência – antes de mais face ao empregador, mas também face a partidos políticos, e em rigor, face ao próprio Estado – é, por assim dizer, conatural à própria noção de sindicato, mas não é suficiente, evidentemente, que a lei contenha (como a nossa lei efetivamente contém – vejam-se os artigos 405.º, 407.º e 446.º do CT) uma ou mais normas a consagrar tal exigência. A independência deveria, desde logo, e como sucede em França, ser acompanhada de uma

verdadeira revolução está em curso suscetível de pôr em causa a repartição clássica entre relações individuais e relações coletivas de trabalho. A próxima etapa na evolução do direito do trabalho francês será a de flexibilizar o acordo de empresa ao ponto de poder derrogar o contrato individual de trabalho, à imagem do direito das relações coletivas, aplicado nos Estados-Unidos". "O último bastião contra a flexibilização da norma social é o contrato de trabalho (…) a evolução próxima porá em causa a autonomia do contrato de trabalho relativamente ao estatuto coletivo. O verdadeiro acordo de empresa permitirá contornar a rigidez do contrato individual de trabalho" (!).

[79] É interessante sublinhar que VITAL MOREIRA, Liberdade de Associação, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Fundamentais e dos Protocolos Adicionais, organizado por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, vol. II, p. 1841 e ss., p. 1849, afirma, em relação à liberdade de associação em geral que "ela implica outras liberdades individuais, nomeadamente as seguintes (…) a liberdade de não pagar quotas nem ser afetado por decisões de associação a que não se pertença" (o sublinhado é nosso).

transparência financeira[80] que possibilitasse aos cidadãos, e, desde logo, aos tribunais, saber quem financia um sindicato, mesmo admitindo que com as taxas de sindicalização tão baixas atualmente existentes em vários países europeus, o principal financiamento poderá até não provir das quotas sindicais, como seria desejável[81], mas, por exemplo, do Estado – essencial, como é óbvio, é que não provenha do empregador (ou já agora, mas por outras razões, dos concorrentes do empregador). Algumas legislações, como a francesa, vão, aliás, mais longe, e exigem que o sindicato dê provas de ter uma efetiva influência e de que se comporta verdadeiramente como tal[82].

[80] A transparência financeira é uma das exigências da lei francesa para aferir da representatividade dos sindicatos e o Conseil d'État decidiu recentemente que "o respeito pela obrigação de publicidade das contas dos sindicatos deve ser considerado, pelas organizações a que diz respeito, como uma das condições a preencher para satisfazer o critério da transparência financeira, a não ser que satisfaçam esta obrigação de publicidade por medidas equivalentes" (14 nov. 2018, n.º 406007), decisão anotada por YANNICK PAGNERRE, Transparence financière et implantation territoriale équilibrée d'une organisation syndicale, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale, 2019, n.º 4, 1024, pp. 42 e ss.

[81] Cfr. YANNICK PAGNERRE, Conditions d'appréciation de l'indépendance d'un syndicat, JCP, La Semaine Juridique, Édition Sociale,2020, n.ºs 15-16, 2000, pp. 37 e ss. A cassation francesa já decidiu que a independência financeira do sindicato não exige, no entanto, que a sua principal fonte de financiamento seja representada pelas quotizações sindicais, admitindo um financiamento descendente 8º sindicato era parcialmente financiado por uma federação em que estava filiado. Em França admite-se que o financiamento possa provir do Estado, desde que de modo transparente. O problema reside em assegurar a neutralidade do Estado, uma vez que os sindicatos devem também ser independentes face ao Estado. Para YANNICK PAGNERRE, a independência dos sindicatos torna-se, assim, relativa.

[82] YANNICK PEGNERRE, ob. ult. cit., p. 39, cita decisões judiciais francesas que consideraram um indício de falta de genuína independência o facto de o pequeno número de filiados de um sindicato serem trabalhadores do departamento de recursos humanos do empregador e o facto de o sindicato se opor aos meios de conflito coletivo, designadamente às greves, desencadeadas por outras organizações sindicais. Os tribunais franceses atendem `experiência passada do sindicato porque esta permite verificar da sua real independência (ob. cit., p. 39: "l'appréciation de l'existence d'une activité du syndicat tournée vers la défense des intérêts salariés permet de vérifier si l'indépendance est respectée".

Outro aspeto de importância crescente é a exigência de democracia interna do sindicato[83], sobretudo quando este participa, com os empregadores e suas associações, na formação de normas

[83] Sobre a exigência de democracia interna no sindicato cfr., por todos, PETER SCHÜREN, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990. Como o autor sublinha (ob. cit., p. 230), em uma sociedade livre fica à discrição dos cidadãos como é que se organizam e não é evidente em uma democracia que todas as componentes da sociedade tenham que organizar-se democraticamente. Mas a exigência de participação democrática pelos filiados funda-se nas próprias funções que o sindicato é chamado a desempenhar. Também para BIEDENKOPF, ob. cit., p. 54, a estrutura democrática dos sindicatos é uma exigência que flui naturalmente da circunstância de que tais associações têm a possibilidade de criar direito objetivo ("Die Befugnis zur Regelsetzung setzt voraus, dass die Regierten auf den Inhalt der Regelung einwirken können. Nur eine demokratische Organisation des Verbandes kann eine solche Einwirkung in geordneter Form gewährleisten"), autor que, aliás, não hesitava em concluir que associações sindicais em que faltasse a democracia interna não deveriam ter a possibilidade de celebrar convenções coletivas („Eine Gewerkschaft die nicht den Ansprüchen demokratischer Organisation genügt, ist nicht tariffähig"). BIEDENKOPF acrescentava que o legislador não está autorizado, em um Estado de Direito democrático, a reconhecer um poder normativo a grupos que não estejam suficientemente legitimados por aqueles que ficarão sujeitos à aplicação das normas criadas por esses grupos (ob. cit., p. 52). Outras fundamentações, que aliás podem coexistir, têm sido propostas e foram analisadas por SCHÜREN, ob. cit., pp. 232 e ss. Assim para RAMM e NIKLISCH o poder dos sindicatos relativamente aos seus filiados e a necessidade constitucional de garantir a dignidade e o respeito pelo indivíduo implicam a necessidade dessa estrutura democrática como meio de tutelar o indivíduo face a um potencial abuso do poder social. Para outros como RIDDER trata-se de uma exigência do Estado de Direito Social e para SCHOLZ é a própria liberdade sindical individual que exige democracia interna: a liberdade sindical exige a pluralidade na discussão dos interesses, a necessidade da representação de todos os interesses, mesmo das minorias, no processo de formação da vontade e que a maioria não silencie as minorias. Sobre o tema cfr., igualmente, MARC TOBIAS ROSENAU, Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2013, p. 31. Para este autor, as associações sindicais e de empregadores desempenham no quadro da autonomia negocial coletiva uma função similar a órgãos legislativos, exercendo a sua atividade em um espaço de liberdade que lhes é concedido pelo Estado que se restringe nessa matéria, deixando-lhes a possibilidade da criação de normas jurídico-laborais. Esta substituição do Estado pelas associações torna necessário que no quadro da autonomia negocial coletiva só possam atuar associações que demonstrem ter um mínimo de estrutura democrática.

jurídicas através da contratação coletiva[84] – estes grupos sociais intermédios podem, de resto, representar uma grave ameaça à liberdade individual dos próprios trabalhadores que afirmam representar[85]. Isto sem esquecer o perigo, que ao contrário do que alguns pensam, não desapareceu, de sindicatos amarelos[86] ou de favor.

[84] Como já em 1983 destacava SUPIOT, ob. cit., p. 66, quando afirmava que o carácter democrático das instituições sindicais é uma condição importante da eficácia de um direito coletivo do trabalho de natureza convencional, acrescentando que "uma má representação dos trabalhadores, como aliás também dos empregadores, afetados pelos acordos priva a negociação coletiva do seu principal interesse que é o de adaptar as regras aplicáveis às aspirações daqueles a quem elas são aplicadas, aspirações que se não forem tomadas na devida conta acabam por exprimir-se de outro modo".

[85] Sobre este tema parece-nos ser ainda hoje fundamental o texto já citado de MARIO NIGRO. Para este autor, ob. cit., p. 580, "Boa ou má, grande ou pequena, com singularidade ou pluralidade de escopos, qualquer formação social instala-se no corpo mais amplo com pretensão a ter uma posição diferenciada, uma condição de privilégio para si e para os seus próprios sócios: constrói por si mesma esta posição, exige o seu reconhecimento e a proteção do corpo maior, reforça-a de facto e frequentemente amplia-a abusivamente". O autor que fala desassombradamente de uma refeudalização da sociedade, refere-se a uma crescente participação de alguns destes grupos ou formações sociais no processo político deixando o terceiro, o cidadão não filiado particularmente vulnerável ao seu poder. Com efeito, "para o terceiro – para o cidadão como tal – não há mais, na esfera pública, um lugar de asilo; ele já não encontra no direito público um sistema geral de proteção. A esfera pública deixou lugar a uma esfera mista ou intermédia em que quem dita as leis são precisamente as formações sociais, compreendidas também aquelas que são apenas o resultado de uma fragmentação do Estado" (ob. cit., p. 596). Daí que para MARIO NIGRO assuma uma nova importância a proteção do filiado "dentro" da associação, bem como os momentos da sua admissão e exclusão (p. 599: "Sabemos que um dos momentos da vida das formações mais perigoso para os terceiros é constituído pelo momento da admissão do terceiro na formação e correlativamente o da exclusão do sócio, da sua degradação a terceiro").

[86] Sobre o perigo de sindicatos "amarelos" cfr. MICHAEL KITTNER, Kommen die "Gelben" zurück?, Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 595 e ss., que refere, aliás, um caso de uma empresa alemã que identifica que gastou milhões de euros na criação do «seu» sindicato e HERMANN UNTERHINNINGHOFEN, "Gelber" Anachronismus? – Zu Fehlentwicklungen im Koalitionsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 676 e ss., que alerta para o perigo do regresso de um fenómeno que alguns consideravam

Existem, ainda, outras vias a desenvolver, como sejam a afirmação de um núcleo de direitos individuais de que só cada pessoa e não um dos seus autoassumidos representantes deveria dispor[87] ou a vinculação das convenções coletivas aos direitos fundamentais, ainda que, tratando-se de acordos entre pessoas privadas, seja delicado afirmar tal vinculação.

Se os sindicatos – e as associações de empregadores – se afirmam cada vez mais como "legisladores" (já que a convenção coletiva é fonte de direito e é interpretada como a lei) e genuínos artífices da política legislativa em matéria social[88], então assume para o cidadão, crescentemente sujeito ao seu poder mesmo que não seja filiado, uma importância vital que tais associações sejam, ao menos,

anacrónico. Por seu turno PAOLA BELLOCCHI, ob. cit., p. 36, refere que os sindicatos de favor são "uma degeneração tanto mais insidiosa quanto dissimulada do princípio da liberdade sindical".

[87] LORENZO ZOPPOLI, Sindicati e contrattazione collettiva : vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie ? Lavoro e Diritto 2015, pp. 415 e ss., p. 420: "Liberdade sindical, greve e democracia para coexistirem devem partilhar um quadro de regras constitucionais em que a liberdade coletiva ou pseudocoletiva não ponha em causa o reconhecimento mais amplo de outros direitos, a começar pelos dos próprios trabalhadores".

[88] JEAN-MAURICE VERDIER, Libres propos à partir d'une expérience. L'application des normes de l'OIT relatives à la liberté syndicale, in Le syndicalisme salarié, dir. por Bernadette Lardy-Pélissier e Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2002, pp. 81 e ss., pp. 89-90 : "Uma consequência tanto dos princípios da independência [sindical], como do pluralismo é a da igualdade de tratamento entre os sindicatos. Esta não suscitou problemas nos países capitalistas enquanto a função dos sindicatos se limitou à contestação e à reivindicação, porquanto o fracasso destas seria a sanção natural da não representatividade de facto de um sindicato. Mas a partir do momento em que a legislação reconheceu aos sindicatos um certo papel na participação na organização da vida profissional e mesmo na elaboração da política económica e social, importa renunciar a uma aplicação estrita da igualdade porque não poderia confiar-se [tais funções de representação ou participação] a entidades fantasistas, esqueléticas, favorecidas ou mesmo suscitadas por empregadores"

verdadeiramente representativas[89], transparentes (mormente do ponto de vista financeiro) e funcionem em moldes democráticos,

E subsiste, claro, a questão fulcral: fará sentido no nosso ordenamento a premissa de que um sindicato existe, logo representa (e representa todos, mesmo os que nunca se filiariam nele)?

[89] ROMAGNOLI, ob. cit., p. 17: "Numa democracia constitucional é inadmissível a vocação de qualquer poder seja qual for a sua natureza a ser autorreferencial. Nem o sindicato pode subtrair-se a questões que respeitam ao fundamento da sua legitimação para participar como protagonista em processos de produção de normas válidas no confronto de multidões de cidadãos que não lhe conferiram qualquer mandato representativo".

DAS NORMAS CORPORATIVAS NO DIREITO CIVIL E NO DIREITO DO TRABALHO

CORPORATE NORMS IN CIVIL LAW AND LABOUR LAW

Luís Gonçalves da Silva[1]-[2]

Sumário: § 1.º Considerações prévias e objecto § 2.º Bases do Estado Novo § 3.º Código Civil de 1966 § 4.º Período transitório do Pós-Revolução 5.º Regime Democrático

Resumo:

Este texto visa analisar, olhando para a doutrina e jurisprudência, os caminhos possíveis para responder às principais questões que se têm colocado face à previsão legal das normas corporativas constante do Código Civil, tendo também presente o actual quadro laboral.

Abstract:

This text aims to analyse, looking at the doctrine and jurisprudence, the possible ways to answer the main questions that have arisen in view of the legal provision of the corporate norms contained in the Civil Code, bearing in mind also the current labour framework.

---

[1] Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (lgoncalvesdasilva@fd.ul.pt). Vice-Presidente do Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDT). Membro e Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP). Advogado e Consultor da Abreu Advogados.

[2] Principais abreviaturas: a) ETN - Estatuto do Trabalho Nacional (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23:048, de 23 de Setembro de 1933); b) LCT – Lei do Contrato de Trabalho (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969); c) LAP – Lei das Associações Patronais (Decreto-Lei n.º 215-C/75, de 30 de Abril); d) LAS – Lei das Associações Sindicais (Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril); e) LRCT – Lei da Regulamentação Colectiva de Trabalho (Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro).

§ 1.º Considerações prévias e objecto

I. O Código Civil (de 1966) qualificou como "… fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas" (artigo 1.º, n.º 1); seguidamente, explicitou que são "leis todas as disposições genéricas provindas dos órgãos estaduais competentes" e "normas corporativas as regras ditadas pelos organismos representativos das diferentes categorias morais, culturais, económicas ou profissionais no domínio das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos internos" (artigo 1.º, n.º 2).

Em termos de hierarquia, determinou que "as normas corporativas não podem contrariar as disposições legais de caracter imperativo" (artigo 1.º, n.º 3), e, por outro lado, que "… prevalecem sobre os usos" (artigo 3.º, n.º 2).

II. Tratando-se o Código Civil de um diploma surgido durante o Estado Novo (Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966) e tendo presente a mudança de regime político ocorrida em 1974, as normas acima citadas colocam diversas dúvidas, desde logo, sobre a sua caducidade e, em caso negativo, relativamente ao seu conteúdo.

É, por isso, importante, uma análise evolutiva, começando pelas bases do Estado Novo (§ 2.º), a feitura do Código Civil de 1966 (§ 3.º), o período transitório do pós-revolução (§ 4.º) e,

finalmente o quadro democrático, tendo sempre presente as principais orientações doutrinárias e jurisprudenciais (§ 5.º).

§ 2.º Bases do Estado Novo

I. Derrubada a I República, pelo movimento de 28 de Maio de 1926, foi instituída a Ditadura Militar[3] - "gérmen de um Estado *corporativo*"[4] - que sem revogar a totalidade da Constituição de 1911 desmantelou as suas instituições, gerando um efectivo interregno constitucional até Abril de 1933[5].

[3] Sobre a matéria, a título de exemplo, FERNANDO ROSAS e J. M. BRANDÃO DE BRITO, *Dicionário Histórico do Estado Novo*, volume I (A-L), Bertrand Editora, Venda Nova, 1996, pp. 273-274 (Ditadura Militar).

[4] NUNES ABRANTES, "O Direito do Trabalho do «Estado Novo»", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano VII, n.º 13, 2006, p. 32. É comum a doutrina delimitar a fase do corporativismo (ou do Estado Novo) entre 1926 e 1974, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1989, reimpressão, 1994, pp. 50 e 56 e ss, e *Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 120 e 126 e ss, bem como *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., pp. 538 e ss, que distingue entre 1926/1966 e 1966/1974; MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 40 e ss, subdivide a fase do Estado Novo em período ditatorial (28 de Maio de 1926 até à aprovação da Constituição de 1933), corporativo (desde esta aprovação até ao Governo de MARCELLO CAETANO) e período liberalizante (desde este momento até ao movimento militar de 25 de Abril de 1974).

[5] Para mais desenvolvimentos, PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional*, volume I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 272-273.

O novo regime ditatorial era naturalmente opositor dos movimentos colectivos laborais e, portanto, combatia qualquer perturbação social[6]; assim, não demorou muito para que o legislador interviesse na temática dos fenómenos colectivos[7].

II. O regime instituído em 1926 foi adquirindo conteúdo doutrinário, tendo contado para o efeito com o importante contributo de OLIVEIRA SALAZAR (Ministro das Finanças, a 27 de Abril de 1928) na consagração do projecto político corporativo de inspiração cristã[8]. Criadas as condições para se concluir a fase de transição da Ditadura Militar para o Estado corporativo, procedeu-se à sua institucionalização, o que aconteceria com a Constituição de 1933 – descendente política e jurídica da ditadura militar - transformando o país numa república corporativa (artigo 5.º).

O Estado corporativo, influenciado pelos normativos italianos[9], assentou em dois importantes pilares jurídicos: a *Constituição* (de

[6] Para uma análise do quadro legal, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, "Criminalização Política e Defesa do Estado", *Análise Social*, volume XVIII (72-73-74), 1982, n.º 3.º, 4.º e 5.º, pp. 822 e ss.

[7] Pode ver-se em M. DA C. TAVARES DA SILVA, *Direito do Trabalho* (Apontamentos das Lições de Direito do Trabalho da Dra. Maria da Conceição Tavares da Silva, ao curso do 2.º ano), Instituto de Estudos Sociais, Lisboa, 1964/1965, policopiado, pp. 412 e ss, a identificação de vários diplomas que entraram em vigor após a revolução de 1926 e antes da Constituição de 1933.

[8] FERNANDO ROSAS e J. M. BRANDÃO DE BRITO, *Dicionário Histórico do Estado Novo*, volume I (A-L), cit., p. 274 (Ditadura Militar), encontrando-se uma breve apreciação do Estado Novo, nesta obra, pp. 315 e ss (Estado Novo). Registe-se que a Escola Corporativa Católica possuiu grande difusão em Portugal, sendo o Centro Académico de Democracia Cristã de Coimbra um dos pólos de propaganda, que teve como membro e orientador OLIVEIRA SALAZAR, cfr. MARCELLO CAETANO, *O Sistema Corporativo*, s.e., Lisboa, 1938, p. 27, com mais informação nas páginas anteriores. Veja-se também, entre outros, o texto escrito por OLIVEIRA SALAZAR, *Como se Levanta um Estado*, Atomicbooks, Lisboa, 2007, em meados da década de trinta, onde o Autor explica os antecedentes e as opções políticas do Estado Novo. Sobre as influências doutrinárias no pensamento corporativo português, por

1933)[10] e o *Estatuto do Trabalho Nacional* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23:048, de 23 de Setembro de 1933)[11], tendo sido sob a influência e a vigência destes dois diplomas, em especial do *Estatuto do Trabalho Nacional*, que se verificou uma vasta produção

exemplo, MARCELLO CAETANO, *O Sistema Corporativo*, cit., pp. 21 e ss; FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, s.e., Lisboa, 1940, pp. 41 e ss. Para um enquadramento do corporativismo, entre outros, NUNES AGRIA, *A Doutrina Corporativa*, Centro de Estudos Sociais e Corporativos, s.e., s.d.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 533 e ss, bem como, do mesmo Autor, *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, coordenação de Menezes Cordeiro, CIDP, Almedina, 2020, pp. 73 e ss; LUÍS PEDRO CUNHA, *Estudos sobre o Corporativismo Publicados no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra*, Working Papers, Boletim de Ciências Económicas, série BCE 18, 2016, em especial, pp. 10 e ss, https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/wpbce; CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Corporativo*, s.e., Lisboa, 1935, em especial, pp. 41 e ss, 59 e ss e 79 e ss, com importante informação histórica e de direito comparado; SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, volume III, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979, em especial, pp. 212 e ss; SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, 3.ª edição, Petrony, Lisboa, 1971, pp. 207 e ss, e 219 e ss.

[9] Para uma análise do fascismo, comparando o quadro português com o italiano, por exemplo, MANUEL LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I, Perspectivas e Realidades, Lisboa, 1976, pp. 28 e ss, em especial, pp. 38 e ss.

[10] A Lei Fundamental de 1933 foi precedida da publicação do projecto ao qual se seguiu uma fase de discussão na imprensa, onde se publicaram artigos, comentários e entrevistas sobre o diploma. Sobre os principias diplomas influenciadores da Constituição (de 1933), cfr. MARCELLO CAETANO, *A Constituição de 1933 - Estudo de Direito Político*, Coimbra Editora, 1956, p. 8.

[11] Decreto-Lei n.º 23:048, de 23 de Setembro de 1933, *Diário do Govêrno*, de 23 de Setembro de 1933, I série, número 217, pp. 1655-1658. Este diploma foi inspirado na Carta Italiana do Trabalho (*Carta del Lavoro*), datada de 21 de Abril de 1927, conforme expressamente se reconhece no Parecer da Câmara Corporativa, n.º 42/VI, de 6 de Junho de 1956 (que versou sobre a proposta de lei n.º 37 – Corporações), cujo relator foi JOSÉ CARDOSO PIRES, publicado no *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, VI legislatura, n.º 150, de 14 de Junho de 1956, p. 1062. Influência relevante teve também o catolicismo social. Uma apreciação genérica do Estatuto pode ser vista em MANUEL LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I, cit., pp. 179 e ss; FERNANDO ROSAS e J. M. BRANDÃO DE BRITO, *Dicionário Histórico do Estado Novo*, volume I (A-L), cit., pp. 319-320 (Estatuto do Trabalho Nacional).

legislativa, facto que constituiu o primeiro conjunto sistemático da história do Direito do Trabalho nacional[12].

Os dois diplomas continham normas sobre os fenómenos colectivos[13]. E tinham também em comum, por um lado, a proibição de conflitos laborais; por outro, uma regulação tutelar centrada no direito individual, acompanhada de um apertado controlo dos fenómenos colectivos, tudo em nome do superior interesse colectivo do Estado[14]. Dito de outra forma: a constituição do ordenamento laboral corporativo foi feita sob duas ideias base: a) a da solidariedade entre a propriedade, o capital e o trabalho; b) a do primado da protecção legal da situação individual do trabalhador, em contraposição à forte limitação e controlo imposto na acção colectiva laboral[15].

---

[12] SILVA LEAL, "Da Falta de Interesse dos Juristas Portugueses pelo Direito do Trabalho", *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, ano XI, n.º 44, 1960, p. 516, defende mesmo que "até 1933 não tinha sentido falar entre nós de direito do trabalho. Quando muito, poder-se-ia falar de uma legislação de protecção do trabalhador"; acrescentando: "O direito do trabalho, com a publicação da Constituição e do Estatuto, não passa a ser imediatamente uma realidade, mas é desde logo um projecto que o legislador pretende levar por diante e que vai ter influência na evolução posterior da nossa ordem jurídica".

[13] *Vd.*, pelo seu interesse histórico e revelador da relevância da matéria, *Trabalho, Sindicatos e Greves no Regime Fascista*, Comissão do Livro Negro sobre o Regime Fascista, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 1984, na qual se pode consultar, entre outras matérias, a troca de correspondência entre o Presidente do Conselho (OLIVEIRA SALAZAR) e os Ministros das Corporações e Previdência Social sobre o movimento sindical e as greves.

[14] Como certeiramente observa FRANCESCO DE ROBERTIS, *Storia delle Corporazioni e del Regime Associativo nel Mondo Romano*, volume I, Adraitica Editrice, Bari, 1971, p. 4, é historicamente comum acontecer uma depreciação do fenómeno associativo, conferindo-se maior prevalência ao individualismo em períodos de autoridade.

[15] Neste sentido, MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 20.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 56. Veja-se também ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 89-90; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 94-95.

III. A Constituição consagrou, como referimos, uma república unitária e corporativa, adoptando uma inequívoca postura intervencionista do Estado nos sectores económico, social e cultural[16], que assentava "... na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis" (artigo 5.º)[17]. Entre os elementos estruturais encontravam-se os organismos corporativos (título IV da parte I), que podiam ser, de acordo com a redacção inserida pela Lei n.º 1885, de 23 de Março de 1935[18], morais, culturais e económicos (artigo 14.º)[19].

A Lei Fundamental plasmava ainda no catálogo dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, para além da liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio (artigo 8.º, n.º 7), o de reunião e associação (artigo 8.º, 14.º[20]), competindo, no entanto, "ao Estado reconhecer as corporações morais ou

[16] Para mais desenvolvimentos sobre a Administração do Estado intervencionista, com análise da situação do Estado Novo, PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 280 e ss, salientando que postura seria continuada, ainda que com diferenças, com a Constituição de 1976.

[17] Para uma análise dos elementos estruturais da Nação, SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., pp. 224 e ss.

[18] *Diário do Govêrno*, I série, número 67, pp. 409-411.

[19] Conforme se deduz do artigo 15.º da Constituição, os morais eram os que tinham objectivos "de assistência, beneficência ou caridade"; os culturais, "... científicos, literários, artísticos ou de educação física"; e os económicos, "... de aperfeiçoamento técnico ou de solidariedade de interesses". Para mais desenvolvimentos, por exemplo, FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, s.e., Lisboa, 1940, pp. 140 e ss.

[20] Embora remetendo, nos termos do § 2.º, a sua regulação para leis especiais. O Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de Maio de 1954, *Diário do Govêrno*, de 20 de Maio de 1954, I série, número 110, pp. 557-558, estabeleceu, de forma restritiva, o exercício do direito de associação, cfr., MANUEL LUCENA, *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I, cit., pp. 140 e ss.

económicas[21] e as associações ou organizações sindicais" (artigo 14.º)[22], salientando-se a função social desempenhada pela propriedade, capital e trabalho, em regime de cooperação económica e solidariedade (artigo 35.º)[23]. Com este novo quadro, em que existia uma preferência da iniciativa económica privada em contraponto com uma perspectiva supletiva e subsidiária da iniciativa económica pública (artigo 33.º)[24], o Estado deixou o abstencionismo e assumiu a função de coordenar e regular a vida económica e social da Nação (artigo 31.º), renunciando à direcção económica directa e encarregando-se, face à falta de uma efectiva actividade sindical, de promover e auxiliar a formação dos organismos corporativos[25].

VI. O *Estatuto do Trabalho Nacional* assumiu, como referimos, uma função estruturante na organização do corporativismo e foi um importante complemento da Lei Fundamental, pelo que se

[21] Nos termos do artigo 18.º, nestas corporações "estarão organicamente representados todos os elementos da nação".

[22] O artigo 15.º remetia para normas especiais, a constituição e o exercício das suas funções.

[23] Sobre este ponto, por exemplo, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, O Problema da Empresa como Objecto de Negócio*, volume I, Atlântida, Coimbra, 1967, p. 58, nota 39; e, numa perspectiva mais ampla, M. DA C. TAVARES DA SILVA, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 416 e ss, em especial, pp. 420 e ss.

[24] Com interesse para uma análise do princípio da iniciativa económica privada na Constituição de 1933, AFONSO QUEIRÓ e BARBOSA DE MELO, "A Liberdade de Empresa e a Constituição (A Propósito do Dec-lei n.º 47 240, de 6 de Outubro de 1966)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIV, 1967, n.ºs 3-4, pp. 216 e ss; e sobre os direitos fundamentais económicos, VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3.ª edição, «Perspectiva Jurídica», Centelho, Coimbra, 1978, pp. 145 e ss.

[25] COELHO DO AMARAL, "O Contrato Colectivo de Trabalho no Direito Corporativo Português", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XI, 1953, p. 343.

compreende também o seu cariz marcadamente doutrinário. Trata-se de um texto "emblemático dos princípios ideológicos, políticos e de organização que informam o corporativismo português no crucial domínio das relações de trabalho"[26]. Encontra-se, por isso, no diploma os valores que concretizam ou reiteram o plasmado na Constituição, salientando-se a constante preocupação de paz social assente na solidariedade entre a propriedade, o capital e o trabalho (*v.g.*, artigos 5.º e 11.º) e a consequente proibição (e punição) de perturbação de actividades económicas (artigo 9.º); por outro lado, foram também consagradas regras atinentes ao direito individual tendo subjacente a tutela do trabalhador (*v.g.*, artigos 24.º e ss).

O *Estatuto* continha também princípios norteadores da organização corporativa, devendo destacar-se, por um lado, a não obrigatoriedade da organização profissional, por outro, a necessidade de reconhecimento por parte do Estado e, finalmente, uma estrutura piramidal dos diversos organismos corporativos (*v.g.*, artigo 41.º)[27].

[26] FERNANDO ROSAS e J. M. BRANDÃO DE BRITO, *Dicionário Histórico do Estado Novo*, volume I (A-L), cit., p. 319 (Estatuto do Trabalho Nacional). Veja-se também, numa análise da doutrina italiana sobre o Estatuto, ANSELMO ANSELMI, *Corso di Legislazione Sindacale e Corporativa Comparata*, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firense, 1934, pp. 66 e ss.

[27] Para mais desenvolvimentos sobre a organização corporativa, *vd.*, entre outros, MARCELLO CAETANO, *O Sistema Corporativo*, cit., pp. 65 e ss; SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., pp. 398 e ss; VITAL MOREIRA, *Direito Corporativo* - (Tópicos das Lições do Ano Lectivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Unitas, Coimbra, 1972, pp. 181 e ss; FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, cit., pp. 140 e ss. Saliente-se, ainda, o Parecer da Câmara Corporativa, n.º 42/VI, de 6 de Junho de 1956 (versou sobre a proposta de lei n.º 37 - Corporações), cit., pp. 1052-1126, onde se faz uma pormenorizada análise do corporativismo (em especial, no que respeita à concepção portuguesa, *vd.* pp. 1061 e ss). Para uma análise profunda do modelo do corporativismo, *vd.*, o já citado, Parecer da Câmara Corporativa n.º 42/VI (sobre a proposta de lei n.º 37 - bases para as instituições das corporações), cit., pp. 1052 e ss.

VII. No mesmo dia da publicação do *Estatuto do Trabalho Nacional* constavam do *Diário do Govêrno* dois outros diplomas que concretizaram os seus quadros jurídicos e que constituíram também alicerces (específicos) do regime. Trata-se do acto legislativo que fixou as bases a que estavam sujeitos os grémios (organismos corporativos, Decreto-Lei n.º 23:049)[28] e do que reorganizou os sindicatos nacionais (Decreto-Lei n.º 23:050)[29]. De facto, estamos perante legislação que continha, na esteira do quadro acima descrito, um acentuado controlo dos poderes públicos (por exemplo, estava vedada a inscrição em organismos de carácter internacional, sem autorização do Governo) e submissão dos sujeitos colectivos ao interesse da Nação[30], impondo - a qualquer custo - a harmonia de classes, o que levou a uma adulteração da natureza do associativismo, em especial de trabalhadores.

Foi assim colocada em causa uma das traves mestras do sindicalismo: a independência face ao patronato, aos partidos políticos e ao Estado, apenas lhes restando a dissolução ou a submissão ao regime corporativo[31]. Transmutou-se, deste modo, a

[28] *Diário do Govêrno*, de 23 de Setembro de 1933, I série, número 217, pp. 1658-1659.

[29] *Diário do Govêrno*, de 23 de Setembro de 1933, I série, número 217, pp. 1659-1661. O diploma teve como principais fontes o Decreto de 9 Maio de 1891 e a legislação sindical italiana.

[30] O interesse colectivo num regime corporativo assume alguma relevância, mas é naturalmente condicionado pelo bem comum (fim supremo do Estado), em nome do qual se restringe intensamente aquele. Sobre o assunto, ALMEIDA POLICARPO, "Conciliação dos Conflitos Colectivos de Trabalho", *Estudos Sociais e Corporativos*, ano IV, n.º 13, 1965, pp. 41 e ss.

[31] Neste sentido, ALEXANDRE VIEIRA, *Para a História do Sindicalismo em Portugal*, 2.ª edição, Seara Nova, Lisboa, 1974, pp. 210-211. Poderia parecer inusitado que um regime corporativo admitisse associações profissionais de classe, mas deve ter-se bem presente o apertado quadro gizado para a intervenção dos sindicatos nacionais. Sobre esta matéria, MARCELLO CAETANO, *O Sistema Corporativo*, cit., p. 70, reflecte que poderá considerar-se estranho que se parta

sua natureza: passaram de entidades[32] de resistência e de luta para organismos fortemente condicionados e controlados na sua actuação pelo Estado, passando mesmo a fazer parte dele, em nome dos superiores interesses da Nação[33], assumindo, portanto, natureza pública e tendo poderes de representação de natureza institucional[34]. Compreende-se, por isso, que os organismos corporativos fossem, na perspectiva política, "… comummente concebidos como correias de transmissão da vontade do Poder"[35].

VIII. O associativismo patronal foi organizado através de grémios. O legislador, na sequência do artigo 42.º do Estatuto do Trabalho Nacional, conferiu personalidade jurídica àquelas organizações corporativas, determinando que representam todos os elementos do mesmo ramo do comércio, indústria ou agricultura, independentemente de inscrição; por outro lado, reiterou que "ajustam" com os sindicatos nacionais contratos colectivos obrigatórios para todos os que pertençam à mesma actividade (artigo

de associações de classe social, colocando à parte dos outros elementos solidários da produção os trabalhadores que fornecem o seu trabalho. Esclarece, no entanto, *op. cit.*, p. 71, que a explicação se encontra "... no facto de estar tão arreigada a consciência de classe operária que se tornou necessário reconhecê-la e aproveitá-la para a depurar do sentido da luta, e assim a levar a fundir-se com a classe patronal nos quadros da mesma unidade corporativa. A diferença entre os antigos eram organizações ofensivas e defensivas para a luta de classes, ao passo que os actuais são elementos estructurais das Corporações e, como tais, propõem-se realizar a solidariedade dos interêsses na comunhão dos fins".

[32] Principalmente, como é natural, os sindicatos.

[33] A organização associativa laboral encontrava-se, de acordo com a concepção corporativa do Estado, inserida na Organização Corporativa, integrando a Administração Indirecta ou Autónoma.

[34] SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., p. 402, o que justifica, salienta o Autor, que os actos que praticam obriguem todos os elementos abrangidos pela categoria profissional e não somente os seus membros.

[35] SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., p. 207.

6.º do Decreto-Lei 23:049), devendo assegurar a execução dos acordos e contratos colectivos de trabalho e demais compromissos corporativos, bem como fiscalizar o cumprimento da disposições aprovadas e promover a aplicação de penas aos delinquentes[36].

Para além das fontes estaduais (onde se incluem as portarias e os despachos regulamentares), o contrato colectivo encontrava-se condicionado por uma teia de outros instrumentos. De facto, sendo considerado uma fonte corporativa, o contrato colectivo tinha ainda, por exemplo, de respeitar – apesar de as áreas de regulação não serem coincidentes – os regulamentos corporativos (dimanados dos Conselhos das Corporações[37]), tal como os regulamentos dimanados dos organismos de coordenação económica[38].

E foi, aliás, face a esta pulverização de fontes corporativas, que o Estado sentiu a necessidade de fixar doutrina relativamente à classificação dos actos jurídicos mediante os quais se realiza a

[36] CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Corporativo*, cit., p. 156.

[37] Recorde-se que competia a este órgão corporativo "propôr ao Governo normas obrigatórias para a regulamentação colectiva das relações económicas e disciplina unitária das actividades que coordenam", devendo seguir-se a aprovação por despacho do Conselho Corporativo (artigo 4.º, alínea d) e § 1.º do Decreto-Lei n.º 29:110, de 12 de Novembro de 1938; sobre o Conselho Corporativo, *vd.*, já cima referidos, o Decreto-Lei n.º 24:362, de 15 de Agosto de 1934, órgão de orientação superior da organização corporativa nacional, presidido pelo Presidente do Conselho de Ministros, artigo 1.º e § 2.º), bem como o Decreto-Lei n.º 40 324, de 6 de Outubro de 1955.

[38] Nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 26:757, de 8 de Julho de 1936, "os grémios, uniões e federações coordenados pelos organismos corporativos a que êste diploma se refere devem acatar os regulamentos e determinações por aqueles estabelecidos e promover o seu cumprimento por parte dos agremiados"; e este diploma refere-se a organismos, criados pelo Ministro do Comércio e da Indústria, "...destinados a coordenar e a regular superiormente a vida económica e social nas actividades directamente ligadas aos produtos de importação e de exportação" (artigo 1.º). Para uma análise dos diversos instrumentos de regulação, VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 235 e ss.

regulamentação corporativa das relações económico sociais e a sua disciplina unitária.

O Despacho, de 5 de Fevereiro de 1942, da autoria de MOTTA VEIGA, apresentou uma divisão entre actos plurilaterais (convenções colectivas de trabalho, acordos intercorporativos e contratos-tipos) e unilaterais (estatutos e regulamentos corporativos e tarifas).

As convenções colectivas seriam, deste modo, objecto de definição, segundo a qual são "os actos jurídicos celebrados entre dois ou mais organismos corporativos (*contratos colectivos*), ou entre um ou mais organismos corporativos e uma ou várias emprêsas ou entidades (*acordos colectivos*), e destinados a regular os termos a que devem obedecer os contratos singulares de trabalho entre as respectivas categorias de patrões e de trabalhadores. Só os contratos colectivos devem conter obrigatòriamente as normas estabelecidas no art. 34.º do Estatuto do Trabalho Nacional"[39].

IX. As limitações e ineficiências da contratação colectiva foram diversas vezes colmatadas através da intervenção do Governo, pois o Estado Novo não deixou naturalmente apenas a cargo dos organismos corporativos a matéria da regulamentação colectiva. Foram então conferidos poderes ao Governo através de uma intervenção legislativa em 1935 (Decreto-Lei n.º 25:701, de 1 de Agosto), ampliada em 1938 (Decreto-Lei n.º 29:006, de 17 de Setembro de 1938), para determinar através de despacho os salários

[39] *Bases para uma classificação dos actos jurídicos através dos quais se realiza a regulamentação corporativa das relações económico-sociais e a sua disciplina unitária*, publicado no *Boletim do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência*, ano IX, n.º 3, de 14 de Fevereiro de 1942, pp. 51-52, itálico no original.

mínimos[40]. Em 1943, o legislador atribuiu competência aquele órgão para fixar as condições de prestação do trabalho e a remuneração sempre que estivessem em causa os interesses superiores da economia e da justiça social (despachos de regulamentação do trabalho ou despachos de salários mínimos e despachos de alargamento de âmbito (duma convenção ou parte dela).

Neste quadro, a regulação do trabalho obteve uma apresentação original, uma vez que ficou entregue às convenções colectivas do trabalho – entretanto objecto de regulação especifica (Decreto-Lei n.º 36:173, de 6 de Março)[41] - e aos despachos governamentais[42], cuja intervenção se verificava em nome da paz social e da justiça social, assumindo carácter excepcional[43].

---

[40] Para mais desenvolvimentos sobre a regulamentação administrativa, *vd.*, GONÇALVES DA SILVA, *A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 1999, em especial, pp. 89 e ss, "Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão", AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, coordenação de Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 674 e ss; ROMANO MARTINEZ e GONÇALVES DA SILVA, "O Âmbito do Regulamento de Condições Mínimas", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLV (XVIII da 2.ª série), 2005, n.° 4, pp. 360 e ss.

[41] Com uma análise desenvolvida, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 316 e ss.

[42] COELHO DO AMARAL, "O Contrato Colectivo de Trabalho no Direito Corporativo Português", cit., p. 346.

[43] COTTA DIAS, "Despachos de Regulamentação do Trabalho, *1º Colóquio Nacional do Trabalho da Organização Corporativa e da Previdência Social, Comunicações",* volume II, s.e., Lisboa, 1961, p. 85.

§ 3.º Código Civil de 1966

I. Em 1966, ocorreria a segunda codificação do direito civil[44].

A proposta da parte geral, a cargo de MANUEL DE ANDRADE[45], sob a influência, desde logo, do Código Civil italiano (de 1942)[46], incluía, numa técnica não isenta de reparos[47], as normas corporativas entre

[44] O Código Civil foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, tendo entrado essencialmente em vigor no dia 1 de Junho de 1967 (artigo 2.º), tendo sido desencadeada a sua elaboração por VAZ SERRA, na sequência do Decreto 33:908, de 4 de Setembro de 1944 (artigo 1.º), *Diário do Govêrno*, de 4 de Setembro de 1944, série I, número 196, pp. 830 e ss, onde se encontra a justificação para um novo Código. Para uma análise da segunda codificação, *vd.*, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil – Relatório*, policopiado, Lisboa, 1987, pp. 331 e ss. Pode ainda ver-se, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2005, por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, pp. 81 e ss, em especial, 85 e ss; CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, 2003, pp. 120 e ss; ANTUNES VARELA, "A Elaboração do Código Civil", AAVV, *A Feitura das Leis*, I volume, coordenação de Rebelo de Sousa e Jorge Miranda, Instituto Nacional de Administração, Oeiras, 1986, pp. 17 e ss, em especial, pp. 21 e ss.

[45] MANUEL DE ANDRADE, "Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei", *Boletim do Ministério da Ivstiça*, n.º 102 (Janeiro), 1961, pp. 141 e ss, devendo salientar-se que, como consta na nota deste texto, o Autor considerava ainda um "… simples esboço, ou bosquejo, que se propunha rever ….".

[46] Sobre a noção de normas corporativas no *Codice Civile*, ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, quarta edizione, G. Giappichelli, Torino, 2017, p. 96. É também de registar a repercussão do *BGB* no nossso Código Civil, cfr. SINDE MONTEIRO, "Manuel de Andrade e a Influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 75, 2003, em especial, pp. 187 e ss (enquadramento histórico) e pp. 194 e ss (aspectos de regulamentação).

[47] Como nota MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 543, "em termos formais estranha-se a contraposição entre «leis» e «normas corporativas»; ou se dizia «normas legais» e «normas corporativas» (fórmula inadequada já que as fontes contêm normas mas não são, elas próprias, normas) ou se optava por «leis» e «diplomas corporativos». Andrade não chegou a rever o seu projecto e Varela decidiu entronizá-lo mesmo contra a vontade do seu Autor". E acrescenta o Professor, *op. cit.*, p. 543: "Em termos materiais, não se entende como considerar as «normas corporativas» como «fontes imediatas»: parece claro que elas retiram a sua jurídico-positividade da lei e não de elas próprias"; na mesma linha, MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, cit., p. 76. Veja-se também, em sentido crítico, FREITAS DO AMARAL, "Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil", *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, pp.

as fontes de Direito, definindo-as como "... as ditadas por organismos representativos de categorias profissionais ou económicas, nos limites das suas atribuições, bem como os respectivos estatutos e regulamentos" (artigo 1.º, n.º II, alínea b)[48], devendo respeitar as disposições legais imperativas (n.º III), mas prevalecendo sobre os usos (artigo 3.º, n.º II).

12-13; e do mesmo Professor, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, *Manual de Introdução ao Direito*, cit., pp. 357 e ss; CASTANHEIRA NEVES, "Fontes de Direito. Contributo para a Revisão do seu Problema", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LVIII, 1982, pp. 169 e ss, em especial, pp. 217 e ss; JOSÉ HERMANO SARAIVA, "Apostilha Crítica ao Projecto do Código Civil", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 27, 1967, pp. 5 e ss, em especial, pp. 23 e ss. Para uma análise comparativa, BIGOTTE CHORÃO, "As Fontes do Direito no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol", *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 197 e ss, em especial, pp. 207 e ss, sobre as normas corporativas.

[48] Observava JOSÉ HERMANO SARAIVA, "Apostilha Crítica ao Projecto do Código Civil", cit., p. 25, que normas corporativas não significavam quaisquer normas de direito corporativo, "… mas apenas normas emanadas dos organismos corporativos, o que é completamente diferente"; por outro lado, salienta ainda o Autor, *op. cit.*, pp. 25-26, que muitas das normas de direito corporativo tem natureza de lei, existindo ainda uma fonte relevante na definição deste direito que não é lei nem resulta dos organismos representativos das representações das categorias profissionais e económicas: são as deliberações do Conselho Corporativo, a quem compete, nomeadamente dirimir as dúvidas interpretativas e aplicativas das leis gerais da organização corporativa, impondo-se a todos os organismos e serviços públicos; esta situação revela a insuficiência da definição, uma vez que exclui as normas mais relevantes em termos hierárquicos. E, retenha-se, que o próprio MANUEL DE ANDRADE, "Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei", cit., pp. 147-148, reconhecia as deficiências, escrevendo que "na definição do termo «normas corporativas», procurou-se fazê-la corresponder não só à vigente organização corporativa, como ainda a possíveis contingências futuras. Tal como está enunciada, ela não se ajusta aos organismos morais e culturais, previstos no art. 17.º da Constituição Política. Não se conseguiu, por agora uma fórmula relativamente precisa que pudesse abrangê-los, sem deixar de fora os organismos corporativos económicos, esses já existentes e destinados sempre a maior evidência. Mas é claro que deverão qualificar-se também como corporativas as normas que, quanto àqueles outros organismos, equivalham às definidas no art.º 1.º, II, b)".

Em termos de vigência de fontes, os contratos colectivos mereceram uma atenção especial[49], propondo-se que "nos contratos colectivos pode estabelecer-se que as suas disposições comecem a vigorar numa data anterior à da publicação, contanto que posterior à da celebração" (artigo 5.º, n.º II)[50].

Estes preceitos relevam então, e desde logo, que o legislador conferiu à autonomia normativa, "… um lugar especialmente significativo, embora confinado ao âmbito corporativo …"[51].

II. A influência do Código Civil Italiano (de 1942) é inequívoca[52], tendo sido também importados alguns lapsos técnicos. Com efeito, existe similitude – ainda que parcial, pois é manifesta, por exemplo, a omissão dos contratos colectivos do trabalho, acordos económicos colectivos e das sentenças laborais - entre regras da parte geral do nosso Código Civil e os artigos iniciais do *Codice Civile* (de 1942),

[49] O n.º 1 do artigo 5.º dizia: "A lei só se torna obrigatória depois de publicada. O tempo que para este efeito deva ocorrer sobre a publicação da lei, quando ela mesma não proveja diversamente, será o determinado na respectiva legislação especial".

[50] Ponderava MANUEL DE ANDRADE, "Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei", cit., p. 149, que "porventura será aconselhável estender o mesmo preceito aos outros contratos-tipos (*Tarifverträge*) ou acordo congéneres estipulados por organismos corporativos".

[51] BIGOTTE CHORÃO, "As Fontes do Direito no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol", cit., p. 207, que crítica o facto de outras fontes normativas (por exemplo, estatutos de uma sociedade comercial não terem sido previstos pelo Código (pp. 208-209). Acrescenta ainda o Autor que se trata do "… poder de entidades diferentes do Estado produzirem normas jurídicas destinadas a fazer parte do ordenamento jurídico" (p. 208). Acontece, no entanto, que essas entidades eram, em bom rigor, efectivamente controladas pelo Estado, integrando-o mesmo; como bem salienta MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 546, "… as corporações acabavam por se reconduzir ao Estado, em sentido muito amplo, mas ainda real; a jurídica-positividade das normas corporativas advinha da autoridade estadual".

[52] Como salienta MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 542.

desde logo, na qualificação das normas corporativas como fontes de Direito (artigo 1.º), na inclusão (embora expressa) dos contratos colectivos na categoria das normas corporativas (artigo 5.º), a subordinação destas à lei (artigo 7.º) e na sua supremacia face aos usos (artigo 8.º).

A temática dos contratos em especial foi da responsabilidade de GALVÃO TELLES[53]. Como sabemos, as normas propostas por MANUEL DE ANDRADE e GALVÃO TELLES não transitaram integralmente para o Código Civil: em matéria de fontes, o projecto qualificou as normas corporativas como tal (artigo 1.º, n.º 1), definiu-as (artigo 1.º, n.º 2, *in fine*) e determinou a sua hierarquia (artigos 1.º, n.º 3, e 3.º, n.º 2); por outro lado, o Código Civil conferiu uma atenção residual ao contrato de trabalho (artigos 1152.º e 1153.º, sobre direito individual), tendo optado por excluir da codificação a temática, remetendo-a para legislação especial, tal como os princípios orientadores[54].

[53] O articulado continha uma proposta de um capítulo sobre o contrato de trabalho que se desdobrava em duas secções (*I- disposições preliminares e II- trabalho em empresas*), cfr. GALVÃO TELLES, "Aspectos Comuns aos Vários Contratos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume VII, 1950, pp. 234 e ss, "Contratos Civis - Exposição de Motivos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume IX, 1953, pp. 144 e ss, e "Contratos Civis - Projecto", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume X, 1954, pp. 161 e ss. O articulado está publicado em GALVÃO TELLES, "Contratos Civis - Projecto", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume X, 1954, pp. 219 e ss, encontrando-se uma breve explicação das opções em "Contratos Civis – Exposição de Motivos", cit., pp. 204 e ss.

[54] Explicava VAZ SERRA, e depois GALVÃO TELLES citando-o, a propósito da feitura do actual Código Civil, que "... entre nós o direito relativo às relações entre o trabalhador e a empresa (prescindindo já de outros aspectos) não pode dizer-se que tenha alcançado uma fase definitiva ou suficientemente estável para consentir a sua codificação, não parecendo, por isso, aconselhável, nas matérias abrangidas pela legislação social, ir além da enunciação de alguns princípios mais gerais (nos contratos em especial e na responsabilidade civil). Deixar-se-á às leis especiais o

A consagração das normas corporativas como fonte de Direito era claramente fruto do regime corporativo então existente, numa altura em que a Ordem jurídica portuguesa estava legal e constitucionalmente informada pelo princípio do corporativo[55], ainda que a própria referência àquelas, possa ser qualificada, pela doutrina actual, mais de duas décadas após a queda do fascismo italiano, em 1945, como "surpreendentes"[56] ou como uma "… (… homenagem tardia ao «sistema corporativo» criado pela Constituição de 1933, mas nunca inteiramente concretizado durante o Estado Novo) …"[57].

De acordo com a doutrina da época, mediante a definição legal de normas corporativas "… e até através da própria destrinça entre leis e normas corporativas, desenhou-se uma noção de norma corporativa *stricto sensu* que se fez corresponder ao âmbito do

cuidado de desenvolver a regulamentação", VAZ SERRA, "A Revisão Geral do Código Civil - Alguns Factos e Comentários)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume XXII (1946), 1947, p. 493, sendo também relevante pp. 464-465, 473 e ss; GALVÃO TELLES, "Contratos Civis - Exposição de Motivos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume IX, 1953, p. 199. Ao exposto acrescentava GALVÃO TELLES, "Contratos Civis – Exposição de Motivos", cit., p. 200: "a exposta orientação justifica-se plenamente .... O Direito do Trabalho, de tão larga importância nos tempos que correm e diante de qual se abre um futuro promissor, encontra-se ainda em franca evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, embora já estejam lançados os fecundos germes do seu desenvolvimento e crescimento. Uma vez que a sua elaboração ainda não está completa, se bem que se possam dar como mais ou menos definidas as directrizes fundamentais das suas transformações, seria prematuro aprisioná-lo nos quadros estáveis de um Código, e parece prudente apenas fixar neste essas directrizes, deixando o mais para a legislação complementar", cfr. igualmente o Parecer da Câmara Corporativa n.º 45/VII (regime do contrato de trabalho) *Diário das Sessões da Câmara Corporativa*, ano 1961, n.º 4, 20 de Dezembro, pp. 373 (3), no qual, GALVÃO TELLES na qualidade de relator, invoca também o facto de os trabalhos do Código Civil não estarem ainda para breve.

[55] Como bem salienta BIGOTTE CHORÃO, "As Fontes do Direito no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol", cit., p. 207.

[56] MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 543.

[57] FREITAS DO AMARAL, com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, *Manual de Introdução ao Direito*, volume I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 358.

direito corporativo interno"[58], o que significa o gerado pelos próprios organismos corporativos (*costume, estatutos e regimes dos organismos corporativos, acordos intercorporativos, convenções colectivas de trabalho - contratos colectivos de trabalho e acordos colectivos de trabalho, contratos tipo de origem corporativa, regulamentos corporativos sobre preços, processo de fabrico, concorrência, regime de trabalho*, etc.)[59].

Em termos hierárquicos, SOARES MARTINEZ salientava a supremacia do direito corporativo externo face ao interno, pois estas fontes "… reflectem a prossecução do bem comum nacional, superior à defesa dos interesses de instituições da Nação integradas", advertindo ainda que o Estado devia limitar a sua actividade, incluindo a legislativa, às áreas que só ele pode fixar, deixando para os organismos corporativos a feitura das normas através das quais se auto-regularão[60]; em termos de direito corporativo interno, e assentando no mesmo critério do bem comum, sustenta o Professor que "as fontes de direito emanadas dos organismos corporativos superiores, representando bens comuns de grau mais elevado, hão-de sobrepor-se às fontes emanadas dos organismos corporativos

[58] SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., p. 287.

[59] SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., p. 286, que contrapõe o interno ao direito corporativo externo (o criado por entidades alheias à vida corporativa, *v.g.*, normas da Assembleia Nacional e do Governo), fazendo depois uma desagregação e análise do externo (pp. 314 e ss) e do interno (pp. 320 e ss), salientando-se que estão excluídos dos acordos intercorporativos às matérias das relações de trabalho, ao contrário do que se passa com as convenções colectivas (pp. 323-324); já os contratos-tipo, outorgados entre organismos corporativos e empresas neles incluídos, visam fixar cláusulas a incluir nos "… contratos a celebrar entre si, ou entre elas e o público, com o fim de uniformizar as respectivas relações contratuais" e nisso assemelham-se à convenção colectiva, uma vez que vai conformar os contratos individuais celebrados no futuro (p. 328).

[60] SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., pp. 331-332 e nota 1.

inferiores …", exemplificando com a prevalência do regulamento de uma corporação sobre uma convenção colectiva, uma vez que prossegue "… interesses de categorias e instituições mais restritas"[61].

IV. Na altura da entrada em vigor do Código Civil (1 de Junho de 1967) estava vigente o Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966[62], que regulava o contrato de trabalho e tinha substituído o diploma de 1937 (primeiro regime específico do contrato de trabalho - Lei n.º 1:952, de 10 de Março), que há muito carecia de revisão[63], tendo o novo quadro legal introduzido novidades, para além do direito individual, na área da contratação colectiva[64].

O diploma de 1966 teve a preocupação, desde logo, de reconhecer, de forma expressa, diversas matérias que poderiam ser reguladas por fontes infra-legais, clarificando a natureza destas[65].

[61] SOARES MARTINEZ, *Manual de Direito Corporativo*, cit., p. 332.

[62] Entrou em vigor no dia 23 de Setembro de 1933 (artigo 128.º); recorde-se que um amplo conjunto de diplomas estruturantes do Estado Novo datava também de 23 de Setembro, embora de 1933. O diploma regulava também a sua aplicação aos contratos em vigor (artigo 130.º), os contratos excluídos (artigo 131.º), fixava um prazo de revisão (artigo 132.º)

[63] Por exemplo, já em 1944, MARTINS DE CARVALHO "O Que São e o Que Deveriam Ser as Convenções Colectivas de Trabalho para Empregados e Operários", *O Direito*, ano 126.º, 1994, I-II, p. 351, considerava "... indispensável *e da maior urgência* a revisão da Lei n.º 1952", itálico no original, exemplificando com os regimes de aviso prévio e de férias; chamava também a atenção para a importância de identificar as matérias que eram supletivas e imperativas face à convenção colectiva.

[64] Podem identificar-se as principais inovações no preâmbulo, *Diário do Governo*, de 27 de Maio de 1966, I série, número 125, pp. 830 e ss, bem como nos trabalhos preparatórios que a seguir citaremos. Igualmente importante é a consulta, no Ministério do Trabalho, da compilação de diversos textos de M. DA C. TAVARES DA SILVA, *Proposta de Lei sobre o Regime do Contrato de Trabalho*, dactilografado, s.d. *passim*, que tem presente a proposta inicial do Governo e o Parecer da Câmara Corporativa.

[65] A título de exemplo, artigos 44.º, n.º 3 (sobre o período experimental), 60.º, n.º 3 (fixação do período de férias), 79.º (especiais garantias de emprego ou de retribuição), 88.º, n.º 1 (fixação da retribuição), 89.º, n.º 3 (forma de pagamento

Por outro lado, identificou as fontes especiais aplicáveis ao contrato, fixou a hierarquia entre elas e delimitou os espaços de aplicação entre as fontes superiores e inferiores. Trata-se de temas que tinham merecido a atenção da doutrina, obtendo agora resolução expressa sob a forma de lei. Deste modo, o legislador estabeleceu, com a epígrafe *normas aplicáveis aos contratos de trabalho*:

> "Os contratos de trabalho estão sujeitos, em especial, às normas legais de regulamentação do trabalho, às emitidas pelo Ministro das Corporações e Previdência Social dentro da competência que por lei for atribuída, às normas emanadas das corporações, às convenções colectivas de trabalho e aos usos locais da profissão do trabalhador, segundo a indicada ordem de procedência" (artigo 12.º)[66]/[67].
>
> Daqui resultava, desde logo, uma hierarquia entre a portaria de extensão e de regulamentação face à convenção colectiva.

Tendo acrescentado, com a epígrafe *prevalência na aplicação das normas*:

> "1. As fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição

da retribuição), 116.º, (acesso das mulheres à profissão), 120.º, n.º 2 (limite de idade mínima).

[66] O texto corresponde, com meras alterações formais, ao da revisão de 1964 "1. Os contratos de trabalho estão sujeitos, em especial, às normas legais de regulamentação do trabalho, aos despachos do Ministro das Corporações e Previdência Social, emitidos dentro da competência que por lei lhe for atribuída, às normas emanadas das corporações, às convenções colectivas de trabalho e aos usos locais da profissão do trabalhador, segundo a indicada ordem de precedências".

[67] Cfr. ALMEIDA POLICARPO e MONTEIRO FERNANDES, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, Coimbra, 1970, pp. 51 e ss.

daquelas estabeleçam tratamento mais favorável para o trabalhador.

2. Quando numa disposição deste diploma se declarar que a mesma pode ser afastada por convenção colectiva de trabalho, entende-se que o não pode ser por cláusula de contrato individual" (artigo 13.º)[68].

E previa ainda o diploma, sob a epígrafe *invalidade parcial do contrato*, que

"2. As cláusulas do contrato de trabalho que importarem para o trabalhador regime menos favorável do que o estabelecido em preceitos imperativos são de pleno direito substituídas por estes" (artigo 14.º, n.º 2)[69]/[70].

[68] O n.º 1 corresponde, com alterações ao n.º 2 do artigo 12.º da revisão ministerial de 1964, tendo sido eliminados os n.ºs 3 e 4: 2. "2. Porém, na parte em que importe tratamento mais favorável para o trabalhador, o disposto numa fonte de direito prevalece sobre o estabelecido nas fontes superiores, salvo se destas resultar o contrário. 3. Toda a estipulação do contrato individual pelo qual se afaste ou modifique o disposto, com carácter supletivo, nas fontes de direito indicadas no n.° 1 deste artigo, deve constar de documento assinado por ambas as partes, salvo se estabelecer regime mais favorável para o trabalhador. 4. A falta da forma prescrita no número anterior implica a nulidade da parte correspondente do contrato nos termos dos artigos 14.ºe 15.º".

[69] Era diferente o texto da revisão ministerial de 1964, relativa ao artigo 14.º: "2. As cláusulas do contrato de trabalho contrárias a normas preceptivas são de pleno direito substituídas por estas". É ainda importante notar a eliminação, face à última versão ministerial, do conteúdo do artigo 13.º (*princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador*), segundo o qual: "Em caso de dúvida, a interpretação e a integração das normas que regulam os contratos de trabalho bem como das cláusulas destes devem fazer-se à luz do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, sem prejuízo da possível satisfação equitativa dos interesses de ambas as partes".

[70] Pode ver-se observações aos preceitos em SIMÕES CORREIA, *Novo Regime Jurídico do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966)*, Livraria Editora Pax, Braga, 1966, pp. 30 e ss.

V. Em 1969, surgiria, já em fase do Marcelismo (desde Setembro de 1968)[71], o novo regime do contrato de trabalho, que veio substituir o diploma de 1966, regulador do contrato individual de trabalho[72], não se tendo operado quaisquer "transformações radicais na matéria", podendo mesmo afirmar-se que se manteve o modelo legal de regulação[73]; e pode também dizer-se que na temática da convenção colectiva não se verificaram alterações substanciais[74], o que, aliás, não ocorreria até à revogação do diploma de 1969.

[71] Para mais desenvolvimentos, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., pp. 334 e ss; e, mais recentemente, MONTEIRO FERNANDES, "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", AAVV, *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas Governações, Diferentes Políticas Públicas*, «Biblioteca das Ciências Sociais/História/51», coordenação de Brandão de Brito e Borges Santos, Afrontamento, Porto, 2020, em especial, pp. 137 e ss.

[72] Recorde-se que, de acordo com o artigo 132.º do Decreto-Lei n.º 47 032, de 1966, o seu regime deveria ser revisto até 31 de Dezembro de 1968, o que aconteceu, tendo sido este diploma revogado pelo novo Decreto-Lei (artigo 3.º do diploma que aprova o regime). Em termos de aplicação do novo regime, o legislador prescreveu a manutenção dos contratos em vigor à data da publicação do diploma em tudo o que implique regime mais favorável para o trabalhador.

[73] Preâmbulo do diploma n.º 49 408, de 24 de Novembro, *Diário do Governo*, de 24 de Novembro de 1969, I série, número 275, p. 1671, sendo identificados as principais alterações nas páginas seguintes. Este diploma teve origem no Projecto de Decreto-Lei n.º 8/IX (revisão do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 – regime jurídico do contrato de trabalho) *Actas da Câmara Corporativa*, de 31 de Dezembro de 1968, IX Legislatura, n.º 117, pp. 2007 e ss, sobre o qual incidiu o Parecer da Câmara Corporativa n.º 28/IX (revisão do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 – regime jurídico do contrato individual de trabalho), *Actas da Câmara Corporativa*, de 9 de Julho de 1969, IX legislatura, n.º 143, pp. 2237 e ss.

[74] Concentrando-nos na matéria relativa àquele instrumento, salientamos que no artigo 12.º, relativo às normas aplicáveis aos contratos de trabalho, a mera referência aos usos constante do n.º 1 foi eliminada, tendo o legislador consagrado um preceito autónomo que determinava: "Desde que não contrariem as normas acima indicadas e não sejam contrários aos princípios da boa fé, serão atendíveis os usos da profissão do trabalhador e das empresas, salvo se outra coisa for convencionada por escrito". Note-se ainda, a título de curiosidade, que, por um lado, o n.º 2 do artigo 14.º (*invalidade parcial do contrato*) substituiu a expressão "... são de pleno direito substituídas por estes" por "... consideram-se substituídas por estes"; por outro, o condicionamento, limitação ou proibição do acesso de mulheres à actividade laboral deixou de poder ser feita por convenção colectiva (artigo 119.º).

Mantiveram-se por isso os normativos sobre as fontes especiais aplicáveis ao contrato, a hierarquia entre elas e a delimitação dos espaços de aplicação entre as fontes superiores e inferiores (artigos 12.º[75] e 13.º) e a intervenção do contrato de trabalho (artigo 14.º, n.º 2)[76].

§ 4.º Período transitório do Pós-Revolução

I. Com o 25 de Abril de 1974, inicia-se uma nova fase política com acentuados reflexos jurídicos, económicos e sociais[77]. Entre as diversas preocupações políticas sobressai a da área laboral, como se comprova compulsando as medidas preconizadas no *Programa do Movimento das Forças Armadas*[78], o que não impediu que os diplomas

[75] O n.º 1 deste preceito seria objecto de uma revogação tácita na sua parte final pela Constituição de 1976 ao conferir ao direito de contratação colectiva a natureza de direito fundamental e, ainda que assim não entendesse, pelo regime da LRCT, deixando assim a convenção colectiva de estar subordinada às portarias; por outro lado, a parte referente às corporações deve entender-se também suprimida.

[76] O diploma seria objecto de ampla análise doutrinal, nos anos seguintes, podendo exemplificar-se, na década de setenta, NUNES AGRIA e CARDOSO PINTO, *Manual Prático de Direito do Trabalho, Contrato Individual de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1972, *passim*, contendo nas pp. 35 e ss matéria relativa à convenção colectiva; ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho - Notas Práticas*, 2.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1972, *passim*; LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado,* 2.ª edição, Biblioteca Jurídica Atlântida, Coimbra, 1972; E mais especificamente, MONTEIRO FERNANDES, "O Princípio do Tratamento mais Favorável ao Trabalhador: sua Função", *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1972, pp. 7 e ss.

[77] Um apreciação geral pode ser vista em MANUEL LUCENA, "Reflexões sobre a Queda do Regime Salazarista e o que se lhe Seguiu", *Análise Social*, volume XXXVII (162), 2002, pp. 7 e ss. E ainda em MARINÚS PIRES DE LIMA, "Relações de Trabalho, Estratégias Sindicais e Emprego (1974-90)", *Análise Social*, volume XXVI (114), 1991, 5.º, pp. 905 e ss, tendo especialmente em atenção.

[78] O Programa do Movimento das Forças Armadas está publicado em anexo à Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de Maio de 1974 – alterado pela Lei Constitucional n.º 6/75, de 26 de Março -, sendo parte integrante do diploma. Como bem salienta JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura,*

vigentes tal como as convenções celebradas pelos sindicatos corporativos mantivessem a sua aplicação.

Entre as disposições do Programa, destaca-se, desde logo, a indicação, nas medidas a curto prazo, da liberdade de reunião e de associação[79] e da consequente liberdade sindical, de acordo com lei especial a emitir (B, n.º 5 alínea b)). Tudo isto sob o quadro constitucional (de 1933), que se manteve em vigor, na parte em que não contrariasse o *Programa do Movimento das Forças Armadas*, sublinhando-se, no entanto, apesar de a Constituição de 1933 ter sido "… fonte do Direito constitucional português até à entrada em vigor da nova Constituição, se bem que – como não podia deixar de ser –

Princípios Fundamentais), Petrony, Lisboa, 1978, p. 42, "o Programa do Movimento das Forças Armadas não foi … um mero texto político; foi também, desde o início, um texto carregado de sentido jurídico, pois, com o êxito da acção revolucionária, transformou-se de acto interno do Movimento em acto constitucional do Estado".

[79] Ao abrigo da Lei n.º 3/74 foi emitido o Decreto-Lei n.º 594/74, de 7 de Novembro – revogou o Decreto-Lei n.º 39 660, de 20 de Maio de 1954 (artigo 18.º) -, que consagrou a liberdade de associação, afirmando que a "todos os cidadãos maiores de 18 anos, no gozo dos seus direitos civis, é garantido o livre exercício do direito de associarem para fins não contrários à lei ou à moral pública, sem necessidade de qualquer autorização prévia" (artigo 1.º, n.º 1); a aquisição de personalidade jurídica verificava-se com o depósito do acto de constituição e dos estatutos (artigo 4.º, n.º 1), podendo filiar-se em associações ou organismos internacionais, mas a promoção e constituição de associações internacionais em Portugal estava dependente de autorização do Governo (artigo 13.º, n.ºs 1 e 2). Este diploma seria posteriormente objecto de alterações. Registe-se também os artigos 157.º e ss, em especial 167.º e ss do Código Civil. Para uma análise da matéria, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 564 e ss; TEIXEIRA DE SOUSA e LEONOR BELEZA, "Direito de Associação e Associações", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, volume III, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979, pp. 157 e ss. Veja-se também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 589/2004, de 6 de Outubro (www.tribunalconstitucional.pt), que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 13.º, n.º 2, por violação do artigo 46.º, n.º 1, que fazia depender de autorização do Governo a promoção e constituição de associações internacionais em Portugal.

em termos muito diferentes daqueles em que o era antes do 25 de Abril …"[80].

Assistiremos nesta fase, a diversos diplomas com proclamada componente ideológica, de carácter transitório, que têm como objectivo responder aos desafios imediatos numa conjuntura económica e social de forte instabilidade, evitando um crescimento da conflitualidade laboral, o que levou a restrições, por exemplo, da autonomia colectiva[81]. Num período de transição política e face à necessidade de ir lançando os alicerces do novo regime, muitas foram as vezes, perante a pressão do tempo e a inerente urgência, que foram sendo adoptadas medidas pontuais, ignorando uma perspectiva geral da área laboral e contendo uma técnica legislativa deficiente.

II. A regulamentação colectiva foi mantendo-se em vigor, pelo menos formalmente, sob o quadro Constitucional e legal de 1933. Na verdade não se verificou "*uma crise aguda de validade ou de operacionalidade do corpo normativo anterior a Abril de 1974* (quer

[80] JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., p. 54, com desenvolvimento nas páginas subsequentes. *Vd.* artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 3/74, de 14 de Maio de 1974, que acrescenta ainda a exigência da compatibilização da Constituição do regime corporativo com a Lei Constitucional n.º 1/74, de 25 de Abril e a Lei Constitucional n.º 2/74, de 14 de Maio (artigo 1.º, n.º 2), bem como a determinação de que as normas constitucionais de 1933 deverão ser interpretadas e integradas de acordo com o Programa do Movimento das Forças Armadas (artigo 1.º, n.º 3). Para uma análise do direito constitucional revolucionário e transitório, incluindo as várias dezenas de leis constitucionais (35, entre o 25 de Abril de 1974 e 2 de Abril de 1976), e a organização do poder político, JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 41 e ss, 49 e ss e 60 e ss, respectivamente.

[81] É o caso do Decreto-Lei n.º 217/74, de 27 de Maio, em que o legislador intervém, por exemplo, em matéria de retribuição mínima, ainda que esta tenha sido fixada por anteriores contratos de trabalho ou instrumentos de regulamentação vigentes (artigo 3.º, n.º 1).

na parte legislativa, quer na de origem convencional), não obstante a crise dos pressupostos ideológicos e das estruturas económicas e sociais a que se referenciava"[82]; os próprios organismos corporativos não foram objecto de uma eliminação global, diversamente do que se passou em Itália, prolongando-se a sua extinção sectorial por vários anos[83]. E, assim, tanto a legislação, como as convenções outorgadas pelos organismos corporativos continuaram a aplicar-se às relações laborais existentes, apesar de estarmos face a uma rotura de regime[84]. Esta situação não podia naturalmente deixar de originar alguma crise na efectividade das leis existentes, não obstante, como dissemos, a manutenção do regime legal e convencional.

Recorde-se a realidade italiana, cujo regime corporativo "cairia" a 25 de julho de 1943, quando o *Grand Consiglio* retirou a confiança a MUSSOLINI; seguiu-se naturalmente o desmantelamento das principais instituições corporativas[85]. Com efeito, com um dos

[82] MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 58-59, itálico no original.

[83] MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., pp. 544-545. DULCE FREIRE, ESTEVÃO FERREIRA, ANA MARGARIDA RODRIGUES, *Corporativismo e Estado Novo. Contributo para um Roteiro de Arquivos das Instituições Corporativas (1933-1974)*, «Estudos e Relatórios», n.º 1, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 2014, p. 5, refere que, em Abril de 1974, existiriam cerca de 2400 organismos corporativos, nos seus diferentes níveis, sublinhando também, pp. 5-6, que "à semelhança do que aconteceu com outras instituições criadas pela ditadura, os organismos corporativos começaram a ser extintos ou transformados nos meses que se seguiram à Revolução de 25 de Abril de 1974. Os processos de dissolução e substituição do sistema corporativo foram, por vezes, longos e complexos, conduzindo a diversas fusões, reorganizações de serviços, transferência de competências, divisão de patrimónios e redistribuição de funcionários".

[84] Sustenta MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 546, a propósito das normas de produção corporativa, que se mantiveram, "… na medida em que não tenham sido implícita ou explicitamente revogadas pela legislação posterior à queda do Estado Novo …", dando como exemplo, as normas das convenções colectivas.

[85] VITTORIA BALLESTRERO, *Diritto Sindacale*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 37 e ss.

primeiros actos do governo de BADOGLIO foi iniciada a extinção das estruturas, através do *Regio Decreto-Legge 9 agosto 1943*, n.º 721 (*Soppressione degli organi corporativi centrali, del Comitato interministeriale di coordinamento prezzi e del Comitato interministeriale per l'autarchia*)[86], que derrogou as fontes corporativas, sobrevivendo ainda as organizações sindicais, agora controladas pelos homens da resistência[87]; um ano depois, surgiu o *Decreto Legislativo Luogotenenziale*, 2 novembre 1944, n.º 303

[86] *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale,* n.º 190, de 17 de Agosto de 1943, www.normattiva.it. Entre as diversas revogações (artigo 1), encontra-se a eliminação (artigo 1, n.º 4) do artigo 3, 2.º §, da legge 3 aprile 1926, n. 563 (*sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro e il titolo III delle Norme di attuazione approvate con Regio Decreto del 1° luglio 1926, n. 1130*). Por sua vez, o diploma de 1943 manteve a possibilidade de as associações sindicais outorgarem acordos económicos colectivos obrigatórios para todas as categorias representadas, desde que aprovadas por decreto, bem como as sanções por incumprimento, situação em que remeteu para as leis sindicais anteriores (artigo 4).

[87] A 2 de Setembro de 1943, pouco antes da assinatura do armistício com os aliados anglo-americanos foi outorgado um contrato interconfederal (denomimando *Patto Buozzi-Mazzini,* cfr. www.rassegna.it), que restaurou as *commissioni interne*, na área da indústria, como entidade unitária de representação dos trabalhadores, eleita directamente por estes (artigo 2.º), em empresas com, no mínimo 20 trabalhadores (artigo 1.º, alínea a)), tendo diversas competências, entre elas, a de negociar, mediante autorização da associação sindical local, contratos colectivos ao nível da empresa (artigo 4.º, alínea d)). As *comissioni interne* tiveram a primeira regulação, em 1906, através do acordo entre a FIOM (*Federazione Impiegati Operai Metallurgici*) e a fábrica de automóveis Italia, tendo sido eliminadas com Pacto de "Palazzo Vidoni" (2 de Outubro de 1925), foi assinado entre CGII (Confederazione Generale dell'Industria Italiana) e *Confederazione delle Corporazioni Fasciste*. Depois do Pacto de 1943, novo acordo, a 1 de Agosto de 1947, subscrito entre a CGIL unitária e a Confindustria. Contrariamente ao acordo de 1943, o de 1947 e os seguintes (1953 e 1966) eliminaram expressamente a intervenção das *comissioni interne* em matéria de contratação colectiva, cfr. NUNZIA CASTELI, *El Modelo Sindical Italiano de Representación en el Lugar de Trabajo*, 2015, www.relats.org, nota 31, pp. 12-13; bem como, GIUSEPPE PERA, "*La Posizione Giuridica delle Commissioni Interne di Fabbrica*", 1954, publicado em *Scritti di Giuseppe Pera*, II, *Diritto Sindacale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 951 e ss, notando que lhes compete "…. Assegurar a tutela do interesse colectivo, mais exactamente a tutela do interesse colectivo da comunidade da empresa, quantitativamente mais restrito que o interesse colectivo de categoria ou intercategorial realizado pela organização sindical" (p. 954).

(*Miglioramenti economici a favore dei lavoratori, nel caso di rapporti di lavoro già disciplinabili con contratti collettivi*)[88]; e, logo de seguida, o *Decreto Legislativo Luogotenenziale*, 23 novembre 1944, n.º 369 (*soppressione delle organizzazioni sindacali fasciste e liquidazione dei rispettivi património*)[89] que extinguiu as organizações sindicais[90].

Apesar destas intervenções legislativas, e mesmo perante o fim do regime de MUSSOLINI, o que não impediu a continuação da sua influência[91], as normas corporativas então existentes continuaram

[88] *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie speciale,* n.º 81, de 14 de Novembro de 1944, www.edizionieuropee.it. A medida legislativa foi fundamentada com a necessidade de justificar a juridicidade dos acordos então existentes, o que mereceu críticas, sustentando-se que se trata de "erro evidente porque, agora veremos, sempre subsiste um ordenamento jurídicos sobre cujos carris a acção sindical pode desenvolver, bem ou mal, conforme o novo espírito dos tempos", LODOVICO BARASSI, *Il Diritto del Lavoro*, volume I, Giuffrè, Milano, 1949, p. 21.

[89] *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale,* n.º 95, de 16 de Dezembro de 1944, www.normattiva.it.

[90] FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, 8.ª edizione, Utet, Milão, 2018, pp. 30-31. Veja-se também, entre outros, VITTORIA BALLESTRERO, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 41-42; LUISA SANSEVERINO, "Contratto Collettivo di Lavoro", *Enciclopedia del Diritto*, X (contratto-cor), direzione Franceso Calasso, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 57-58. VITAL MOREIRA, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, cit., p. 215, sustenta que "… permaneceram de pé em grande parte as estruturas públicas herdadas do fascismo: as numerosas ordens profissionais, os consórcios, o Automóvel Clube Italiano e a fedração dos caçadores. A Associação Nacional dos Mutilados e mesmo as comunidades religiosas hebraicas!...".

[91] Como nota MARCO TARCHI, "O Passado Fascista e a Democracia em Itália", AAVV, *A Sombra das Ditaduras. A Europa do Sul em Comparação*, organização de António Costa Pinto, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2013, p. 66, com desenvolvimento nas páginas subsequentes, "a forma como o fascismo foi extinto contribuiu para o prolongamento da sua influência póstuma na sociedade italiana. A sua queda não foi nem a consequência de uma insurreição popular, nem a conclusão de um desinteresse progressivo dos seus princípios por parte das elites, nem o golpe de misericórdia de uma guerra desastrosa. Foi antes o resultado de um conjunto confuso e complicado de causas, que levaram uma grande parte da opinião pública a ficar tão estupefacta quanto insatisfeita. A demissão de Mussolini pelo rei a 25 de julho de 1943 foi determinada por um golpe interno e, se por um lado comprovava a frustração do povo italiano com as mortes e os sacrifícios

em vigor, com a eficácia originária, "salvo posteriores modificações" (artigo 43.º do Decreto Legislativo n.º 369, de 23 de Novembro de 1944)[92]. O modelo laboral de contratação colectiva oriundo do regime fascista manteve-se mesmo após o fim deste, permitindo a outorga de relevantes acordos interconfederais em matéria social e económica, visando, por exemplo, a temática salarial e os despedimentos[93]. Significa isto, que a eliminação do "ordenamento corporativo não destruiu as normas dos contratos colectivos corporativos que se juntaram aos contratos coletivos de direito comum, os quais encontraram a sua disciplina, além das normas ditadas pelo Código Civil para os contratos coletivos corporativos, nas normas relativas aos contratos em geral dadas pelo mesmo código, fundando a sua relevância no art. 39 da Constituição Republica"[94].

---

sofridos a combater numa guerra indesejada, por outro, teve apenas um efeito marginal sobre a continuidade institucional do regime".

[92] Com efeito, o diploma, apesar de suprimir as confederações sindicais e as associações sindicais fascistas, deixou em vigor o anterior regime intersindical, relativo às convenções colectivas (artigo 43). A *Corte di Cassazione*, *sentenza 15 novembre 1950*, n. 2594, afirmou que "os contratos colectivos … podem ser aplicados a relações individuais, mesmo que estabelecidas após a abolição do sistema corporativo, mas apenas enquanto a eficácia transitória da regulamentação colectiva for mantida, ou seja, até ao termo dos próprios contratos". Para uma análise do aresto, em sentido crítico, F. SANTORO-PASSARELLI, "Durata Transitoria delle Norme Corporative", *Il Foro Italiano*, volume LXXIV, 1951, I, colunas 578 e ss, que contém a decisão judicial. Veja-se ainda, sobre a eficácia temporal da convenção colectiva, FERRUCCIO PERGOLESI, "Lineamenti Sistematici del Diritto del Lavoro", *Rivista di Diritto del Lavoro*, anno VI, 1954, I, 1954, p. 278.

[93] Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica do movimento sindical e da contratação colectiva, com vários anexos documentais, GUIDI, VALCAVI, SALVARANI, GIAMBARBA, LA PORTA, DRAGO e VINAY, *Movimento Sindacale e Contrattazione Collettiva 1945-1973*, «Collana di Cultura Sindacale», numero 1, 4.ª edizione, Franco Angeli Editore, Milano, 1974, pp. 17 e ss.

[94] GIOVANNI NICOLINI, "A Contratação Coletiva no Ordenamento Italiano", *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, coordenação de Yone Frediani e Sávio Zainaghi, LTr, São Paulo, 2004, p. 80.

> Em suma, assistimos à sobrevivência de diversos normativos do Estado fascista, incluindo do Código Civil[95], relativas às associações sindicais e à sua actividade (nomeadamente, contrato colectivo)[96], tendo o legislador ordinário aguardado pelo novo quadro constitucional (artigos 39.º e 40.º da Constituição de 1947[97]) para intervir substancialmente nos fenómenos colectivos[98].

III. Foi neste quadro e com o país em graves dificuldades financeiras, que foram sendo elaborados os diplomas laborais. Corria o ano de 1975 quando surgiram os normativos relativos ao associativismo sindical e patronal[99]. A estrutura sindical pulverizada do Estado Novo foi aceite como "herança sindical, praticamente

[95] Diploma também objecto de alterações, tendo sido eliminadas diversas referências ao fascismo, através do *Decreto Legislativo Luogotenenziale, n.º 287, 14 settembre 1944 (Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile)*, www.normattiva.it. No entanto, as muitas disposições que se referem a "normas corporativas" mantiveram-se vigentes, LODOVICO BARASSI, *Il Diritto del Lavoro*, volume I, cit., 1949, pp. 47 e ss.

[96] LODOVICO BARASSI, *Il Diritto del Lavoro*, volume I, cit., 1949, p. 21.

[97] Cfr., por exemplo, 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, n.º 2, pp. 309 e ss; FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 99 e ss; MASSIMO D´ANTONA, "Il Quarto Comma dell'Art. 39 della Costituzione, Oggi", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 80, 1998, §§ 1.º e ss; ANDREA LASSANDARI, *La Contrattazione e il Contratto Collettivo*, «Il Diritto del Lavoro», Ediesse, Roma, 2003, pp. 31 e ss.

[98] FRANCO CARINCI, LUCA TAMAJO, PAOLO TOSI e TIZIANO TREU, *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, cit., pp. 236 e ss, e 289 e ss; ORONZO MAZZOTTA, *Diritto Sindacale*, cit., pp. 97-98.

[99] Sem prejuízo do já referido Decreto-lei n.º 695/74, de 5 de Dezembro.

intacta" pela Revolução[100]/[101], sendo legalmente consagrada a unicidade sindical[102]; na mesma altura foram apresentadas as bases

[100] SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., p. 241. O que naturalmente não impede que algumas estruturas tenham sido extintas, como, por exemplo, aconteceu com as corporações, tendo os seus bens revertido a favor do Estado, cfr. artigo 1.º, n.º 1, do Decreto n.º 362/74, de 17 de Agosto. Veja-se também LOBO XAVIER, "O Papel dos Sindicatos nos Países em Desenvolvimento - Monopólio e Pluralismo Sindicais", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXV, 1978, n.ºs 3-4, pp. 297 e ss.

[101] Os adiamentos que foram ocorrendo face à publicação da Lei Sindical contribuíram para que os sindicatos oriundos do corporativismo – em regra dirigidos por comissões directivas provisórias - fossem adquirindo, em termos práticos, um estatuto de aceitação tanto por parte do Estado, como dos trabalhadores como do patronato (colocar dúvidas sobre a representatividade perante o silêncio de décadas que se verificou no Estado Novo seria visto como uma atitude claramente provocatória). Note-se, aliás, que no final de Junho de 1974, o I Governo Provisório publicou - invocando a necessidade de assegurar condições materiais de exercício da actividade sindical, cfr. preâmbulo, *Diário do Governo*, de 10 de Julho de 1974, I série, número 159, p. 810 - o Decreto-Lei n.º 329/74, de 10 de Julho, que manteve em vigor toda a legislação anterior sobre a matéria, bem como todos os despachos de quotização obrigatória existentes e, por outro lado, procedeu à revogação do Decreto-Lei n.º 30/74, de 1 de Fevereiro - que, recorde-se, alterou o regime de quotização a observar relativamente às categorias profissionais e económicas representadas pelos sindicatos e que neles se não associem voluntariamente - (artigo 1.º). Para mais desenvolvimentos, JOSÉ BARRETO, *A Formação das Centrais Sindicais e do Sindicalismo Contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, Dissertação Apresentada à Prova de Acesso à Categoria de Investigador Auxiliar, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, policopiado, Lisboa, 1991, pp. 239 e ss, e quadros 1ª e 4d, pp. 575 e 582, respectivamente; SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., pp. 239 e ss.

Deve notar-se que alguns diplomas acabariam por não ser objecto de revogação expressa, cfr., por exemplo, artigos 1.º, 13.º, alínea b), e 14.º, alínea h), do Decreto-Lei n.º 70/2011, de 16 de Junho.

[102] Assim, a 30 de Abril de 1975, o Conselho da Revolução reconhecia a Intersindical Nacional "... como confederação geral dos sindicatos portugueses, bem como toda a sua estrutura de âmbito regional, distrital e local ..." (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 215-A/75); situação que gerou ampla oposição por parte das restantes forças políticas, em especial PSD e PS, ainda que inicialmente a contestação não tenha sido particularmente intensa. Para mais desenvolvimentos, demonstrando as alterações de posição de muitos que no Estado Novo defenderam doutrina bem diferente, JOSÉ BARRETO, *A Formação das Centrais Sindicais e do Sindicalismo Contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., pp. 250 e ss. Existiram algumas vozes discordantes da consagração legal da unicidade sindical (por exemplo, PS e PSD, embora este partido fazendo-a depender de um plebiscito nacional), apesar de num momento inicial não terem revelado a assertividade que posteriormente surgiria; registe-se também que a filiação sindical obrigatória,

do associativismo sindical (Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril, LAS) e patronal (Decreto-Lei n.º 215-C/75, com a mesma data, LAP) que se prolongariam por várias décadas[103], colocando assim termo aos normativos corporativos[104]. Os novos articulados instituíram a liberdade de associação – mais especificamente, quanto aos sindicatos, a liberdade sindical - na área laboral, terminando com a ingerência que o Estado Novo tinha realizado, apesar de vigorar também agora a unicidade sindical.

doutrina defendida pela Intersindical foi rejeitada, cfr. ainda JOSÉ BARRETO, *op. cit.*, pp. 272 e ss. Veja-se também, defendendo a unicidade, ÁLVARO CUNHAL, *A Revolução Portuguesa. O Passado e o Futuro*, 2.ª edição, Avante, Lisboa, 1976, em especial, pp. 108 e 374 e ss.

[103] Apesar de o legislador declarar a sua transitoriedade. Na verdade, a LAS afirmava no seu preâmbulo que o novo quadro legal era provisório (*Diário do Governo*, de 30 de Abril, I série, número 100, p. 634(2)). Por sua vez, a LAP prescrevia a sua revisão no prazo de um ano a contar da data de publicação (artigo 18.º).

[104] O Decreto-Lei n.º 215-B/75 revogou expressamente a legislação sobre associações sindicais (artigo 53.º); o 215-C/75 revogou o Decreto-Lei n.º 695/74, de 5 de Dezembro (constituição de associações patronais) (artigo 19.º). O Decreto-Lei n.º 443/74, de 12 de Setembro - que afirmava, no preâmbulo, que "Dentro das linhas de orientação do Programa do Governo Provisório conta-se a «extinção progressiva do sistema corporativo e a sua substituição por um aparelho administrativo adaptado às novas realidades políticas, económicas e sociais»" - já tinha determinado a eliminação das corporações dependentes do Ministério da Economia (artigo 1.º, n.º 1), dependente, no entanto, a data da efectiva extinção de despacho do Ministro da Economia (artigo 1.º, n.º 2), tendo sido anos mais tarde alterado pelo Decreto-Lei n.º 203/84, de 15 de Junho, que tratou novamente da matéria da desafectação de bens pertencentes aos antigos organismos corporativos obrigatórios dependentes do extinto Ministério da Economia. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 293/75, de 16 de Junho, estabeleceu a transição entre os grémios (facultativos) e as associações patronais, conferindo-lhes, sob pena de extinção, sessenta dias para se transformarem em associações patronais – prazo que foi prorrogado por noventa dias pelo Decreto-Lei n.º 684/75, de 10 de Dezembro (artigo único) -, revendo os estatutos em conformidade com o Decreto-Lei n.º 215-C/75 (artigo 1.º, n.º 1). Por outro lado, foram considerados, durante aquele prazo, associações patronais para efeitos de negociação colectiva (artigo 2.º, n.º 1).

IV. A revolução de 25 de Abril de 1974 colocou termo à Constituição de 1933 que tinha sido um suporte essencial do regime deposto, inaugurando-se um diferente modelo constitucional[105].

O novo sistema constitucional ficaria sedimentado com a Constituição de 1976 que entrou em vigor a 25 de Abril de 1976 (artigo 312.º, n.º 3)[106], configurando a nova Lei Fundamental uma rotura com a ordem constitucional vigente à data de 25 de Abril de 1974[107]. O novo quadro constitucional é bem revelador do momento político existente, contendo a Constituição diversas marcas ideológicas. Pode, por isso, dizer-se que a Constituição de 1976 é um documento compromissório resultante da pulverização política presente na Assembleia Constituinte[108] e sujeita a diversas

[105] Recorde-se, no entanto, que, como vimos, a Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de Maio, manteve transitoriamente em vigor a Constituição de 1933 naquilo que não contrariasse o Programa do *Movimento das Forças Armadas* nem quaisquer leis constitucionais, devendo ser interpretada com base nos princípios expressos naquele Programa (artigo 1.º, n.ºs 1 a 3).

[106] A Constituição foi aprovada pela Assembleia Constituinte a 2 de Abril do mesmo ano, constando do Programa do *Movimento das Forças Armadas* – publicado, como vimos, em anexo à Lei Constitucional n.º 3/74, de 14 de Maio de 1974 - a sua elaboração (A, n.º 2, alínea a)). Para um enquadramento histórico da Constituição, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1980, pp. 1 e ss; SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, 1.º volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982/1983, pp. 168 e ss; JORGE MIRANDA, "A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 242, 1975, pp. 5 e ss, bem como, do mesmo Autor, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., *maxime*, pp. 13 e ss e 75 e ss; e, do mesmo Professor, "Decisões Políticas: Aprovação, Abstenção e rejeição no Momento Constituinte de 1976", AAVV, *20 Anos da Constituição de 1976*, coordenação de Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, «Studia Iuridica», n.º 46, Coimbra Editora, 2000, pp. 177 e ss; e, ainda, do mesmo Professor, na obra com RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I (artigos 1.º a 79.º), 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 13 e ss (introdução geral).

[107] SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., pp. 195 e ss, e 235 e ss e 247 e ss.

[108] Para mais desenvolvimentos, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., 1980, pp. 8-9; dos mesmos

influências constitucionais históricas e estrangeiras[109], sendo "… o espelho, afinal, das tensões e contradições que caracterizaram e animaram esse período da história portuguesa"[110].

§ 5.º Regime Democrático

I. Não obstante a existência de uma rotura com o regime político anterior, a Lei Constitucional - não ignorando que a (nova) Constituição ocuparia o topo da pirâmide jurídica, tendo todo o modelo legislativo construído sob o quadro da Constituição de 1933 - manteve o direito ordinário, desde que não colidisse com a Constituição ou com os princípios nela sufragados (artigo 293.º, n.º 1)[111], revelando assim preocupação em assegurar alguma estabilidade regulativa; naturalmente que a ausência de uma

Autores, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pp. 27-28; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., por exemplo, p. 276, com elementos de direito comparado; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional*, cit., pp. 155 e ss.

[109] Para uma análise, desde logo, das Leis Fundamentais portuguesas anteriores e estrangeiras que influenciaram a Constituição de 1976, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional*, cit., pp. 253 e ss, e 289 e ss, respectivamente, demonstrando vectores de continuidade. Veja-se também JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas – De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 3.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1992, pp. 7 e ss, em especial, 12 e ss; e REBELO DE SOUSA em REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000, pp. 40-41.

[110] CARDOSO DA COSTA, *A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976*, Tribunal Constitucional, Coimbra, 1994, p. 6.

[111] Com a epígrafe *direito ordinário anterior*, determinava o preceito: "O direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados". Por sua vez, em termos de matéria constitucional, o legislador prescreveu: "As disposições da Constituição de 1933, revogada pela Revolução de 25 de Abril de 1974, que foram ressalvadas pela Lei n.º 3/74, de 14 de Maio, caducam com a entrada em vigor da Constituição" (artigo 292.º, n.º 1). Para uma análise da Constituição e do direito anterior, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., pp. 109 e ss.

revogação expressa – certamente de difícil elaboração – causou diversas dificuldades (interpretativas e) aplicativas, com as inerentes incertezas e inseguranças jurídicas que deixou de conformar a legislação ordinária, desde logo, em matéria laboral[112].

Considerando que por direito ordinário se deve entender "… não apenas as normas de direito legislado mas também quaisquer normas jurídicas de valor infraconstitucional"[113], parece-nos que se deve aqui incluir, desde logo, os instrumentos convencionais. Deste modo, pode dizer-se que o quadro convencional não foi objecto de rejeição jurídica pela Constituição, apesar dos problemas de efectividade que, como vimos, ocorreram, o que dificilmente poderia deixar de se verificar face a um regime infra-constitucional que, elaborado sob a Lei Fundamental de 1933 e mesmo quando formalmente compatível com a Constituição (de 1976), apresentava substanciais disparidades valorativas.

[112] BARROS MOURA, *Direito do Trabalho (Notas de Estudo)*, policopiado, Lisboa, 1979/1980, p. 141, fala mesmo "... de um novo Direito do Trabalho português moldado pela Constituição". Sobre a vigência do Estatuto do Trabalho Nacional, SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., pp. 244 e ss, que defende terem sido revogados a grande maioria dos preceitos pela legislação de ordem económica e sindical publicada pelos Governos Provisórios.

[113] JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., p. 116. Acrescenta o Professor, *op. cit.*, p. 122, "não importa que as leis e outros actos fossem inconstitucionais material, orgânica ou formalmente antes da entrada em vigor da Constituição. E isso, não porque a norma constitucional se reduza a mero limite externo da norma legislativa cujo desaparecimento restitui a esta plena eficácia jurídica, mas, pelo contrário, porque o poder constituinte é soberano e o seu exercício em certo momento consome o exercício de todo o poder do Estado em momentos precedentes".

II. A Constituição conferiu, no âmbito de um amplo catálogo de direitos fundamentais[114], vários direitos aos trabalhadores e às respectivas entidades representativas (sistema de dupla representação)[115] (artigos 51.º a 59.º)[116], em especial tutelando os que prestam a actividade num quadro de subordinação jurídica[117]. Na verdade, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores é bem mais ampla e intensa a regulação conferida às formas de representação colectiva do que a atenção dada às relações

[114] Sobre os direitos fundamentais na Constituição (texto inicial), VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional (Sumários das Lições proferidas ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78)*, policopiado, Coimbra, 1978, pp. 67 e ss; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., 1980, pp. 52 e ss, 57 e ss sobre os direitos, liberdades e garantias; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., pp. 303 e ss, em especial pp. 316 e ss; REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional, I-Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979, pp. 176 e ss.

[115] Estamos naturalmente a referirmo-nos às comissões de trabalhadores (artigo 55.º e 56.º) e às associações sindicais (artigos 57.º e 58.º). Com elementos comparatísticos, 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, pp. 462 e ss, contendo também referências ao quadro nacional (pp. 482 e ss).

[116] Cfr., por exemplo, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 2019, pp. 168 e ss; PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, cit., pp. 98-99. Deve ainda ter-se presente que os direitos fundamentais previstos na Constituição "não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional" (artigo 16.º, n.º 1). Sobre esta cláusula aberta, JORGE MIRANDA, "A Abertura Constitucional a novos Direitos Fundamentais", AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001, pp. 559 e ss; BLANCO DE MORAIS, "Os Direitos, Liberdades e Garantias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Um Apontamento", *O Direito*, 2000, III-IV, pp. 363 e ss; PAUL OTERO, "Direitos Históricos e Não Tipicidade Pretérita dos Direitos Fundamentais", AAVV, *Ab Vno Ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora 1920-1995*, organização de Antunes Varela, Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Coimbra Editora, 1998, pp. 1061 e ss, em especial, 1068 e ss.

[117] Sobre a noção de trabalhador no quadro constitucional, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., pp. 522-523; SILVA LEAL, "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", cit., p. 288.

de trabalho, sufragando-se as suas dimensões mais relevantes, nomeadamente a matéria das comissões de trabalhadores, do associativismo sindical, da autonomia colectiva e da auto-tutela.

> Alguma doutrina atribui influência à Constituição italiana (27 de Dezembro de 1947) quanto ao tratamento desenvolvido dos direitos dos trabalhadores e aos direitos resultantes do exercício do trabalho, incluindo o dever de o Estado assegurar meios de protecção dos trabalhadores no caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego, bem como a garantia da liberdade sindical e direito à greve[118]. Compulsando aquele diploma (artigos 35.º a 40.º), verifica-se, de facto, a aludida influência, embora se deva sublinhar que, na área colectiva, a Constituição italiana não contem uma regulação tão pormenorizada relativamente aos sindicatos (artigo 39.º) - nem se refere às comissões de trabalhadores - e, por outro lado, o direito à greve é exercido nos termos da lei (artigo 40.º), portanto, com uma parametrização diferente da constante da nossa lei Fundamental; igualmente o preceito sobre contratação colectiva não tem idêntica regulação (artigo 39.º, 3.º §).

E entre as temáticas consagradas pelo legislador, mereceram, como referimos, especial relevância as atinentes aos fenómenos colectivos, em particular as relativas às formas de representação colectiva, matérias aniquiladas em regimes não democráticos e que foram singularmente condicionadas e restringidas no Estado Novo. De facto, a Lei Fundamental preocupou-se em acautelar diversas situações que inexistiram no Estado Novo ou constituíram uma realidade formal, bem como responder ao risco de um novo regime

[118] PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional*, cit., p. 292.

autoritário, motivos que levaram também a que o quadro normativo contivesse normas sem dignidade constitucional face à especial preocupação em garantir a sua efectiva existência (*v.g.*, artigo 55.º, n.ºs 2 e 3)[119].

Deve também notar-se que a consagração da fenomenologia colectiva não é alheia à "… ideia de democracia social e de cidadania do trabalhador na empresa …", nem à de "… institucionalização do conflito colectivo …"[120]. Compreende-se, por isso, que o legislador constituinte se tenha ocupado essencialmente das relações colectivas de trabalho, delineando os seus traços gerais em detrimento da atenção dispensada à relação individual.

> Apesar de ter privilegiado os fenómenos colectivos, os direitos dos trabalhadores abrangeram também os individuais, podendo salientar-se, entre os primeiros os direitos à segurança no emprego (artigo 52.º, alínea b)), à igualdade retributiva (artigo 53.º, alínea a)); entre os fenómenos colectivos, os relativos às comissões de trabalhadores (artigos 55.º e 56.º)[121], a liberdade sindical (artigo

[119] Assim, VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional*, cit., pp. 68-69, que fala na "… redenção histórica de um período da vida comunitária …" e no "… perigo, que se desenhava, de uma outra ditadura, «totalitária», e como manifestação da insegurança colectiva que caracterizava então o processo revolucionário". Também JORGE MIRANDA na introdução geral da obra com RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I (artigos 1.º a 79.º), cit., 2010, p. 17, afirma: "Mas foi porque uns temiam pelas liberdades, outros pelos direitos dos trabalhadores e pelos direitos sociais, outros pelas nacionalizações e pela reforma agrária, outros pelo Parlamento e pela separação dos poderes, outros ainda pela descentralização regional e local, que a Constituição acabou por ficar como ficou", veja-se também p. 23.

[120] NUNES DE CARVALHO, "Reflexão sobre a Constituição e o Direito do Trabalho", cit., pp. 43-44.

[121] Foi a Lei Fundamental de 1976, o primeiro diploma a regular a constituição e os direitos das comissões de trabalhadores, cfr. BRITO CORREIA, "A Lei Sobre as Comissões de Trabalhadores", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40, II, 1980, pp. 450 e ss, bem como, do mesmo Autor e no mesmo sentido, *Direito do Trabalho - Participação nas Decisões*, volume III, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa,

57.º)[122], os direitos das associações sindicais, entre os quais o de contratação colectiva (artigo 58.º[123]) e o direito à greve (artigo 59.º), bem como a proibição do *lock-out* (artigo 60.º)[124].

Registe-se ainda a relevância concedida à temática laboral, integrando a lista dos limites materiais de revisão constitucional os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (artigo 290.º, alínea e))[125].

Sublinhe-se, no entanto, que apesar da importância concedida à matéria de trabalho, os direitos constitucionais dos trabalhadores não obtiveram (formalmente) a qualificação de direitos, liberdades e garantias, usufruindo, todavia, da aplicação dos regimes destes direitos (artigo 17.º)[126].

1984, pp. 241 e ss, com análise das posições na Assembleia Constituinte. O quadro constitucional seria concretizado pelo Decreto-Lei n.º 57/77, de 18 de Fevereiro, que regulou a eleição das comissões de trabalhadores, aplicando-se também às eleições das direcções sindicais e à aprovação dos respectivos estatutos (artigo 4.º).

[122] Na esteira do artigo 16.º da LAS, embora ampliada na Lei Fundamental.

[123] A Constituição previu outros direitos das associações sindicais, como, por exemplo, o direito de antena (artigo 40.º, n.º 1), o de participar no sistema de segurança social (artigo 63.º, n.º 2, também aplicável a outras organizações das classes trabalhadoras), o de intervir na elaboração do plano (artigo 94.º, n.º 2, mais precisamente às organizações das classes trabalhadoras).

[124] Para uma análise mais desenvolvida dos preceitos, *vd.* as anotações respectivas de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., 1980; SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, cit.. E, em especial sobre o então artigo 59.º (greve), LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1984, pp. 29 e ss.

[125] Sobre os limites materiais, entre outros, JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., pp. 234 e ss, defendendo o Autor a tese da dupla revisão (pp. 240 e ss).

[126] Determinava o preceito: "O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos enunciados no título II, aos direitos fundamentais dos trabalhadores, às demais liberdades e ainda a direitos de natureza análoga, previstos na Constituição e na lei". Sobre a matéria, VIEIRA DE ANDRADE, *Direito Constitucional*, cit., p. 170; JOÃO CAUPERS, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 118 e ss, em especial, pp. 121-122; CASTRO MENDES, "Direitos, Liberdades e Garantias – Alguns

III. Entre os direitos dos trabalhadores relativos ao fenómeno colectivo, o legislador concedeu, desde logo, especial atenção à liberdade sindical (artigo 57.º)[127] - particularmente fustigada durante o Estado Novo e no pós-revolução [128] -, ao direito de contratação

Aspectos Gerais", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, 1º volume, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1977, pp. 93 e ss; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, cit., pp. 339-340, bem como o Parecer da Comissão Constitucional n.º 10/78, de 28 de Março, *Pareceres da Comissão Constitucional*, 5.º volume, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 1979, pp. 47-48.

[127] Os direitos colectivos têm sido plasmados em diversos documentos internacionais, em especial a liberdade sindical que, comummente, inclui a negociação colectiva e a greve. A matéria assume especial acuidade face à reconhecida superioridade hierárquica do internacional perante o direito interno (infraconstitucional), constituindo mais um parâmetro da actividade do legislador ordinário, cfr. *supra*.

A liberdade sindical constitui uma realidade amplamente aceite pelos diversos ordenamentos em que existem democracias pluralistas, constando de vários documentos internacionais ou alguns dos seus elementos; são o caso, por exemplo: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) (aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, de 19 de Janeiro de 1978, *Diário da República*, de 9 de Março de 1978, I Série, n.º 57; b) Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Roma, 1950), aprovada para ratificação, com reservas, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro; c) *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (de 7 de Dezembro de 2000), notando-se que a Carta, após as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa (em vigor a 1 de Dezembro de 2009), passou a ter a mesma força jurídica dos Tratados (artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia), integrando o bloco de constitucionalidade susceptível de apreciação por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia; relativamente à Organização Internacional do Trabalho, saliente-se, a título de exemplo, a Convenção n.º 87, aprovada pela Lei n.º 45/77, de 7 de Julho, relativa à liberdade sindical e a protecção do direito sindical, já atrás referida.

[128] Entre a qual se incluía a liberdade de constituir associações sindicais, considerada uma especialidade face ao direito de associação, cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 18/78, de 27 de Julho, cit., p. 8. A este propósito (liberdade de constituição, artigo 57.º, n.º 2, alínea a)) escreviam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – defensores da unicidade na Assembleia Constituinte -, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., 1980, p. 152, que "na falta de expressa revisão constitucional, deve ter-se por constitucionalmente inadmissível também a proibição legal de constituição de *sindicatos paralelos*. Contudo, a Constituição considera a unidade dos trabalhadores com um elemento fundamental da defesa dos seus direitos e interesses e, num plano mediato, como uma condição de construção do poder democrático dos trabalhadores (cfr. n.ºs 1, 4 e 5 e artigo 55.º, n.º 1). Daqui se deduz que, implicitamente, ao erigir a unidade em elemento fundamental da prossecução dos direitos dos trabalhadores, a

colectiva (58.º, n.ºs 3 e 4), acompanhado pelo direito à greve (artigo 59.º)[129], constitucionalizando, deste modo, a autotutela colectiva. E compreende-se que assim tenha sido, porquanto "… o conjunto formado por liberdade sindical, liberdade de negociação e greve é condição necessária de todas as outras liberdades dos trabalhadores; só a referida acção colectiva permite afirmar e fazer funcionar todas essas liberdades dos assalariados"[130].

O Direito colectivo assumiu então dignidade constitucional, não numa perspectiva restritiva ou (aparentemente) neutra, mas garantística[131].

IV. A Lei Fundamental consagrou, do ponto de vista formal, a liberdade sindical como figura autónoma do direito de contratação colectiva e do direito à greve. Em vez de optar por uma noção ampla

Constituição embora proibindo a garantia legal da unidade sindical (através da proibição de sindicatos paralelos), impõe como directiva ao legislador ordinário o não favorecimento legal da pulverização sindical", itálico no original. A Assembleia Constituinte afastou a unicidade, operando uma síntese entre a liberdade sindical e a unidade, ou seja, um pluralismo assente – tanto quanto possível – na unidade.

[129] Já ordinariamente reconhecido, plasmado, como vimos, no Decreto-Lei n.º 392/74, de 26 de Agosto. Uma análise do conteúdo do artigo 59.º, bem como da compatibilidade constitucional do diploma de 1974 com a Constituição (artigo 59.º e 293.º) foi realizada pela Procuradoria-Geral da República, no Parecer n.º 123/76-B, de 3 de Março de 1977, publicado em PALMA RAMALHO, *Lei da Greve Anotada*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 105 e ss; segundo este Parecer a maior parte das disposições do Decreto-Lei n.º 392/74 foram revogadas pela Lei Fundamental, revogação que incluiu o artigo 5.º (alteração dos contratos e acordos colectivos vigentes) e 6.º (pelo menos parcialmente, greve declarada em incumprimento do processo fixado em contratos e acordos colectivos).

[130] NUNES ABRANTES, "Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais – Breves Reflexões", AAVV, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, p. 107, nota 2.

[131] A contratação colectiva estava prevista, como vimos, na Constituição de 1933 (artigo 37.º), mas em termos diferentes, pois, desde logo, não usufruía da tutela agora concedida, sendo os sujeitos colectivos entes de natureza pública.

de liberdade sindical[132], o legislador constituinte autonomizou a contratação colectiva das restantes figuras, o que, naturalmente, não quer dizer que tenha ignorado a ligação "umbilical" entre as diferentes situações, em especial a relação incindível entre a liberdade sindical, a autonomia colectiva e a greve nem que na liberdade sindical se não possa incluir a contratação colectiva e a greve.

> O direito à greve surgiu, como referimos, (formalmente) autonomizado face à contratação colectiva e à liberdade sindical, tendo o legislador constituinte optado, de forma clara, por não limitar os fins daquele direito à autonomia colectiva (desde logo, artigo 57.º, n.º 2); a ausência de uma instrumentalidade (absoluta) entre o direito de greve e a contratação colectiva[133] não significa que aquele não seja um elemento especialmente relevante para o exercício efectivo da autonomia colectiva, sem o qual ficaria destituído de um meio de pressão essencial.

Inserido na matéria dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (título III, da parte I), o direito de contratação colectiva foi colocado no artigo relativo aos *direitos das associações sindicais e contratação colectiva* (epígrafe), tendo obtido a seguinte redacção:

---

[132] Como era preconizada, por exemplo, pela Organização Internacional do Trabalho, cfr. *La Liberté Syndicale*, Recueil de Décisions du Comité de la Liberté Syndicale du Conseil d´Administration du BIT, Bureau International du Travail, Géneve, 1972, p. 82, onde se defende que "o direito de negociar livremente com os empregadores as condições de trabalho constitui um elemento essencial da liberdade sindical …".

[133] Assim, LIBERAL FERNANDES, *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, Coimbra Editora, 2010, p. 59, nota 88; LOBO XAVIER, *Direito da Greve*, cit., pp. 42-43, para quem o ordenamento concebe a greve como uma arma das organizações de trabalhadores que transcende o campo da contratação colectiva, apesar da relevância daquela para o exercício deste.

"3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva.

4. A lei estabelece as regras respeitantes à competência para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas".

Ficou, deste modo, consagrada a autonomia colectiva a cargo das associações sindicais, na sequência das diversas propostas sobre a matéria, o que não impediu, que ao longo dos tempos de verificassem constantes restrições a este direito[134].

V. O novo quadro constitucional – e subsequentes revisões[135] - teve naturalmente efeitos ao nível de vários diplomas. Na verdade, incompatibilidade constitucional e oposição política[136] tornaram definitiva a decisão de terminar com a unicidade sindical, intervindo o legislador através do Decreto-Lei n.º 773/76, de 27 de Outubro

[134] Como bem nota MARIA JOSEFINA MENEZES LEITÃO, *O Diálogo Social, o Desenvolvimento Sócio-Económico e o Papel dos Parceiros Sociais – A Negociação Colectiva em Portugal: Aspectos mais Relevantes da Experiência Portuguesa*, 2000, http://www.ilo.org, p. 7: "É interessante mencionar que dos direitos colectivos do trabalho consagrados na Constituição de 1976, o direito de negociação colectiva foi aquele que sofreu mais alterações e restrições. Isto revela até que ponto a forma como se desenrola e os seus resultados são social e economicamente importantes e explica o motivo pelo qual os poderes públicos são, por vezes, levados a procurar condicionar o seu exercício".

[135] Para uma análise das diversas alterações constitucionais, GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume I, cit., pp. 461 e ss, e 477 e ss.

[136] Antes mesmo da aprovação da Lei Fundamental, o Ministério do Trabalho requereu judicialmente a extinção da Intersindical, considerando que o Decreto-Lei n.º 215-A/75, violava valores fundamentais, JOSÉ BARRETO, *A Formação das Centrais Sindicais e do Sindicalismo Contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, cit., p. 316, nota 1.

(artigo 1.º)[137]; terminava assim a unicidade dando lugar ao pluralismo sindical.

Por outro lado, houve também necessidade de intervir no Código Civil (de 1966), cumprindo-se a adaptação constitucionalmente prevista em matéria de direitos, liberdades e garantias (artigo 293.º, n.º 3), o que levou a diversas modificações[138].

Ficaram, no entanto, incólumes os artigos que continham referências às normas corporativas (artigo 1.º, 3.º, n.º 1, do Código Civil).

VI. Em termos jurídico-laborais, a evolução legislativa ocorrida após 1970 - ano em que entrou em vigor a Lei do Contrato de trabalho (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969, LCT -, faz com que surja a questão de saber se a hierarquia estabelecida na parte final do artigo 12.º da LCT, ainda se manteve em vigor ou, ao invés, cessou. Ou seja: temos de apurar se a parte final do artigo 12.º, n.º 1, da LCT, ficou vigente, visto que desta norma resulta que a portaria de extensão e de condições de trabalho

[137] Este preceito revogou o Decreto-Lei 215-A/75, de 30 de Abril, bem como os artigos 7.º, 9.º, 11.º e 12.º da LAS, todos eles limitadores da liberdade sindical. O diploma de 1976 foi objecto de apreciação de inconstitucionalidade, argumentando-se razões formais, orgânicas e materiais (por permitir o pluralismo sindical proibido pela Constituição), tendo a Comissão Constitucional defendido que o Conselho da Revolução não deveria declarar a sua incompatibilidade com a Lei Fundamental, posição que foi seguida por aquele órgão através da Resolução n.º 343/79, de 28 de Novembro, cfr. Parecer n.º 31/79, de 6 de Dezembro, *Pareceres da Comissão Constitucional*, 10.º volume, Imprensa Nacional da Casa da Moeda, Lisboa, 1980, pp. 59 e ss.

[138] Por exemplo, em matéria de casamento e filiação (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro).

estão num plano superior ao da convenção colectiva[139]. Para nós, todos os instrumentos de regulamentação colectiva se encontravam (e encontram) ao mesmo nível hierárquico. Concordamos, por isso, com a doutrina[140], segundo a qual as portarias, e, desde logo, em

[139] O problema, como decorrerá do exposto, coloca-se entre as convenções e as portarias, uma vez que os outros instrumentos (decisão arbitral e acordo de adesão) se reconduzem à convenção colectiva.

[140] Tal posição é também acolhida por MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 206, que ordena as normas legais, e de imediato "… as convenções colectivas de trabalho e instrumentos equiparados …". No que respeita à doutrina de ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002, o Professor, *op. cit.*, pp. 189-190, ao referir-se às portarias diz que "são instrumentos que dependem da autorização do Estado, mas relacionam-se, assemelham-se e até se subordinam (cfr. art. 38.º LRCT) às convenções colectivas"; posição reiterada em *Direito do Trabalho*, cit., 2019, p. 199. Por sua vez, escreve mais à frente, *op. cit.*, 2002, p. 258, que "o conflito de normas em Direito do Trabalho é solucionado com recurso à hierarquia estabelecida em moldes idênticos aos dos outros ramos de Direito. E, assim, o primeiro lugar é ocupado pelas normas constitucionais, depois as regras de Direito Internacional geral e convencional, em terceiro lugar as normas emanadas de órgãos estaduais, na sua ordem normal (leis da Assembleia da República e decretos-leis do Governo, decretos, portarias, etc.), em quarto lugar os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e, por último, se houver omissão no contrato de trabalho, os usos da profissão e da empresa", mantendo a mesma posição em *Direito do Trabalho*, cit., 2019, p. 283.

Para LOBO XAVIER *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2.ª edição, 1993, p. 255, nota 2, "o art. 12.º, n.º 1, da LCT indica as normas específicas que regem o contrato de trabalho e a sua hierarquia, devendo, contudo, notar-se que o preceito tem uma redacção extremamente desactualizada (devendo compaginar-se com a LCRT, principalmente art. 14.º)". Contudo, LOBO XAVIER (*op. cit.*) pp. 255-256, não obstante defender, uma igual hierarquia para os instrumentos de regulamentação, acaba, por afirmar que "nas várias espécies de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho também pode estabelecer-se algo de semelhante a uma hierarquia". Deste modo, para o mesmo autor, (*op. cit.*) p. 256, nota 1, "… os acordos colectivos de trabalho ou acordos de empresa preferem os contratos colectivos (art. 14.º, n.º 2, da LRCT) e as CCT [convenções colectivas] às PRT [portarias de regulamentação de trabalho] (art. 38.º da LRCT). Ainda nesta ordem de ideias, há uma precedência das CCT verticais relativamente às horizontais ou profissionais (art. 12.º da LRCT). De qualquer modo, os casos previstos nos arts. 12.º e 38.º não envolvem um problema hierárquico puro". Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, p. 985 (III), ao tratarem dos actos sujeitos a fiscalização da constitucionalidade, afirmam: "os *contratos* e *acordos colectivos de trabalho* … com valor pelo menos idêntico ao das portarias de regulamentação de trabalho …", itálico no original, posição reiterada em *CRP* -

virtude de serem excepcionais, sucedâneas das fontes convencionais e não existir poder revogatório relativamente a estas, situam-se num plano hierárquico idêntico ao da convenção colectiva, do acordo de adesão e da decisão arbitral[141]. Assim sendo, a posição das portarias e das convenções colectivas não podia ser entendida tal como era apresentada pelo artigo 12.º, n.º 1, da LCT (*in fine*)[142]. Com efeito, existe uma idêntica posição hierárquica, não obstante a portaria dimanar da Administração central, segundo a LRCT, nomeadamente

Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º), volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 901 (III). O Tribunal Constitucional no aresto n.º 172/93, de 10 de Fevereiro, pp. 8-9, afirmou que o art. 12.º, n.º 1, da LCT, é "… uma disposição legal estabelecida no quadro do anterior sistema jurídico corporativo, e cuja desactualização é patente". Por sua vez, SOUSA E BRITO, em voto de vencido do aresto do Tribunal Constitucional n.º 172/93, de 10 de Fevereiro, www.tribunalconstitucional.pt, p. 33, afirma que "do artigo 12.º da Lei do Contrato Individual de Trabalho e dos artigos 5.º, 6.º, 14.º, n.º 1 da Lei de Regulamentação Colectiva do trabalho deriva, nomeadamente, que as convenções colectivas se situam hierarquicamente abaixo das normas jurídicas de origem estatal …". Para SOUSA E BRITO, (*op. cit.*) p. 34, existem, contudo, situações de "… identidade de nível entre … norma estatal e a convenção colectiva. É o que se passa entre as portarias de regulamentação e as convenções colectivas", argumentando para o efeito com o art. 38.º da LRCT.

[141] JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volume I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998, p. 106.

[142] Neste sentido, MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES CARVALHO *Comentário às Leis do Trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994, p. 62 (5). Note-se que MÁRIO PINTO, em escrito individual posterior defende outra posição. De facto, o Autor, *Direito do Trabalho, Introdução e Relações Colectivas de Trabalho,* Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, p. 158, escreve: "recordemos, a começar, a hierarquia das fontes de direito do trabalho, levando em conta o art. 12.º da LCT. Assim, temos: 1.º) normas constitucionais; 2.º) normas internacionais; 3.º) leis e decretos-leis; 4.º) decretos legislativos regionais; 5.º) decretos regulamentares; 6.º) portarias de extensão e portarias de regulamentação de trabalho; 7.º) convenções colectivas de trabalho, acordos de adesão e decisões arbitrais". Para BARROS MOURA, *Direito do Trabalho (Notas de Estudo)*, policopiado, Lisboa, 1979/1980, p. 347, "só um sistema fortemente restritivo do direito de contratação colectiva - como era o vigente ao tempo da elaboração da LCT (cfr. arts. 1.º, n.º 2, 24.º, n.º 5 e 26.º, n.º 2 do DL 49212 de 28. 8. 69., ele próprio já inserido numa política de «liberalização») - se poderia, com a consagração da superioridade hierárquica dos instrumentos de regulamentação por via administrativa, transportar a tal extremo o princípio da substituição da vontade das condições de trabalho", sublinhado no original.

nos seus artigos 2.º, 29.º, 36.º, e 38.º[143]; não só do artigo 2.º da LRCT, não resulta qualquer ordenação hierárquica, como decorre dos artigos 29.º e 36.º, uma preferência do legislador pelas fontes autónomas face às heterónomas, de modo que pode dizer-se que estas são subsidiárias daquelas[144]. Note-se que pode mesmo identificar-se, no artigo 36.º, n.º 1, da LRCT, uma preferência do legislador pelas portarias de extensão face às de regulamentação do trabalho, pois segundo este preceito estas portarias não serão possíveis sempre que as de extensão o forem, situação que traduz o reconhecimento da autonomia colectiva como valor fulcral dos instrumentos de trabalho[145].

É preciso afirmar, no entanto, que esta preferência legal pelas fontes autónomas também não leva à existência de subordinação hierárquica das fontes heterónomas face às autónomas[146]. O que "... com essa preferência se tem de articular [é] o regime das portarias de extensão, integrando ambos os momentos no conjunto sistémico da lei. Trata-se de articular o princípio do reconhecimento da autonomia colectiva com as limitações que a própria lei lhe estabelece, e que em última análise decorrem da prevalência da lei

[143] Também neste sentido, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, volume I, cit., 1998, pp. 106-107.

[144] Neste sentido, MÁRIO PINTO, *Introdução e Relações Colectivas de Trabalho*, cit., p. 151, que utiliza a expressão "… marcadamente subsidiário …".

[145] MÁRIO PINTO, FURTADO MARTINS e NUNES CARVALHO *Comentário às Leis do Trabalho*, cit., p. 62 (5).

[146] Como bem já notava MÁRIO PINTO, "Sobre o Conflito Colectivo do Trabalho", *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, ano IX, 1958, n.ºs 35-36, p. 252, "evidentemente que a preferência por que sejam os próprios interessados a criar a disciplina que lhes será aplicável há-de ter as suas justificações", desde logo, o facto de "nascendo essencialmente da autoridade dos interessados, correspondem ao exercício da faculdade de elaboração da disciplina própria, que se atribui aos grupos sociais integradores da nação para o prosseguimento dos seus interesses" (p. 253).

e se baseiam no interesse público"[147]. Esta equiparação hierárquica entre as fontes autónomas e as fontes heterónomas ou, mais especificamente, entre a convenção e a portaria de extensão, encontra claro acolhimento também nos artigos 29.º, n.º 4, e 38.º da LRCT.

O assunto ficaria definitivamente resolvido com o Código do Trabalho de 2003 (aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, artigo 1.º), cuja redacção foi mantida no diploma de 2009 (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, artigo 1.º)[148].

VII. Chegados aqui e sem que tenha existido uma revogação (expressa) das normas do Código Civil relativas às normas corporativas (artigos 1.º e 3.º, n.º 2), coloca-se o problema da sua vigência. Com efeito, não obstante as diversas alterações ao Código Civil – mais precisamente 77 – a norma foi sempre mantida, inclusive aquando da actualização do diploma (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) face ao novo quadro constitucional (artigo 293.º, n.º 3).

Mantendo-se actual a querela doutrinária sobre a vigência das normas do Código Civil, é possível agrupar essencialmente duas posições:

[147] MÁRIO PINTO, *Introdução e Relações Colectivas de Trabalho*, cit., p. 353.

[148] Cfr. GONÇALVES DA SILVA, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 6.ª edição, 2008, anotação ao artigo, bem como, do mesmo Autor, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 13.ª edição, 2020, anotação ao artigo.

1) *Tese da cessação*: Essa posição é preconizada, por exemplo, por MOTA PINTO, que defende terem deixado de existir normas corporativas com a extinção dos organismos previstos na Constituição de 1933 (artigos 16.º e 17.º), considerando que "só o facto de a revisão do Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 496/77 ter sido limitada … pode explicar este facto surpreendente, de o artigo 1.º do Código Civil ter permanecido inalterado"[149].

2) *Tese da vigência*: Entre os seus defensores está OLIVEIRA ASCENSÃO para quem as referências codicistas continuam a ser actualmente invocáveis para a determinação do papel das fontes institucionais do direito, uma vez que "as ordens profissionais, [que não são o mesmo que os sindicatos,] por exemplo, produzem regras, pelas quais disciplinam toda a categoria respectiva. Essas regras são reconhecidas pelo poder público; e, todavia, não são regras do Estado, são regras de produção dos próprios interessados. Por isso, as disposições do Código Civil português que não forem reflexo da extinta orgânica corporativa, mas se acomodem ao problema substancial das posições de entes intermediários, como o art. 1.º/3 e o art. 3.º/2, devem considera-se em vigor"[150]/[151]. Idêntica

[149] MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., 2005, por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, p. 64.

[150] OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, reimpressão da edição de 2005, pp. 288-289.

[151] BIGOTTE CHORÃO, "As Fontes do Direito no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol", cit., p. 208, afirma que "abolido o regime corporativo, não é, em todo o caso, de excluir que as técnicas normativas de índole sindical ou

posição seria acolhida por FREITAS DO AMARAL que, admitindo a existência de normas corporativas, as define como "*aquelas que estabelecem os estatutos, a organização e a disciplina interna das entidades privadas supra ou infra-estaduais*", dando como exemplo, os estatutos e os regulamentos internos de organizações privadas internacionais (*v.g.*, FIFA, UEFA) e nacionais (*vg.*, associações e fundações)[152]. Também MENEZES CORDEIRO, depois de sublinhar que a categoria normas corporativas se define pelo "… traço formal da sua origem (produção corporativa) e pelo seu objecto (estatutos e regulamentos internos)", nota que "a liberalização da sociedade, posterior à Constituição, tornou paradoxal e teoricamente possível, verdadeiras «normas corporativas»", pelo que admite que "esse lugar" é preenchido pelos diploma

profissional continuem a fazer parte do sistema de fontes do direito no ordenamento jurídico-português; SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 11.ª edição, Petrony, Lisboa, 2020, p. 187, que descreve sumariamente o regime das normas corporativas; BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982, 7.ª reimpressão, 1994, p. 168, fala em normas das autarquias corporativas, exemplificando com as associações sindicais e patronais; já TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 150-151, dá como exemplo das organizações corporativas, a Ordem dos Advogados e as federações desportivas, identificando, nomeadamente, como fonte os regulamentos elaborados por aquela Ordem.

[152] FREITAS DO AMARAL, com a colaboração de AFONSO PEREIRA, *Manual de Introdução ao Direito*, volume I, 2004, cit., p. 527, itálico no original. FREITAS DO AMARAL, em escrito anterior, "Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil", cit., 2000, p. 13, depois de lamentar que, aquando da alteração do Código Civil após a Revolução de 1974 (Decreto-Lei n.º 496/77. De 25 de Novembro), não se tenham revogado as normas corporativas, sustenta que, relativamente às referências constantes dos artigos 1.º e 3.º "… devem considerar-se revogadas - ou, se se preferir, inconstitucionais por contrariarem diversos princípios da Constituição de 1976, todos contrários à logica do regime corporativo estabelecido pelo Estado Novo".

privados (nos quais subsume a fonte convencional, a par dos negócios normativos e dos regulamentos privados)[153]. Igualmente CAPELO DE SOUSA, defendendo que "nada obstaria à revogação tácita ou à interpretação ab-rogante do art. 1.º CC …", considera que as normas corporativas mantêm utilidade, tendo presente que a representatividade se mantém, em novas bases, resultando da liberdade de associação fontes de Direito, tais como os estatutos e regulamentos internos[154].

A tese da vigência tem sido igualmente sustentada pela jurisprudência, reconduzindo a expressão normas corporativas – *rectius*, o seu conteúdo - aos *Estatutos de uma Associação de Comerciantes*[155], de uma *fundação pública de direito canónico, registada como fundação de solidariedade social*[156], a um *regulamento desportivo adoptado pela Federação Portuguesa de Futebol*[157]/[158].

VIII. Na verdade, a posição que advoga a vigência das normas corporativas está em consonância com o propósito de MANUEL DE

[153] MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, volume I, cit., p. 546, bem como, do mesmo Autor, *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, cit., pp. 77-78.

[154] CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, cit., pp. 39-40.

[155] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Abril de 2003, processo n.º 03B3434, www.dgsi.pt, nota 1, invocando a posição de OLIVEIRA ASCENSÃO.

[156] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Fevereiro de 2010, processo n.º 6824/03.0TBB.G1.S1, www.dgsi.pt, nota 9.

[157] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Outubro de 2008, processo n.º 7929/2008-7, www.dgsi.pt, ponto 2.1.10, baseando-se na tese de OLIVEIRA ASCENSÃO e FREITAS DO AMARAL.

[158] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Julho de 2007, processo n.º 06S2576, www.dgsi.pt, ponto 5 do aresto, referindo-se à lei e às normas corporativas com fontes imediatas, sem questionar a sua vigência.

ANDRADE, que escrevia, como vimos, que "na definição do termo «normas corporativas», procurou-se fazê-la corresponder não só à vigente organização corporativa, como ainda a possíveis contingências futuras"[159]. E, de facto, cremos que uma interpretação conforme a Constituição impõe a manutenção dos preceitos civis, porquanto é possível identificar não só um sentido útil para as normas, como fixar o seu conteúdo dentro dos quadros Constitucionais, reconduzindo-a a diversos actos jurídicos, como o tem feito a doutrina e a jurisprudência[160]. Não consideramos, no

[159] MANUEL DE ANDRADE, "Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei", cit., p. 147.

[160] 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*, ano 50, 1990, II, pp. 392-393, "… a *teoria da interpretação conforme à Constituição* (verfassungskonform Auslegung) não deverá significar apenas que, em face de uma pluralidade de sentidos consentidos pela letra de uma norma de lei ordinária, se haja de preferir aquele que se conforme com um imperativo constitucional a um outro que o viole. Para chegar a esta conclusão, não é preciso apelar para a superioridade material dos valores constitucionais e para a sua função orientadora da actividade legislativa, bastando recorrer aos parâmetros da interpretação sistemática, que assenta na rejeição das situações de contraditoriedade no sistema normativo. Para além desse limiar, a precedência da interpretação conforme com a Constituição pode e deve ser desenvolvida como fundamento da opção, entre dois sentidos não violadores de lei fundamental, por aquele de entre eles que possa levar mais longe, isto é, conferir um maior grau de efectividade à realização do programa constitucional", itálico no original. Como reconhece o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 364/94, *Diário da República*, II série, número 160, de 13 de Julho de 1994, p. 6992, "a interpretação jurídica, mesmo tratando-se de uma *interpretação conforme à Constituição,* há-de extrair dos textos legais um sentido que eles comportem, ou seja, um sentido que «tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso» (cf. artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil) – um sentido, em suma, que não contrarie a letra da lei. E esse sentido há-de captar-se no conjunto do diploma legal, a que pertence a norma interpretanda, e ainda (como se sublinhou naquele Acórdão n.º 266/92, citando Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico,* 5.ª ed., Lisboa, 1979, p. 120), com referência ao ordenamento jurídico global, neste se incluindo, naturalmente, a Constituição, a que há que reconhecer uma grande «capacidade irradiante», atento, desde logo, o lugar que ela ocupa na hierarquia das fontes", itálico no original. Para mais desenvolvimentos, por todos, RUI MEDEIROS, *A Decisão de*

entanto, que a convenção colectiva deva ser incluída na tipologia das normas corporativas, porquanto o próprio legislador do Estado Novo, na LCT de 1969, realizou essa destrinça, ao contrapor "normas emanadas das corporações" a "convenções colectivas de trabalho" (artigo 12.º, n.º 1)[161]; e se na própria vigência do regime corporativo, essa subsunção já tinha sido afastada pelo legislador[162], não identificamos motivos para incluir a convenção colectiva dentro dos espartilhos das normas corporativas, separando-a dos restantes instrumentos de regulamentação colectiva, notando ainda que actualmente a convenção colectiva, "… um dos traços mais idiossincráticos …" do Direito laboral[163], é reconhecida como fonte (imediata) de Direito[164].

Inconstitucionalidade: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pp. 289 e ss.

[161] Como nota, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 176, em texto mais antigo (1989).

[162] Em sentido contrário, *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 5 de Maio de 1970, Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo, ano IX, n.º 106, 1970, p. 1385, que subsume a convenção colectiva no preceito civil das normas corporativas (artigo 1.º, n.º 3); *Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo*, de 10 de Março de 1972, processo n.º 001956, http://www.dgsi.pt, de cujo sumário consta: "I - As convenções colectivas de trabalho constituem normas corporativas, isto e, direito corporativo interno. II - As deliberações das comissões corporativas, interpretando ou integrando as referidas convenções e passando a obrigar nos mesmos termos destas, tem a mesma natureza normativa, o que igualmente sucede com os respectivos despachos de homologação. III - Por isso, estes, tal como aqueles, não integram um acto administrativo stricto sensu, sendo, pois, insusceptíveis de recurso contencioso".

[163] JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007, p. 43.

[164] GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volume II, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, pp. 605 e ss.

Bibliografia

ABRANTES, Nunes – "Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais – Breves Reflexões", AAVV, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coordenação de António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 105-114;

ABRANTES, Nunes"O Direito do Trabalho do «Estado Novo»", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano VII, n.º 13, 2006, pp. 31-39.

AGRIA, Nunes - *A Doutrina Corporativa*, Centro de Estudos Sociais e Corporativos, s.e., s.d.;

AGRIA, Nunes - com PINTO, Cardoso - *Manual Prático de Direito do Trabalho, Contrato Individual de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1972.

AMARAL, A. Coelho do - "O Contrato Colectivo de Trabalho no Direito Corporativo Português", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XI, 1953, pp. 328-448.

AMARAL, D. Freitas do - "Da Necessidade de Revisão dos Artigos 1.º a 13.º do Código Civil", *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, pp. 9-20;

AMARAL, D. Freitas do - com a colaboração de Ravi Afonso Pereira, *Manual de Introdução ao Direito*, volume I, Almedina, Coimbra, 2004.

ANDRADE, Manuel de - "Fontes de Direito - Vigência, Interpretação e Aplicação da Lei", *Boletim do Ministério da Ivstiça*, n.º 102 (Janeiro), 1961, pp. 141-152.

ANDRADE, Vieira de - *Direito Constitucional (Sumários das Lições proferidas ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78)*, policopiado, Coimbra, 1978.

ANSELMI, Anselmo - *Corso di Legislazione Sindacale e Corporativa Comparata*, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firense, 1934.

ANTONA, Massimo d´- "Il Quarto Comma dell'Art. 39 della Costituzione, Oggi", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 80, 1998, pp. 665-698.

ASCENSÃO, J. Oliveira - *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, reimpresão da edição de 2005.

BALLESTRERO, Vittoria - *Diritto Sindacale*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2018.

BARASSI, Lodovico - *Il Diritto del Lavoro*, volume I, Giuffrè, Milano, 1949.

BARREIROS, José António - " Criminalização Política e Defesa do Estado", *Análise Social*, volume XVIII (72-73-74), 1982, n.º 3.º, 4.º e 5.º, pp. 813-828.

BARRETO, José - *A Formação das Centrais Sindicais e do Sindicalismo Contemporâneo em Portugal (1968-1990)*, Dissertação Apresentada à Prova de Acesso à Categoria de Investigador Auxiliar, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, policopiado, Lisboa, 1991.

CASTELI, Nunzia - *El Modelo Sindical Italiano de Representación en el Lugar de Trabajo*, 2015, www.relats.org.

CHORÃO, M. Bigotte - "As Fontes do Direito no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol", *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 197-222.

CAETANO, Marcello - *O Sistema Corporativo*, s.e., Lisboa, 1938;

CAETANO, Marcello - *A Constituição de 1933 - Estudo de Direito Político*, Coimbra Editora, 1956.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1980;

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, pp. 27-28;

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993;

CRP - Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 108.º a 296.º), volume II, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2010.

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, n.º 2, pp. 309-367;

CARINCI, Franco - com TAMAJO, Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano – *Diritto del Lavoro, 1. Il Diritto Sindacale*, 8.ª edizione, Utet, Milão, 2018.

CARVALHO, Catarina - *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.

CARVALHO, Martins de - "O Que São e o Que Deveriam Ser as Convenções Colectivas de Trabalho para Empregados e Operários", *O Direito*, ano 126.º, 1994, I-II, pp. 341-380.

CARVALHO, A. Nunes de - "Reflexão sobre a Constituição e o Direito do Trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho*, actualização n.º 57, 1998, pp. 35-64.

CARVALHO, Orlando de - *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, *O Problema da Empresa como Objecto de Negócio*, volume I, Atlântida, Coimbra, 1967.

CAUPERS, João - *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.

CORDEIRO, A. Menezes – *Teoria Geral do Direito Civil – Relatório*, policopiado, Lisboa, 1987;

CAUPERS, João - *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1989, reimpressão, 1994;

CAUPERS, João - *Tratado de Direito Civil Português, I – Parte Geral*, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2004;

CAUPERS, João - *Tratado de Direito Civil*, volume I, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;

CAUPERS, João - *Direito do Trabalho*, volume I, Almedina, Coimbra, 2018;

CAUPERS, João - *Código Civil Comentado, I – Parte Geral*, coordenação de Menezes Cordeiro, CIDP, Almedina, 2020.

CORREIA, Brito - "A Lei Sobre as Comissões de Trabalhadores", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40, II, 1980, pp. 443-467;

CORREIA, Brito - *Direito do Trabalho - Participação nas Decisões*, volume III, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1984.

CORREIA, Sérvulo - "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*, ano 50, 1990, II, pp. 363-393.

CORREIA, Simões - *Novo Regime Jurídico do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966)*, Livraria Editora Pax, Braga, 1966.

COSTA, Cardoso da - *A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976*, Tribunal Constitucional, Coimbra, 1994.

CUNHA, Luís Pedro - *Estudos sobre o Corporativismo Publicados no Boletim da Faculdade de Direito da Universidadede Coimbra*, Working Papers, Boletim de Ciências Económicas, série BCE 18, 2016, https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/wpbce.

CUNHAL, Álvaro - *A Revolução Portuguesa. O Passado e o Futuro*, 2.ª edição, Avante, Lisboa, 1976.

DIAS, Cotta - "Despachos de Regulamentação do Trabalho, *1º Colóquio Nacional do Trabalho da Organização Corporativa e da Previdência Social, Comunicações",* volume II, s.e., Lisboa, 1961, pp. 81-88.

FERNANDES, Liberal - *A Obrigação de Serviços Mínimos como Técnica de Regulação da Greve nos Serviços Essenciais*, Coimbra Editora, 2010.

FERNANDES, A. Monteiro – "O Princípio do Tratamento mais Favorável ao Trabalhador: sua Função", *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1972, pp. 7-27;

FERNANDES, A. Monteiro - *Direito do Trabalho*, 20.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020;

FERNANDES, A. Monteiro - "A Legislação do Trabalho e a «Primavera Política»", AAVV, *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas Governações, Diferentes Políticas Públicas*, «Biblioteca das Ciências Sociais/História/51», coordenação de Brandão de Brito e Borges Santos, Afrontamento, Porto, 2020, pp. 121-146.

FRANCO, A. Sousa - *Noções de Direito da Economia*, 1.º volume, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982/1983.

FREIRE, Dulce; FERREIRA, Estevão; RODRIGUES, Ana Margarida - *Corporativismo e Estado Novo. Contributo para um Roteiro de Arquivos das Instituições Corporativas (1933-1974)*, «Estudos e Relatórios», n.º 1, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 2014.

GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, volume I, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, L. Cunha - *Princípios de Direito Corporativo*, s.e., Lisboa, 1935.

GUIDI, Eugenio; DOMENICO, Valcavi; SALVARANI, Gianni; GIAMBARBA, Eugenio; LA PORTA, Alberto; DRAGO, Francesco; VINAY, Gianni - *Movimento Sindacale e Contrattazione Collettiva 1945-1973*, «Collana di Cultura Sindacale», numero 1, 4.ª edizione, Franco Angeli Editore, Milano, 1974.

JUSTO, A. Santos - *Introdução ao Estudo do Direito*, 11.ª edição, Petrony, Lisboa, 2020.

LASSANDARI, Andrea - *La Contrattazione e il Contratto Collettivo*, «Il Diritto del Lavoro», Ediesse, Roma, 2003.

LEAL, Silva – "Da Falta de Interesse dos Juristas Portugueses pelo Direito do Trabalho", *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, ano XI, n.º 44, 1960, pp. 512-525;

LEAL, Silva - "Os Grupos Sociais e as Organizações na Constituição de 1976 - A Rotura com o Corporativismo", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, volume III, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979, pp. 195-353.

LEITÃO, Maria Josefina Menezes - *O Diálogo Social, o Desenvolvimento Sócio-Económico e o Papel dos Parceiros Sociais – A Negociação Colectiva em Portugal: Aspectos mais Relevantes da Experiência Portuguesa*, 2000, http://www.ilo.org.

LEITÃO, L. Menezes - *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

LEITE, Jorge - *Direito do Trabalho*, volume I, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1998.

LIMA, Marinús Pires de - "Relações de Trabalho, Estratégias Sindicais e Emprego (1974-90)", Análise Social, volume XXVI (114), 1991, 5.º, pp. 905-943.

LUCENA, Manuel - *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, volume I, Perspectivas e Realidades, Lisboa, 1976;

LUCENA, Manuel - "Reflexões sobre a Queda do Regime Salazarista e o que se lhe Seguiu", *Análise Social*, volume XXXVII (162), 2002, pp. 7-46.

MACHADO, J. Baptista - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982, 7.ª reimpressão, 1994.

MARTINEZ, P. Romano - *Direito do Trabalho*, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002;

MARTINEZ, P. Romano - *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2019;

MARTINEZ, P. Romano com GONÇALVES DA SILVA, "O Âmbito do Regulamento de Condições Mínimas", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLV (XVIII da 2.ª série), 2005, n.° 4, pp. 353-419;

MARTINEZ, P. Romano com MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, Madeira de; DRAY, Guilherme; e SILVA, Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 6.ª edição, 2008;

MARTINEZ, P. Romano com MONTEIRO, LUÍS MIGUEL; VASCONCELOS, JOANA; BRITO, Madeira de; DRAY, Guilherme; e SILVA, Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 13.ª edição, 2020.

MARTINEZ, Soares - *Manual de Direito Corporativo*, 3.ª edição, Petrony, Lisboa, 1971;

MARTINEZ, Soares *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*,Verbo, Lisboa, 1978.

MAZZOTTA, Oronzo - *Diritto Sindacale*, quarta edizione, G. Giappichelli, Torino, 2017.

MEDEIROS, Rui - *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

MENDES, Castro - "Direitos, Liberdades e Garantias – Alguns Aspectos Gerais", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, 1º volume, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1977, pp. 93-117.

MIRANDA, Jorge - "A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 242, 1975, pp. 5-114;

MIRANDA, Jorge - *A Constituição de 1976 (Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais)*, Petrony, Lisboa, 1978;

MIRANDA, Jorge - *As Constituições Portuguesas – De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, 3.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1992;

MIRANDA, Jorge - "Decisões Políticas: Aprovação, Abstenção e rejeição no Momento Constituinte de 1976", AAVV, *20 Anos da Constituição de 1976*, coordenação de Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, «Studia Iuridica», n.º 46, Coimbra Editora, 2000, pp. 177-195;

MIRANDA, Jorge - "A Abertura Constitucional a novos Direitos Fundamentais", AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001, pp. 559-572;

MIRANDA, Jorge com MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I (artigos 1.º a 79.º), 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010.

MONTEIRO, J. Sinde - "Manuel de Andrade e a Influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume 75, 2003, pp. 181-208.

MORAIS, Blanco - "Os Direitos, Liberdades e Garantias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Um Apontamento", *O Direito*, 2000, III-IV, pp. 361-380.

MOREIRA, Vital – *Direito Corporativo* - (Tópicos das Lições do Ano Lectivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Unitas, Coimbra, 1972;

MOREIRA, Vital - *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3.ª edição, «Perspectiva Jurídica», Centelho, Coimbra, 1978;

MOREIRA, Vital - *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997.

MOURA, J. Barros - *Direito do Trabalho (Notas de Estudo)*, policopiado, Lisboa, 1979/1980.

NEVES, Castanheira - "Fontes de Direito. Contributo para a Revisão do seu Problema", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume LVIII, 1982, pp. 169-285.

NETO, Abílio - *Contrato de Trabalho - Notas Práticas*, 2.ª edição, Livraria Petrony, Lisboa, 1972.

NICOLINI, Giovanni - "A Contratação Coletiva no Ordenamento Italiano", *Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália*, coordenação de Yone Frediani e Sávio Zainaghi, LTr, São Paulo, 2004, pp. 75-86.

OTERO, Paulo - *Direito Constitucional Português - Identidade Constitucional*, volume I, Almedina, Coimbra, 2010;

OTERO, Paulo - "Direitos Históricos e Não Tipicidade Pretérita dos Direitos Fundamentais", AAVV, *Ab Vno Ad Omnes: 75 Anos da*

Coimbra Editora 1920-1995, organização de Antunes Varela, Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, Coimbra Editora, 1998, pp. 1061-1090;

OTERO, Paulo - *Manual de Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Coimbra, 2013.

PERA, Giuseppe - "*La Posizione Giuridica delle Commissioni Interne di Fabbrica*", 1954, publicado em *Scritti di Giuseppe Pera*, II, *Diritto Sindacale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 951-962.

PERGOLESI, Ferruccio - "Lineamenti Sistematici del Diritto del Lavoro", *Rivista di Diritto del Lavoro*, anno VI, 1954, I, pp. 259-290.

PINTO, Mário - "Sobre o Conflito Colectivo do Trabalho", *Revista do Gabinete de Estudos Corporativos*, ano IX, 1958, n.ºs 35-36, pp. 250-263;

PINTO, Mário - *Direito do Trabalho, Introdução e Relações Colectivas de Trabalho,* Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996;

PINTO, Mário com MARTINS, P. Furtado; Carvalho, A. Nunes de - *Comentário às Leis do Trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994.

PINTO, Mota - *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª edição, 2005, por PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO.

POLICARPO, Almeida – J. F. - "Conciliação dos Conflitos Colectivos de Trabalho", *Estudos Sociais e Corporativos*, ano IV, n.º 13, 1965, pp. 36-58;

POLICARPO, Almeida com FERNANDES, A. Monteiro - *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, Coimbra, 1970.

QUEIRÓ, Afonso; MELO, Barbosa de - "A Liberdade de Empresa e a Constituição (A Propósito do Dec-lei n.º 47 240, de 6 de Outubro de

1966)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIV, 1967, n.ºs 3-4, pp. 216-258.

RAMALHO, Palma – *Lei da Greve Anotada*, Lex, Lisboa, 1994;

RAMALHO, Palma – *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020.

ROBERTIS, Francesco de - *Storia delle Corporazioni e del Regime Associativo nel Mondo Romano*, volume I, Adraitica Editrice, Bari, 1971.

ROSAS, Fernando; BRITO, J. M. Brandão de - *Dicionário Histórico do Estado Novo*, volume I (A-L), Bertrand Editora, Venda Nova, 1996.

SALAZAR, Oliveira - *Como se Levanta um Estado*, Atomicbooks, Lisboa, 2007.

SANSEVERINO, Luisa - "Contratto Collettivo di Lavoro", *Enciclopedia del Diritto*, X (contratto-cor), direzione Franceso Calasso, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 55-77.

SANTORO-PASSARELLI, F. - "Durata Transitoria delle Norme Corporative", *Il Foro Italiano*, volume LXXIV, 1951, I, colunas 578-580.

SARAIVA, José Hermano - "Apostilha Crítica ao Projecto do Código Civil", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 27, 1967, pp. 5-141.

SERRA, Vaz - "A Revisão Geral do Código Civil - Alguns Factos e Comentários", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, volume XXII (1946), 1947, pp. 451-513.

SILVA, Luís Gonçalves da - *A Portaria de Extensão: Contributo para o seu Estudo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 1999;

SILVA, Luís Gonçalves da - "Pressupostos, Requisitos e Eficácia da Portaria de Extensão", AAVV, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, coordenação de Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 669-776;

SILVA, Luís Gonçalves da - *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, volumes I e II, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

SILVA, M. da C. Tavares da – M. DA C. TAVARES DA SILVA, *Proposta de Lei sobre o Regime do Contrato de Trabalho*, dactilografado, s.d.;

SILVA, M. da C. Tavares da - *Direito do Trabalho* (Apontamentos das Lições de Direito do Trabalho da Dra. Maria da Conceição Tavares da Silva, ao curso do 2.º ano), Instituto de Estudos Sociais, Lisboa, 1964/1965, policopiado.

SOUSA, Capelo de - *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, 2003.

SOUSA, M. Rebelo de - *Direito Constitucional, I- Introdução à Teoria da Constituição*, Livraria Cruz, Braga, 1979;

SOUSA, M. Rebelo de com ALEXANDRINO, Melo - *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, Lisboa, 2000.

SOUSA, M. Teixeira de - *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012;

SOUSA, M. Teixeira de com BELEZA, Leonor - "Direito de Associação e Associações", AAVV, *Estudos sobre a Constituição*,

volume III, coordenação de Jorge Miranda, Petrony, Lisboa, 1979, pp. 121-194.

TARCHI, Marco - "O Passado Fascista e a Democracia em Itália", AAVV, *A Sombra das Ditaduras. A Europa do Sul em Comparação*, organização de António Costa Pinto, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2013, pp. 65-85.

TELLES, I. Galvão – "Aspectos Comuns aos vários Contratos. Exposição de Motivos referente ao Título do Futuro Código Civil Português sobre Contratos em Especial", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume VII, 1950, pp. 234-315;

TELLES, I. Galvão – "Contratos Civis - Exposição de Motivos", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume IX, 1953, pp. 144-221;

TELLES, I. Galvão – "Contratos Civis - Projecto", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, volume X, 1954, pp. 161-245.

VARELA, Antunes - "A Elaboração do Código Civil", AAVV, *A Feitura das Leis*, I volume, coordenação de Rebelo de Sousa e Jorge Miranda, Instituto Nacional de Administração, Oeiras, 1986, pp. 17-47.

VIEIRA, Alexandre - *Para a História do Sindicalismo em Portugal*, 2.ª edição, Seara Nova, Lisboa, 1974.

VITAL, Fezas - *Curso de Direito Corporativo*, s.e., Lisboa, 1940.

XAVIER, B. Lobo - *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado,* 2.ª edição, Biblioteca Jurídica Atlântida, Coimbra, 1972;

XAVIER, B. Lobo - "O Papel dos Sindicatos nos Países em Desenvolvimento - Monopólio e Pluralismo Sindicais", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXV, 1978, n.ºs 3-4, pp. 289-310;

XAVIER, B. Lobo - *Direito da Greve*, Verbo, Lisboa, 1984;

XAVIER, B. Lobo - *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2.ª edição, 1993.

REFERENDO PARA INSTITUIÇÃO DE BANCO DE HORAS

REFERENDUM FOR THE IMPLEMENTATION OF TIME-BANKING

Luís Miguel Monteiro*

Sumário: Razão de ordem. Trabalho em regime de banco de horas. Procedimento do referendo. Âmbito subjectivo do referendo. Regras de votação. Resultado do referendo.

Resumo:

A partir de Outubro de 2019, empregador e trabalhador deixaram de poder acordar a prestação de trabalho segundo o modelo de banco de horas, subsistindo por mais um ano os regimes pactuados até então. O acordo individual deu lugar à aprovação por maioria qualificada dos trabalhadores, expressa em referendo, de proposta a apresentar pelo empregador, solução inovadora, sobre cujo conteúdo e procedimento se reflecte neste artigo.

Abstract:

From October 2019 onwards, employer and employee were no longer allowed to establish work pursuant to a time-banking system, agreements concluded up until then subsisting for another year. Individual agreement was replaced by approval of the employer's proposal by a qualified majority of employees, manifested in referendum. This being an innovative solution, the present article reflects upon its content and procedure.

* *Mestre em Direito; advogado.*

Razão de ordem

1. Um ano volvido do início de vigência da Lei n.º 93/2019, de 4 de Setembro, terminou o período de eficácia dos acordos que instituíram regimes individuais de banco de horas.

A alínea *a)* do artigo 10.º daquela Lei revogou o artigo 208.º-A do Código do Trabalho e, por essa via, inviabilizou o pacto entre empregador e trabalhador, tendo por objecto a instituição desta modalidade de organização do tempo de trabalho. Não obstante e nos termos do n.º 5 do artigo 11.º da mesma Lei, "*o regime de banco de horas individual em aplicação na data de entrada em vigor da presente lei cessa no prazo de um ano a contar da entrada em vigor desta lei*", ou seja, no dia 1 de Outubro de 2020, tendo em conta a vigência do diploma a partir do primeiro dia útil do mês seguinte ao da sua publicação (cfr. art.º 13.º/1).

A intervenção legislativa de 2019 não se limitou, todavia, a suprimir o banco de horas individual. Por via de alteração do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, aquele deu lugar à possibilidade de o empregador submeter a colectivo de trabalhadores proposta do mesmo regime, para aprovação ou rejeição através do que a norma legal designa por "referendo" (cfr. art.º 208.º-B/2).

Deste modo e na ausência de regulamentação colectiva que disponha sobre a matéria, os sujeitos da relação de trabalho deixaram de poder acordar, entre eles, a prestação de actividade

segundo o modelo de banco de horas, excepto se maioria qualificada de trabalhadores aceitar fazê-lo nos termos unitariamente propostos pelo empregador. Sendo de admitir que subsiste o interesse em que o trabalho seja realizado sob esse regime, é expectável que nos tempos próximos e para lá das vicissitudes que a actual crise de saúde pública determina, se sucedam as iniciativas para a sua instituição segundo o novo enquadramento normativo.

Tendo presente esse facto, procura-se no texto reflectir sobre as regras predispostas na lei – no Código do Trabalho e na Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro – para a realização da consulta a colectivo de trabalhadores, que constitui, doravante, condição de acesso ao regime de banco de horas, em alternativa à solução que possa resultar da regulamentação colectiva.

Trabalho em regime de banco de horas

2. A possibilidade de prestação de trabalho de acordo com a fórmula que se convencionou designar por banco de horas, foi consagrada logo na versão do Código do Trabalho aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

O artigo 208.º do Código prevê que o empregador organize a prestação de trabalho mantendo com o trabalhador uma relação de crédito e débito de tempo, reciprocamente compensáveis por via do respectivo exercício. O trabalhador pode prestar quantidade superior de trabalho – no máximo, mais quatro horas diárias e duzentas horas

anuais, com o limite cumulativo de não mais de sessenta horas de trabalho por semana[1] – em resultado do que adquire crédito sobre o empregador, tendencialmente[2] a satisfazer por via da redução do tempo de trabalho; e assim de modo sucessivo. É um "banco" ou "conta-corrente", do qual se retira e no qual se credita tempo de trabalho.

A consagração deste modelo de prestação insere-se na dinâmica geral de oferecimento de soluções legais destinadas a flexibilizar a gestão do trabalho e, em particular, o momento da realização deste. E embora estas possam satisfazer interesses específicos do trabalhador[3], é inegável que a consagração legislativa de diversas soluções – *maxime*, as da adaptabilidade e banco de horas – é tendencialmente feita a partir da ponderação da posição do empregador, a quem são oferecidas mais soluções para responder às vicissitudes próprias da organização produtiva. Sintomaticamente, é regulado em primeiro lugar, como hipótese típica, o aumento do período de trabalho, para só depois se definirem os termos em que deve ocorrer a redução correspondente (cfr. Código do Trabalho,

[1] São os limites definidos para o banco de horas previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (Código do Trabalho, art.º 208.º/2).

[2] Ao contrário do que sucede com a figura próxima da adaptabilidade do tempo de trabalho, a disciplina legal do banco de horas sempre admitiu que o crédito do trabalhador resultante do acréscimo da duração do trabalho fosse satisfeito por meios alternativos à redução daquela, em concreto através de compensação pecuniária e – já por efeito de regra introduzida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho – do alargamento da duração das férias [Código do Trabalho, art.º 208.º/4, alínea *a)*].

[3] Assinale-se, por exemplo, que o direito do trabalhador com responsabilidades parentais a horário de trabalho flexível compreende a hipótese de períodos diários de trabalho de duração diferenciada, a aferir em termos médios num horizonte temporal de quatro semanas (Código do Trabalho, art.º 56.º/4).

art.ºs 208.º/2 e 208.º-B/3), embora nenhuma prioridade, lógica ou cronológica, o imponha. De modo mais significativo, a especial protecção concedida a certas categorias de trabalhadores passa exactamente por lhes reconhecer o direito à dispensa da prestação de trabalho de acordo com estas soluções de flexibilização – a mulher grávida, puérpera ou lactante (art.º 58.º/1), qualquer dos progenitores quando isso afecte a regularidade da aleitação (n.º 2), o trabalhador menor, deficiente ou que sofra de doença crónica, quando haja prejuízo para a sua saúde ou segurança no trabalho [art.ºs 74.º/1 e 87.º/1, alínea *a)*] e o estudante que acumule esse estatuto com o de trabalhador, em caso de coincidência com o horário escolar ou com prova de avaliação (art.º 90.º/6).

3. Assim, desde 2009, o ordenamento jurídico português acolhe regime legal do instituto, que nos onze anos entretanto decorridos conheceu três configurações distintas.

Um primeiro momento, até Julho de 2012, corresponde ao monopólio da regulamentação colectiva, pois o banco de horas apenas podia ser instituído por essa via, nos termos do artigo 208.º do Código do Trabalho. A partir de Agosto de 2012 e em resultado do aditamento, pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho[4], dos artigos 208.º-A e 208.º-B ao Código do Trabalho, o regime da adaptabilidade foi replicado, alargando-se a instituição do banco de horas ao acordo entre os sujeitos da relação de trabalho e sendo igualmente prevista a sua extensão *ex lege*, mediante requisitos específicos, a

[4] Com início de vigência em 1 de Agosto desse ano (cfr. art.º 11.º).

trabalhadores não abrangidos pelo instrumento de regulamentação colectiva, bem como aos que tivessem rejeitado – ou a quem ele não tivesse sido proposto – o acordo de banco de horas aceite por maioria qualificada dos demais. Finalmente e nos termos *supra* referidos, na terceira fase de regulamentação, decorrente da Lei n.º 93/2019, o legislador assumiu em pleno o propósito de restringir o âmbito aplicativo do instituto[5], por via da supressão da possibilidade de acordos individuais de banco de horas e, por conseguinte, do correspondente alargamento a terceiros não contraentes, substituídos pela consulta ao colectivo dos trabalhadores.

Presentemente, o regime de banco de horas pode ser previsto em instrumento de regulamentação colectiva, sendo aplicável às relações de trabalho por ele abrangidas (Código do Trabalho, art.º 208.º/1). Quando se trate de instrumento de natureza negocial, fica circunscrito aos vínculos mantidos entre empregador outorgante ou filiado em associação outorgante e os trabalhadores ao seu serviço filiados no sindicato subscritor ou que, não sendo sindicalizados, tenham optado pela aplicação do mesmo convénio (art.ºs 496.º e 497.º).

Todavia e mediante previsão expressa do mesmo instrumento de regulamentação que seja aplicável, no mínimo, a 60% dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica, os demais membros desta podem ser abrangidos pelo regime de banco de horas

[5] Justificado pelo objectivo de "*reduzir a individualização das relações laborais*" (cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 136/XIII, que deu origem à Lei n.º 93/2019).

nele consagrado; trata-se da primeira configuração do que a lei designa por banco de horas grupal (cfr. epígrafe e n.º 1 do artigo 208.º-B do Código do Trabalho).

A segunda das modalidades "grupais" do banco de horas já não descreve a extensão do âmbito subjectivo de aplicação de regime previsto noutra fonte – e sempre aplicável nos termos determinados por esta –, mas a solução que decorre da aprovação, por maioria qualificada dos trabalhadores expressa em referendo, de proposta apresentada pelo empregador (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/2). Apenas esta será considerada na análise a fazer nos números seguintes.

4. A proposta submetida a referendo – "projecto de regime", na designação do legislador (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/4) – tem conteúdo mínimo obrigatório, em parte coincidente, por via de remissão para o n.º 4 do artigo 208.º [art.º 208.º-B/4, alínea *c)*], com o exigido para o acordo individual de banco de horas no preceito revogado em 2019 (cfr. art.º 208.º-A/1, *in fine*).

Deve assim ser previsto o modo de satisfação do crédito de horas do trabalhador, resultante do acréscimo de tempo de trabalho, de acordo com uma ou várias das opções disponíveis[6] – diminuição do tempo de prestação, aumento da duração das férias ou pagamento

[6] A possibilidade de optar por mais do que uma das formas legalmente previstas de compensação do trabalho prestado em acréscimo é expressamente assegurada na alínea *a)* do n.º 4 do artigo 208.º do Código do Trabalho, por via da referência a "*pelo menos, uma das seguintes modalidades*".

em dinheiro – e o período de aviso prévio a cumprir pelo empregador para usar a bolsa de horas ao seu dispor, por via da exigência de mais trabalho, bem como as regras de satisfação do crédito de tempo a favor do trabalhador, quando a isso dê lugar aquela prestação de trabalho (e não a aumento do período de férias ou a pagamento em dinheiro).

Em acréscimo, a proposta a submeter aos trabalhadores deve incluir a definição do âmbito subjectivo de aplicação do banco de horas – equipa, secção ou unidade económica a abranger e correspondentes excepções, a existirem – e o período de vigência do regime, com o limite de quatro anos [Código do Trabalho, art.ºs 208.º-B/4, alíneas *a)* e *b)*].

A concreta solução de banco de horas a referendar deve ainda respeitar os limites de acréscimo de trabalho previstos na lei, compreensivelmente mais curtos que os facultados à regulamentação colectiva de trabalho: duas horas diárias e cento e cinquenta horas anuais, não podendo a duração do período de trabalho semanal ultrapassar cinquenta horas (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/3).

Procedimento do referendo

5. A solução legislativa de 2019 designou por referendo a solução pela qual os trabalhadores se pronunciam sobre a proposta de banco de horas apresentada pelo empregador (cfr. art.º 208.º-B/2: "*o regime de banco de horas pode ainda ser instituído e aplicado ao*

conjunto dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, desde que aprovado em referendo pelos trabalhadores a abranger, nos termos dos números seguintes").

Trata-se de novidade, pois nem o Código do Trabalho, nem a legislação extravagante, empregam em algum momento esta fórmula para descrever o processo ou o resultado de expressão colectiva da vontade dos trabalhadores.

A lei admite a declaração de greve por assembleia de trabalhadores, na ausência de filiação sindical da maioria daqueles (Código do Trabalho, art.º 531.º/2). Prevê ainda a constituição de diversas estruturas de representação colectiva e a designação dos respectivos membros, por eleição – comissão de trabalhadores (art.ºs 430.º e 433.º), representantes para a segurança e saúde no trabalho (Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro, art.º 27.º), grupo especial de negociação e conselho de empresa europeu (Lei n.º 96/2009, de 3 de Setembro, art.º 26.º), representantes dos trabalhadores na sociedade europeia (Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro, art.º 38.º) e na sociedade cooperativa europeia (Lei n.º 8/2008, de 18 de Fevereiro, art.º 41.º). E acolhe também a designação subsidiária, pelos interessados, de comissões representativas *ad hoc* dos trabalhadores abrangidos por transmissão de unidade económica (Código do Trabalho, art.º 286.º/6) e pela redução temporária dos períodos normais de trabalho ou suspensão dos contratos em situação de crise empresarial (art.º 299.º/3), dos incluídos em despedimento colectivo (art.º 360.º/3), dos grevistas (art.º 532.º/1) e,

recentemente, dos destinatários do projecto de banco de horas (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/3). Não obstante a diversidade destas situações e do significado jurídico das normas que as regem, em nenhuma a participação dos trabalhadores e o modo de expressão da sua vontade são assimilados à categoria de "referendo".

Com o termo, alude-se comumente ao "*direito de os cidadãos emitirem directamente a sua opinião em assuntos de grande interesse geral*"[7], estando no nosso ordenamento jus-constitucional reservado para a pronúncia da colectividade sobre questões importantes, decisivas, da vida comum[8]. Não se afigurando que a prestação de trabalho em regime de banco de horas revista maior relevância que outras ocorrências ou vicissitudes que modelam a relação de trabalho, admite-se que subjacente a essa qualificação da consulta vinculativa dos trabalhadores esteja, mais do que o objecto desta, a ideia de *procedimento* específico para a obtenção de determinado *resultado* – a pronúncia directa de pluralidade de indivíduos sobre questão específica submetida à sua consideração, a qual não é autopromovida, como sucede, por exemplo, na declaração de greve em assembleia de trabalhadores, mas responde a interpelação ou iniciativa exógena, do empregador.

[7] António de Morais Silva, *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, vol. IV, Editorial Confluência/Livros Horizonte, Lisboa, 1981, entrada *referêndum*, p. 488.

[8] O referendo constitui modo de o povo exercer o poder político (Constituição da República, art.º 10.º/1), a propósito de "*questões de relevante interesse nacional*" (art.º 115.º/3), de "*relevante interesse específico regional*" (art.º 232.º/2) ou incluídas nas competências dos órgãos das autarquias locais, por isso com significado nesse âmbito geográfico. A Lei orgânica do regime do referendo volta a reservá-lo para "*questões de relevante interesse nacional*" (Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, art.º 2.º).

Retêm-se, por isso, os traços característicos da participação directa, logo sem a intermediação de representantes, de pluralidade de trabalhadores, vinculativa e seguindo determinado procedimento.

Numa leitura contratual, o resultado da consulta referendária prevista no artigo 208.º-B do Código do Trabalho é *sui generis*, contrastando visivelmente com o regime do banco de horas individual que materialmente veio substituir: tratando-se de disciplina de génese voluntária, os trabalhadores dispõem quanto a ela da faculdade de celebração, mas não de estipulação, conferida em exclusivo à proposta do empregador[9]. E a vontade individual apenas tem relevância enquanto meio de formação da vontade plural, pois ainda que determinado trabalhador esteja de acordo em oferecer a sua prestação nos termos de concreto modelo de banco de horas, não lhe ficará sujeito se o número de aderentes for insuficiente para aprovar em referendo a proposta do empregador.

6. Os aspectos procedimentais assumem por isso lugar central na organização do tempo de trabalho segundo esta nova modalidade grupal de banco de horas. Cumpre analisar as normas que os regulam, estabelecidas nos n.ºs 5 e 9 do artigo 208.º-B do Código do Trabalho (o n.º 8 contém mera remissão) e nos artigos 32.º-A e 32.º-B da Lei n.º 105/2009.

[9] O empregador não está impedido de negociar com os trabalhadores, directamente ou através de representantes, as condições do banco de horas a referendar. Porém, o projecto deste assumirá sempre a estrutura jurídica de proposta sua, a submeter a colectivo de trabalhadores.

Aquelas disposições regulam dois aspectos distintos: a publicidade do regime de banco de horas proposto pelo empregador, objecto do n.º 5 do artigo 208.º-B do Código do Trabalho e igualmente regulada no artigo 32.º-A da Lei n.º 105/2009; a convocação e realização do referendo através do qual se deve expressar a resposta dos trabalhadores, de que trata o n.º 9 do artigo 208.º-B do Código, bem como o n.º 1 do artigo 32.º-A e o artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009. Ver-se-á, no entanto, que a disciplina legal das duas dimensões indicadas não é totalmente coincidente nas diversas normas.

O empregador deve dar a conhecer aos trabalhadores a proposta ou projecto de regime de banco de horas, com o conteúdo indicado *supra*, em 4, convocando em simultâneo a consulta, com indicação do local, dia e hora da respectiva realização, respeitando a antecedência mínima de 20 dias (cfr. Código do Trabalho, art.º 208.º-B/5 e Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/1). Embora não estejam impedidas outras formas de publicidade e, mesmo, a notificação pessoal de cada trabalhador, é exigida a afixação nos locais de trabalho – no lugar, vísivel, onde se encontram os mapas de horário de trabalho – do projecto a referendar, de modo a permitir a acção fiscalizadora da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) e a própria actualidade da informação disponibilizada aos trabalhadores, até ao momento em que estes expressem a sua vontade.

Dos dois preceitos indicados no parágrafo anterior decorre também a obrigação do empregador disponibilizar à ACT e às

estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, tanto a proposta de regime de banco de horas, como a convocatória do referendo. Apenas o envio à ACT de cópia desta convocatória se encontra previsto em termos expressos (cfr. Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/1); todavia, aquela consiste, essencialmente, em informação sobre a data, hora e local do referendo, de que o empregador deve também dar conhecimento aos representantes dos trabalhadores (*idem*, *ib.*), sendo certo que outros aspectos atinentes à organização da consulta aos trabalhadores, incluindo os termos de realização da votação, integram necessariamente a convocação do referendo, por serem incindíveis daquela, devendo por isso considerar-se abrangidos pelo dever de informação a cumprir indistintamente perante ambos os destinatários.

7. A ACT tem jurisdição em todo o território continental português[10], integrando serviços centrais e 32 serviços desconcentrados, incluindo diversos centros locais.

Cabendo a estes "*assegurar a recepção e tratamento de documentos relativos ao cumprimento das obrigações legais*" [Portaria n.º 1294-D/2007, de 28 de Setembro, art.º 6.º/1, alínea *c)*], devem ser eles os destinatários dos documentos que titulam a proposta de regime de banco de horas e a convocatória do referendo. O âmbito deste determinará o centro local territorialmente competente: o da área geográfica onde se situa a sede de empresa,

[10] Nas Regiões Autónomas, as competências correspondentes cabem à Inspecção Regional do Trabalho dos Açores e à Direcção Regional do Trabalho e da Acção Inspectiva da Madeira.

quando o referendo abranja o conjunto desta, ou o correspondente à localização do estabelecimento ou unidade económica, se apenas a ele se restringir o banco de horas a aplicar e, consequentemente, a consulta referendária.

8. A informação sobre o regime de banco de horas proposto e a organização da correspondente pronúncia dos trabalhadores é também prestada às estruturas de representação colectiva dos trabalhadores.

Para este efeito, a representação é assegurada pela comissão de trabalhadores ou, na sua falta e sucessivamente, pelas comissões intersindicais, comissões sindicais ou delegados sindicais dos sindicatos em que se encontrem filiados os trabalhadores abrangidos pela proposta de banco de horas (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/2). Na falta desses representantes[11], o universo relevante de trabalhadores dispõe da faculdade de designar, de entre eles e nos cinco dias úteis a contar da prestação de informação pelo empregador, os membros de comissão *ad hoc*, com a composição máxima de três ou cinco membros, consoante o projecto a referendar abranja até cinco ou mais trabalhadores (*idem*, n.º 3).

[11] O que não é sinónimo de inexistência das indicadas estruturas de representação colectiva, mas, apenas, de que não actuam em nome da totalidade dos trabalhadores relevantes. Ao contrário do que sucede com a comissão de trabalhadores, que representa todos os com vínculo ao mesmo empregador (Código do Trabalho, art.º 415.º/1), a representação que cabe às estruturas sindicais está legalmente circunscrita aos trabalhadores filiados nos sindicatos respectivos (cfr. art.ºs 444.º/1 e 460.º). Logo, qualquer uma das estruturas sindicais mencionadas coexistirá com a comissão *ad hoc* a designar pelos trabalhadores não sindicalizados ou filiados em sindicato sem presença na empresa.

Esta previsão replica as soluções acolhidas em sede de transmissão de unidade económica (Código do Trabalho, art.º 286.º/6), de *lay-off* (art.º 299.º/3)[12] e de despedimento colectivo (art.º 360.º/3). Todavia, aí está em causa configuração específica do dever de consulta[13], sob a forma de contactos negociais visando alcançar acordo sobre medidas a aplicar aos trabalhadores abrangidos pela decisão do empregador (cfr. art.ºs 286.º/4, 300.º e 361.º), designadamente para reduzir a possibilidade de esta, não obstante o seu âmbito e carácter colectivos, ser aplicada aproveitando a maior fragilidade das situações individuais.

Ao invés, das normas do n.º 5 do artigo 208.º-B do Código do Trabalho e do artigo 32.º-A da Lei n.º 105/2009 resulta que a interlocução entre empregador e estruturas representativas dos trabalhadores a propósito da modalidade em apreço do banco de horas, consiste essencialmente na obrigação de informar, quanto ao projecto de regime do banco de horas e, bem assim, quanto ao modo como os trabalhadores sobre ele se pronunciarão. Aqueles preceitos não prevêm outro modo de participação das mesmas estruturas de representação colectiva, *maxime* sob a forma geral de emissão de parecer prévio, não vinculativo (Código do Trabalho, art.ºs 427.º/4 e 466.º/1 e 2)[14]. Por outro lado, não estando em causa medidas

[12] No caso desta, com os elementos dissonantes do prazo para constituir a comissão representativa – cinco dias de calendário, em lugar de dias úteis – e da sua composição, limitada a três elementos sempre que a medida a aplicar não abranja mais de vinte trabalhadores (Código do Trabalho, art.º 299.º/3).

[13] Assim se lhe refere o legislador, no artigo 286.º/4 do Código do Trabalho.

[14] A proposta de referendo sobre concreto regime de banco de horas não constitui "medida" do empregador de que possam resultar mudanças substanciais na organização de trabalho, não obrigando por isso a parecer prévio da comissão de trabalhadores [Código do Trabalho, art.º 425.º, alínea *c)*, *in fine*], nem do

impostas aos trabalhadores por decisão do empregador, mas a produção de efeito jurídico que depende da adesão de maioria qualificada daqueles, falta o pressuposto lógico que justificaria a procura de consenso prévio sobre o conteúdo e extensão daquelas[15].

Neste estrito âmbito, a constituição de comissão representativa pelos trabalhadores abrangidos pela proposta de referendo afigura-se inútil, pois esta é destinatária da mesma informação a disponibilizar, individualmente, aos trabalhadores que a integram (cfr. Código do Trabalho, art.º 208.º-B/5 e Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/1).

9. O percurso feito no número anterior permite constatar que nesta sede, a interlocução entre empregador e estruturas

delegado sindical [art.º 466.º/1, alínea *c)*]. Como se defende no texto, a dependência necessária da aceitação de maioria qualificada dos trabalhadores excluí-o. Para além disso, a subsistência da obrigação de solicitar parecer prévio sempre suporia resolvido o problema da relação entre os deveres gerais de informação e consulta das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores e os deveres da mesma natureza definidos a propósito de situações específicas, como as acima identificadas (transmissão da unidade económica com concomitante transmissão da posição contratual de empregador nos contratos de trabalho àquela afectos; aplicação de medida de *lay-off*; despedimento colectivo), afigurando-se que os últimos se encontram normativamente predispostos numa lógica de especialidade. A análise da questão escapa, porém, ao escopo do presente estudo.

[15] É certo que em sede de despedimento colectivo, a fase de informações e negociação "*com vista a um acordo sobre a dimensão e efeitos das medidas a aplicar*" inclui soluções dependentes de aceitação pelo trabalhador (cfr. Código do Trabalho, art.º 361.º/1 e 3). Porém, por um lado, estas não esgotam o elenco das medidas aplicáveis (*idem*, cfr. n.º 2) e, por outro, subjacente àquela negociação encontra-se manifestação de vontade do empregador idónea a, por si só, produzir o efeito jurídico pretendido (o despedimento). Já em sede de banco de horas, a aplicação da própria *medida* depende da adesão de maioria qualificada dos trabalhadores, pelo que carece de sentido a procura prévia de acordo sobre a sua dimensão e efeitos.

representativas dos trabalhadores consiste na obrigação de informar: dar a conhecer o projecto de regime do banco de horas e, bem assim, o modo como os trabalhadores sobre ele se pronunciarão.

Não obstante, o n.º 5 do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009 ultrapassa a habitual dicotomia entre informação e consulta, ao consagrar a possibilidade de acompanhamento da votação por representantes dos trabalhadores.

A hipótese apenas se encontra admitida em termos expressos para situações de referendo sujeitas ao procedimento especial de supervisão pela ACT, o que de acordo com o disposto no n.º 9 do artigo 208.º-B do Código do Trabalho, sucederia sempre que o número de trabalhadores abrangidos pelo projeto de regime de banco de horas fosse inferior a dez, independentemente de quantos, em média, tivessem estado ao serviço da empresa no ano civil anterior[16], não obstante os termos redutores da epígrafe do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009 ("*procedimento em caso de microempresa*").

Esta delimitação do âmbito do referendo sujeito à intervenção da ACT não é, porém, rigorosa. A leitura do n.º 1 daquele último preceito mostra que o parâmetro aplicativo para sujeitar o referendo a supervisão daquela Autoridade supõe ainda a ausência de

[16] O número médio de trabalhadores no ano civil anterior ao da verificação do facto relevante para aplicação do regime constitui o critério de medida da dimensão das empresas, sendo micro a que emprega menos de dez trabalhadores (Código do Trabalho, art.º 100.º).

representação dos trabalhadores abrangidos pelas estruturas que a norma legal indica – "*a comissão de trabalhadores, as comissões intersindicais, as comissões sindicais e os delegados sindicais existentes na empresa*" (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-A/2). Por conseguinte, o âmbito de aplicação deste procedimento especial de referendo assenta, a um tempo, no número inferior a dez dos trabalhadores abrangidos pela proposta a referendar e na inexistência de representação colectiva institucionalizada[17].

Assim, quando existam comissão de trabalhadores, comissões intersindicais, comissões sindicais ou delegados sindicais que, pela indicada ordem de prioridade, representem os trabalhadores abrangidos pelo projecto de regime de banco de horas, independentemente do número destes ou da dimensão da empresa, o referendo é organizado exclusivamente pelo empregador. Já quando os trabalhadores chamados a participar no referendo, em número inferior a dez, não sejam representados por nenhuma daquelas estruturas de representação colectiva, a realização do referendo é sujeita a controlo da ACT (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/1).

10. De acordo com a mesma disposição legal, a votação no referendo supervisionado pela ACT pode ser acompanhada por dois

[17] Quando apenas parte dos trabalhadores abrangidos pelo referendo, em número inferior a dez, seja representada pelas estruturas sindicais mencionadas, existem ainda assim representantes dos trabalhadores, pelo que não há lugar a supervisão da ACT (cfr. Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/1).

representantes dos trabalhadores (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/5). A regra suscita algumas dificuldades aplicativas.

A referência àquela representação apela primeiramente ao elenco acolhido no n.º 2 do artigo 32.º-A da Lei n.º 105/2009, a saber, comissão de trabalhadores, comissões intersindicais, comissões sindicais e delegados sindicais. Todavia e como se afirmou *supra*, a supervisão do referendo pela ACT pressupõe a inexistência daqueles, pelo que sob pena de contradição lógica entre os comandos dos n.ºs 1 e 5 do mesmo artigo 32.º-B, parece estar em causa outra forma de representação dos trabalhadores.

Isso conduz a restringir os mesmos representantes, para este efeito, apenas aos que podem ser designados quando não existam, na empresa, estruturas institucionalizadas de representação colectiva. Trata-se da comissão *ad hoc* composta por não mais de cinco dos trabalhadores abrangidos pelo projecto de referendo, cuja constituição subsidiária é facultada pela norma do n.º 3 do artigo 32.º-A da Lei n.º 105/2009 e que assume então neste domínio – o do acompanhamento, por dois dos seus membros, da votação feita sob supervisão da ACT – o papel que verdadeiramente justifica a sua constituição.

Não obstante, esta leitura conjugada dos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009 leva de imediato a perguntar que razão justifica limitar o acompanhamento da votação pelos representantes dos trabalhadores ao referendo organizado pela ACT. Dir-se-ia, de resto, que é exactamente nos referendos não supervisionados pela

autoridade pública – por abrangerem pelo menos 10 trabalhadores ou por existir representação colectiva institucionalizada na empresa – que a vigilância da votação pelos representantes dos trabalhadores mais se justifica.

É certo que no caso da comissão de trabalhadores, essa prerrogativa pode encontrar amparo na norma da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 423.º do Código do Trabalho, em concreto no segmento que consagra a sua participação em "*procedimentos relativos à alteração das condições de trabalho*". A solução já não aplicável, todavia, às estruturas de representação sindical na empresa.

A dúvida sobre a razão – e a razoabilidade – de restringir o acompanhamento da votação por dois representantes dos trabalhadores aos referendos supervisionados pela ACT, é extensível ao âmbito de aplicação do n.º 7 do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009, neste caso a propósito da publicidade do resultado do referendo, da comunicação deste às estruturas de representação colectiva e do anúncio do início da aplicação do regime de banco de horas aprovado. Nos casos em que não há lugar a intervenção da ACT, estas informações também carecem de ser dadas a conhecer, nos mesmos termos: o resultado do referendo tem de ser divulgado, logicamente pela forma como foi convocado e anunciado o seu objecto; se os representantes institucionais dos trabalhadores receberam cópia daquela convocatória, é natural que devam ser informados do resultado; e, do mesmo modo, alguma dilação tem de existir entre a aprovação da proposta do empregador e o início de vigência do

regime referendado. Não obstante, nenhum destes aspectos é regulado senão a propósito do referendo sujeito a supervisão da ACT.

11. Tudo isto sugere, em suma, incorrecta opção sistemática do legislador, por via da inserção no regime do referendo especialmente destinado a número reduzido de trabalhadores, em empresas sem estruturas de representação colectiva ou em que estas não representam os participantes, de normas que regulam afinal aspectos comuns a todas as consultas para instituição de banco de horas.

A ausência de regulamentação daí resultante constitui lacuna, a suprir por via da aplicação analógica das normas dos n.ºs 5 e 7 do mesmo artigo 32.º-B aos referendos não sujeitos a supervisão da ACT[18].

Deste modo, importa distinguir supervisão do referendo pela ACT, dependente da dupla condição mencionada no n.º 1 do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009, e intervenção dos representantes dos trabalhadores em qualquer consulta referendária para a instituição do regime de banco de horas, no âmbito da qual dois deles[19] podem

[18] Como se indicou *supra*, apenas não há lacuna, a integrar pela via proposta, quanto ao acompanhamento pela comissão de trabalhadores da votação no referendo, pois esta faculdade pode ser ancorada na norma da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 423.º do Código do Trabalho.

[19] O que no caso de pluralidade de estruturas de representação colectiva – *maxime*, vários delegados ou comissões sindicais – obriga ainda a definir o critério de escolha dos dois indivíduos a quem será facultado aquele acompanhamento, de entre os muitos concebíveis (*v.g.*, os dois delegados do sindicato mais representativo dos trabalhadores abrangidos pelo referendo, um delegado de cada um dos dois sindicatos mais representativos, os dois primeiros a apresentarem-se

acompanhar a votação, ficando o empregador obrigado a publicitar o resultado nos locais de afixação dos mapas de horário de trabalho, comunicá-lo aos representantes dos trabalhadores, e, caso o regime de banco de horas tenha sido aprovado, designar o dia em que se inicia a sua aplicação, com a antecedência mínima de cinco dias úteis.

12. Na disciplina jurídica do referendo para instituição do regime de banco de horas, a ACT assume os papéis específicos – em acréscimo ao seu poder geral de fiscalizar o cumprimento das normas em matéria laboral (cfr. Decreto-lei n.º 167-C/2013, de 31 de Dezembro, art.º 11.º/1 e Decreto Regulamentar n.º 47/2012, de 31 de Julho, art.º 2.º/1) – de destinatária do projecto daquele regime e da convocatória do mesmo referendo, bem como de responsável pela supervisão de algumas dessas consultas.

Assim, quando o referendo do projecto de banco de horas abranja menos de dez trabalhadores, em empresas sem representação colectiva institucional, cabe à ACT marcar e controlar a realização da consulta, apurar o respectivo resultado e comunicá-lo ao empregador (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/2, 5 e 6).

Para esta situação já se encontra expressamente definido o critério atributivo de competência ao serviço da ACT – o "*territorialmente competente*", de acordo com o n.º 1 do artigo

no momento do início da votação, a escolha, se necessário por maioria, pelos demais representantes).

32.º-B da Lei 105/2009 –, cuja aplicação também ao cumprimento do dever geral de informação se preconizou *supra*, em 7.

A marcação do referendo deve ocorrer nos dez dias úteis subsequentes ao requerimento do empregador, faculdade devolvida a este apenas quando isso não suceda em noventa dias (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/2 e 3). Consequentemente, o agendamento feito por esta Autoridade até ao termo deste último período mantém-se eficaz.

A ACT notifica a data e horário de realização da consulta apenas ao empregador, o qual deve dá-los a conhecer aos trabalhadores no prazo geral de convocação do referendo, de vinte dias, e em conjunto com a indicação do local onde este terá lugar (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/2 e 4). Estranhamente, a lei mantém a exigência geral de o empregador informar trabalhadores e seus representantes do projecto do regime de banco de horas, em conjunto com o pedido de intervenção da ACT, o que redunda em dois momentos de comunicação àqueles – no primeiro, sobre a proposta de regime de banco de horas e, eventualmente, o local do referendo; num segundo, sobre a data e horário deste, determinado pela ACT ou, subsidiariamente, pelo empregador.

13. Cumpridos os procedimentos descritos, cabe à Autoridade para as Condições do Trabalho supervisionar a realização da votação, apurar o resultado do referendo e comunicá-lo por escrito ao empregador (Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/5 e 6).

No exercício da primeira faculdade, a ACT orienta a consulta dos trabalhadores, devendo assumir as tarefas necessárias a que cada um daqueles possa expressar a sua vontade através do voto[20].

Âmbito subjectivo do referendo

14. Os dados normativos disponíveis apontam expressamente para a delimitação subjectiva do regime de banco de horas submetido a referendo.

O próprio projecto deve indicar o âmbito de aplicação daquele, com inclusões e exclusões [Código do Trabalho, art.º 208.º-B/4, alínea *a)*]; a maioria qualificada de 65% afere-se por referência ao número de "*trabalhadores abrangidos*" (*idem*, n.º 6) e a estabilidade destes condiciona a permanência do modelo de prestação de trabalho em banco de horas aprovado, que subsiste apenas enquanto igual percentagem dos membros da equipa, secção ou unidade económica aos quais o mesmo seja, em cada momento, aplicável, tiverem sido destinatários da correspondente proposta inicial (n.º 7)[21].

[20] Cfr. *infra* no texto, n.º 19. A circunstância de os n.ºs 5 e 6 do artigo 32.º-B da Lei n.º 105/2009 fazerem menção expressa à supervisão do referendo e à comunicação do respectivo resultado por *representante* da ACT, mais acentua a necessidade de condução pessoal, pelo mesmo, dos procedimentos de votação, *v.g.*, abertura e encerramento desta, verificação da identidade dos votantes, guarda dos votos e do local onde são depositados, contagem destes e determinação da percentagem dos aderentes à proposta do empregador.

[21] A norma não exige – nem poderia, pois isso supunha conhecer o sentido do voto de cada um (cfr. *infra* no texto, n.º 18) – que 65% dos trabalhadores abrangidos pela proposta de referendo que se mantêm na equipa, secção ou unidade

Nessas hipóteses normativas, regula-se o universo dos trabalhadores abrangidos pelo projecto de regime de banco de horas e não, em rigor, o dos admitidos a participar no referendo. Mas o legislador logo esclarece que o mesmo regime só pode ser aplicado ao conjunto dos trabalhadores da equipa, secção ou unidade económica, após aprovação "*em referendo pelos trabalhadores a abranger, nos termos dos números seguintes*" (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/2), deixando consignada a solução que naturalmente se impõe, a de impedir quem não preste trabalho segundo o modelo de banco de horas de intervir no meio destinado a instituí-lo e, consequentemente, integrar a maioria que o viabiliza ou o número dos que, ainda que em minoria, impedem a respectiva aplicação.

15. Cabe ao empregador definir a extensão do âmbito aplicativo do regime de banco de horas e, consequentemente, da legitimidade para participar no referendo destinado a instituí-lo, tendo por referência as realidades organizativas da equipa, secção e unidade económica e os trabalhadores a elas afectos (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/2).

Daquelas, apenas a última tem conteúdo legalmente fixado – "*conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma*

económica tenham sido favoráveis ao regime de banco de horas proposto. Por conseguinte, mudança na composição daquela equipa, secção ou unidade económica pode cumprir-se pela saída de quem contribuiu para a formação da indicada maioria qualificada.

atividade económica, principal ou acessória" (Código do Trabalho, art.º 285.º/5). Às duas primeiras são feitas referências esparsas a propósito de matérias diversas [cfr., *v.g.*, art.º 220.º (equipa) e art.ºs 368.º/2 e 369.º/1, alínea *a)* (secção)], ao que parece estar subjacente o apelo a realidades organizativas que embora necessariamente pré-existentes, são sempre da responsabilidade do empresário-empregador, no exercício da sua faculdade de livre disposição do conjunto de meios afectos ao prosseguimento de determinada actividade económica[22].

A delimitação do âmbito subjectivo do referendo tem, até por isso, marcado carácter casuístico, acentuado pela faculdade do empregador dele poder excluir grupos profissionais específicos [art.º 208.º-B/4, alínea *a)*].

16. Embora integrem a equipa, secção ou unidade económica que o empregador projecta dever trabalhar segundo o regime de banco de horas, trabalhadores há que a isso não estão obrigados.

A delimitação destes pode fazer-se distinguindo aqueles a quem é genericamente reconhecido o direito a dispensa de prestação de actividade neste modelo de gestão do tempo de trabalho, qualquer que seja a fonte da respectiva instituição, dos que apenas dele são

[22] Sobre estes conceitos, ver, por todos, António Nunes de Carvalho, "Notas sobre o art. 206.º do Código do Trabalho (adaptabilidade grupal)", *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, Coimbra Editora, 2011, pp. 229 e seguintes.

excluídos quando o mesmo assuma configuração "grupal", incluindo por via da instituição por referendo.

O primeiro grupo é integrado pelas trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (Código do Trabalho, art.º 58.º/1), qualquer dos progenitores quando isso afecte a regularidade da aleitação (n.º 2), o trabalhador menor, deficiente ou que sofra de doença crónica, quando haja prejuízo para a sua saúde ou segurança no trabalho [art.ºs 74.º/1 e 87.º/1, alínea *a)*] e o estudante que acumule esse estatuto com o de trabalhador, em caso de coincidência com o horário escolar ou com prova de avaliação (art.º 90.º/6).

Integram o universo dos trabalhadores excluídos do banco de horas aprovado por referendo os abrangidos por convenção colectiva que disponha de modo contrário à organização do tempo de trabalho de acordo com aquele regime, bem como os progenitores de filhos menores de três anos de idade que não manifestem, por escrito, a sua concordância com o mesmo [Código do Trabalho, art.º 208.º-B/13, alíneas *a)*[23] e *b)*, respectivamente].

17. Ainda assim, a selecção dos participantes no referendo poderá enfrentar questões delicadas, designadamente as respeitantes a situações de não aplicação temporária do mencionado regime – *v.g.*, trabalhadores cujo contrato de trabalho esteja suspenso, ocasionalmente cedidos, destacados, legalmente excluídos da obrigação de assim trabalharem ou com direito a disso

[23] Esta alínea prevê outra hipótese de exclusão, porém apenas aplicável à outra modalidade de banco de horas grupal.

serem dispensados, mas por factos temporalmente circunscritos, como os respeitantes à parentalidade (cfr. Código do Trabalho, art.º 58.º) – ou que podem cessar a todo o tempo por declaração de vontade de qualquer das partes (por exemplo, isenção de horário de trabalho na modalidade de dispensa dos limites máximos do período normal de trabalho).

Nestes casos como noutros com consequências idênticas, a delimitação do âmbito dos participantes pode não ser óbvia, com relevância desde logo no apuramento da maioria exigida para a aprovação do regime.

Tratando-se de matéria sensível, que pode prestar-se a algum *calculismo* na previsão do resultado do referendo a partir da delimitação do universo dos respectivos participantes, entende-se ainda assim não ser adequado restringi-lo aos trabalhadores aos quais o regime de banco de horas possa ser aplicado de imediato, antes devendo ser alargado a quem ele seja previsivelmente aplicável, no período proposto para a vigência do regime. O critério apela a juízo de prognose, obviamente sindicável a partir de elementos objectivos, demonstráveis – o trabalhador que desde sempre presta actividade com isenção de horário, na modalidade acima indicada, não deve poder referendar projecto de regime de banco de horas com quatro anos de vigência, faculdade ao invés já reconhecida àquele cuja mesma isenção tenha sido acordada por período inferior.

Regras de votação

18. Embora o Código do Trabalho remeta para legislação própria a disciplina da realização do referendo (art.º 208.º-B/8) e esta inclua referências a vários aspectos daquele, incluindo o decurso da votação (cfr. Lei n.º 105/2009, art.º 32.º-B/5), não há consagração expressa de regras a definir o modo como os trabalhadores nele participam e manifestam a sua vontade.

Os regimes de votação consagrados no Código do Trabalho e em legislação extravagante, designadamente para a constituição da comissão de trabalhadores e eleição dos seus membros (Código do Trabalho, art.ºs 431.º a 433.º)[24] ou para a designação dos representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho (Lei n.º 102/2009, art.ºs 27.º a 39.º), dirigem-se à escolha de pessoas, selecionadas de acordo com o princípio da representação proporcional para assumirem tarefas de representação comum do grupo que as integra e elege. São também situações de autoregulação, por iniciativa sindical ou dos próprios trabalhadores, em que cabe a estes organizar a votação e definir as respectivas regras. É, por isso, muito duvidoso que possam servir de caso análogo para definir o modo como se exerce a participação dos trabalhadores no referendo organizado pelo empregador[25].

[24] Disciplina aplicável à eleição do grupo especial de negociação e do conselho de empresa europeu (Lei n.º 96/2009, art.º 26.º/5).

[25] O ponto foi suscitado por António Nunes de Carvalho, em intervenção no XXIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Lisboa, 8 de Novembro de 2019.

Não obstante, a análise dos elementos normativos disponíveis, no contexto da expressa qualificação como referendo da pronúncia dos trabalhadores, permite depreender algumas regras de organização daquele e, em concreto, da votação a nele ter lugar.

Assim é, desde logo, com a exigência de votação individual e secreta. No nosso ordenamento, isso é inerente ao próprio instituto do referendo e apenas assim fazem sentido as referências à marcação, pelo empregador ou pela ACT, do horário do referendo[26] (Lei n.º 105/2009, art.ºs 32.º-A/1 e 32.º-B/2 e 4), supondo a existência de início e termo do período de votação[27], bem como ao acompanhamento desta e à determinação do respectivo resultado (art.º 32.º-B/5 e 6). Menções que mostram a insuficiência do modelo alternativo da assembleia de trabalhadores, com expressão simultânea das respectivas vontades.

19. A ser assim, há regras eleitorais de aplicação incontornável, de modo a permitir o apuramento rigoroso da vontade dos participantes.

A marcação do local do referendo implica determinar e divulgar lugar ou lugares, nas instalações da empresa, a que os trabalhadores tenham acesso e onde possam exercer, sem interferências, o seu direito de participação. O que obriga a dispor de equipamento mínimo para votar e recolher os votos expressos, com preservação

[26] A definição do local ou locais onde aquele deve decorrer cabe sempre ao empregador, como resulta do confronto entre o n.º 1 daquele artigo 32.º-A e o n.º 4 do artigo 32.º-B, com os n.ºs 1 a 3 deste artigo.

[27] Sem prejuízo do encerramento desta, quando todos tenham votado.

destes e ocultação do seu sentido até ao momento de apuramento do resultado, de modo a preservar a livre formação e expressão da vontade de cada participante.

A referência aos trabalhadores abrangidos pelo referendo – os da equipa, secção ou unidade económica, de que podem ser excluídos grupos profissionais determinados [Código do Trabalho, art.º 208.º-B/4, alínea *a)*] –, os quais, naturalmente, só por uma vez podem manifestar a sua adesão ou rejeição ao projecto de banco de horas, exige a elaboração de listas nominativas de participantes, específicas para cada local de votação, quando esta decorra em mais de um. E requer, de modo idêntico, o controlo da identidade de cada votante. Se assim não for, não é possível saber quem pode votar e quem já votou.

Tudo isto supõe a identificação de responsável pelo concreto procedimento de votação, em cada um dos locais onde esta decorra, com as tarefas, entre outras, de identificação dos participantes, registo da respectiva intervenção, guarda dos votos e, eventualmente, contagem destes.

Afigura-se ainda necessário o registo escrito das principais ocorrências respeitantes à votação – *v.g.*, o número de votos emitidos, o sentido destes, as decisões eventualmente tomadas quanto a boletins equívocos e outras circunstâncias que possam ter influenciado a participação ou o sentido da votação –, de modo a, em

momento posterior, reconstituir o percurso que conduziu ao apuramento do resultado.

A lógica do referendo supõe a formulação de pergunta directa sobre a aceitação de concreto regime de banco de horas proposto pelo empregador e divulgado na empresa, a que deve ser dada resposta inequívoca, de concordância ou rejeição, *sim* ou *não*. O que aconselha à elaboração prévia de boletins de voto, com a pergunta formulada e espaço para o participante assinalar a sua vontade, através de sinal gráfico claro, não confundível.

Como se deixou expresso, estas regras não foram consagradas em termos expressos, mas impõem-se como parâmetro mínimo de organização de consulta destinada à determinação rigorosa do sentido da vontade dos trabalhadores.

20. As referências feitas no número anterior dirigem-se à votação presencial por escrito, devendo por isso ser adaptadas à realidade da realização da consulta por via electrónica, com voto também presencial ou à distância, neste caso através da utilização de plataformas adequadas.

Esta alternativa suscitará necessidade acrescida de garantias de confidencialidade e fidedignidade da votação, sendo de equacionar, a título de mero exemplo, a atribuição de credenciais (*v.g.*, nome de utilizador e palavra de passe) específicas para o voto, de modo a diminuir o risco da sua usurpação por terceiros.

Resultado do referendo

21. A aprovação do regime de banco de horas proposto pelo empregador fica sujeita a maioria de 65% dos trabalhadores abrangidos pela consulta, apurada por referência ao número total dos que integram a concreta equipa, secção ou unidade económica que dela foi destinatária, já desconsiderando quem não será chamado a trabalhar segundo esse modelo de organização do tempo de trabalho, de acordo com os critérios *supra* enunciados (cfr. n.ºs 16 e 17).

Alcançado esse resultado, o regime obriga a totalidade dos que integram a estrutura organizativa identificada pelo empregador, com as dispensas e as exclusões referidas (Código do Trabalho, art.º 208.º-B/6).

Adesão ao projecto de banco de horas inferior à maioria qualificada exigida importa a rejeição daquele, não podendo o regime ser aplicado, nem mesmo aos trabalhadores aderentes, nem podendo o empregador repetir o referendo antes de decorrido um ano (art.º 208.º-B/12).

22. O regime de banco de horas aprovado em referendo é necessariamente temporário e limitado a quatro anos de vigência [Código do Trabalho, art.º 208.º-B/4, alínea *b)*].

Não obstante, a cessação daquele pode ser antecipada quando, esgotado metade do período previsto para a respectiva aplicação, um terço dos trabalhadores abrangidos requeira ao empregador nova votação e esta não tenha lugar nos sessenta dias subsequentes ou não mereça o voto favorável de pelo menos 65% dos destinatários (art.º 208.º-B/10).

A lei não impõe procedimento específico para formar o número mínimo de requerentes de novo referendo, sendo admissível qualquer meio idóneo, designadamente a manifestação de vontades em reunião ou assembleia de trabalhadores (cfr. art.ºs 419.º e 461.º).

Sem nova maioria qualificada, de 65% dos trabalhadores abrangidos, a favor do prosseguimento do regime de banco de horas em execução ou de nova proposta que o empregador entenda apresentar, aquele cessa decorridos sessenta dias (art.º 208.º-B/11).

Este é também o período no qual o trabalho prestado em acréscimo – entenda-se, face à duração do período normal de trabalho diário e semanal – deve ser compensado com redução equivalente, o que supõe a aplicação de apenas uma das soluções que a lei admite para o efeito, para além do aumento da duração das férias ou do pagamento em dinheiro (cfr. *supra*, n.º 4). Não é definida regra para a hipótese inversa, de crédito de tempo de trabalho a favor do empregador, omissão que se entende como permitindo o seu exercício mesmo após o decurso dos mencionados sessenta dias.

Lisboa, Novembro de 2020

O PROCESSO DE RATIFICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

THE RATIFICATION PROCESS OF INTERNATIONAL LABOUR STANDARDS

Mafalda Troncho*

Sumário: Introdução - Normas Internacionais do Trabalho - Adoção de uma norma internacional do trabalho - Submissão das Convenções e das Recomendações - Ratificação das Convenções - Notas finais

Resumo:

As normas internacionais do trabalho constituem instrumentos jurídicos elaborados pelos mandantes tripartidos da Organização Internacional do Trabalho (governos, empregadores e trabalhadores), e orientam os legisladores nacionais no aperfeiçoamento e promoção do direito do trabalho e das relações profissionais. No caso das Convenções são também tratados internacionais juridicamente vinculativos, sujeitos a ratificação por parte dos Estados-membros. Até à adaptação do ordenamento jurídico de um Estado-membro ao disposto numa Convenção, decorre um processo que inclui três fases principais: adoção, submissão e ratificação. Este processo é caracterizado por uma ampla discussão tripartida e conduz à universalização de princípios e direitos no trabalho, com particular destaque para os fundamentais, que contribuem para a prossecução dos direitos humanos.

Abstract:

International labour standards are legal instruments developed by the tripartite constituents of the International Labour Organization (governments, employers and workers), and guide national legislators in improving and promoting labour law and professional relations. In the case of Conventions, they are also legally binding international treaties, subject to ratification by the Member States. Until the legal system of a member state is adapted to the provisions of a Convention, a process that includes three main stages is underway: adoption,

* OIT-Lisboa, Diretora.

submission and ratification. This process is characterized by a broad tripartite discussion and leads to the universalization of principles and rights at work, with particular emphasis on the fundamental ones, which contribute to the pursuit of human rights.

Introdução

As normas internacionais do trabalho dizem, desde logo, respeito à defesa dos direitos humanos. Na Declaração de Filadélfia da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1944), a comunidade internacional reconhecia que o trabalho não é uma mercadoria. O trabalho integra o quotidiano das pessoas e das suas famílias, constituindo o fundamento da sua dignidade, do seu bem-estar e do seu desenvolvimento enquanto ser humano. Constituem uma garantia de um desenvolvimento económico que se mantém centrado no objetivo de melhorar a vida de homens e mulheres, bem como de preservar a sua dignidade.

Enquanto instrumentos jurídicos elaborados pelos mandantes tripartidos da OIT (governos, empregadores e trabalhadores), constituem padrões de orientação para os legisladores nacionais no aperfeiçoamento e promoção do direito do trabalho e das relações profissionais.

O respeito por estas normas contribui para uma melhoria na produtividade e no desempenho económico. Por exemplo, a liberdade sindical e a negociação coletiva podem melhorar a cooperação e o diálogo entre trabalhadores e empregadores, conduzindo a uma redução da conflitualidade laboral e a uma maior estabilidade social. Ambiente que é favorável à atração de investimento estrangeiro.

Ao mesmo tempo, funcionam como um travão ao retrocesso. Em tempos de grave crise, como as que temos vivenciado nos últimos anos, garantem que não são feitas concessões no que diz respeito a princípios e direitos fundamentais no trabalho.

A nível internacional, as normas internacionais do trabalho são ainda promotoras da paz, constituindo uma espécie de regras do jogo contra o dumping social. Muitas vezes traduzem-se na única solução para problemas transnacionais e são uma referência para outras organizações internacionais e regionais.

Normas Internacionais do Trabalho

As normas internacionais do trabalho podem ser agrupadas em dois conjuntos. No primeiro, temos as convenções e recomendações. As convenções constituem tratados internacionais juridicamente vinculativos e estão sujeitas a ratificação por parte dos Estados-membros. Enunciam os princípios fundamentais a serem aplicados por aqueles que as ratificaram. As recomendações, que servem de princípios regentes, não são juridicamente vinculativas, podem estar associadas a uma convenção, completando-a sobre a forma como poderá ser aplicada, ou assumirem um carácter autónomo. No segundo grupo temos as resoluções e conclusões de diversos órgãos da OIT, sendo as mais importantes as emanadas pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT)[1], que tanto abrangem princípios básicos como aspetos mais técnicos.

[1] A Conferência reúne todos os anos em junho, em Genebra. Cada Estado-membro tem o direito de se fazer representar por quatro delegados (dois delegados

Desde 1919, foram adotadas 202 convenções e 206 recomendações. Algumas destas convenções dizem respeito aos quatro Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, plasmados da Declaração da OIT de 1998: (1) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (2) eliminação de toda e qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório; (3) abolição efetiva do trabalho infantil e (4) eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão [2]. A essas, num total de oito, foi dada a designação de Convenções Fundamentais.

governamentais, um delegado em representação dos trabalhadores e outro dos empregadores).

[2] Dada a sua importância, a OIT classificou ainda quatro outras convenções como Convenções de Governança (Prioritárias): (a) Convenção (nº 81) sobre a Inspecção do Trabalho, 1947; (b) Convenção (Nº 129) sobre a Inspecção do Trabalho (Agricultura), 1969; (c) Convenção (Nº 144) sobre as Consultas Tripartidas Relativas às Normas Internacionais do Trabalho, 1976 e; (d) Convenção (Nº 122) sobre a Política de Emprego, 1964

Convenções fundamentais da OIT

N.º 29 **Convenção sobre o trabalho forçado, 1930**
Exige a supressão do trabalho forçado ou obrigatório, sob todas as suas formas. Encontram-se previstas algumas excepções, tais como o serviço militar, o trabalho de pessoas condenadas em tribunal sob vigilância adequada, casos de força maior como situações de guerra, incêndios e tremores de terra.

N.º 87 **Convenção sobre a liberdade sindical e protecção do direito sindical, 1948**
Garante a todos os trabalhadores e empregadores o direito de, sem autorização prévia, constituírem organizações da sua escolha e de nelas se filiarem e estabelece um conjunto de garantias para o livre funcionamento dessas organizações sem interferência das autoridades públicas.

N.º 98 **Convenção sobre o direito de organização e de negociação colectiva, 1949**
Prevê a protecção contra actos de discriminação anti-sindical e a protecção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra actos de ingerência de umas em relação às outras, bem como medidas destinadas a promover a negociação colectiva.

N.º 100 **Convenção relativa à igualdade de remuneração, 1951**
Apela à igualdade de remuneração entre homens e mulheres por um trabalho de igual valor.

N.º 105 **Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957**
Proíbe o recurso a qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório como medida de coerção ou de educação política, sanção pela expressão de opiniões políticas ou ideológicas, método de mobilização da mão-de-obra, medida disciplinar do trabalho, punição pela participação em greves ou medida de discriminação.

N.º 111 **Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), 1958**
Apela à adopção de uma política nacional destinada a eliminar a discriminação no acesso ao emprego, nas condições de formação e de trabalho, com fundamento na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, bem como a promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão.

N.º 138 **Convenção sobre a idade mínima de admissão ao emprego, 1973**
Visa a abolição do trabalho infantil, estipulando que a idade mínima de admissão ao emprego não poderá ser inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória.

N.º 182 **Convenção sobre as piores formas de trabalho das crianças, 1999**
Exige a adopção de medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho das crianças, nomeadamente a escravatura e práticas análogas, recrutamento forçado de crianças com vista à sua utilização em conflitos armados, utilização de crianças para fins de prostituição, produção de material pornográfico e qualquer actividade ilícita, bem como trabalhos que sejam susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança ou a moralidade das crianças.

Fonte: BIT

As Convenções Fundamentais têm uma particularidade importante. Todos os Estados-membros, pelo simples facto de fazerem parte da OIT, são obrigados a fazerem prova da adaptação progressiva da sua legislação e da sua prática em conformidade com o disposto nessas normas mesmo que não as tenham ratificado.

Uma vez ratificadas, o Estado-membro tem de adaptar o seu ordenamento jurídico às convenções. Mas, até à ratificação, decorre todo um processo que dura, em média, cerca de dois anos e que envolve os órgãos da OIT, os governos nacionais e as associações representativas dos empregadores e dos trabalhadores.

Adoção de uma norma internacional do trabalho

Perante uma preocupação da comunidade internacional, relativamente a um problema particular, o Conselho de Administração da OIT (CA), inscreve o tema na ordem do dia da CIT, tal como previsto no nº 1, do artigo 14º, da Constituição da OIT: "O Conselho de Administração estabelecerá a ordem de trabalhos das sessões da Conferência após ter examinado todas as propostas feitas pelo Governo de qualquer um dos Membros, por qualquer organização representativa mencionada no artigo 3º, ou por qualquer outra organização de direito internacional público, relativas aos assuntos a inscrever nessa ordem de trabalhos".

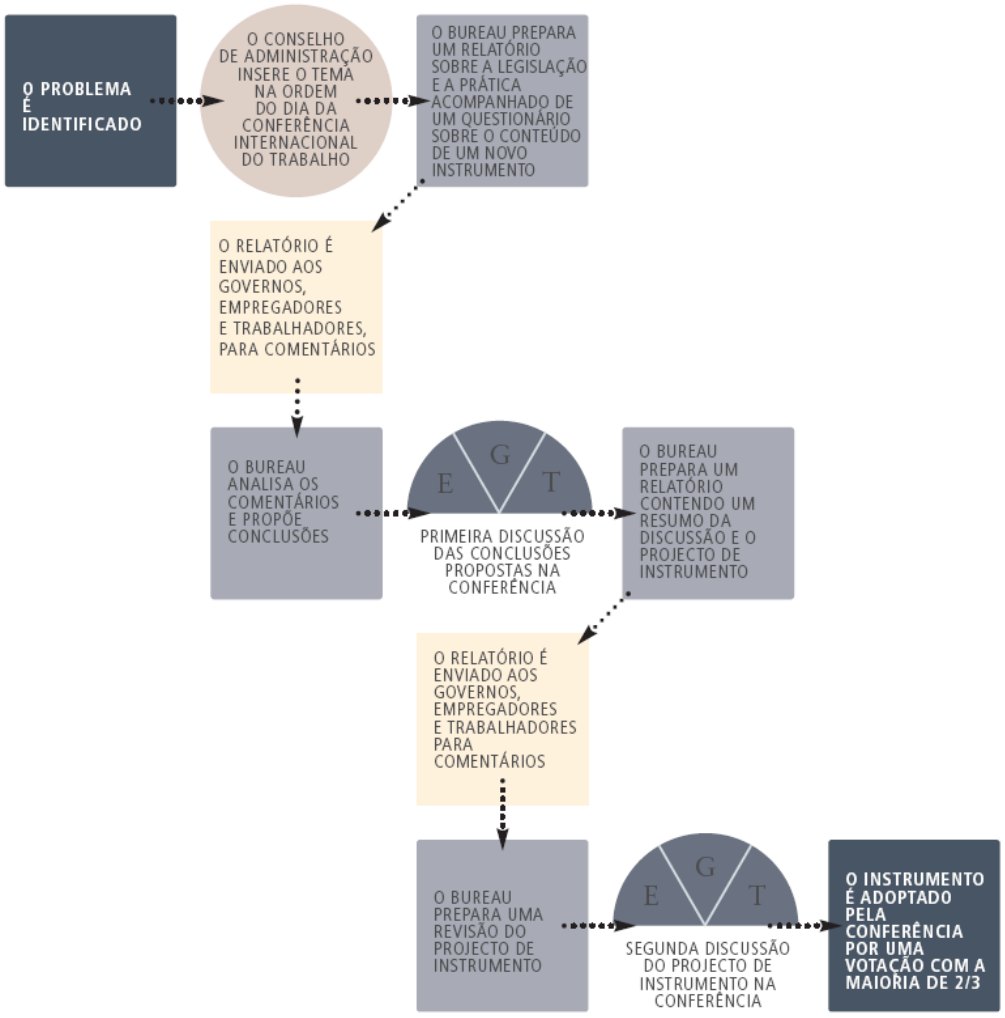
O *Bureau* Internacional do Trabalho[3] (BIT) prepara um relatório, nos termos previstos no nº 1 do artigo 39º do Regulamento da

[3] Secretariado permanente da OIT.

Conferência Internacional do Trabalho: "Quando uma questão for redigida pelo procedimento de dupla discussão[4], o BIT preparará, assim que for possível, um relatório preliminar expondo a legislação e prática nos diferentes países, bem como todas as informações úteis, ao mesmo tempo que entregará um questionário. Este relatório e este questionário, pedindo aos governos para consultarem as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas antes de elaborarem definitivamente as suas respostas (…) serão enviados pelo *Bureau* aos governos até, pelo menos, dezoito meses antes da abertura da sessão da Conferência na qual a questão deverá ser discutida".

[4] A adoção de normas internacionais obedece normalmente ao procedimento da dupla discussão. No entanto, em caso de urgência, o Conselho de Administração pode decidir-se pelo procedimento da discussão simples (nº 6 do artigo 34º do Regulamento da Conferência) descrito no artigo 38º do mesmo regulamento. Este decorre no prazo de apenas um ano.

Adopção de uma norma internacional do trabalho



Fonte: BIT

As respostas dadas pelos governos só serão refletidas no relatório caso sejam enviadas ao BIT até 11 meses antes da CIT (nº 2, do artigo 39, do Regulamento da Conferência). Para além de incorporar as observações dos Estados-membros, o BIT indica as questões a serem

consideradas pela CIT, envidando todos os esforços para que o relatório seja enviado aos Estados-membros até quatro meses antes da CIT (nº 3 do artigo 39 do Regulamento da Conferência). O relatório é depois submetido à CIT para uma primeira discussão nos termos do nº 4, do artigo 39º, do Regulamento da Conferência: "(…) se a Conferência decidir que a questão é suscetível de formar convenções ou recomendações, deverá adotar as conclusões apropriadas e poderá decidir entre: (a) inscrever a questão na ordem de trabalhos da sessão seguinte, em conformidade com o artigo 16º, parágrafo 3, da Constituição; (b) pedir ao Conselho de Administração para inscrever a questão na ordem de trabalhos de uma sessão posterior".

Com base nas respostas dadas ao questionário pelos Estados-membros e atendendo à primeira discussão pela CIT, o BIT preparará o texto de convenção e/ou recomendação, comunicando-o aos governos até dois meses após o encerramento da CIT (nº 6 do artigo 39º do Regulamento da Conferência). De acordo com o mesmo nº 6 do artigo 39º, é novamente pedido aos governos que, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores, apresentem, no prazo de três meses, os seus comentários e propostas de alteração. Com base nessas respostas é produzido um relatório final contendo a proposta de texto (emendado) de convenção ou recomendação que, de acordo com o nº 7 do artigo 39º do Regulamento da Conferência, é comunicado aos governos até três meses antes da sessão da CIT na qual vai ser discutido.

Nos termos do artigo 40º do referido Regulamento, o texto é discutido, cláusula a cláusula, na sessão da CIT para a qual foi

agendado podendo ser sujeito a novas alterações. O texto final é preparado pelo Comité de Redação da Conferência e sujeito a votação final nos termos do nº 2, do artigo 19º da Constituição da OIT: "Em ambos os casos, para que uma convenção ou recomendação sejam adotadas por votação final na Conferência, é requerida uma maioria de dois terços dos votos dos delegados presentes". No caso de uma convenção apenas obter uma maioria simples, o artigo 41º do Regulamento da Conferência prevê que a "(…) Conferência decidirá imediatamente se a convenção deve ser entregue ao Comité de Redação, para ser transformada em recomendação. No caso de a Conferência se pronunciar a favor da entrega ao Comité de Redação, as propostas contidas na convenção serão submetidas a aprovação pela Conferência, sob a forma de uma recomendação, antes do fim da sessão".

Após a adoção das convenções ou das recomendações, cópias autenticadas dos textos são entregues a cada Estado-membro (nº 4, do artigo 19º da Constituição da OIT). Ainda, de acordo com a alínea a) dos nºs 5 e 6, do mesmo artigo, as referidas normas são comunicadas a todos os membros tendo em vista a sua ratificação, no caso da convenção, ou da sua efetivação, no caso da recomendação.

Saliente-se ainda as circunstâncias especiais[5] a ter em conta previstas no nº 3 do artigo 19º da Constituição da OIT: "Na elaboração de uma convenção ou de uma recomendação de aplicação geral, a

[5] Por essa razão, os referidos questionários enviados aos Estados-membros solicitam aos Governos indicação de possíveis limitações nacionais que dificultem a aplicação dos instrumentos.

Conferência deverá ter em consideração os países nos quais o clima, um desenvolvimento incompleto da organização industrial ou quaisquer outras circunstâncias particulares tornem as condições industriais essencialmente diferentes, e terá de sugerir as alterações que considerar serem necessárias para responder às condições próprias desses países".

Submissão das Convenções e das Recomendações

O principal objetivo da submissão é o de promover medidas que permitam, ao nível de cada Estado-membro, a implementação das convenções e das recomendações e, no caso das convenções, a sua ratificação. Esta é uma fase fundamental do sistema normativo da OIT, que possibilita, através da submissão aos parlamentos, a informação ao público sobre os instrumentos adotados. Ao mesmo tempo, como veremos mais à frente, assume-se como elemento estimulador do diálogo tripartido.

Depois de adotadas as convenções, de acordo com o artigo 19º da Constituição da OIT, alínea b) do nº 5, para a convenção, e alínea b) do nº 6, para a recomendação, cada um dos membros compromete-se a submeter, num prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da CIT (ou se, na sequência de circunstâncias excecionais, for impossível cumpri-lo no prazo de um ano, assim que for possível, mas nunca para além de dezoito meses depois do encerramento da sessão da CIT), a convenção ou a recomendação à autoridade ou às autoridades com competências na

matéria, tendo em vista transformá-la em lei ou tomar outras medidas.

No Memorando[6] relativo à obrigação de submissão das convenções e recomendações às autoridades competentes, encontra-se explicitada a natureza da autoridade competente. A autoridade competente é aquela, prevista na Constituição de cada Estado-membro, com poder para legislar ou para desencadear outras ações conducentes à implementação de convenções e recomendações; normalmente essa autoridade será a Assembleia Parlamentar; mesmo nos casos em que a Constituição de um Estado-membro preveja que o poder legislativo pertença ao poder executivo, sempre que exista um órgão deliberativo este deve, no espírito do artigo 19º da Constituição, proceder à análise dos instrumentos adotados pela CIT. O debate numa assembleia deliberativa, ou pelo menos a prestação de informação a essa assembleia, pode constituir um importante fator de análise completa da questão e uma possível melhoria nas medidas empreendidas, ao nível doméstico, conducentes à efetividade dos instrumentos adotados pela CIT. Com respeito às convenções, pode conduzir à decisão da sua ratificação; na ausência de um órgão parlamentar, informar um órgão consultivo torna possível a completa análise dos temas assumidos pela CIT. Este processo assegura que os instrumentos são amplamente disseminados

[6] Em 1954, na sequência de uma solicitação feita na 36ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho (1953), o Conselho de Administração da OIT criou este Memorando, com o objectivo de assistir os Governos na prossecução do previsto na Constituição da OIT. O Memorando sofreu revisões em 1957, 1980 e 2005 e incorpora os comentários produzidos pela Comissão de Aplicação das Convenções e das Recomendações, no âmbito da Conferência, e pela Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações.

entre o público, o que constitui um dos propósitos da obrigação de submissão.

A obrigação de submissão de todos os instrumentos normativos adotados na CIT não significa, conforme precisa o referido Memorando, a obrigação de proposta de ratificação das convenções ou de aceitação das recomendações.

Quanto à forma de submissão, o Memorando explicita que a submissão às autoridades competentes pressupõe que o texto da convenção e/ou da recomendação seja acompanhado de uma exposição de motivos clarificadora das intenções do governo quanto às suas ações relativamente aos instrumentos. Por outro lado, ao mesmo tempo em que a submissão é feita (ou em momento subsequente) às autoridades legislativas, os governos devem indicar as medidas tomadas conducentes à efetivação dos instrumentos ou propor que nenhuma ação seja tomada ou, ainda, que uma decisão seja adiada; e que a matéria deve ser oportunamente debatida em assembleia parlamentar.

Os Estados-membros que ratificaram a convenção nº 144, relativa às consultas tripartidas destinadas a promover a aplicação das normas internacionais do trabalho (1976), estão ainda comprometidos a procederem a consultas efetivas sobre as propostas a fazer às autoridades competentes no momento da submissão dos instrumentos adotados na CIT (alínea b) do nº 1 do artigo 5º da convenção nº 144). Essa consulta deve, conforme explicita o Memorando, ser feita de forma atempada, possibilitando aos representantes dos empregadores e dos trabalhadores o acesso e a

análise de todos elementos necessários à formulação da sua opinião e garantindo que esta seja dada em momento anterior à decisão final do governo.

Por outro lado, tal como estipula o nº 2 do artigo 23º da Constituição da OIT, a informação comunicada ao diretor-geral da OIT, no que diz respeito à submissão às autoridades competentes, deve igualmente ser enviada às organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores.

Ratificação das Convenções

De acordo com a alínea d) do nº 5 do artigo 19º da Constituição da OIT «o Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade ou das autoridades competentes comunicará[7] a sua ratificação formal da convenção ao diretor-geral e tomará as medidas que forem necessárias para tornar efetivas as disposições da referida convenção". A forma que essa comunicação deverá revestir não está prevista na Constituição da OIT. No entanto, aquela deverá identificar a convenção ratificada, através de um documento original assinado pela pessoa com autoridade para representar o Estado (Chefe de estado, Primeiro-Ministro, Ministro dos Negócios Estrangeiros ou Ministro do Trabalho), atestando o compromisso do governo para a prossecução do previsto na convenção e referindo especificamente a alínea d) do nº 5 do artigo 19º da Constituição da OIT.

[7] Esta comunicação é fundamental para tornar a ratificação efectiva enquanto lei internacional. Sem ela, a ratificação apenas será reconhecida pelo sistema legal interno do País.

Várias convenções exigem declarações obrigatórias, que podem ser incluídas no instrumento de ratificação ou a este anexadas. Sem estas, as ratificações não são registadas pelo BIT. A título de exemplo, é este o caso de uma das Convenções fundamentais da OIT, a convenção nº 138, relativa à idade mínima de admissão ao emprego (1973). Assim, prevê o seu artigo 2º: "Qualquer membro que ratificar a presente Convenção deverá especificar, numa declaração, anexada à ratificação, uma idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho no seu território (…)".

Outras convenções preveem declarações opcionais, que visam aos Estados recorrer ao uso de exceções previstas no normativo. Por exemplo, a Convenção de Governança nº 81, relativa à Inspeção do Trabalho (1947) prevê no nº 1 do seu artigo 25: "Qualquer Estado Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar a presente convenção poderá, por meio de uma declaração que acompanhe a sua ratificação, excluir a parte II da aceitação da presente convenção". Todas as convenções, mencionadas no ponto anterior, incluem declarações opcionais de extensão do âmbito das obrigações, aplicáveis às situações que deixam a dado momento de ser consideradas como motivo de exclusão ou exceção. O mesmo tipo de declarações está também previsto em determinadas convenções, como é o caso da Convenção de Governança nº 129, relativa à Inspeção do Trabalho na Agricultura (1969). Atente-se ao nº 1 do seu artigo 5º: "Qualquer Membro que ratificar a presente convenção pode, por declaração anexa à sua ratificação, comprometer-se a alargar o seu sistema de inspeção do trabalho na agricultura a uma

ou mais das seguintes categorias de pessoas que trabalhem em empresas agrícolas (…)".

Os artigos finais das convenções contêm disposições relativas ao registo da ratificação e à notificação do Estado-membro sobre esse registo. A convenção entra, normalmente, em vigor doze meses após ter sido registada pelo BIT.

Notas finais

Ao serem adotadas por dois terços dos representantes dos mandantes tripartidos da OIT, as normas acabam por traduzir princípios universalmente reconhecidos, não podendo aquelas, segundo o nº 8 do artigo 19º da Constituição da OIT, ser consideradas «(…) como podendo afetar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados (…)».

Por outro lado, tal como prevê o nº 3 do mesmo artigo 19º, as normas têm em conta, entre outros fatores, os diferentes níveis de desenvolvimento económico dos Estados-membros. As normas são então formuladas com alguma flexibilidade que garanta a sua transposição para a ordem jurídica interna. As declarações opcionais e obrigatórias, já descritas, preveem determinadas cláusulas de flexibilidade que visam permitir aos países a fixação provisória de normas de âmbito menos restritivo ou que permitam exceções ou exclusões, ou aplicação parcial dos dispositivos.

Com a adoção das normas internacionais do trabalho pretende-se, ao nível global, ordenar juridicamente os princípios e direitos no

trabalho. Por essa razão, os Estados-membros comprometem-se a harmonizar o seu sistema jurídico interno com o disposto nas normas internacionais do trabalho. Essa harmonização é feita preferencialmente através da ratificação, sendo a legislação nacional adaptada para esse efeito (antes ou depois da ratificação). Alguns países, não ratificando determinadas convenções, utilizam-nas, contudo, como modelos para a formulação das suas leis políticas. Neste ponto, merece especial atenção a obrigação, prevista na alínea e) do nº 5 do artigo 19º da Constituição da OIT, de apresentação de relatórios sobre as convenções não ratificadas: "se uma convenção não obtiver a aprovação da autoridade ou das autoridades com competência na matéria em questão, o membro apenas terá a obrigação de informar o diretor-geral do *Bureau* Internacional do Trabalho, em momento apropriado, consoante o que decidir o Conselho de Administração, sobre o estado da sua legislação e sobre a sua prática relativamente à questão tratada na convenção, especificando em que medida se deu seguimento ou se propõe dar seguimento a qualquer disposição da convenção por via legislativa, por via administrativa, por via de convenções coletivas ou por qualquer outra via, e expondo quais as dificuldades que impedem ou atrasam a ratificação da convenção".

Dado o elevado número de convenções e recomendações e de Estados-membros, tornava-se impossível analisar todos esses relatórios, pelo que foi implementado um sistema que passa pela escolha anual, por parte do Conselho de Administração, de um tema (em 2019, por exemplo, o tema escolhido foi Proteção Social) a ser estudado pela Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções

e das Recomendações. Esse estudo permite fazer o estado da arte relativamente a uma dada matéria e, ao mesmo tempo, concluir sobre medidas a tomar para resolução dos problemas impeditivos da ratificação.

CEM ANOS DEPOIS: JURISTAS E TRABALHO – I PARTE

ONE HUNDRED YEARS LATER: JURISTS AND LABOUR - PART I

Margarida Seixas*

Sumário: 1. Antecedentes e contexto; 2. Os textos do século XX antes da República; 3. Os textos do século XX na década da República; 4. "Caracteres da legislação operária" de José Marnoco e Souza, um texto exemplar.

Resumo:

Nas duas primeiras décadas do século XX, há cem anos atrás, os juristas portugueses e sobretudo os professores das Faculdades de Direito, despertos para as alterações sociais, económicas e políticas da época e para as ideias novas que circulavam no meio universitário e fora dele, trataram de forma autónoma e diferenciada as matérias laborais. O texto apresenta a primeira parte dos resultados da investigação desenvolvida sobre as obras jurídicas escritas sobre estas matérias, demonstrando que os seus autores as abordavam numa lógica diferenciadora, procurando responder acertadamente aos problemas seus contemporâneos e defendendo uma regulação jurídica com distinta natureza face ao Direito Civil.

Abstract:

In the first two decades of the 20th century, a hundred years ago, Portuguese jurists and especially professors at the Faculties of Law, aware of the social, economic and political changes of the time and of the new ideas that circulated in the university milieu and outside it, approached labour themes in an autonomous and differentiated way. The text presents the first part of the results of a research focused on the legal works written on these subjects, showing that their authors envisaged them in a differentiating logic, seeking to respond correctly to their contemporary problems and defending a legal regulation with a different nature regarding Civil Law.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Antecedentes e contexto

"Deve-se, por isso, organizar um Código do trabalho especial. […] Há dous métodos de realizar a codificação especial da legislação operária. O primeiro constitue um plano mais amplo e grandioso. Consiste em elaborar um Código do Trabalho completo, aproveitando a ocasião para reformar e renovar, como tem acontecido com todas as codificações. O segundo constitue um plano mais modesto e menos vasto. Consiste simplesmente em coordenar as disposições existentes, separando as leis boas das más, revogando as caducas, suprimindo as contradições, conciliando as que se podem harmonizar"[1].

As palavras transcritas pertencem a um texto de 1914, redigido pelo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Marnoco e Souza, no primeiro ano do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Este e outros textos da época demonstram como os juristas portugueses de há cem anos – e, em particular, os professores de Direito – estavam, no início do século XX, atentos à então designada "legislação operária".

A Academia não ficara, na segunda metade do século XIX, indiferente à célebre questão social, nomeadamente pela via krausista[2] (especialmente relevante em Portugal e Espanha). O

[1] JOSÉ MARNOCO E SOUZA, "Caracteres da legislação operária", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano I (1914-15), nº 3, Novembro de 1914, pp. 95-109.

[2] Para uma síntese sobre o krausismo, v. MARÍA JOSÉ MARÍA E IZQUIERDO, "En la crisis de la modernidad: Cuestión social y ciencia jurídica laboral", *AHDE*, tomo LXXVIII-LXXIX, 2008-2009, p. 488; de forma mais desenvolvida e com extensas indicações bibliográficas, pode ver-se MARIA CLARA CALHEIROS, *A filosofia jurídco-política do krausismo português*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2006; ELIAS DIAZ, *La filosofia social del krausismo español*, Edicusa, Madrid, 1973; SUSANA

pensamento de Karl Krause também chegou a Portugal através das obras de dois dos seus discípulos: Heinrich Ahrens (com *Cours de Droit Naturel*[3]) e Guillaume Tiberghien (com *Exposition du Système Philosophique de Krause*)[4]. Essa influência krausista tem sido assinalada no pensamento de vários juristas, entre os quais, em primeiro lugar, Vicente Ferrer Neto Paiva[5] e António Luís de Seabra[6], da geração nascida no final do século XVIII (Ferrer e Seabra nasceram em 1798).

Depois, nos juristas que nasceram na década de 1820 e início de 1830: Joaquim Maria Rodrigues de Brito (1822)[7], João Martens Ferrão

---

ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão social em Portugal no Século XIX. Contributo para a História dos Direitos Sociais,* AAFDL Editora, Lisboa, 2016, pp. 547-661; para uma enunciação quase exaustiva dos textos sobre a influência krausista em Portugal nos juristas do século XIX, ANTÓNIO PAULO DIAS OLIVEIRA, "O Krausismo português na obra de António Braz Teixeira", *António Braz Teixeira: obra e pensamento*, Porto, Universidade do Porto, Faculdade de Letras, 2018, pp. 73-76. Desta influência davam conta MARNOCO E SOUZA e ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade de Direito e o seu Ensino*, Coimbra, F. França Amado Editor, 1907, pp. 6-7.

[3] A obra foi traduzida do francês e publicada em Portugal passados poucos anos: *Curso de Direito Natural ou Philosophia do Direito segundo o estado actual da sciencia em Allemana*, Lisboa, Typographia da Viúva Rodrigues, 1844.

[4] Sobre o pensamento destes autores, ver, por exemplo, ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, "Sociedade e Estado: reflexos krausistas", *Revista de História das Ideias*, vol. 26 "O Estado", 2005, pp. 167-172 (Ahrens) e pp. 172-176 (Tiberghien).

[5] É muito abundante a bibliografia existente sobre Ferrer. Sobre a influência de Krause, pode ver-se, por exemplo, ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, "Sociedade e Estado: reflexos krausistas", *cit.*, que afirma em relação à escolha de Krause por Ferrer, p. 163: "[…] esta escolha indicia afastamento do liberalismo atomista individualista da Revolução Francesa e a adesão ao liberalismo organicista harmónico krausista."

[6] ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA, *A Propriedade. Philosophia do Direito. Para servir de Introdução ao Commentario sobre a lei dos Forais*, vol. I, Parte I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1850, que não citava Krause, mas, por diversas vezes, Ahrens, para referir aspectos tratados pelo Autor (pp. 36-37, 175 nota r2, 209 nota u3), com ele concordando (por exemplo, pp. 33, nota o, 38-39 – "A coincidência dos nossos principios com os de Ahrens é manifesta. Esta coincidencia inteiramente fortuita […]", 62-63, nota d1, 66-67, 296, 330-331) ou dele divergindo (*v.g.*, pp. 69, nota d1, 75-76, nota i1).

[7] Cf. ANTÓNIO PAULO SIMÕES DIAS DE OLIVEIRA, *Rodrigues de Brito, a Mutualidade de Serviços e o Solidarismo Krausiano*, dissertação de doutoramento apresentada à Universidade do Algarve, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Faro, 2007,

(1824)[8], Levy Maria Jordão (1831)[9], e, com maior enfâse, nos mais novos como José Dias Ferreira (1837)[10] e António Costa Lobo (1840)[11]. Nos textos destes era posta em relevo a necessária dimensão social do Direito, admitindo uma intervenção do Estado em algumas circunstâncias[12].

Encontramos a denúncia da desigualdade e da miséria extrema criada pela industrialização e pela proletarização, embora com respostas bastante diversas: logo a partir da década de 1850, João

ao longo de toda a obra. O Autor também elenca a já considerável bibliografia sobre a influência do pensamento de Krause, especialmente em Portugal.

[8] Cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911),* obra editada em 1938 e consultada na reedição *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*, INCM, Lisboa, 2003, pp. 87-89. Essa influência é visível logo na sua obra de 1854, JOÃO BAPTISTA DA SILVA FERRÃO DE CARVALHO MARTENS, *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *cit.*, em que o pensamento de Krause é explanado em diferentes pontos (por exemplo, pp. 21, 47-48, 50-51, 59-60, 191).

[9] LEVY MARIA JORDÃO, "A Philosophia do Direito em Portugal", *Instituto. Jornal Scientifico e Litterario*, Vol. 1, 1852-1853, pp. 8-10, 62-64 e 177-179. Na p. 64 apelidava Krause de "philosopho verdadeiramente social" e, na p. 179, declarava que o systema de Krause dominava em Portugal, devido aos esforços de Vicente Ferrer Neto Paiva, com o que fizera "ás letras pátrias, e á universidade, um relevantíssimo serviço com a publicação dos seus *Elementos de direito natural ou philosophia do direito, e de direito das gentes*".

[10] Cf. MÁRIO REIS MARQUES, "Do 'Direito Natural' à 'Filosofia do Direito': José Dias Ferreira", *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, nº 3-4, Jan.-Dez. 1987, pp. 38-55, e ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, "Sociedade e Estado: reflexos krausistas", *cit.*, pp. 182-187.

[11] ANTÓNIO DE SOUSA DA SILVA DA COSTA LOBO, *O Estado e a Liberdade de Associação: Dissertação inaugural para o Acto de Conclusões Magnas*, *cit.*, citando largamente Krause (utilizando também, confessadamente a obra de Ahrens, p. 160, nota *a*) e aderindo às suas ideias (pp. 48-52).

[12] Cf. ZÍLIA OSÓRIO DE CASTRO, "Sociedade e Estado: reflexos krausistas", *cit.*, quanto a Dias Ferreira, adepto de um "estado liberal moderado a que preside a ideia de harmonia, cujo valor primordial é a liberdade, e que se arroga o direito de intervir para garantir a igualdade de liberdade de todos os cidadãos" (p. 186) e quanto a Rodrigues de Brito, para quem "o Estado existe e intervêm com meios que lhe são próprios" (p. 195).

Baptista Martens Ferrão[13] e José Dias Ferreira[14]; na década de 1860, António Costa Lobo[15]; e na década de 1870, Joaquim Maria Rodrigues de Brito[16] e Manuel Emygdio Garcia[17].

---

[13] JOÃO BAPTISTA DA SILVA FERRÃO DE CARVALHO MARTENS (conhecido como MARTENS FERRÃO), *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1854, com a tese *Será possivel, com esperança de permanência; e quando o seja, será necessário para o melhoramento das classes operarias, reorganizar-se a esphera industrial de uma qualquer forma, imposra pela authoridade?*. O autor recusava a intervenção do "Estado empresário", nomeadamente na fixação de salários; admitia, porém, que o "pobre, pois, o indigente, a quem a falta de forças ou qualquer outra circumstancia impede de trabalhar, tem um imprescriptivel direito a ser sustentado pela sociedade, e por isso pelo Estado, que a representa" (p. 287) e propunha, inspirando-se na lição de Forjaz de Sampaio, uma solução em que caberia ao Estado "encaminhar a actividade social", embora afirmando que a mesma não poderia ser concretizada imediatamente de forma absoluta (p. 298). O Autor explanava com pormenor os diferentes aspectos desta proposta, conjugando-a com a educação e a instrução pública, os bancos rurais e o crédito público, "sem desmoronar a sociedade actual, e só com uma differente direcção das forças sociais" (p. 299).

[14] JOSÉ DIAS FERREIRA, *Annotações aos Elementos de Direito Natural do Excelentissimo Senhor Vicente Ferrer Neto Paiva pelo seu discípulo*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1858, Parte III, Secção I, §. 110, p. 107. Dias Ferreira denunciava, a propósito dos sistemas de propriedade (individual e comunitária), a miséria do proletário. Em comentário a Ferrer Neto Paiva, que considerava o pauperismo uma das instituições contrárias ao Direito Natural e baseadas na desigualdade dos homens, definia esse pauperismo como "o proletariado", a "ultima transformação da desegualdade, e o primeiro passo para uma completa egualdade" (Parte II, Secção II, nota ao §. 85, p. 66).

[15] ANTÓNIO DE SOUSA DA SILVA DA COSTA LOBO, *O Estado e a Liberdade de Associação: Dissertação inaugural para o Acto de Conclusões Magnas*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1864, pp. 16-17: "A indigencia é de todos os tempos; mas o que é inteiramente novo, o que é proprio d'este nosso seculo, é, a para da fervente actividade das nações e do accrescimo progressivo de superfluidades em uma classe, a diffusão desproporcional da pobreza, a agglomeração e individuos, de familias, de populações excluidas do trabalho e devoradas pela miseria persistente, endemica, hereditaria [...]". Ver, no mesmo sentido, *idem*, pp. 152-154.

[16] JOAQUIM MARIA RODRIGUES DE BRITO, *Philosophia do Direito*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1871; a solução apontada ainda prescindia de uma intervenção do Estado e defendia o recurso à associação dos operários visando a assistência mútua, referido por Rodrigues de Brito como a única forma de "*melhorar* o viver das *classes laboriosas*, regenerl-as e moralizal-as, alliviando-lhes as miserias e angustias por que passam, e *assegurando-lhes* meios de subsistencia, instrucção e trabalho" (parte III, VI, §§. 412-413, pp. 334-335).

Formados nestes quadros e, em muitos casos, alunos destes professores, os juristas, nascidos no final da primeira metade ou já na segunda metade do século XIX, analisavam as ideias novas e afirmavam mais claramente que a intervenção da lei na matéria contratual não visava apenas garantir a "tutela da liberdade", mas também a sua limitação na "determinação do conteúdo do próprio contracto"[18]. O conhecimento das ideias socialistas em Portugal aprofundara-se e as distinções surgiam agora com maior clareza, como evidenciam, por exemplo, as conferências de José Frederico Laranjo[19].

[17] MANUEL EMYGDIO GARCIA, "O pauperismo I", *O Trabalho, Semanário Democrático*, Nº 2, 24 de Março de 1870, confessadamente influenciado pela obra de Proudhon ("sempre defensor e amigo" do povo), escrevia sobre o pauperismo e apresentava como sinónimos deste as palavras "indigência", "miséria" e "proletariado", colocando entre os miseráveis "típicos" (enfermos, órfãos, viúvas, velhos, desvalidos, cegos, paralíticos) vários outros (como os ignorantes "famintos de instrução", os desprovidos de "sentimentos generosos e ideias elevadas e fecundas" ou "do sentimento do justo", os que a sociedade tratava como párias, os que praticavam crimes e vícios "herdados e transmitidos de geração em geração"), para concluir: "Miseraveis e paralyticos – são todos aquelles a quem as leis e os poderes públicos sequestraram a liberdade e tolheram a palavra e o movimento, e que não tem acção alguma na vida politica, civil e económica, nem influencia sequer na direcção moral da sociedade; aquelles a quem, por uma ironia pungente, por um sarcasmo atroz, as leis politicas chamam – cidadãos passivos, as leis civis – interdictos e incapazes, e as economicas, – parias, jornaleiros assalariados, vis instrumentos do trabalho ou machinas humanas, empregadas em proveito alheio" (p. 10).

[18] ABEL ANDRADE, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez precedido de um prefácio sobre a renovação jurídica*, I, Livraria Portugueza e Estrangeira de Manuel de Almeida Cabral – Editor, Coimbra, 1895, *Introdução*, *A) Segunda Parte*, I *Casamento civil*, *f)*, p. CXCIII.

[19] JOSÉ FREDERICO LARANJO, "Origens do Socialismo", duas conferências pronunciadas no *Instituto* a 31 de Janeiro de 1874 e a 7 de Novembro de 1874, *O Instituto – Revista Scientifica e Litteraria*, XVIII vol., Março de 1874, pp. 201-219, e XX vol., Dezembro de 1874, pp. 57-74, referindo por várias vezes Proudhon e Karl Marx, entre muitos outros autores dos socialismos, bem como a industrialização, a mecanização, a divisão do trabalho, os ludistas, o trabalho de mulheres e crianças, a miséria dos trabalhadores, a legislação protectora e os estratagemas dos industriais para a iludir, as associações operárias, as greves, a formação da I Internacional. Em 1871, ainda estudante de 1º ano, publicara *O conteudo e o*

Em Portugal, a última década do século XIX foi reconhecidamente uma época de crise[20], quer financeira (que coincidiu com a crise internacional de 1890-1891) e orçamental (em 1891, com a dívida em 75% do PIB, Portugal saiu do padrão-ouro e no ano seguinte decretou a conversão da dívida), quer política (com expressão paradigmática nas reacções ao *Ultimatum* britânico de 1891[21], nomeadamente com a contestação popular, a intentona republicana de 31 de Janeiro e a enorme instabilidade governativa[22]), quer social (que resultou também da crescente industrialização[23]).

---

criterio do direito: exposição e analyse do neminem laede e da mutualidade de serviços e sua harmonia, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1871, que dedicara a Rodrigues de Brito, embora divergindo do mesmo.

[20] Por exemplo, RUI BRANCO, "A construção nacional 1834-1890", in ANTÓNIO COSTA PINTO e NUNO GONÇALO MONTEIRO (org.), *História Política Contemporânea. Portugal 1808-2000*, Fundación Mapfre e Objectiva-Penguin Random House, Lisboa, 2019, pp. 132-137; PAULO JORGE FERNANDES, "A crise do Liberalismo 1890-1930", in ANTÓNIO COSTA PINTO e NUNO GONÇALO MONTEIRO (org.), *História Política Contemporânea. Portugal 1808-2000*, *cit.*, pp. 139-158.

[21] Ver, para uma síntese recente, PAULO JORGE FERNANDES, "A crise do Liberalismo 1890-1930", *cit.*, pp. 145-150.

[22] Cf., por exemplo, MARIA FILOMENA MÓNICA, "As reformas eleitorais no constitucionalismo monárquico, 1852-1910", *Análise Social*, vol. XXXI (139), 1996 (5.°), pp. 1063-1064.

[23] CONCEIÇÃO ANDRADE MARTINS, "Trabalho e condições de vida em Portugal (1850-1913)", *Análise Social*, vol. XXXII (142), 1997 (3.º), p. 515, assinala: "Os dados conhecidos sobre salários, preços e situação do mercado de trabalho apontam no sentido de um agravamento das condições de vida a partir da crise de finais dos anos 1880, que pode ser medido pela evolução do consumo de alguns bens". A Autora realça também a dimensão global da crise, pp. 516-517: "Os anos 1890 foram mesmo de recessão económica: o produto interno bruto, a preços correntes, cresceu apenas 1,6% ao ano entre 1889 e 1899, enquanto na década anterior tinha aumentado 3,3% ao ano e a preços constantes (de 1914) diminuiu naqueles anos; a produção industrial, a preços constantes, decresceu entre 1891 e 1896; a produção agrícola, embora em menor grau, também sofreu uma quebra entre 1891 e 1894; os investimentos públicos, nomeadamente em infra-estruturas viárias, praticamente pararam na década de 1890, em consequência da crise financeira de 1891-1892, que «obrigou» Portugal a abandonar o padrão ouro e a suspender o pagamento de parte da dívida externa; os preços por grosso aumentaram cerca de 20% na década de 1890; o comércio ressentiu-se fortemente

O contexto tinha mudado na segunda metade do século XIX: a célebre *Questão Social*, fruto da Revolução Industrial e dos seus extremos suscitara respostas ideológicas muito variadas (e em alguns casos exigindo uma alteração profunda de paradigmas) e conduzira mesmo a forte instabilidade das sociedades liberais e do Estado, questionando cada vez mais o próprio modelo.

Assim, o paradigma jurídico liberal – um Direito certo, estável, garantístico, ancorado na protecção da propriedade privada, da segurança e da igualdade formal – teria também de ceder. Neste contexto, existiu uma recusa do intelectualismo dogmático, formalista e lógico-dedutivo adequado ao Estado liberal, centrado na segurança jurídica, mas incompatível com a sociedade industrial em transformação (política, social, cultural), carente de fundamentos materialmente regulativos[24]. Aqui se inserem a valorização da "razão prática" e a distinção metodológica entre "ciências da natureza" e "ciências do espírito" ou "ciências históricas e culturais". O Direito, inserido na segunda categoria, passou a ser entendido como "uma tarefa prática funcionalmente orientado para a vida (a vida social) e a história, e de que a lei seria apenas «simples meio»"[25].

---

da retracção do consumo. A crise de finais dos anos 1880, inícios de 1890, frequentemente encarada como uma crise pontual e essencialmente de carácter financeiro, apresenta-se, de facto, como uma crise mais geral, «económica (agrícola, comercial, industrial), laboral, monetária, política e até moral» e prolongada".

[24] Cf. JAVIER ALVARADO PLANAS, "La Historia del Derecho ante el siglo XXI", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2001, p. 671: "*Se anunciaba un cambio de paradigma. Debido al estricto formalismo jurídico quedaban marginadas de la Ciencia del Derecho los problemas vitales de una sociedad políticamente alterada por la Revolución Industrial y los conflictos sociales.*".

[25] ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 219.

Estas tendências eram muito favoráveis à introdução de novas matérias, em estreita ligação com a sociedade onde o Direito se cria e se aplica. Ou seja, quer porque os problemas se colocavam aos legisladores e juristas, quer porque correspondiam, naquela época, ao caminho que metodologicamente se estava trilhando, as matérias ligadas ao trabalho, em especial ao trabalho operário, começaram a integrar de forma mais consistente o ensino universitário do Direito.

Verificou-se então, no final do século XIX, uma verdadeira explosão de livros, artigos e panfletos sobre a questão social[26], redigidos quer por juristas, quer por autores com formação diferente. Este foi também o período de promulgação daqueles diplomas considerados como a primeira legislação de natureza laboral, como referirei *infra*. Os textos dos autores do início do século surgiriam já após essa primeira legislação, numa época em que se iam sucedendo novos diplomas e se discutiam novos problemas.

[26] Alguns exemplos: M. L. COELHO DA SILVA, *O christianismo e a questão social: oração de sapientia que na sessão solemne da abertura das aulas do Seminario do Porto no dia 13 de Outubro de 1889 recitou*, Typ. da Palavra, Porto, 1889; FERNANDO MARTINS DE CARVALHO, *A questão social*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1892; ANTÓNIO DE SERPA PIMENTEL, *O anarchismo – Estudo ácêrca da questão social*, Tip. da Companhia Nacional Editora, Lisboa, 1894; AFONSO COSTA, *A Igreja e a Questão Social. Analyse critica da Encyclica Pontificia* De Conditione Opificium, *de 15 de Maio de 1891*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1895; FORTUNATO DE ALMEIDA, *A Questão Social: Reflexões à Dissertação Inaugural do Senhor Afonso Costa*, Tip. F. França Amado, Coimbra, 1895; VISCONDE DE OUGUELLA [Carlos Ramiro Coutinho], *A questão social*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1895, do mesmo AUTOR, *A questão social: Evolução e socialismo*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1896 e ainda *A questão social: o proletariado europeu*, José Bastos, Lisboa, 1896; ABEL ANDRADE, *A vida do Direito Civil*, vol. 1: *Introdução, estudo sobre a questão social*, Imp. da Universidade, Coimbra,1897.

2. Os textos do século XX antes da República

Estas matérias foram, em especial, tratadas no ensino do Professor Marnoco e Souza em diversas disciplinas, entre 1900 e 1911[27]: *Economia Social* (1900, ou seja, antes de a mesma ser introduzida oficialmente no plano de curso de Direito, em 1911), *Ciência Económica* (1901-1903, 1905, 1906, 1909), *Troca e o seu Mecanismo* (1904), *Ciência Social* (1907), *Economia Nacional* (1908).

Destas disciplinas apenas a de *Ciência Económica* ficou oficialmente integrada no plano de curso pela reforma de 1901 (Decreto nº 4 de 24 de Dezembro de 1901[28]), cujo Relatório, elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra a pedido do Governo, foi, provavelmente, redigido pelo próprio Marnoco e Souza[29].

Não pode esquecer-se que eram novas as ideias que circulavam na Universidade portuguesa e nas suas Faculdades, entre elas a de Direito: estava muito presente o sociologismo (Auguste Comte e Émile Littré) e também a influência do evolucionismo, do biologismo, do historicismo, todos combinados para a rejeição do jusnaturalismo e da jurisprudência dos conceitos[30]. Essa "moda", que acompanhava

[27] Sobre este tema, v. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 54-58.

[28] *Diário do Governo* n.º 294, de 28 de Dezembro de 1911.

[29] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "O ensino do direito em Portugal no século XX (Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XXXIX (1963), pp. 33-34. Nas páginas 31-48, o Autor trata da Reforma legislativa e de seguida trata da execução da mesma (pp. 48 e ss.).

[30] Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50)", *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982-3.º-4.º-5.º, pp.

com a de outros territórios europeus da época, também se cruzaria com o ideário republicano português e, um pouco mais tarde, com o próprio regime, a partir de 1910.

Embora as questões sociais surjam em diferentes textos de juristas no início do século XX[31], escolhi, por ora, analisar apenas aqueles que se dedicaram especificamente aos temas laborais e aos problemas directamente conexos.

Na primeira década do século XX, é de salientar a obra de Ruy Ennes Ulrich, *Legislação Operaria Portugueza*, de 1906, que demonstra capacidade crítica e completa actualização do Autor quanto às questões em discussão na época, bem como preocupação em elaborar um estudo que recorria bastante ao direito comparado.

Podem também referir-se outras obras apresentadas na Universidade de Coimbra como requisito de provas académicas: publicadas em 1905, por Luís da Cunha Gonçalves, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, por Fernando Emígdio da Silva, *O Operariado Português na Questão Social* e por José Lobo d'Ávila Lima, *O Movimento Operário em Portugal*. Em 1909, foi publicada a obra *Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, apresentada também por Ávila Lima[32], e em 1910, por João Evangelista Campos Lima, *O Movimento Operário em Portugal*[33].

796-797, explicando em que medidas estas novas ideias se reflectiram no ensino e no estudo da História do Direito em Portugal.

[31] Assim, por exemplo, CAEIRO DA MATTA, *Habitações Populares – Estudos Económicos e Financeiros III*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909.

[32] Anteriormente, GUILHERME AUGUSTO DE SANTA-RITA, primeiro oficial e chefe de secção do Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria, publicara *O soccorro mutuo em Lisboa: relatório – estudo*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1901, obra menos relevante nesta sede, pois é um relatório oficial, elaborado com fins estatísticos.

[33] JOÃO EVANGELISTA CAMPOS LIMA, *O Movimento Operário em Portugal*, dissertação para a cadeira de Ciência Económica da Faculdade de Direito da

Segundo Ruy Ulrich, fora a Revolução Francesa que modificara a concepção de trabalho, que passara a ser considerado "como um direito e um dever para todos os homens"[34], pois em Roma "o operário era na realidade uma cousa do patrão" (escravo) e na Idade Média o trabalho era considerado "como próprio exclusivamente das classes baixas" e mesmo dos colonos não se podia "dizer, a rigor, que fossem homens livres"[35]. Luís da Cunha Gonçalves afastava-se desta concepção e dava maior relevância aos trabalhadores livres, mesmo em Roma[36].

O primeiro Código Civil português regulara o trabalho ao abrigo de alguns dos tipos do contrato de prestação de serviços, em especial o contrato de serviço salariado[37], correspondente ao trabalho jornaleiro: o art. 1391º definia o serviço salariado como o prestado por um indivíduo a outro, ajustado ao dia ou à hora, mediante retribuição correspondente – o salário[38]. Saliento a disponibilização ou cedência da força de trabalho própria a outrem com carácter temporário, sendo esta transitoriedade acentuada pelo tempo de ajuste previsto na Lei em primeiro lugar: dia a dia ou mesmo hora a

Universidade de Coimbra apresentada no ano lectivo de 1903-1904, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910.

[34] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, França Amado – Editor, Coimbra, 1906, p. 10.

[35] *Idem*, pp. 6-9, Em sentido semelhante FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913, pp. 9-13 e 20, não negando, porém, a existência de trabalhadores livres.

[36] LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, Adolpho de Mendonça & C.ª, Lisboa, 1905, pp. 17-23.

[37] V. MARGARIDA SEIXAS, "A *Locatio conductio operarum* na génese do contrato de serviço salariado no Código de Seabra (1867): Notas para a (pré-) história do Direito do Trabalho", *O Sistema Contratual Romano*, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 691-719.

[38] "Art. 1391º: Serviço salariado é o que presta qualquer indivíduo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario.".

hora (embora os arts. 1394º e 1395º mencionassem, respectivamente, "por dia ou dias necessários para perfazer certo serviço" e "trabalho ajustado por certos dias, ou em quanto durar a obra").

Na análise do Código, a perspectiva no início do século XX era já laboralista, como em Ruy Ennes Ulrich, que dava conta da interpretação doutrinária quanto a diversos aspectos[39] e que, embora reconhecendo que o legislador pretendia referir-se aos "jornaleiros", considerava que as normas do Código Civil eram aplicáveis a outros operários não jornaleiros, cujo salário era pago em intervalos mais espaçados no tempo[40]. Adolpho Lima também analisava este contrato e tratava os requisitos gerais de validade[41].

Todavia, o primeiro Código Civil português, ao contrário das restantes codificações europeias oitocentistas (anteriores e posteriores) consagrara a prestação de trabalho salariado "conforme as ordens e direcção da pessoa servida" (art. 1392º[42/43]). Esse elemento "ordens e direcção" – que chegara ao Código Civil por

[39] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, *cit.*, pp. 119-154.

[40] *Idem*, pp. 186-187. Contudo, não em demasia, uma vez que o Autor, p. 202, considerava que o salário deveria ser pago "com pequenos intervalos", que não deviam exceder uma semana ou no máximo uma quinzena.

[41] ADOLPHO LIMA, *O contrato do trabalho*, *cit.*, pp. 159-170 e 173-190.

[42] "Art. 1392º: O serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propoz, conforme as ordens e direcção da pessoa servida. Se assim o não fizer, poderá ser despedido antes que finde o dia, pagando-se-lhe as horas de serviço prestado.".

[43] Ver BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, Lisboa, 2004, p. 71: "De qualquer forma há – no plano técnico – a curiosa antecipação da ideia de direcção patronal relativamente ao trabalho dos assalariados, traçando-se assim com anterioridade face às outras codificações europeias a ideia capital de subordinação jurídica como característica da relação de trabalho […]".

influência do Código da Prússia de 1794[44] – surge como anacrónico face às concepções liberais, às quais repugnava a ideia de subordinação de um homem livre a outro neste âmbito não familiar. Comentando este artigo do Código Civil, Ruy Ulrich ainda repudiava a "expressão que tanto repugna ás nossas ideias modernas – a que declara o operário sujeito ás ordens e direcção do patrão, como se o operário em vez de contractar com o patrão de egual para egual fosse seu subordinado!"[45].

Pouco mais de vinte anos após a entrada em vigor do Código Civil, a nova legislação surgiu num contexto de respostas diversificadas à questão social e as mesmas não eram desconhecidas dos autores portugueses mencionados. Ruy Ennes Ulrich apresentava-as como individualistas (muito criticadas pelo Autor), colectivistas (divididas em intervencionistas e socialistas) e escolas intermédias, divididas em "escola da reforma social", "escola catholico-social", "escola historica", "escola do socialismo cathedratico", "escola cooperativista ou solidarista", sendo esta última a que merecia maior adesão de Ennes Ulrich[46].

Luís da Cunha Gonçalves analisava as várias respostas e também as suas repercussões em Portugal, em especial quanto ao socialismo (fazendo a história da Internacional e das diferentes vertentes, quer num contexto externo, quer interno), o anarquismo, os "círculos católicos" e o "participacionismo"[47].

---

[44] Sobre esta matéria, ver MARGARIDA SEIXAS, *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, AAFDL/Lisbon Law Editions, Lisboa, 2016, pp. 699-704.

[45] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, *cit.*, p. 138.

[46] *Idem*, pp. 29-39.

[47] LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, *cit.*, pp. 167-184, 194-203 e 205-234.

Um pouco mais tarde, numa perspectiva da prevenção dos conflitos de trabalho e das soluções destas linhas de pensamento, Fernando Emygdio da Silva agrupava-as desta forma: "individualismo", "collectivismo" (em que distinguia o "*socialismo revolucionario*" ou "puro" e o "*socialismo reformista* ou *parlamentar*"), "*intervencionismo*" e com diferentes escolas: "historica, socialismo cathedratico, socialismo christão, eclética, cooperativista, solidarista", dedicando o Autor especial atenção a esta última, que lhe merecia elogios, considerando-a "a mais seductora e a menos dogmática"[48].

Quanto à legislação já publicada naquela época em Portugal, a prioridade coube à Lei de 14 de Agosto de 1889[49], que autorizou a criação pelo governo dos tribunais de árbitros-avindores nas localidades onde existissem centros industriais importantes, mas a pedido destes ou das corporações administrativas (art. 1º). Estes tribunais tinham competência para dirimir: a) os litígios sobre a execução dos "contratos ou convenções de serviço", em matérias industriais ou comerciais, entre os "patrões" e os seus "operários ou empregados"; b) os litígios dos "operários ou empregados" entre si, quando trabalhassem para o mesmo "patrão" (art. 2º).

[48] FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *As Greves*, *cit.*, pp. 205-214.

[49] *DG* nº 205, 12 de Setembro de 1889. Sobre estes tribunais e o seu funcionamento, desde a sua criação até à extinção em 1933, MARGARIDA SEIXAS, "A Institucionalização da Justiça do Trabalho em Portugal (1889-1933)", *100 anos da Organização Internacional do Trabalho – O Centenário do Ministério do Trabalho: a institucionalização da regulação laboral*, Lisboa, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social / Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), 2016, pp. 47-61

Sobre estes tribunais e a sua legislação escreveram, por exemplo, Teixeira Bastos[50], Ruy Ennes Ulrich[51] e Luís da Cunha Gonçalves[52].

O segundo diploma que costuma ser apontado como marco inaugural da legislação de natureza laboral, o Decreto de 14 de Abril de 1891[53] estabeleceu *ex novo* em Portugal, de forma bastante detalhada, normas para o trabalho de menores, trabalho esse que, devido às condições em que era prestado, reunira as maiores críticas e provocara escândalo entre os autores da época. Ruy Ennes Ulrich procedeu a uma análise aprofundada, com diversas críticas e propostas, que nos dão conta de um especial crescimento industrial no nosso país mas também de diferentes experiências, uma vez que o Autor recorria frequentemente a uma análise comparatista entre a realidade portuguesa e a de outros países, descrevendo a legislação de protecção de Inglaterra, de França e da Prússia (posteriormente da Alemanha), com referências mais breves à legislação da Suíça, Áustria, Espanha, Estados Unidos, Rússia e Roménia[54]. Analisava depois a legislação portuguesa, expondo detalhadamente o seu conteúdo[55] e apresentando propostas de alteração, nomeadamente quanto à idade mínima de admissão (nunca antes dos 12 anos), quanto à jornada máxima (considerava excessiva a jornada de dez horas, propondo a de oito horas, com redução para seis horas quanto

[50] TEIXEIRA BASTOS, *Tribunaes de Arbitros-Avindores*, colecção *O Ideal Moderno – Bibliotheca Popular de Orientação Socialista*, Companhia Nacional Editora, Lisboa, 1898.

[51] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, *cit.*, pp. 306-318.

[52] LUÍS (DA CUNHA) GONÇALVES, *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, *cit.*, pp. 150-156

[53] *DG* nº 88, 22 de Abril de 1891.

[54] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, *cit.*, pp. 44-46.

[55] *Idem*, pp. 47-63.

às "creanças de 12 a 14 annos"[56]) e quanto ao descanso semanal (propondo a adopção de um dia de "meio-descanso" a adicionar ao dia de descanso obrigatório – em regra, o Domingo – e a concessão de descanso também nos dias santificados ou outros "de descanço e feriado para toda a nação"[57]), bem como o alargamento da protecção do trabalho dos menores pelo menos até aos 18 anos.

O diploma de 1891 também tratava marginalmente o trabalho das mulheres, apenas quanto a matérias relativas à maternidade, impedindo o trabalho das puérperas nas primeiras quatro semanas após o parto e criando uma dispensa para amamentação. Impunha ainda a criação de creches nas unidades com mais de cinquenta trabalhadores. Ennes Ulrich abordava autonomamente o trabalho das mulheres e são muito interessantes as considerações tecidas pelo Autor, que considerava ultrapassado "o antigo preconceito da inferioridade da mulher em relação ao homem" mas apresentava como certeza a "inferioridade da sua resistencia physica", sendo o trabalho industrial das mulheres biológica e moralmente (devido à "atmosfera corruptora e viciosa" daqueles estabelecimentos) "pernicioso"[58]. Acrescia que "a situação injustamente inferior da mulher nas sociedades actuaes, privada de direitos políticos e não fazendo parte das associações profissionaes", a despojava de meios de defesa e a sujeitava a abusos dos patrões, que pagavam muitas vezes "por um trabalho rude um salario irrisório"[59]. Ainda assim, o Autor considerava que era injusto proibir-lhes o trabalho industrial,

[56] *Idem*, pp. 64.
[57] *Idem*, *ibidem*.
[58] *Idem*, p. 67.
[59] *Idem*, *ibidem*.

pois esse era "muitas vezes o unico meio de se sustentar a si e aos seus filhos mantendo uma vida honesta"[60]; a legislação que protegia as mulheres trabalhadoras afigurava-se "indispensável" e deveria abranger não apenas a mulher casada, como defendido por alguns, porque "evidentemente a mulher sem família e só no mundo" era aquela que necessitava de "protecção social"[61].

Depois de algumas notas comparatistas (com referências às legislações inglesa, francesa, belga, sueca e prussiana [sic])[62], analisava a legislação portuguesa e defendia a aplicação ao trabalho feminino das regras que propusera para o trabalho dos menores entre os 16 e os 18 anos (ou, pelo menos, numa "situação intermedia entre esses menores e os adultos, com uma jornada máxima de nove horas"[63]) e a dispensa de trabalho nas quatro semanas anteriores ao parto, com pagamento de metade da remuneração, como defendera Oliveira Simões[64]

[60] *Idem*, p. 68.
[61] *Idem*, *ibidem*.
[62] *Idem*, pp. 68-69.
[63] *Idem*, p. 69.
[64] Julgo que corresponderá ao Relatório que foi publicado: JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA SIMÕES, *Trabalho dos Adultos na Indústria*, Relatório apresentado ao III Congresso da Liga Nacional contra a Tuberculose, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906. Este Autor, que foi chefe da Repartição do Trabalho Industrial, publicou material importante sobre os tribunais de árbitros-avindores, por exemplo JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA SIMÕES, "Tribunaes de Arbitros Avindores de Portugal. Relatorio e Estatistica do Movimento das Causas", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 36, Lisboa, Imprensa Nacional, 1910; "Tribunaes de Arbitros Avindores de Portugal. Relatorio e Estatistica do Movimento das Causas em 1910", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 62, Lisboa, Imprensa Nacional, 1912; "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatórios e Estatística do Movimento das Causas em 1911", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 84, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1913; "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatório e Estatística do Movimento das Causas em 1912", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 92, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1915; "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatórios e Estatística do Movimento das Causas em 1913", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 99, Lisboa, Imprensa Nacional, 1915.

no Congresso Nacional de Tuberculose, na Universidade de Coimbra[65].

3. Os textos do século XX na década da República

Logo após a implantação da República, a Reforma de 1911, delineada pelo Decreto com força de Lei de 18 de Abril[66], integrou no segundo grupo de cadeiras e cursos – *Sciencias económicas* – a cadeira (disciplina anual) de *Economia Política* e o curso (disciplina semestral) de *Economia Social*. Na sequência da Reforma, por decisão do Conselho da Faculdade de Direito de Coimbra, ficou o Professor Marnoco e Souza encarregue de elaborar os programas de todas as disciplinas (cadeiras e cursos) do grupo de Ciências Económicas (e também das disciplinas de Administração Colonial)[67].

Os novos programas foram aprovados e publicados em *Diário de Governo*[68], sendo nesta sede especialmente relevante o programa do curso de Economia Social, embora também tenham interesse algumas das matérias previstas no programa da cadeira de Economia Política[69] (na parte I, livro II, secção II, *História das Doutrinas Económicas*; parte II, livro I, *Indústria*, e livro III, *Réditos*, pontos 107 e 108, *Salários* e *Leis do salário*).

[65] RUY ENNES ULRICH, *Legislação Operaria Portugueza*, *cit.*, pp. 69-70.
[66] *Diário do Governo* n.º 91/1911, Série I, de 20 de Abril de 1911, pp. 1601 – 1607.
[67] Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "O ensino do direito em Portugal no século XX (Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911)", *cit.*, pp. 72-73.
[68] *Diário do Governo* n.º 109, de 10 de Maio de 1912, pp. 1698 – 1709.
[69] *Idem*, pp. 1699 – 1701.

Quanto ao programa do curso de Economia Social[70], o mesmo estava dividido em quatro partes, integrando cinquenta e cinco pontos e demonstrando um conhecimento amplo das questões discutidas no plano nacional e internacional. O curso tratava não apenas a questão social (em especial na II parte[71]) mas também as várias respostas possíveis, quer para melhorar a condição da classe operária (III parte[72]),

[70] *Idem*, p. 1702.

[71] II – Condições das classes trabalhadoras: 1. Alta dos salários. Comparação com o aumento do custo de vida. Salários femininos; 2. Duração do trabalho. Intensidade do trabalho. Salariado do domicílio; 3. Desocupação (*chômage*). Causas e consequências; 4. Natalidade, mortalidade e criminalidade da classe operária. Sua cultura intelectual e moral; 5. Liberdade do trabalho e suas consequências. Individualismo do Código Civil; 6. Convenções relativas ao trabalho. Contracto de aprendizagem. Pre-aprendizagem; 7. Contracto de serviço ou trabalho salariado. Cadernetas dos operários. Regulamentos das oficinas; 8. Contracto de trabalho pago por peça de empreitada; 9. Trabalho dos menores, das mulheres e dos adultos. Dia de oito horas. Repouso hebdomário. Semana inglesa. Folga anual. Trabalho nocturno. Higiene e segurança das oficinas; 10. Mínimo do salário. Forma e épocas do pagamento do salário. Os abusos do *truck-system*; 11. Garantias da integridade do salário. Prescrição do salário. Protecção do salário da mulher casada; 12. Responsabilidade do patrão. Acidentes do trabalho. Risco profissional e seguro obrigatório; 13. A conciliação e a arbitragem nos conflitos entre patrões e operários. Sistemas de Mundella e Kettle. Tribunais dos árbitros-avindores; 14. A arbitragem obrigatória. Sistema da Nova Zelândia e projecto Millerand.

[72] III – Melhoramento das classes trabalhadoras: 1. Cooperativas de consumo. Produção pelas cooperativas de consumo. Programa da escola de Nimes. Cooperativas de consumo profissionais. Cooperação e socialismo; 2. Cozinhas económicas e restaurantes populares. Economatos; 3. Habitações operárias. Cidades-jardins. O operário proprietário; 4. Luta contra o alcoolismo. Sociedades de temperança. Luta contra a tuberculose. Sanatórios; 5. Protecção da infância. Creches. Sociedades maternais. Colónias de férias; 6.Instrução e educação do operário. Escolas industriais. Princípios da sua organização; 7.Patronatos e mutualidades escolares. Universidades populares. Teatros populares. Cantinas escolares; 8. Infância delinquente. Tutoria da infância; 9. Sociedades de socorros mútuos. Estado do socorro mútuo em Portugal; 10. Seguros sociais. O princípio da liberdade e da obrigação na sua organização. Sistema alemão e belga ou da liberdade subsidiada; 11. Seguro-doença. Seguro-invalidez e velhice. Aposentações operárias. Tipos das legislações sôbre êste assunto; 12. Seguro-acidentes do trabalho. Doenças profissionais. Seguro-sobrevivência; 13. Seguro-desocupação (contra o *chômage*). Soluções adoptadas para a sua organização; 14. Caixas económicas. Caixas económicas postais; 15. Assistência pública. Assistência

quer para alterar a sua condição (IV parte[73]), dedicando já vários pontos à legislação de natureza laboral e à intervenção do Estado na protecção dos trabalhadores.

Não era, obviamente, um curso de Direito laboral numa perspectiva completa, mas a maioria das matérias deste programa poderiam, com toda a propriedade, estar incluídas num futuro programa de Direito do Trabalho.

---

privada. Colaboração da assistência pública e da assistência privada. Sistema de Elberfeld; 16. Assistência pelo trabalho. Assistência pelo trabalho no domicílio e na oficina. Assistência pelo trabalho da terra. Colónias agrícolas. Jardins operários; 17. Protecção do Estado. Organização administrativa relativa ao operariado. Ministério do trabalho. Conselhos do trabalho. Inspecção do trabalho. Organização portuguesa; 18. Legislação internacional do trabalho. Tratados sobre o trabalho; 19. Associação para a protecção legal dos trabalhadores. Direito internacional operário.

[73] IV – Transformação das classes trabalhadoras: 1. Sindicatos e corporações. *Trade-Unions*. As antigas e as novas *Trade-Unions*; 2. Sindicatos operários. Federações sindicais. Bôlsas do trabalho. Confederação geral do trabalho; 3. Sindicalismo reformista e sindicalismo revolucionário. Orientação dominante nos congressos sindicalistas; 4. Sindicalismo agrícola. Sindicalismo administrativo; 5. Sindicatos amarelos. A questão do sindicato obrigatório; 6. Convenções colectivas do trabalho. Sua extensão aos não sindicados; 7. Tendências dos sindicatos para a uniformização do salário, a limitação do número de aprendizes e a exclusão das mulheres; 8. A tese da acção directa. Coalisões e greves. A progressão das greves e o seu valor sintomático. Influência dos sindicatos sobre as greves; 9. Legitimidade do direito de greve. Sua regulamentação. Actos permitidos e proibidos em caso de greve. A questão da greve dos funcionários públicos; 10. Custo das greves. Resultados das greves. Intervenção da força armada. Programa da greve geral; 11. *Boycottage*. *Sabotage*. *Label*. *Picketing*; 12. Organização da defesa patronal. Sindicatos patronais; 13. *Lock-out*. Seguros contra as greves. Direito de recusar ou de despedir os operários sindicados (*open shop* e *union shop*). Listas negras ou cadernos vermelhos. Rompedores (*briseurs*) de greves; 14. Participação nos lucros. Resultados que tem dado. Participação nos lucros obrigatória. Participação nos lucros nas sociedades de consumo; 15. *Copartnership system* ou sistema da compropriedade operária. Accionarismo operário. Natureza jurídica e económica das acções do trabalho. Direitos dos accionistas operários; 16. Cooperativas de produção. Sua organização. Seus principais tipos. Resultados desta instituição; 17. Bôlsas de trabalho de Molinari. *Viaticum* / Sociedades comerciais do trabalho de Yves Guyot. Trabalho em comandita; 18. Direito ao produto integral do trabalho. Teorias sobre que se funda.

A disciplina de Economia Social, nestes anos posteriores à Reforma, foi leccionada na Faculdade de Direito de Coimbra pelo próprio Professor Marnoco e Souza e pelos Professores Carneiro Pacheco e Manuel Rodrigues[74].

Na novíssima Faculdade de Estudos Sociais e de Direito, a disciplina foi leccionada pelos Professores Fernando Emygdio da Silva (anos lectivos de 1913-1914, 1914-1915, 1916-1917), Albino Vieira da Rocha (ano lectivo 1917-1918), Martinho Nobre de Melo (ano lectivo de 1918-1919) e Caeiro da Mata (ano lectivo de 1919-1920)[75]. Os livros de sumários entre 1913-1914 e 1918-1919 demonstram que as matérias leccionadas eram unicamente laborais[76].

Nesta década (1910-1920), de abundante produção legislativa nas matérias laborais (entenda-se, em comparação com a época anterior), os textos dos juristas não aumentaram significativamente. Foi já acima referido o artigo de Marnoco e Souza, no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* de 1914-1915.

---

[74] Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, *cit.*, p. 56.

[75] Cf. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XIII, 1961, pp. 26. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho – Relatório*, separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Suplemento*, Lisboa, 1999, pp. 10-12, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, *cit.*, pp. 56-57, e também FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, ALBINO VIEIRA DA ROCHA e MARTINHO NOBRE DE MELO, *Economia social: sumário das lições magistraes e dos assuntos dos exercicios práticos*, manuscrito, [1913-1919].

[76] FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, ALBINO VIEIRA DA ROCHA e MARTINHO NOBRE DE MELO, *Economia social: sumário das lições magistraes e dos assuntos dos exercicios práticos*, *cit.*, pp. 2-23, para o ano lectivo 1913-1914; p. 24, para o ano lectivo 1914-1915, em que EMYGDIO DA SILVA indicava a leccionação de vários dos pontos do programa do ano anterior; pp. 27-31, ano lectivo de 1916-1917; pp. 32-38, ano lectivo de 1917-1918; pp. 39-40, ano lectivo 1918-1919.

Logo em 1911, Fernando Emygdio da Silva publicara *Seguros mútuos*[77]. Em 1913, foram apresentadas a concurso para Professor do grupo de Ciências Económicas, na Faculdade de Estudos Sociais e de Direito da Universidade de Lisboa, a dissertação *Seguro contra acidentes de trabalho I: da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efectivação pelo seguro*, por José Maria de Vilhena Barbosa de Magalhães[78], e as dissertações *Acidentes de trabalho*[79] e *As Greves*, por Fernando Emygdio da Silva[80]. Em 1914, Queiroz Vaz Guedes publicou as dissertações *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil* e *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, apresentadas ao mesmo concurso, mas sem a aprovação do candidato[81]. Em 1918, Victor Augusto Pereira Nunes concorreu a assistente na Faculdade Técnica da Universidade do

[77] FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Seguros mútuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911.

[78] J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra acidentes de trabalho I: da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efectivação pelo seguro*, dissertação para concurso a Professor do grupo de Ciências Jurídicas na Faculdade de Estudos Sociais de Direito da Universidade de Lisboa, Empresa Lusitana Editora, Lisboa, 1913.

[79] FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de trabalho*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1913 – a dissertação fora apresentada a concurso nesse ano.

[80] Cf. já assinalado por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho – Relatório*, *cit.*, p. 10, nota 4; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, *cit.*, p. 56. Em ambos os livros de EMYGDIO DA SILVA consta essa menção: em *Acidentes de trabalho*, *cit.*, consta "Dissertação de concurso a Prof. da Secção de Sciencias Economicas da Faculdade de Direito de Lisboa"; em *As Greves*, *cit.*, consta "Dissertação de concurso ao professorado da Secção de Sciencias Economicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa". O candidato foi admitido e aprovado "em mérito absoluto", cf. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, *cit.*, pp. 15-19.

[81] Cf. MARCELLO CAETANO, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, *cit.*, pp. 29-32, e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, *cit.*, pp. 56-57, nota 121, em que também se refere a dissertação de um outro candidato não aprovado, A. AZEVEDO SOUTO, *Acidentes de Trabalho* – não consegui localizar esta obra (também referida por MARCELLO CAETANO, *cit.*, p. 30).

Porto, com a dissertação *O trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes: exposição e critica*[82].

Apenas a primeira obra de Queiroz Vaz Guedes se dedicava a uma perspectiva menos específica, apresentando, como outros textos que já foram referidos *supra*, uma exposição histórica do trabalho, que incluía, como era hábito, a escravidão e o trabalho servil, a par do trabalho livre, em épocas mais recuadas ou mais recentes[83], tendo a particularidade de dedicar uma alínea autónoma aos "negros", que tinham sofrido "a escravidão efectiva, institucional, até ainda há pouco tempo"[84]. Depois desta exposição sobre a condição miserável de quem trabalhava, o Autor apresentava os "meios de regeneração", dedicando algumas páginas à legislação laboral de outros países[85] e às comissões de salários[86], a que adicionava a "actividade produtora do Estado e dos Municípios"[87], a solidariedade particular e do capital[88], os meios de acção do próprio proletariado (numa série de capítulos cujo primeiro foi designado "Ressurreição"), a educação, a instrução e a organização[89].

A parte mais interessante da obra é a terceira – "A Paz pelo Direito Civil"[90] – onde Queiroz Vaz Guedes defendia a realização da

[82] VICTOR AUGUSTO PEREIRA NUNES, *O trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes: exposição e critica*, dissertação para o concurso de assistente da Faculdade Technica da Universidade do Porto, [Typ. Progresso], Porto, 1918

[83] QUEIROZ VAZ GUEDES, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, Imprensa Nacional de Lisboa, 1914, pp. 23-103.

[84] *Idem*, p. 95.

[85] *Idem*, pp. 141-153.

[86] *Idem*, pp. 153-163.

[87] *Idem*, pp. 163-175.

[88] *Idem*, pp. 175-188.

[89] *Idem*, pp. 188-237.

[90] *Idem*, pp. 239-259.

plena liberdade contratual através da celebração de contratos colectivos, pois o "proletariado organizado" estava já "apto e disposto ao acordo"[91], capaz de obter "um melhoramento geral nas condições do seu trabalho" e garantindo aos patrões "paz e estabilidade nas condições de produção"[92]. As convenções colectivas eram "verdadeiros documentos de paz"[93] e a sua obrigatoriedade preveniria as reacções violentas das partes, em que se incluía a própria greve[94], aspecto que o Autor desenvolveu na sua segunda obra, referida já de seguida.

Os restantes temas das obras mencionadas *supra* eram específicos e dos mais pertinentes na época, como demonstram, por exemplo, as obras de Fernando Emygdio da Silva e de Queiroz Vaz Guedes sobre a greve. A dissertação do primeiro Autor, de maior dimensão, foi acima referida e traduz-se numa obra com amplo desenvolvimento histórico e estatístico – a análise mais detalhada caberá na II parte deste texto.

O segundo Autor criticava severamente a Lei de 6 de Dezembro de 1910[95] e incluía até no final um projecto de lei[96], aliás bastante restrictivo: considerando os contratos colectivos de trabalho como o modelo ideal para garantir a liberdade e prevenir os conflitos entre empregadores e trabalhadores[97], a sua regulação legal permitiria que as divergências fossem resolvidas sem recurso à greve (de que excluía

[91] *Idem*, p. 246.
[92] *Idem*, p. 251.
[93] *Idem*, p. 254.
[94] *Idem*, pp. 258-259.
[95] QUEIROZ VAZ GUEDES, *A suspensão do trabalho perante o direito civil*, dissertação para concurso universitário, Impresa Nacional, Lisboa, 1914, pp. 96-97.
[96] *Idem*, pp. 162-168.
[97] *Idem*, pp. 11-14.

o *lock-out*[98]). A obra será também alvo de análise na II parte mas assinalo que Queiroz Vaz Guedes considerava – e lembro que o mesmo escrevia em 1914, quando a legislação tendia já para uma regulação geral, abrangendo todos ou quase todos os trabalhadores – que o Estado não deveria estipular "condições genéricas" ou "imposições externas de contratos" excepto para o trabalho dos menores, das mulheres e dos que trabalhavam no domicílio, num exercício de "tutela dos incapazes […] e salvaguarda da própria liberdade, em quem está dela acidentalmente privado"[99].

Outro tema recorrente era o dos socorros mútuos e seguros sociais, a que se ligava o tema dos acidentes de trabalho, e aos mesmos se dedicaram, como foi referido *supra*, Lobo Ávila Lima, Barbosa de Magalhães e Fernando Emygdio da Silva. Saliento que todos estes autores escreveram antes da legislação de 1919, que criaria os seguros sociais (Decretos com força de Lei nºs 5 636 a 5 638, de 10 de Maio de 1919[100]), mas dois dos textos são contemporâneos da Lei nº 83 de 24 de Julho de 1913[101], que regulava os acidentes de trabalho, consagrando a primeira previsão da responsabilidade civil objectiva no Direito português[102].

---

[98] *Idem*, pp. 18-24.

[99] *Idem*, p. 90.

[100] *DG* nº 98/1919, 8º Supl., 10 de Maio, pp. 1025-1034, 1034-1039 e 1039-1044. Sobre este aspecto, ver JOSÉ LUÍS CARDOSO e MARIA MANUELA ROCHA, "O seguro social obrigatório em Portugal (1919-1928): acção e limites de um Estado previdente", *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009, pp. 439-470. Os seguros instituídos foram os seguros sociais obrigatórios na doença, contra desastres no trabalho e contra a invalidez, velhice e sobrevivência.

[101] *DG* nº 171, 24 de Julho, pp. 2754-2755.

[102] Sobre a Lei e o processo de elaboração da mesma, pode ver-se FERNANDO EMYGDIO DA SILVA, *Acidentes de Trabalho*, *cit.*, pp. 119-122, e, principalmente, D.J. ALMEIDA VASCONCELLOS e G. FERREIRA BORGES, *Estudo da legislação portugueza sobre desastres no trabalho*, J. Rodrigues, Lisboa, 1915, com enorme desenvolvimento.

As obras são de diferente dimensão e profundidade: o livro de Vilhena Barbosa de Magalhães abordava um tema mais específico, os restantes são trabalhos de âmbito abrangente. Barbosa de Magalhães abordava não apenas a Lei dos acidentes de 1913, mas também o contexto português e europeu desta temática, com uma profusão de referências à legislação de diferentes países e aos trabalhos dos congressos e conferências internacionais; a riqueza da obra justifica uma análise mais detida, que terá lugar na II parte deste meu texto.

E o mesmo se aplica, com ainda maior justificação, à dissertação de Lobo d'Ávila Lima e às dissertações de Emygdio da Silva, obras de enorme fôlego, em especial a obra deste último, de 1911 (que é a sua dissertação de doutoramento), com um tratamento muito exaustivo dos temas tratados.

4. "Caracteres da legislação operária" de José Marnoco e Souza, um texto exemplar

Do conjunto apresentado para a segunda década do século XX, o texto que considero mais interessante e inovador é o de Marnoco e Souza, razão pela qual optei por uma análise individualizada. Começava o Autor por denunciar as condições de miséria em que os operários trabalhavam ("apesar do seu trabalho fatigante, os operários não chegavam a ganhar o suficiente para viver"[103]) e as consequências para a sua saúde e vida, que haviam dado origem ao *pauperismo*, "êste estado de miséria e degradação"[104].

[103] JOSÉ MARNOCO E SOUZA, "Caracteres da legislação operária", *cit.*, p. 95.
[104] *Idem*, p. 96.

E perante esta enorme miséria, os códigos civis – que, no entendimento do Autor, regulavam o trabalho de modo "obscuro e secundário" – estabeleciam uma absoluta liberdade de estipular, "partindo de um princípio falso", ou seja, que "as partes são igualmente livres no contracto do trabalho", e esquecendo quer as condições de superioridade do patrão, quer a situação de dependência do operário ("mesmo quanto à sua pessoa") em função do contrato celebrado[105]. Os códigos penais, por sua vez, puniam as associações de trabalhadores[106] e as greves[107], impedindo os operários de "obter o melhoramento da sua condição"[108].

[105] *Idem*, *ibidem*.

[106] Reproduzo o art. 282º do Código Penal de 1852: "Toda a associação de mais de vinte pessoas, ainda mesmo dividida em secções de menor número, que sem preceder auctorisação do Governo, com as condições que elle julgar convenientes, se reunir para tratar de assumptos religiosos, politicos, litterarios, ou de qualquer outra natureza, será dissolvida; e os que a dirigirem e administrarem, serão punidos com a prisão de um mez a seis mezes. Os outros membros serão punidos com a prisão até um mez. § 1.º As mesmas penas serão applicadas no caso de infracção das condições impostas pelo Governo. § 2.º As pessoas domiciliadas na casa em que se reunir a associação, não são comprehendidas no numero das declaradas neste artigo. § 3.º Serão punidos como cumplices aquelles, que consentirem que a reunião tenha logra em todo, ou em parte da casa de que disponham". Mantido, sem alterações, pelo Código Penal de 1886 (igualmente no art. 282º).

[107] A greve era punida no Código Penal de 1852, juntamente com o *lock-out*, sob o termo *coligação* "Artigo 277º Será punida com a prisão de um a seis mezes, e com a multa de cinco mil réis a duzentos mil réis: 1.º Toda a coligação entre aquelles, que empregam quaisquer trabalhadores, que tiver por fim produzir abusivamente a diminuição do salario, se fôr seguida do começo de execução. 2º Toda a coligação entre os individuos de uma profissão, ou de empregados em qualquer serviço, ou de quaisquer trabalhadores, que tiver por fim suspender, ou impedir, ou fazer subir o preço do trabalho regulando as suas condições, ou de qualquer outro modo, se houver começo de execução. § unico. Os que tiverem promovido a coligação, ou a dirigirem; e bem assim os que usarem de violencia ou ameaça para assegurar a execução, serão punidos com a prisão de um a tres anos, e poderá determinar-se a sujeição à vigilancia especial da policia, sem prejuizo da pena mais grave, se os actos de violencia a merecerem". No Código Penal de 1886, o art. 277º manteve quase integralmente a sua redacção, sendo apenas alterada a pena dos promotores ou dirigentes da coligação (no § único, a pena de prisão de um a três anos passou a ser de um a dois anos).

Após algumas tentativas jurisprudenciais de "suavisar a rigidez do Código, adaptando as disposições do direito privado às necessidades modernas" (nomeadamente na matéria dos acidentes de trabalho), surgira a legislação operária no final do século XIX, excepto em Inglaterra, em que a mesma datava do "começo do século XIX, sem dúvida por causa do estado adiantado da indústria naquele país"[109].

Uma das críticas apresentadas visava a falta de protecção de amplos sectores, uma vez que a legislação até então publicada era maioritariamente dirigida aos "operários das indústrias"[110]: enunciava como exemplos o Decreto de 14 de Abril de 1891[111], o Regulamento de 16 de Março de 1893[112] e o Decreto de 24 de Junho de 1911[113]. Já a Lei de 24 de Julho de 1913[114] podia abranger trabalhadores rurais e comerciais mas apenas se fosse utilizada força distinta da humana, nomeadamente maquinaria de motor inanimado. A Lei de 14 de Agosto de 1889[115] – e legislação complementar sobre tribunais de árbitros avindores – abrangia os trabalhadores de estabelecimentos industriais e comerciais mas deixava de fora os trabalhadores rurais (e também os do serviço doméstico). O mesmo se passava com a legislação sobre bolsas de trabalho (Decreto de 9 de Março de 1893[116]).

[108] JOSÉ MARNOCO E SOUZA, "Caracteres da legislação operária", *cit.*, p. 97.
[109] *Idem*, *ibidem*.
[110] *Idem*, p. 98. Também na p. 100.
[111] *DG* nº 88, 22 de Abril de 1891.
[112] *DG* nº 79, 10 de Abril de 1893.
[113] *DG* nº 149, 29 de Junho de 1911, p. 2737.
[114] *DG* nº 171, 24 de Julho de 1913, pp. 2754-2755.
[115] *DG* nº 205, 12 de Setembro de 1889.
[116] *DG* nº 56, 10 de Março de 1893.

Alguns diplomas abrangiam todos os trabalhadores (associações de classe[117], impenhorabilidade de salários, greve[118], descanso semanal[119]), mas esta legislação estava ainda muito marcada pelo âmago da questão social: o trabalho industrial. Marnoco e Souza denunciava uma desigualdade "injusta e revoltante […] mesmo perigosa"[120] e apontava a necessidade de proteger também os restantes trabalhadores, especialmente os da "indústria do domicílio salariada, visto ser nela que se manifesta de forma mais acentuada a exploração da classe operária pelo capitalista"[121], originando o *sweating-system*, que tinha sido expulso das fábricas pela legislação. Existia já um consenso internacional para a aplicação desta legislação ao trabalho industrial no domicílio (tipo de trabalho à época "em novo vigor" e não decadente, como anteriormente afirmara Marx), como resultava dos congressos realizados (Bruxelas, 1910, Zurique, 1912); tal medida fora adoptada recentemente na Alemanha pela Lei de 1 de Abril de 1912[122].

O mais interessante neste texto é a sua defesa do "espírito novo" inspirando a legislação operária, afastando, "apesar dos protestos dos juristas puros", o tratamento "absolutamente egual" de quem se

[117] Decreto de 9 de Maio de 1891, *DG* nº 106, 14 de Maio de 1891, e legislação subsequente.

[118] Decreto de 6 de Dezembro de 1910, *DG* nº 53, 7 de Dezembro de 1910.

[119] Primeiro, o Decreto de 3 de Agosto de 1907, *DG* nº 175, 8 de Agosto de 1907, mas sem abranger todos os trabalhadores. Já no período republicano, o Decreto de 9 de Janeiro de 1911, *DG* nº 7, 10 de Janeiro de 1911 (afirmando que o direito de descanso cabia a "todo o assalariado", art. 1º), ligeiramente alterado pelo Decreto com força de Lei de 8 de Março de 1911, *DG* nº 55, 9 de Março de 1911. Quanto aos feriados republicanos, pode ver-se MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA e RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Primeira República no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 10-12.

[120] JOSÉ MARNOCO E SOUZA, "Caracteres da legislação operária", *cit.*, p. 100.

[121] *Idem*, p. 102.

[122] *Idem*, p. 103.

encontrava "em condições inteiramente diferentes" e criando "novos princípios e novas normas, em desharmonia com os conceitos clássicos"[123].

Juntamente com a natureza diferente desta legislação (acusada de ter um "*caracter fragmentário e desordenado*"[124]), Marnoco e Souza também afirmava que o contrato de trabalho era *sui generis*, "cujas bases e condições são inteiramente diferentes das de todos os outros contractos", tendo os contratos colectivos vindo "revolucionar completamente esta matéria"[125], transformação que também se verificara na responsabilidade civil, com a introdução da "responsabilidade objectiva, baseada no risco profissional"[126].

Por último, defendia a elaboração de um Código do Trabalho autónomo (apesar deste Direito estar ainda em formação) e não a inserção no Código Civil, pois nele não podiam ser introduzidas "as disposições da legislação operária sobre as gréves, o contracto de trabalho colectivo, a arbitragem, os seguros sociais, os regulamentos do trabalho, sem fazer estalar os seus quadros clássicos". Na sua opinião, a tendência seria para que a legislação laboral se afastasse "cada vez mais do Cânones tradicionais" do Direito Civil[127].

Esta codificação poderia ser iniciada, de forma modesta, por uma ordenação clara da legislação existente (que devia ser "flexível e perfectível, mas ao mesmo tempo […] clara e certa"[128]), encarada

[123] *Idem*, p. 104.
[124] *Idem*, p. 106. Itálico no original.
[125] *Idem*, p. 105.
[126] *Idem*, p. 106.
[127] *Idem*, p. 107.
[128] *Idem*, p. 108. Tal apenas poderia obter-se com a codificação: "É por isso que o próprio SAVIGNY não tem dúvida de dizer que a codificação se apresenta em certas épocas como o único processo possível da evolução histórica do direito.".

como "um trabalho preparatório de revisão e crítica" que deveria avançar posteriormente para um "Código do trabalho completo, contendo todas as disposições exigidas pelo direito proletário"[129]. A Revolução Francesa transformara em códigos o anterior direito burguês e o mesmo sucederia com o direito operário: a Alemanha dera já o exemplo em 1911 com o "Código dos seguros sociais (*Reichsversicherungsordnung*)"[130].

Face aos textos apresentados, julgo que se pode afirmar o interesse dos juristas portugueses das duas primeiras décadas do século XX pelos problemas laborais, com profunda percepção da sua actualidade e também da premência de uma regulação jurídica diferenciada, assumindo uma natureza distinta face ao Direito Civil.

A análise mais detalhada das obras dedicadas a temas específicos (em especial, a greve, os acidentes de trabalhos e os seguros sociais) e mesmo de obras mais abrangentes que também tratavam estes temas e o da contratação colectiva, que reservei para uma II parte desta investigação, demonstram, em meu entender, a consciência de uma diferenciação que se traduzia na exigência de novas respostas técnico-jurídicas, no momento em que se afirmava, de modo cada vez mais evidente, um novo ramo do ordenamento: o Direito do Trabalho*.

[129] *Idem*, *ibidem*.
[130] *Idem*, p. 109.

* Esta pesquisa foi desenvolvida, na sua fase final, durante os meses em que a Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa esteve a funcionar com limitações de horário e com alterações na disposição interna. No acesso às obras consultadas foi essencial o auxílio dos funcionários e bolseiros da Biblioteca, a quem agradeço profundamente, em especial ao Dr. António Elias e ao Sr. Sandro Parente, pela ajuda preciosa na localização de alguns livros.

Bibliografia

Almeida, Fortunato de, *A Questão Social: Reflexões à Dissertação Inaugural do Senhor Afonso Costa*, Tip. F. França Amado, Coimbra, 1895

Alvarado Planas, Javier, "La Historia del Derecho ante el siglo XXI", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2001, pp. 621-687

Andrade, Abel, *Commentario ao Codigo Civil Portuguez precedido de um prefácio sobre a renovação jurídica*, I, Livraria Portugueza e Estrangeira de Manuel de Almeida Cabral – Editor, Coimbra, 1895

Andrade, Abel,*A vida do Direito Civil*, vol. 1: *Introdução, estudo sobre a questão social*, Imp. da Universidade, Coimbra,1897

Bastos, Teixeira, *Tribunaes de Arbitros-Avindores*, colecção *O Ideal Moderno – Bibliotheca Popular de Orientação Socialista*, Companhia Nacional Editora, Lisboa, 1898

Branco, Rui, "A construção nacional 1834-1890", in António Costa Pinto e Nuno Gonçalo Monteiro (org.), *História Política Contemporânea. Portugal 1808-2000*, Fundación Mapfre e Objectiva-Penguin Random House, Lisboa, 2019, pp. 132-137

Brandão, João Rodrigues Pinto, *Instituições em beneficio dos operarios nos districtos de Aveiro, Viseu, Guarda, Coimbra e Castello Branco* (*Boletim do Trabalho Industrial*, 27), Imprensa Nacional, Lisboa, 1909

Brito, Joaquim Maria Rodrigues de, *Philosophia do Direito*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1871

Caetano, Marcello, *Apontamentos para a história da Faculdade de Direito de Lisboa*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XIII, 1961

Calheiros, Maria Clara, *A filosofia jurídico-política do krausismo português*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2006

Cardoso, José Luís, e Rocha, Maria Manuela, "O seguro social obrigatório em Portugal (1919-1928): acção e limites de um Estado previdente", *Análise Social*, vol. XLIV (192), 2009, pp. 439-470

Carvalho, Fernando Martins de, *A questão social*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1892

Castro, Zília Osório de, "Sociedade e Estado: reflexos krausistas", *Revista de História das Ideias*, vol. 26 "O Estado", 2005, pp. 161-197

Cordeiro, António Meneses, *Manual de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994

Cordeiro, António Meneses, *Direito do Trabalho*, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2018

Costa, Afonso, *A Igreja e a Questão Social. Analyse critica da Encyclica Pontificia* De Conditione Opificium, *de 15 de Maio de 1891*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1895

Costa, Mário Júlio de Almeida, "O ensino do direito em Portugal no século XX (Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XXXIX (1963), pp. 31-106

Costa, Mário Júlio de Almeida e Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *A Primeira República no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2010

Diaz, Elias, *La filosofia social del krausismo español*, Edicusa, Madrid, 1973

Fernandes, Paulo Jorge, "A crise do Liberalismo 1890-1930", in António Costa Pinto e Nuno Gonçalo Monteiro (org.), *História Política Contemporânea. Portugal 1808-2000, cit.*, pp. 139-158

Ferreira, José Dias, *Annotações aos Elementos de Direito Natural do Excelentissimo Senhor Vicente Ferrer Neto Paiva pelo seu discípulo*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1858

Garcia, Manuel Emygdio, "O pauperismo I", *O Trabalho, Semanário Democrático*, Nº 2, 24 de Março de 1870

Guedes, Queiroz Vaz, *A prestação do trabalho e a sua transformação pacífica pelo direito civil*, Imprensa Nacional, [Lisboa], 1914

Guedes, Queiroz Vaz, *A suspensão do trabalho perante o direito civil,* dissertação para concurso universitário, Impresa Nacional, Lisboa, 1914

Gonçalves, Luís (da Cunha), *A Evolução do Movimento Operário em Portugal*, Adolpho de Mendonça & C.ª, Lisboa, 1905

Hespanha, António Manuel, "Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-50)", *Análise Social*, vol. XVIII (72-73-74), 1982-3.°-4.°-5.°, pp. 795-812

Jordão, Levy Maria, "A Philosophia do Direito em Portugal", *Instituto. Jornal Scientifico e Litterario*, Vol. 1, 1852-1853, pp. 8-10, 62-64 e 177-179

Laranjo, José Frederico, "Origens do Socialismo", conferências pronunciadas no *Instituto* a 31 de Janeiro de 1874 e a 7 de Novembro

de 1874, *O Instituto – Revista Scientifica e Litteraria*, vol. XVIII, Março de 1874, pp. 201-219, e vol. XX, Dezembro de 1874, pp. 57-74

Lima, Adolpho, *O contrato do trabalho: esboço historico, crítica do actual contrato do trabalho, contrato colectivo do trabalho*, Antiga Casa Bertrand – José Bastos & Ca Editores, Lisboa, 1909

Lima, João Evangelista Campos, *O Movimento Operário em Portugal*, dissertação para a cadeira de Ciência Económica da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra apresentada no ano lectivo de 1903-1904, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1910

Lima, José Lobo d'Ávila, *Movimento operário em Portugal*, pref. Anselmo de Andrade, Ferreira e Oliveira, Lisboa, [1905]

Lima, José Lobo d'Ávila,*Socorros Mútuos e Seguros Sociais*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909

Lobo, António de Sousa da Silva da Costa, *O Estado e a Liberdade de Associação: Dissertação inaugural para o Acto de Conclusões Magnas*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1864

Magalhães, J. M. Vilhena Barbosa de, *Seguro contra acidentes de trabalho I: da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efectivação pelo seguro*, dissertação para concurso a Professor do grupo de Ciências Jurídicas na Faculdade de Estudos Sociais de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1913

María e Izquierdo, María José, "En la crisis de la modernidad: Cuestión social y ciencia jurídica laboral", *AHDE*, tomo LXXVIII-LXXIX, 2008-2009, pp. 481-494

Marques, Mário Reis, *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Suplemento ao vol. XXIX*, Coimbra, 1986

Marques, Mário Reis, "Do 'Direito Natural' à 'Filosofia do Direito': José Dias Ferreira", *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, nº 3-4, Jan.-Dez. 1987, pp. 38-55

Martens [Martens Ferrão], João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho, *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1854

Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho – Relatório*, separata de *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Suplemento*, Lisboa, 1999

Martinez, Pedro Romano,*Direito do Trabalho*, Edições Almedina, Coimbra, 2017 (8ª edição)

Martins, Conceição Andrade, "Trabalho e condições de vida em Portugal (1850-1913)", *Análise Social*, vol. XXXII (142), 1997 (3.º), p. 483-535

Matta, Caeiro da, *Habitações Populares – Estudos Económicos e Financeiros III*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909

Moncada, Luís Cabral de, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*, obra editada em 1938 e consultada na reedição *Subsídios para a História da Filosofia do Direito em Portugal*, INCM, Lisboa, 2003

Mónica, Maria Filomena, "As reformas eleitorais no constitucionalismo monárquico, 1852-1910", *Análise Social*, vol. XXXI (139), 1996 (5.°), pp. 1039-1084

Neves, António Castanheira, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

Nunes, Victor Augusto Pereira, *O trabalho dos menores e das mulheres nos estabelecimentos industriaes: exposição e critica*, dissertação para o concurso de assistente da Faculdade Technica da Universidade do Porto, [Typ. Progresso], Porto, 1918

Oliveira, António Paulo Simões Dias de, *Rodrigues de Brito, a Mutualidade de Serviços e o Solidarismo Krausiano*, dissertação de doutoramento apresentada à Universidade do Algarve, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Faro, 200

Oliveira, António Paulo Simões Dias de, "O Krausismo português na obra de António Braz Teixeira", in *António Braz Teixeira: obra e pensamento*, org. Celeste Natário, Jorge Cunha e Renato Epifânio, Universidade do Porto, Faculdade de Letras, Porto, 2018, pp. 72-88

Pimentel, António de Serpa, *O anarchismo – Estudo ácêrca da questão social*, Tip. da Companhia Nacional Editora, Lisboa, 1894

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000

Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Perspectivas metodológicas do Direito do Trabalho – Relatório*, Almedina, Coimbra, 2005

Santa-Rita, Guilherme Augusto de, *O soccorro mutuo em Lisboa: relatório – estudo*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1901

Seabra, António Luiz de, *A Propriedade. Philosophia do Direito. Para servir de Introdução ao Commentario sobre a lei dos Forais*, vol. I, Parte I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1850

Seixas, Margarida, "A *Locatio conductio operarum* na génese do contrato de serviço salariado no Código de Seabra (1867): Notas para a (pré-)história do Direito do Trabalho", *O Sistema Contratual*

Romano, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 691-719

Seixas, Margarida, *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, AAFDL/Lisbon Law Editions, Lisboa, 2016

Seixas, Margarida, "A Institucionalização da Justiça do Trabalho em Portugal (1889-1933)", *100 anos da Organização Internacional do Trabalho – O Centenário do Ministério do Trabalho: a institucionalização da regulação laboral*, Lisboa: Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social / Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), 2016, pp. 47-61

Simões, José Maria de Oliveira, *Trabalho dos Adultos na Indústria*, Relatório apresentado ao III Congresso da Liga Nacional contra a Tuberculose, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906

Simões, José Maria de Oliveira, "Tribunaes de Arbitros Avindores de Portugal. Relatorio e Estatistica do Movimento das Causas", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 36, Imprensa Nacional, Lisboa, 1910

Simões, José Maria de Oliveira, "Tribunaes de Arbitros Avindores de Portugal. Relatorio e Estatistica do Movimento das Causas em 1910", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 62, Imprensa Nacional, Lisboa, 1912

Simões, José Maria de Oliveira, "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatórios e Estatística do Movimento das Causas em 1911", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 84, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913

Simões, José Maria de Oliveira, "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatório e Estatística do Movimento das Causas em 1912", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 92, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1915

Simões, José Maria de Oliveira, "Tribunais de Árbitros Avindores de Portugal. Relatórios e Estatística do Movimento das Causas em 1913", in *Boletim do Trabalho Industrial*, n.º 99, Imprensa Nacional, Lisboa, 1915

Silva, Fernando Emygdio da, *O operariado português na questão social*, pref. Eduardo Villaça, Typographia Universal, Lisboa, 1905

Silva, Fernando Emygdio da, *Seguros mútuos*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1911

Silva, Fernando Emygdio da, *As Greves*, vol. I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1913

Silva, Fernando Emygdio da, *Acidentes de trabalho*, dissertação de concurso a Prof. da Secção de Ciências Económicas da Faculdade de Direito de Lisboa, Impresa Nacional, Lisboa, 1913

Silva, Fernando Emygdio da,e Rocha, Albino Vieira da, e Melo, Martinho Nobre de, *Economia social: sumário das lições magistraes e dos assuntos dos exercicios práticos*, [manuscrito] [1913-1919]

Silva, M. L. Coelho da, *O christianismo e a questão social: oração de sapientia que na sessão solemne da abertura das aulas do Seminario do Porto no dia 13 de Outubro de 1889 recitou*, Typ. da Palavra, Porto, 1889

Souza, José Marnoco e, "Caracteres da legislação operária", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano I (1914-15), nº 3, Novembro de 1914, pp. 95-109

Souza, José Marnoco e Reis, Alberto dos, *A Faculdade de Direito e o seu Ensino*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1907

Ulrich, Ruy Ennes, *Legislação Operaria Portugueza*, França Amado, Coimbra, 1906

Vasconcellos, D.J. Almeida, e Borges, G. Ferreira, *Estudo da legislação portugueza sobre desastres no trabalho*, J. Rodrigues, Lisboa, 1915

Videira, Susana Antas, *Liberalismo e Questão social em Portugal no Século XIX. Contributo para a História dos Direitos Sociais,* AAFDL Editora, Lisboa, 2016

Visconde de Ouguella [Carlos Ramiro Coutinho], *A questão social*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1895

Visconde de Ouguella [Carlos Ramiro Coutinho], *A questão social: Evolução e socialismo*, Antiga Casa Bertrand, Lisboa, 1896

Visconde de Ouguella [Carlos Ramiro Coutinho], *A questão social: o proletariado europeu*, José Bastos, Lisboa, 1896

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, I, Verbo, Lisboa, 2004

A CONSTRUÇÃO AUTORITÁRIA DO DIREITO DO TRABALHO EM PORTUGAL: EVOLUÇÃO E LEGADOS[1]

THE AUTHORITARIAN CONSTRUCTION OF LABOUR LAW IN PORTUGAL: EVOLUTION AND LEGACIES

Paula Borges Santos[2]

Sumário: 1. Introdução. - 2. Questão social e anticlassismo: o ponto de partida. - 3. O trabalho no lançamento da experiência corporativa: os primeiros diplomas. - 4.O apoio do pensamento jurídico ao projeto corporativo desenhado pela governação: construções teóricas *a posteriori*. - 5. Evolução da normatividade laboral no pós-II Guerra Mundial: forte controlo governamental da contratação colectiva e dos sindicados, e reforço da proteção individual do trabalhador. - 6: Conclusão: legados da normatividade laboral do autoritarismo.

Resumo:

Neste artigo analisa-se o enquadramento legal que o Estado autoritário deu ao trabalho e como este foi associado ao projeto corporativo do regime. Identificam-se continuidades e rupturas nas margens do sistema construído sob o Estado autoritário, num duplo sentido: quer quanto à legislação laboral herdada

[1] Uma versão parcial deste artigo foi publicada com o título: Labour and law in Portugal from authoritarianism to democracy: a proposal for a historical itinerary, *Sindicati e Diritto del Lavoro tra Dittature e Democrazie nell'Europa Mediterranea e Latina del XX Secolo*, Col. Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffré, Milão, 2019, pp. 163-199.

[2] Investigadora principal da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (NOVA FCSH). Coordenadora do Grupo de Investigação Justiça, Regulação e Sociedade do Instituto de História Contemporânea da NOVA FCSH. Professora auxiliar convidada da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra (2019/2020) e da Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul (PUCRS - Brasil) (2015 e 2020). Autora de 142 publicações, editadas em Portugal, Espanha, Brasil, Itália, França e Reino Unido, os seus interesses de investigação são a história constitucional, do parlamentarismo, do direito do trabalho e das políticas governativas, nos autoritarismos e na emergência das democracias.

das décadas de 1910 e 1920, quer sobre o foi estabelecido no período da transição para a democracia (1974-1976). Discute-se se a normatividade laboral do Estado Novo representou um salto qualitativo em relação à tradição jurídica pré-existente a 1933, ou se pelo contrário, foi tributária dessa mesma tradição. Aprofunda-se de que forma as construções jurídicas validaram as opções da política legislativa para o trabalho, e se houve ou não pluralidade de pensamento nesta matéria entre os juristas. Por último, após se assinalarem os principais marcos evolutivos na legislação laboral durante a ditadura, reflete-se sobre o que, da construção autoritária, foi preservado e repudiado, tendo como limite da análise o que foi inscrito na Constituição de 1976.

Abstract:

This article analyzes the legal framework that the authoritarian State gave to the work and how it was associated with the regime's corporate project. There are continuities and ruptures in the margins of the system built under the authoritarian state, in a double sense: both as regards the labor legislation inherited from the 1910s and 1920s, or about what was established during the transition to democracy (1974-1976). It is discussed whether the labor normativity of the Estado Novo represented a qualitative leap in relation to the pre-existing legal tradition of 1933, or if on the contrary, it was a tributary of that same tradition. It delves into the way in which legal constructions validated the options of legislative policy for work, and whether or not there was a plurality of thought in this matter among lawyers. Finally, after pointing out the main evolutionary milestones in labor legislation during the dictatorship, it reflects on what, from the authoritarian construction, was preserved and repudiated, having as limit the analysis what was inscribed in the 1976 Constitution.

1. Introdução

Treze anos depois de ter assumido a chefia do Governo, ao longo dos quais começara por defender e apresentar ao País uma nova Constituição Política (1933) e elaborara, com uma equipa de dimensão modesta, um vasto programa corporativo, direccionado especialmente para o plano económico, António de Oliveira Salazar afirmava: "Seja como for, todo o Estado moderno, independentemente da sua fácies política, vai ser dominado pela preocupação do Social […] cuja finalidade se cifra em conseguir

melhor atribuição da riqueza produzida e na admissão da generalidade dos indivíduos aos benefícios da civilização. […] A questão que se põe é a seguinte: qual a melhor forma de representação e de defesa dos trabalhadores no Estado?"[3].

Decorria um ano depois do fim da II Guerra Mundial, em que apesar do Governo ter mantido uma posição de neutralidade no conflito militar, não fora evitada uma depressão económica no curto e médio prazo. Medidas governamentais crescentemente intervencionistas e o controle do circuito integral de todos os bens não haviam sido suficientes para pôr termo às dificuldades de abastecimento, ao processo inflacionista, ao encarecimento dos bens industriais, ao mercado negro e ao açambarcamento. A grave carência de bens de primeira necessidade, a rígida política de contenção salarial e o aumento do custo de vida haviam originado o recrudescimento de um clima de conflituosidade social, com uma multiplicação, a uma escala e intensidade inéditas no regime, de protestos e greves em todo o País, em boa parte impulsionados e organizados pelo Partido Comunista Português, reprimidos mais ou menos violentamente pelas forças policiais e militares[4]. Neste cenário, a pergunta retórica do presidente do Conselho de Ministros servia-lhe para, no momento em que enfrentava uma profunda crise, reafirmar confiança na organização corporativa que o Estado

[3] ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, *O Trabalho e as Corporações no Pensamento de Salazar*, Biblioteca Social e Corporativa, Lisboa, 1960, pp. 22-23.

[4] FERNANDO ROSAS, *O Estado Novo (1926-1974). História de Portugal*, vol. VII, Círculo de Leitores, Lisboa, 1994, pp. 322-369; MARIA FERNANDA ROLLO, Desmandos da Organização Corporativa e Reencontros do Corporativismo no rescaldo da II Guerra. O Inquérito à Organização Corporativa em 1947, *Corporativismo, Fascismos, Estado Novo*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-196.

começara a criar em 1933, assente numa complexa estrutura de organismos corporativos e de coordenação económica, os quais tinham durante a guerra, nalguns casos, sofrido uma alteração de funções e um reforço de poderes. Naquela ocasião, lembrava que ficara demonstrado, ao longo da segunda metade do século XIX e das primeiras décadas do século XX, que o regime parlamentar e os partidos, como organizações políticas, não haviam podido dar "solução satisfatória ao problema", porque "mesmo quando o partido se arroga a representação das massas operárias exerce com exclusividade o poder". Também não havia resultado, na sua perspetiva, a criação do sindicato ao lado do partido. Argumentava que, por representar uma multiplicidade de interesses, o Estado não podia subordinar-se a "um pensamento de classe ou dedicar-se à exclusiva satisfação das reivindicações desta". Donde resultava como "consequência fatal que a representação do interesse operário ou, mesmo em termos mais latos, do trabalhador tem que ser confiada a indivíduos cujas ligações em muitos casos se devem considerar bastantes longínquas do mundo real e do trabalho", sendo que o Estado só poderia exercer a sua ação criando uma "organização social-base, estranha e independente de qualquer outra organização destinada a criar um órgão político de representação"[5].

Recorre-se a este excerto de um discurso de Salazar para introduzir a problemática deste estudo, centrada no enquadramento legal que o Estado autoritário deu ao trabalho e à forma como foi feita a sua associação a um plano mais vasto, a saber, o da política corporativa do regime. Não se trata de verificar, ao nível da história

[5] ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, *O Trabalho*, pp. 22-25.

do Estado e da história das doutrinas políticas e jurídicas, apenas a evolução dos diplomas legais, numa apresentação formalista das leis, discutindo a cronologia da formação de uma cultura juslaboral autoritária. De modo a fortalecer uma hipótese explicativa orientada para a longa duração, procuram-se explorar continuidades e rupturas nas margens do sistema construído sob o Estado autoritário, num duplo sentido. Inquire-se quer sobre o posicionamento crítico da classe política e dos juristas, apoiantes da solução governativa de Salazar, perante a crise social que assolara o Estado liberal português, quer sobre as conexões existentes quanto à forma como o Estado organizara os interesses económicos e sociais e como disciplinara o trabalho, nas décadas de 1910 e 1920. Importará, nessa linha, apurar se a legislação corporativa, e concretamente a normatividade laboral, do Estado Novo representou um autêntico salto qualitativo em relação à tradição jurídica pré-existente a 1933, ou se pelo contrário, foi tributária dessa mesma tradição. Nesta abordagem, assume-se a concepção de que não se podem descrever perfis sociais, económicos ou jurídicos estanques, ignorando lutas políticas, factores económicos e sociais da época. Tal como se considera não ser suficiente identificar referências ou dimensões teóricas e/ou doutrinais, em atividades intelectuais assumidas pelos actores históricos ou imputadas ao aparecimento e circulação de aspirações colectivas (mais recentemente discutidas como movimentações transnacionais), que não radiquem num marco de relações concretas.

O carácter autoritário do regime português entre 1933 e 1974 exige atenção particular a esses aspetos, dado o recurso constante

dos construtores do Estado Novo, políticos e juristas entre tantos outros, à artificialidade, com o objetivo de domesticar a factualidade e gerar, sobre indivíduos e instituições, novas abstrações, destinadas a facilitar a adesão ao projeto corporativo. Por fim, discutem-se legados da legislação laboral elaborada durante a ditadura, procurando aferir o que foi preservado e o que foi repudiado, e porquê, no período da transição para a democracia (1974-1976), tendo como horizonte limite a Constituição Política de 1976.

2. Questão social e anticlassismo: o ponto de partida

A primeira abstração produzida pelos juristas e políticos envolvidos na construção do regime ditatorial, e que foi simultaneamente utilizada como recurso (do passado) e como ideia (a projetar no futuro) assentou sobre uma concepção organicista de Estado. Embora recolhesse diferentes fundamentações, revelara-se ser o único elemento agregador entre as forças políticas que apoiavam a ditadura. Sendo uma ideia com lastro, já expressa desde o século XIX português por autores que se filiaram em correntes de pensamento bastante diferenciadas (krausismo, solidarismo, positivismo, socialismo catedrático, catolicismo social) e em grupos políticos mais ou menos estruturados (sidonistas, Integralismo Lusitano, Seara Nova)[6], a concepção organicista de Estado

[6] PAULO MERÊA, Esboço de uma história da Faculdade de Direito de Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito*, [Coimbra], XXX, 1954, pp. 155-160; ANTÓNIO M. BRÁS TEIXEIRA, Os precursores do corporativismo português, *Esmeraldo. Política e Humanismo*, 11-12, 1956, pp. 7-24, 42-63.

encontrava, no momento de institucionalização do Estado Novo, renovada visibilidade e utilidade pelas necessidades propagandeadas de desconstrução do sistema do Estado liberal e de resolução da chamada "questão social", nos seus aspetos político, económico e ideológico.

Genericamente, aquela concepção servia, num primeiro plano, como uma ferramenta política: o Estado surgia como representante e defensor de uma tal multiplicidade de interesses, que estava impedido de se subordinar a "um pensamento de classe ou dedicar-se à exclusiva satisfação das reivindicações desta"[7]. Deste modo, contrariando a imagem construída pelos adeptos do individualismo, da Nação como um mecanismo formado por indivíduos soberanos, apresentava-se agora aquela como um organismo, constituído por indivíduos diferenciados, com atividades diferentes, hierarquizados na sua diferenciação natural. Esse organismo alimentava uma unidade de tempo (a solidariedade dialética entre presente, passado e futuro), onde se exprimiam funções específicas que colaboravam para um bem comum, realizado num espaço unitário (o território)[8]. Num segundo plano, constituía uma ferramenta económica: não só o Estado conhecia a vida económica, protegendo-a e dirigindo-a, em harmonia com os interesses políticos do momento, como os "elementos económicos - as forças produtivas - entram na orgânica do Estado", fazendo parte da sua constituição. Da organização da economia nacional, Salazar entendia que o Estado recolhia benefícios: a manutenção dos princípios da propriedade privada, da

[7] ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, *O Trabalho*, p. 24.
[8] *Decálogo do Estado Novo*, Secretariado de Propaganda Nacional, Lisboa, 1934, pp. 19-20.

iniciativa particular, de uma concorrência moderada e da sua própria autoridade em face de todos os alegados abusos. Mais difusamente, surgia como ferramenta ideológica: inspirando ao Estado uma outra atuação, fortalecia o perseguir de um "progresso económico indispensável" e indissociável da "restauração e desenvolvimento de valores espirituais", designadamente pela libertação da "filosofia materialista, condenada pelos próprios males que desencadeou"[9].

Para a classe política dirigente dos Governos da Ditadura Militar (1926-1933), onde Salazar começara por ser ministro das Finanças, e também para muitos dos professores das duas Faculdades de Direito do País, a de Coimbra e a de Lisboa, impunha-se garantir um distanciamento crítico em relação ao marxismo e às suas propostas de solução da chamada "questão social". Recorrentemente, denunciavam, em círculos políticos, na academia ou na imprensa, as propostas que determinavam a "insuficiência do coletivismo marxista" naquele desígnio: o Estado centralizador e detentor de todos os instrumentos de produção, o desaparecimento da moeda, a associação do valor de um produto ao número de horas de custo da sua produção, o fim da liberdade de consumo, etc. A experiência da revolução russa de 1918 e de construção do direito soviético, com destaque para a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, eram amplamente comentados a este propósito, em posições fortemente anticomunistas[10].

[9] ANTÓNIO DE OLIVEIRA SALAZAR, *O Trabalho*, pp. 24-25.

[10] BELMIRO PEREIRA, *Economia social. Segundo o plano das prelecções do Exmo. Sr. Doutor João Pinto da Costa Leite (Lumbrales) ao curso do 3.º ano jurídico (1928-1929)*, Atlântida, Coimbra, 1929, pp. 32-40; V. Borges, Rússia contra-revolucionária, *Diário de Notícias*, 8 Dezembro 1928; MARTINHO NOBRE DE MELO, *Para além da revolução. Ensaios de Filosofia Política. Estudos morais e sociais. Crítica e doutrina*, Livraria Ferin, Lisboa, 1925, pp. 51, 59-60.

A associação profissional, promovida pelas escolas socialistas, mas também pelo sindicalismo como doutrina, era especialmente denegrida, não pelo empenhamento na melhoria das condições de vida do trabalhador, mas pela finalidade última que lhe era atribuída de fazer desaparecer o patronato e o salário. Embora fosse reconhecida uma assinalável diversidade no campo do sindicalismo doutrinário (revolucionário, reformista, católico), o repúdio pelas suas propostas recaía na existência do sindicato como meio de luta, independentemente do processo. A greve geral defendida pelo sindicalismo revolucionário, de inspiração soreliana, era a experiência considerada mais violenta. O *guild-socialism* era também reprovado, identificado com a exaltação do produtor. Maior complacência era demonstrada quanto ao "sindicalismo técnico" que era associado a Walter Rathenau, e às propostas do chamado "sindicalismo católico", cujas fontes eram consideradas as encíclicas papais, a escola social de Le Play, atualizada mais tarde por Tourville e Demolins. Sobre o primeiro, era bem-recebida a proposta da arbitragem dos conflitos entre patronato e operários. Quanto ao segundo, julgado demasiado ecléctico, era valorizada a ideia dos sindicatos desenvolverem atividade social, mas tida como menos feliz a impossibilidade de se recomendar uma solução unitária. Ainda assim, de todas as experiências, o sindicalismo católico era tido como "aquele que mais garantias de paz nos oferece"[11]. Pouco tempo antes, no começo da década de 1920, alguns dos que viriam a ser os políticos e juristas mais envolvidos na institucionalização do Estado autoritário, formados no curso de Direito em Coimbra, haviam

[11] BELMIRO PEREIRA, *Economia*, p. 44.

mostrado também particular entusiasmo com a proposta de sindicalismo integral de León Duguit, que previa a evolução para uma organização sindical de todas as classes sociais e não só da classe operária[12], a qual, não por acaso, implicava também uma apreciação moralizadora. A popularidade do institucionalista francês, que no ano letivo de 1923-1924 recebeu o doutoramento *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa[13], continuou alta na década seguinte e as suas ideias, bem como a escola do realismo jurídico francês, continuaram a ser acompanhadas de perto por aquela geração, influenciando na construção do projeto corporativo de Estado que foi erigido depois de 1933, como se verá adiante.

Contudo, se o combate ideológico era vincadamente anticomunista, o combate político obrigava, em especial, ao confronto com a experiência da I República (1910-1926), no que havia sido o comportamento dos poderes executivo e legislativo na organização económica e social dos interesses, desde os processos seguidos às categorias mais exortadas e trazidas para a intervenção pública. Por outras palavras, discutia-se a acção do Estado, tanto no reconhecimento e na garantia da acção associativa, como na legislação produzida para regulação do trabalho (horas de trabalho, trabalho noturno, de menores e de mulheres, descanso semanal, férias), comparando-a com a de outros Países e também com as recomendações que emanavam daquelas que eram as recentes

[12] DOMINGOS FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, s.n., Lisboa, 1940, pp. 46-47.

[13] O elogio do doutorando foi feito pelos Professores José Lobo de Ávila e por Martinho Nobre de Melo. Na ocasião, o ministro da Instrução Pública, Melo e Simas, agraciou ainda León Duguit com a comenda de Santiago de Espada. Cf. MARCELO CAETANO, *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito de Lisboa*, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, Lisboa, 1961, pp. 67-68.

criações da Sociedade das Nações, o *Bureau International du Travail* e a *Conférence Internationale du Travail* (1919). Examinava-se também criticamente o extenso panorama das várias formas de associativismo existente, na sua organização e atuação: confederações e associações de classe da mesma profissão; associações comerciais e industriais, sindicatos, as cooperativas e instituições de previdência orientadas pelo princípio mutualista.

Sobre o Estado, concluía-se pela ideia de crise das instituições democráticas provocadas pelo mau funcionamento do poder legislativo e pela fraqueza e mudança permanente do poder executivo[14]. Argumentava-se que eram poderes incapazes de orientar, dirigir e fiscalizar a atividade nacional - o "Estado liberal não queria intervir". Ao terem, alegadamente, separado a política da economia, esses poderes haviam afastado as forças sociais da constituição e do funcionamento do Estado, o que resultara na desumanização da economia e na luta das classes - o "Estado patrocinava o capitalismo, a exploração de uns homens contra os outros" e contra o próprio aparelho estatal[15]. Alguns, verberavam ainda contra o "absurdo que o Governo provisório da República cometeu, concedendo aos operários o direito à greve"[16]. No fundo, movia-os o imperativo de completa dissociação da experiência

[14] Entre 1910 e 1926, realizaram-se em Portugal oito eleições legislativas, de dois em dois anos e as legislaturas demoraram em média 1,8 anos. Formaram-se 45 executivos, 45% dos quais em coligação e com uma duração média de 93 dias. Cf. FERNANDO CATROGA, Transição e Ditadura em Portugal nos primórdios do Século XX, *Portugal 1974. Transição Política em Perspetiva Comparada*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 44-45.

[15] MARCELO CAETANO, *Lições de Direito Corporativo*, Livraria Moraes, Lisboa,1935, pp. 13-14.

[16] LUÍS CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Corporativo*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1935, pp. 62-71.

republicana, com exceção para o curto período sidonista, onde haviam sido procuradas soluções proto-corporativistas na gestão dos diferentes interesses pelo Estado.

À crítica sobre a atuação do Estado, feita pelos dirigentes da Ditadura Militar (1926-1933), como atrás se assinalou, somava-se a crítica ao comportamento do movimento associativo quer nas décadas anteriores, quer naquele momento, alegando-se o potencial de confronto revolucionário inerente à sua atuação classista. Na realidade, tinham-se gorado as tentativas governamentais de estabelecer de entendimentos com associações patronais e sindicais. Menos de um ano depois da instauração da ditadura, eram proibidos a greve e o *lock-out* (decreto n.º 13138 de 15.2.1927). Até final de 1928, foi publicada alguma legislação avulsa sobre acidentes de trabalho, alterações nos tribunais de árbitros-avindores, reorganização do seguro social na velhice e invalidez e regulamentação do trabalho de menores e de mulheres na indústria. Sob vários dos sindicatos pesava a suspeita de convergência com a Oposição e de envolvimento com o reviralho. Muitos dos seus organismos (principalmente os que envolviam dinâmicas confederativas ou federativas, como a Confederação Geral do Trabalho, ou a Comissão Intersindical) foram, nesse período, alvo de crescente repressão, encerrados, declarados ilegais ou dissolvidos, e numerosos dirigentes presos e deportados, por envolvimento em greves e insurreições. Várias estruturas sindicais sofreram cisões, perdendo capacidade de mobilização e de reivindicação[17].

[17] FÁTIMA PATRIARCA, *A Questão Social no Salazarismo (1930-1947)*, vol. 1, INCM, Lisboa, 1995, pp. 91-126; JOSÉ BARRETO, Sindicatos nacionais, *Dicionário de História de Portugal*, vol. IX, Livraria Figueirinhas, Porto, 2000, p. 437.

Nas Faculdades de Direito, após um período de interesse pelo movimento operário (que conduzira a empenhamentos muito diversificados, quer na doutrina, quer na prática, por exemplo, em defesa do cooperativismo e do mutualismo, ou da educação popular, ou da livre associação) e, em particular, pela legislação protectora do trabalho fabril[18], registava-se uma sensibilidade crescentemente positiva ao intervencionismo estatal na contenção da concorrência social e na coordenação dos agregados sociais e económicos, e à defesa da representação de interesses sociais. Essa evolução é detectável nas lições das disciplinas de Economia Política (a partir de 1895) e nos cursos semestrais de Economia Social (criados pela reforma de 1911, que aumentou o peso das Ciências Económicas nas Faculdades de Direito). É observável também nos temas das dissertações dos estudantes e em estudos preparados por alguns dos docentes e economistas mais prestigiados, como Fernando Emídio da Silva e Marnoco e Sousa[19]. Nas lições de Economia Social da

[18] PAULO MERÊA, *Esboço,* pp.121-122; BERNANRDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Editorial Verbo, Lisboa, 2004, p. 89; CARLOS BASTIEN, Introdução. J. Frederico Laranjo*, Princípios de Economia Política (1891)*, Banco de Portugal, Lisboa, 1997, p. XIII.

[19] Da produção registada entre 1905 e 1915, refiram-se alguns exemplos: Luís [Cunha] Gonçalves, *A evolução do movimento operário em* Portugal, Coimbra, 1905; Fernando Emígdio da Silva, *O operariado português na questão* social, Coimbra, 1905; Rui Ennes Ulrich, *Legislação operária* portuguesa, Coimbra, 1906; Fernando Emídio da Silva, *As Greves*, Coimbra, 1912; Idem, *Acidentes de Trabalho,* Lisboa, 1913; Barbosa de Magalhães, *Seguro contra Acidentes de Trabalho*, Lisboa, 1913; Marnoco e Sousa, *Caracteres da legislação operária*, Coimbra, 1914-1915; Ferreira Borges, *Estudo da Legislação Portuguesa sobre Acidentes de Trabalho*, Lisboa, 1915. Alguns desses trabalhos refletiam a influência da corrente da economia política nacional, ensinada especialmente pelo professor Abel de Andrade, que explorava elementos estatísticos, demográficos e históricos para a caracterização das instituições económicas portuguesas. Anos depois, entre 1931 e 1935, um pique de semelhante produção voltou a registar-se, com a elaboração de várias monografias regionais e profissionais, na disciplina de Economia Social, regida por Albino Vieria da Rocha na Faculdade de Direito de Lisboa, para o curso

Faculdade de Direito de Lisboa, para o período de 1913-1919, dominavam extensos comentários às experiências europeias, habitualmente descritas sob o título "Internacionalização do direito operário", apresentando-se leis de proteção do trabalho, dos seguros sociais e dos acidentes de trabalho, ou ainda regimes jurídicos das convenções coletivas de trabalho, inexistentes no País[20].

Dez anos mais tarde, abordava-se a "questão social" à luz do fenómeno de erosão do Estado liberal, tecendo-se críticas às implicações económicas do liberalismo. Eram reveladas desconfianças acentuadas sobre o marxismo, ainda que com ele se convergisse pontualmente na denúncia das prescrições liberais em matéria económica e social. Insistia-se que o direito positivo, elaborado em vários países europeus, tateava, numa fase que ainda era experimental, soluções para uma nova organização económica e social, a que chamavam de "neo-corporativas". Partindo da visão de que o Direito evolucionava com as estruturas sociais e que era seu elemento fundamental, descreviam-se detalhadamente os casos onde tais sistemas começavam a ser implementados (Países Baixos, Alemanha, Espanha e Itália) e admitia-se, na linha do que preconizava Rudolf von Jherin Jhering, que se deixava de entender o homem como cidadão, para o compreender vinculado a qualquer

de Método da Ciência Social, ministrado, pela primeira vez no ano letivo de 1931-1932, por Paul Descamps, que aí seguiu as ideias de Le Play e Tourvilee. Cf. MARCELO CAETANO, *Apontamentos,* p. 112; MARNOCO E SOUSA I ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1907, pp. 16-19, 89-91.

[20] FERNANDO EMÍDIO DA SILVA, *Economia Social: sumário das lições magistrais e dos assuntos dos exercícios práticos. Ano de 1913-1914*, s..l. 1914; J. C. DA SILVA, *Economia Social. Apontamentos coligidos de harmonia com as prelecções feitas pelo Exmo. Sr. Dr. Carneiro Pacheco ao curso do 3.º ano de 1914-1915*, Tipografia Operária, Coimbra, 1915, pp. 35-36, 264-265.

interesse social. Os docentes assinalavam algumas medidas que lhes suscitavam entusiasmo, numa seleção eclética, que envolvia desde os Conselhos Económicos criados pelo legislador de Weimar, passando pela proposta bicameral de Gabriel d'Anunzio (uma câmara eleita por sufrágio individual, outra pelas corporações), até uma criação fascista como a magistratura do trabalho ou à proibição do lock-out e das greves[21].

A crescente valorização de propostas corporativas assinalava, de certo modo, uma evolução no meio académico, erigida sobre um ecletismo teórico e doutrinal, e que era resultado de um tempo longo no ensino do Direito, onde se aprofundara o estudo dos fenómenos económicos, sob orientação de várias escolas, que cedo suplantaram a influência da reflexão liberal de índole económica (abordada inicialmente com recurso a Adam Smith e, já depois de 1900, com foco na escola austríaca). Primeiro, foi introduzida a escola socialista (estudando-se desde Fourier, Saint-Simon, Proudhon, Marx, Lassalle e Wallace), passando mesmo pela sua forma sociológica (com Darwin e Spencer, até Bernstein e Kautsky). Depois, fora a escola histórica alemã (que, nas duas últimas décadas do século XIX, tivera List como referência, para, depois de 1905, beber em Wagner e Schmoller). Também as tendências no ensino da ciência política, a partir de 1900, orientadas pelas doutrinas da escola histórica, com grande acolhimento do evolucionismo crítico de Herbert Spencer (em Marnoco e Sousa, por exemplo), conjugadas com a aproximação à psicologia social, haviam produzido novos fundamentos sobre os conceitos de Estado, de soberania e de sociedade política,

[21] BELMIRO PEREIRA, *Economia*, pp. 83, 95, 101-103.

porventura reforçados com a renovação dos estudos de administração pública assente no socialismo catedrático e em alguma doutrina italiana (Messedaglia, Morpurgo e Ferraris)[22]. No Direito Público, em meados da década de 1910, as teses do institucionalismo francês (Léon Duguit), introduzidas em grande medida por Domingos Fezas Vital, modificaram a classificação das funções jurídicas do Estado. Disseminaram-se, assim, o pensamento e a técnica realistas, que influíram fortemente nas propostas dos juristas a partir da década de 1930, muitos deles envolvidos em funções públicas e autores da legislação produzida. Menor influência, mas com presença significante no ensino em Lisboa, teve o decisionismo de Carl Schmitt[23].

No contexto criado pela Ditadura Militar, não foi desperdiçada a oportunidade de se concretizar uma nova articulação entre o Estado e a sociedade, concretamente, entre os poderes públicos e os interesses económicos e sociais. Foi assumida a urgência de superar a chamada "questão social" e os problemas nela contidos, sendo que o papel do trabalho e do associativismo profissional foram dos aspetos mais discutidos por aqueles que estabeleceram e negociaram as suas soluções políticas e jurídicas. Em circunstâncias de negociações duras entre correntes políticas em luta pela liderança da chefia do Estado, foram tentadas várias opções, que atualmente só se podem captar com obscuridade, dada a escassez de fontes relativas a este período.

[22] MARNOCO E SOUSA I JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade*, pp. 24-36.
[23] RUI CHANCELERE DE MACHETE, *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, s.l., Fundação Oliveira Martins - Centro de Estudos Administrativos, s.l., 1991, pp. 12-19.

Uma delas, que persiste até hoje muito pouco explorada pela historiografia, correspondeu à publicação da legislação corporativa de 1931 (decreto-lei n.º 20342 de 24 de setembro), que desenvolvia uma "democracia orgânica" para o País, com criação de uma teia complexa de organismos corporativos desde o nível concelhio até ao nacional (onde se seguia o princípio da representação conjunta de trabalhadores e empresários), que culminava na instauração de um Conselho Superior de Economia Nacional. Recebido com forte hostilidade, quer pelos sindicatos livres, quer pelo empresariado, o diploma não chegou a ser posto em prática[24]. Possivelmente o facto de coincidir com o próprio momento de elaboração da Constituição de 1933, determinou a sua ultrapassagem sem maiores conflitos. Também a narrativa construída pelo Estado autoritário sobre a sua génese, concretamente sobre as negociações constituintes e sobre a elaboração dos diplomas que, a partir de setembro de 1933, fundaram a experiência corporativa portuguesa, terá pesado no silenciamento do historial daquela legislação, da qual Salazar se demarcou.

Ao longo dos cerca de três anos em que se realizou a "montagem constituinte"[25] verifica-se, através das várias versões do texto

[24] JOSÉ BARRETO, Estatuto do Trabalho Nacional, *Dicionário de História de Portugal*, vol. VII, Livraria Figueirinhas, Porto, 1999, pp. 681-682.

[25] Sobre a generalidade do processo constituinte de 1933, consulte-se: PAULA BORGES SANTOS, Na génese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura econômico-social do autoritarismo português, *Estudos Históricos Rio de Janeiro*, vol. 31, n.º 64, 2018, pp. 175-178; PAULA BORGES SANTOS, Outros pulsares do Estado autoritário em Portugal: argumentando e negociando nas revisões constitucionais, 1935-1971, *Ler História*, n.º 75, 2019, pp. 44-46.

constitucional[26], que o anticlassismo do legislador, isto é, a contundente recusa da luta de classes, originou um novo objetivo, capaz de ser apoiado pelas diferentes forças políticas, e facilmente reconhecível noutros sistemas contemporâneos: a colaboração de classes, sob a égide do Estado, de forma a dirimir as suas ações conflituosas. Esta não foi uma construção imediata.

Na primeira versão do estatuto constitucional, a representação sindical foi reconhecida, considerando-se as associações sindicais de "portugueses de ambos os sexos e de pessoas jurídicas portuguesas, e bem assim de federações e confederações gerais e nacionais". Aquelas associações, desde que legalmente reconhecidas, tinham a possibilidade de celebrar contratos coletivos de trabalho. Todos os contratos, feitos sem tais associações, seriam considerados nulos. Cabia ainda às associações sindicais regular a conflitualidade entre as entidades associadas, estimular e subsidiar as suas iniciativas que visassem organizar a produção, instituir "estações de emprego". Não se admitia o direito à greve. Estabelecia-se que tribunais especiais de apelação, organizados como juízes de arbitragem, julgariam os litígios relativos às relações coletivas de trabalho. Consagrava-se a liberdade de escolha de profissão ou género de trabalho, indústria ou comércio. No entanto, essa liberdade não era plena nem efetiva já que ficava sujeita às restrições impostas pelo bem comum e a exclusivos que o Estado e os corpos administrativos entendessem conceder. A questão da liberdade sindical era omitida, embora se depreendessem fortes limitações ao direito de associação

[26] Existiram nove edições preparatórias do que veio a ser o texto final da Constituição de 1933 (algumas delas contendo mais do que uma cópia com anotações manuscritas), que podem ser consultadas em: PT/TT/AOS/CO/PC-5.

(totalmente assumidas na edição definitiva da Constituição), como era manifesto na proibição do direito à greve. Previa-se a subordinação das associações e interesses económicos particulares às "superiores necessidades nacionais".

Estes aspetos exigiam articulação com as responsabilidades do Estado no plano económico, sendo consensual também a visão de que lhe cabia a coordenação da economia na metrópole e nas colónias. Por via da extensão reguladora que tal projeto implicava, os preceitos a estabelecer remetiam também para o vasto campo da política social. Donde, na primeira versão da Constituição se afirmasse que era da competência do Estado: fiscalizar as relações de "circulação, distribuição e consumo de riqueza", evitando "concorrências desregradas" entre as classes envolvidas nas atividades produtivas; assegurar as políticas de preços (o menor preço) e salários (o maior salário), apontadas a ideais de solidariedade e de justiça social (o maior lucro justo); prover as "classes trabalhadoras", especialmente "o menor e a mulher"; promover as instituições de solidariedade, previdência, cooperação, mutualidade e assistência (não se esclarecendo se tal seria feito a título subsidiário ou se seria uma intervenção principal do Estado).

Até à versão definitiva da Constituição, na sua estrutura económico-social (Títulos IV e VIII), foram feitas sucessivas alterações (na sua larga maioria de redação) a essas ideias. Contudo, vale a pena salientar que chegou a ser equacionada, na segunda versão do texto constitucional, a eliminação da possibilidade das associações sindicais celebrarem contratos coletivos de trabalho. Pela mão de Salazar foi diminuído o papel do Estado na formação de

corporações económicas e morais, ficando decidido que aquele apenas as reconhecia, promovia e auxiliava, sendo ainda introduzida a ideia de que, na sua constituição e exercício, se regeriam por "normas especiais das leis associativas". Na terceira versão da Constituição, a celebração dos contratos coletivos de trabalho passou das associações sindicais para as corporações económicas (opção que ficou inscrita no texto final). Por intervenção do Conselho de Ministros foi eliminada a ideia de que corporações económicas e morais, bem como associações ou organizações sindicais, teriam "representação orgânica" nos órgãos políticos nacionais. Esta ideia foi corrigida na nona versão, onde se admitiu que tomariam parte na eleição das autarquias, Conselhos de Província e Câmara Corporativa. Por sua vez, as Juntas de Freguesia elegiam as autarquias (representadas na Câmara Corporativa), e estas os Conselhos de Província. Ainda na nona versão do texto constitucional, pela primeira vez, foi inserido o princípio de que o Estado não reconhecia as corporações ou organizações que "assentem ou admitam o princípio da luta de classes".

Outra modificação envolveu uma das disposições mais antigas do projeto ao estabelecer que o capital e o trabalho (este último em substituição da propriedade) desempenhavam uma função social, em "regime de cooperação económica e de solidariedade". Também deixava de se referir que o trabalho era "elemento de cooperação da empresa económica, podendo ser-lhe associado", para mencionar que, "quer simples, quer qualificado ou técnico pode ser associado à empresa". Na nona versão foi também, pela primeira vez, inserida, pela mão de Salazar a disposição que, para futuro, assinalou o perfil

do regime como república "unitária e corporativa". Tratava-se da assunção da opção corporativa que, logo na redação do primeiro esboço de estatuto constitucional, fora desenvolvida num amplo leque de matérias, quer relacionadas com as garantias fundamentais (Parte I do projeto constitucional e também do texto final da Constituição), quer com a organização política do Estado (Parte II).

As escolhas do legislador aqui enunciadas suscitaram críticas entre vários sectores políticos, quer durante o debate público do projeto constitucional, quer após o plebiscito à Constituição[27]. Para elementos do Integralismo Lusitano, que se reviam em muitas das soluções adoptadas na legislação corporativa de 1931, tratava-se de uma criação corporativista fictícia dado que nem a realidade estava organizada *de facto* em estruturas corporativas, nem estas haviam sido previamente estabelecidas. Defensores da proibição dos "sindicatos marxistas", pretendiam também que a Constituição consagrasse conselhos corporativos em cada ministério e um Conselho Económico.[28] Alguns católicos criticaram o que viam como sendo um excesso de intervencionismo do Estado na definição das atividades económicas, defenderam a consagração da liberdade sindical (manifestando a intenção de se virem a estabelecer sindicatos e grémios confessionais) e mostraram preocupação com a

[27] Na realidade tratou-se de um ciclo político que terminou apenas em 1938, com o encerramento da primeira legislatura da câmara legislativa do Estado Novo, designada Assembleia Nacional. Criada em janeiro de 1935, esta câmara foi dotada de poderes constituintes durante toda aquela legislatura, tendo as forças políticas, apoiantes do regime, insatisfeitas com as soluções constitucionais de 1933, alimentado, nesse período de tempo, expectativas de alterarem a Constituição de modo favorável aos interesses que defendiam.

[28] PT/TT/AOS/CO/PC - 5B: "Correspondência sobre trabalhos preparatórios da Constituição Política [entre Salazar e Afonso Lucas; ROLÃO PRETO, *Justiça,* Tip. Leirense, Leiria, 1936, pp. 139-143.

possibilidade da nova organização corporativa colidir e/ou limitar a ação social desenvolvida pela Igreja Católica.[29] Alguns nacionalistas denunciaram, por sua vez, o que consideravam ser um fraco comprometimento do Estado com a promoção do bem-estar dos grupos populacionais que consideravam ter sido particularmente afetados pelas políticas do Estado liberal (os menores, as mulheres, os operários), notando que tal reforçava um "ar individualista" contrário à atualidade da época[30].

Embora aqui não caiba a análise das flutuações no pensamento do legislador, nem das disputas políticas que foram tecidas em volta do texto constitucional, o seu registo é útil para notar que: 1) no núcleo do regime autoritário em institucionalização existiu uma pluralidade de ideias sobre o tipo de articulação a construir entre o Estado e a sociedade, sendo que a dimensão corporativa assumia configurações diferentes para os diversos protagonistas; 2) o formato de solução corporativa consagrado na Constituição de 1933 foi débil[31], isto é, que não interessou ao "gabinete" constituinte seguir

[29] A futura Constituição, *Novidades,* 24 de fevereiro de 1933, p. 1; Belfort Cerqueira, Constituição. Razões de geral proveito, *A Voz,* 24 de junho de 1932, pp. 1 e 6; Fernando de Sousa, O texto da nova Constituição, *A Voz,* 24 de fevereiro de 1933, p. 1; Arquivo Histórico do Patriarcado de Lisboa, Arquivo Cardeal Cerejeira. Cotas atuais: PT/AHPL/ACC/ E/02/01/329 e 330: cartas do bispo da Guarda dirigidas ao cardeal Cerejeira, em 9 e 14 de outubro de 1933; AHPL/ACC/R/01/03/007 e 008: Questionário apresentado ao Sr. Sub Secretário das Corporações [datado de outubro de 1933, Lisboa e assinado por Pe Boaventura Alves de Almeida]; «[Memorando]: Resumo: A Igreja em face da organização corporativa do Estado Português [7 de novembro de 1933, Lisboa, do Pe Boaventura Alves de Almeida].

[30] PT/TT/AOS/CO/PC - 5B: "Correspondência sobre trabalhos preparatórios da Constituição Política [entre Salazar e José Alberto dos Reis].

[31] Sobre a debilidade da ideia corporativa na Constituição de 1933, consulte-se: PAULA BORGES SANTOS, O modelo político do Estado autoritário português: a ideia corporativa na constitucionalização do regime (1931-1933), *Espacio, Tiempo y Forma*, 27, 2015, pp. 62-84.

uma proposta de corporativismo que fixasse um padrão de elevada relação institucional entre centros de tomada de decisão política e interesses organizados; 3) com essa opção, o Estado autoritário não eliminou a pluralidade de posições existente, mas conseguiu a sua domesticação, não só no tempo imediato mas, como se pormenorizará, também *à la longue*; 4) na orientação de organização económica e social, o consenso fez-se em torno de uma estratégia de superação do princípio individualista e afirmação da prioridade do social, de elevação da economia a interesse público e de consagração de uma ampla margem de intervenção do poder estatal na gestão daquela.

3. O trabalho no lançamento da experiência corporativa: os primeiros diplomas

O desenho corporativo traçado pela Constituição foi menos estabilizador de uma realidade existente, do que impulsionador de um projeto a desenvolver antes de mais pelo Estado[32]. Entre 1933 e 1937, assistiu-se a um importante desenvolvimento da dimensão económica e social corporativa enunciada na Constituição, havendo uma significativa atualização da legislação de proteção no trabalho e na organização deste. Logo em 23 de setembro de 1933, cinco meses após vigorar o texto constitucional, por ação do Subsecretariado de Estado das Corporações e Previdência Social, foi

[32] F.I. PEREIRA DOS SANTOS, *Un État Corporatif. La Constitution Sociale et Politique Portugaise*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, pp. 33 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2019, p. 88.

publicado o Estatuto do Trabalho Nacional (doravante "ETN"), através do decreto-lei n.º 23048, que se apresentava como uma declaração de princípios doutrinários, relativos: às paralisações de trabalho, proibidas por se considerarem meios de luta de classes, à propriedade fundada no direito natural mas limitada pela utilidade social, expressa nas leis[33]; às matérias e disciplina dos contratos coletivos; ao esquema da organização corporativa e à magistratura do trabalho. O trabalho surgia aí como um dever de solidariedade nacional, numa manifesta oposição à conotação liberal de trabalho-mercadoria, acompanhado da ideia de salário mínimo, em ordem a assegurar a existência humana do trabalhador e da família, mas também o bem comum. O direito ao trabalho, consagrado constitucionalmente, não se impunha nem face às empresas, que não podiam ser forçadas à aceitação de pessoal desnecessário, nem face ao Estado. Era como que um direito funcional, não verdadeiramente autónomo ou protegido, mas passível de ser comprimido em função do interesse que a participação do trabalhador tinha para a comunidade. Apenas se tornava efetivo pelos contratos de trabalho, individuais ou coletivos.

Também o trabalho ao domicílio ficava sujeito à disciplina corporativa. Quanto aos funcionários públicos e ao pessoal dos corpos

[33] Cerca de um ano mais tarde, pelo decreto-lei n.º 24424 de 27 de agosto, alterou-se a redação do art.º 13 do ETN, que havia consagrado o carácter absoluto do vínculo de propriedade, sem prejuízo da faculdade de expropriação, a qual só podia ter lugar mediante justa e prévia indemnização. Contrariando a doutrina clássica da expropriação, eliminava-se agora a fase judicial da expropriação por utilidade pública, reduzindo-a a um mero processo administrativo. Na realidade, a condição de prévia indemnização, paga pelo expropriante, já havia desaparecido com o decreto-lei n.º 17508 de 22 de outubro de 1929 (processo especial para expropriações de urgência), caminhando-se para "justa indeminização a fixar nos termos das leis em vigor".

administrativos e empresas de serviço público ficariam com uma disciplina especial, não podendo pertencer a partidos ou a organizações de interesses privados. Ainda no ETN, consagrou-se o descanso semanal, em regra ao domingo, tendo o legislador distanciando-se da doutrina seguida ao longo da Ditadura Militar, que fora a de indicar o domingo mas não como disposição imperativa, podendo ser escolhido outro dia pelas câmaras municipais[34]. Esta medida foi impopular, continuando a gerar resistências das autarquias, de interesses económicos e até de populações[35]. O reconhecimento de férias pagas aos que prestavam serviços permanentes continuou por definir mantendo-se o costume, isto é, a posição de que seriam estabelecidas por acordos das companhias.

Juntamente com o ETN, que foi recebido com críticas nos meios jurídicos por dele estarem ausentes preceitos executórios ou sanções, reduzindo-se a "espécie de programa de ação do Governo"[36], foram promulgados cinco diplomas que o detalhavam (decretos-leis n.º 23049 a 23053, da mesma data). Criaram-se e regularam-se os sindicatos nacionais (considerando-os entidades de "caráter público" e impondo um prazo de dissolução às associações sindicais livres); os grémios (que reuniam as entidades patronais da

[34] Esta doutrina fora sustentada pelo próprio Supremo Tribunal Administrativo em acordão de 8 de Maio de 1926.

[35] Para maior aprofundamento desta questão, veja-se: FÁTIMA PATRIARCA, *A Questão*, vol. II, pp. 352-399; PAULA BORGES SANTOS, *A Questão Religiosa no Parlamento (1935-1974)*, Assembleia da República, Lisboa, 2011, pp. 94-102.

[36] Crónica legislativa, *O Direito*, n.º 8, 65, julho-setembro de 1933, pp. 234-235. Na realidade, as críticas ao ETN partiram ainda de observadores católicos no estrangeiro e de elementos do Nacional-Sindicalismo, extinto em 1934. Para maior desenvolvimento dessas posições, consulte-se: ANTÓNIO COSTA PINTO, *Os Camisas Azuis. Ideologia, Elites e Movimentos Fascistas em Portugal (1914-1945),* Editorial Estampa, s.l., 1994.

mesma espécie de exploração económica); as casas do povo (representando as organizações não diferenciadas dos meios rurais); a construção das casas económicas e, por último, a criação do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência (doravante "INTP"), incumbido de assegurar a execução das leis de proteção do trabalho e realizar missões de estudo, organização e propaganda, através dos seus serviços de ação social.

No ano seguinte, foram definidos o regulamento dos tribunais de trabalho (que passavam a reunir funções até aí dispersas pelos tribunais dos desastres de trabalho, árbitros avindores e arbitrais de previdência social), pelo decreto-lei n.º 24402 de 24 de agosto, e a disciplina do trabalho (horário de trabalho para os estabelecimentos comerciais e industriais), pelo decreto-lei n.º 24363 de 15 de agosto. Numa atualização do decreto de fevereiro de 1927, pelo decreto-lei n.º 23870 de 18 de maio, proibiram-se greves e lock-outs, estabelecendo-se, pela primeira vez, as penas a que ficavam sujeitos os que praticassem tais delitos, bem como as sanções penais destinadas a tornar efectivas as decisões dos tribunais de trabalho. Invulgar no discurso do legislador era a admissão de que greves e lock-outs haviam sido inevitáveis enquanto, por "posição negativa do Estado", apenas tinham existido "associações transitórias". Donde, tinham perdido a razão de existir após ser estabelecida a "satisfação das necessidades associativas dentro do Estado, pela instituição dos sindicatos nacionais e dos grémios". Na prática, a conflitualidade laboral não foi dirimida exclusivamente pelos tribunais de trabalho. O recurso à intervenção das polícias e das forças militares para a contenção de múltiplas manifestações grevistas (com recurso a

detenções e a cargas policiais), ao longo de todo o regime, por exemplo, mostram a insuficiência das estruturas corporativas e da magistratura do trabalho para a contenção daquela conflitualidade.

Em 1935, vários decretos integraram na organização corporativa alguns organismos pré-corporativos, como por exemplo a Ordem dos Advogados. Neste caso concreto, reações de contestação ao diploma determinaram a sua suspensão, alegando o Governo que se precipitara[37]. Outras práticas anti-corporativas, envolvendo a extensão da intervenção do Estado na economia, tiveram lugar neste período, suscitando reações generalizadas de surpresa e desagrado. Foi o caso do decreto-lei n.º 25701 de 1 de agosto que autorizava o sub-secretário de Estado a estabelecer salários mínimos, considerado um desrespeito pelas funções atribuídas aos organismos corporativos[38]. Por fim, em novembro, pelo decreto-lei n.º 25751, foi publicado o regulamento das caixas sindicais de previdência, que pretendia resolver o problema da proteção ao operário na doença, na invalidez e velhice e contra o desemprego voluntário. Incluía ainda a atribuição de subsídios por morte.

O legislador assumia manter a orientação das instituições tradicionais de previdência, erigidas no "sentido da profissão ou do ofício, ou do agrupamento social com características económicas diferenciadas". Tratava-se de abandonar a ideia de criação de um sistema de seguros sociais obrigatórios, ainda sustentada no decreto n.º 15342 de 1928 que pretendeu organizar a Caixa Nacional de Previdência, para exploração pelo Estado dos seguros sociais.

[37] Crónica legislativa, *O Direito*, 67, n.º 2, 1935, p. 38.
[38] Crónica legislativa, *O Direito*, 67, n.º 8, pp. 229-230.

Revogado pouco tempo depois, não chegara sequer a entrar em atividade. Considerava-se que a imposição de fórmulas igualitárias e rígidas era dispendiosa e má corretora das divergências reais[39]. A noção de igualdade, convocada nesta legislação, era distinta do esquema habitual do século XIX, que buscava o tratamento idêntico dos indivíduos entre a lei ou a justiça. Ela remetia, agora, para uma dimensão moralizante, ao apontar para a criação de condições necessárias que a todos beneficiassem. Relacionava-se com uma ideia de finalidade espiritual da Nação, interpretada e definida pelo Estado, que andava de par com a ideia da moral pública. Tal ideia não requeria acções imediatas, mas apontava para respostas teóricas que convocavam o direito e exigiam a renovação da estrutura económica. O desmantelamento da ideia de seguro social obrigatório foi feito também pela lei n.º 1942 de 27 de julho de 1936, reguladora do direito a indemnizações dos trabalhadores vítimas de acidentes de trabalho e doenças profissionais, e inspirada no princípio do risco de autoridade (que declarava dever ser assumido pela entidade patronal, com obrigatória transferência para as seguradoras), que cortava com a instituição do seguro social obrigatório contra os desastres no trabalho, introduzida pelo decreto n.º 5637 de 10 de maio de 1919.

Era a reversão das políticas que os últimos Governos da República haviam procurado implementar e também a necessidade de imbuir as instituições de novos princípios organizativos e ideológicos,

[39] Relatório da proposta de lei sobre instituições de previdência social apresentada pelo Governo à Assembleia da República, *Organização Corporativa*, Edições do Sub-Secretariado de Estado das Corporações e Previdência Social, s.l., 1935, pp. 99-100.

embora não houvesse um corte radical com a face do Estado protector. A mudança era, por um lado, progressiva, feita à medida do que permitisse, em particular, cada atividade económica, e em geral a sustentabilidade do País (donde esta lei tivesse vigorado até 1962), e, por outro lado, qualitativa porque pretendia expandir a proteção a uma multiplicidade de categorias sociais. Essa aspiração refletiu-se abertamente na lei n.º 1884 de 16 de março de 1935, que regulou as atividades de previdência, dinamadas dos organismos corporativos e também das instituições cooperativas que continuaram a subsistir (associações de socorros mútuos e algumas caixas de reforma de algumas empresas ou atividades económicas).

O corolário da ideia de proteção ao trabalhador encontrava-se, todavia, na lei n.º 1952 de 10 de março de 1937 que estabelecia regras para o contrato de trabalho, distinguindo entre empregados e assalariados e definindo a obrigatoriedade de férias anuais remuneradas, prazos de avisos prévios de despedimentos, etc. Era uma inovação na legislação portuguesa já que até aí as únicas formas de trabalho reguladas eram o serviço doméstico e o serviço assalariado. Na proposta de lei, o legislador assumia influência da lei italiana de 1924, embora com acolhimento de características que a doutrina e a jurisprudência alemãs definiam para o contrato de prestação de serviços: a dependência pessoal de quem presta o serviço e o poder de fiscalização ou direção que pertence à entidade patronal[40]. No entanto, não se seguia a lei alemã na unificação dos contratos, que era tida como impraticável e inconveniente. Defendiam-se as vantagens da especialização donde, por exemplo,

[40] *Diário das Sessões*, n.º 95, 16 de novembro 1935, pp. 80-83.

as atividades marítimas continuaram a merecer regulamentação própria. Também os contratos de prestação de serviço doméstico continuaram a ser regulados pelo Código Civil (só pelo decreto-lei n.º 508/80 de 21 de outubro de 1980 viria a ser regulamentado o contrato de serviço doméstico).

No discurso propagandístico da governação, tratava-se da reorganização da nação, que o novo regime conseguira como nenhum outro até aí (o que remetia para a sua superioridade num plano moral), atuando para melhor defesa dos indivíduos ao fortalecer o bem-estar do corpo social. A legislação laboral e do sistema de previdência social em construção não iam, contudo, na direção de reforço dos chamados direitos sociais, uma vez que nem os direitos do trabalhador se elevavam a direitos fundamentais, nem se referia a existência de deveres do Estado.

4. O apoio do pensamento jurídico ao projeto corporativo desenhado pela governação: construções teóricas *a posteriori*

Os esforços de elaboração teórica sobre o corporativismo do regime surgiram depois de ter começado a ser construído o direito objetivo que alavancou o projeto do *Estado Novo*. Foram desenvolvidos pelos juristas que eram apoiantes da governação de Salazar e datam de dois anos depois da promulgação da Constituição Política e do ETN de 1933, no caso dos primeiros autores a construir alguma doutrina, e mais de cinco ou sete anos depois, para a maioria dos professores de Direito. Em boa medida, tais esforços foram estimulados pela criação da disciplina de Direito Corporativo nas

Faculdades de Direito, no final de 1933, que substituiu o curso de Economia Social, na secção de Ciências Político-Económicas da licenciatura. Os primeiros trabalhos de elaboração dos princípios do corporativismo em Portugal couberam a professores como Marcelo Caetano (Faculdade de Direito de Lisboa, 1935), Luís da Cunha Gonçalves (Instituto de Ciências Económicas e Financeiras de Lisboa, 1935) e José Joaquim Teixeira Ribeiro (Faculdade de Direito de Coimbra, 1939). A construção doutrinal aconteceu ainda por via de sessões públicas em que, no exercício de funções políticas, intervieram economistas e jurisconsultos, como sucedeu com Mário de Figueiredo ou João Pinto da Costa Leite (Lumbrales), que discorreram sobre o tema no País e no estrangeiro. Durante a Ditadura Militar, os juristas haviam comentado tendências do direito de proteção no trabalho no panorama internacional e alimentado alguns debates teóricos. Contudo, não se procedera a nenhuma revisão teórica da doutrina das fontes do direito. Mantivera-se a concepção tradicional do espaço privado e público, bem como o perfil liberal das instituições e da organização dos poderes do Estado.

Em face da institucionalização do Estado autoritário, a ciência jurídica deixou, porém, de se manifestar abertamente multivocal. Em pouco tempo, forjou-se uma assinalável uniformidade sobre os princípios fundamentais do corporativismo português e suas ligações doutrinais, com prevalência das posições disciplinares assumidas por Marcelo Caetano. Apesar das aparências, verificam-se distintos perfis doutrinais entre os jurisconsultos mais eminentes, ainda que cultivados em *low profile*. Por outras palavras, não serviram para alimentar polémicas científicas com impacto público (os debates

confinaram-se, sobretudo, aos manuais universitários e à imprensa jurídica), nem lutas políticas.

Globalmente, era reconhecida a evolução histórica do Estado e das relações de poder da sociedade política para explicar a chegada ao modelo corporativo. As diferenças colocaram-se, no entanto, quanto ao entendimento da melhor organização corporativa da economia e, ainda com mais profundidade, quanto às manifestações de autoridade do Estado. Em Marcelo Caetano, a ideia de sistema corporativo serviu para considerar uma forma de governança, marcada pela perspetiva do princípio da legalidade na estrutura jurídica do Estado. Apoiando-se inicialmente em Bottai, para definir o princípio corporativo como os diversos factores de produção associados sob a égide do comum interesse económico, Caetano só concebeu, sob influência do paradigma germânico (Otto Mayer, Bernatzik, W. Jellinek, Merkl), a prossecução da direção da economia corporativa em colaboração com a Administração, elevada ao estatuto de autoridade decisória. Neste quadro, a proteção dos interesses do particular apenas se encontrava nos direitos formais de participação no exercício do poder decisório da Administração e de colaboração na correta aplicação do direito objetivo. Donde, Caetano sustentasse que o direito corporativo era um sistema de normas administrativas, logo um ramo do direito administrativo[41].

Esta construção foi posta em causa, desde o começo do autoritarismo e mais recorrentemente depois de 1945, por adeptos das teorias institucionalistas, que manifestaram ser uma larga

[41] RUI CHANCELERE DE MACHETE, *Estudos*, pp. 304-309; Marcelo Caetano, *Lições*, pp. 18-27.

maioria. Logo em 1939, Teixeira Ribeiro, ainda influenciado por Duguit, Gino Arias e Ugo Spirito, concorreu para uma visão institucionalista do Estado, defendendo que o bem-comum era integrado por aspetos de interesses individuais e de instituições hierarquizadas (de base económica, profissional e cultural), a que chamou "instituições interdependentes". Para o autor, a construção portuguesa do corporativismo tinha ainda uma doutrina totalitária, dado abranger todas as formas de atividade e até da conceção da própria vida. Em Cunha Gonçalves, que preferiu atualizar a matriz liberal, houve um acompanhamento da escola italiana, através de Santi Romano ou Orlando, D'Alessio e Zanobini, mas também rececionando as obras de Ludovido Barassi e de Aristide Ranelletti[42]. Neste caso, o autor distanciou-se ainda de autores como Duguit, Kelsen ou Saleilles, cujas construções entendia como debilitadoras do Estado, para fazer outra aproximação à cultura jurídica francesa, através de Hauriou (na sua tese sobre a racionalização do Estado).

A teorização institucionalista de Duguit continuou, ainda assim, válida para diversos jurisconsultos ao longo da década de 1940. Ela marcou fortemente Domingos Fezas Vital, que a combinou com recepções francesas do pensamento tomista (George Jarlot, George Renard, Suzanne Michel). Entendendo que o corporativismo permitia conceber a sociedade civil como relação, isto é, instituições compostas de outras instituições menores, com os seus bens comuns próprios, hierarquizados entre si e todos subordinados ao bem nacional (apontado à noção tomista de bem comum), Fezas tecia

[42] PAULO CUNHA, Relações entre a cultura jurídica italiana e a cultura jurídica portuguesa, *Estudos Italianos em Portugal*, 1939, pp. 31-33.

uma crítica profunda às realizações corporativas que apelavam para o ideal (hiper)nacionalista, para o culto da Nação-Estado, transformada em fonte de todo o direito e fundamento de todo o dever. Elogiou, portanto, o contrário dessa posição, a dos que se mantinham fiéis ao personalismo, que consideravam o Estado um meio colocado ao serviço da pessoa humana e sustentavam uma auto-direção da economia, mesmo que na realidade não fosse inteiramente realizável[43].

Nos anos sessenta uma revisitação de Carl Schmitt, Hauriou e de Santi Romano, mas também aproximações ao estruturalismo e à teoria de Weber, deram um novo folêgo às interpretações institucionalistas do Estado (corporativo), mas também da empresa (percepcionada como organismo autónomo), que foram defendidas por professores de vários estabelecimentos de ensino superior, como Adriano Moreira, Raul Ventura, Pedro Soares Martínez[44] ou Mário Bigotte Chorão[45]. Em vários centros de estudo, como o Gabinete de Estudos Corporativos, por exemplo, essa sensibilidade também dominava, combinada com a recepção de correntes sociológicas e da doutrina social da Igreja produzidas já depois de 1940, levando autores, como Adérito Sedas Nunes, a atualizar a solução corporativa portuguesa na direção de uma doutrina social pluralista. A defesa da

[43] *Diário das Sessões*, 20 de janeiro de 1936, suplemento ao n.º 60, pp. 65-66; DOMINGOS FEZAS VITAL, *Curso*, pp. 27-38.

[44] ADRIANO MOREIRA, *Direito Corporativo: Súmula das lições dadas ao 3.º ano do curso de Administração Ultramarina. Ano lectivo de 1950-1951*, Instituto Superior de Estudos Ultramarinos, Lisboa, 1951, pp. 84-87; RAUL VENTURA, *Lições de Direito Administrativo*, [Lisboa: s.n.], 1946, pp. 238-261; PEDRO SOARES MARTÍNEZ, *Curso de Direito Corporativo*, Livraria Petrony, Lisboa, 1962, pp. 139-145.

[45] MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte I-Dogmática Geral*, 5.ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2020, p. 384.

autonomia das corporações, o reconhecimento da tensão que presidia à relação com das corporações com o Estado, a denúncia de que não se chegara a realizar uma integração corporativa perfeita e que se não se ultrapassara um quadro de atraso industrial, foram pontos distintivos do seu pensamento. Recuperando a ideia da racionalização e da eficácia, Sedas Nunes defendeu formação técnica para os dirigentes corporativos, elevação de salários, reformas empresariais e o incremento de uma campanha de produtividade no sector industrial[46]. Uma vez mais, estas propostas não se antecipavam em relação a dinâmicas que norteavam programas económicos e sociais já previstos no âmbito dos Planos de Fomento, alguns em execução, e a alguma legislação publicada (ainda que no seu desenvolvimento e aplicação existessem muitas deficiências, os resultados conseguidos fossem menores e não se restringisse a intervenção do Estado em favor da participação de outras instituições).

Neste ambiente, em que estas posições assumiam um horizonte de realização das suas propostas ainda relativamente longínquo (a chegada ao corporativismo de associação como desígnio de futuro), houve ainda discussões importantes no seio da comunidade jurídica, por exemplo em torno dos contratos coletivos de trabalho. O confronto deu-se entre partidários da teoria normativista e outros da linha contratualista. Entre os primeiros figuraram Fezas Vital e Marcelo Caetano, que viram naqueles contratos verdadeiros acordos normativos, criadores de direito objetivo super partes (o ensino em

[46] ADÉRITO SEDAS NUNES, *Princípios de Doutrina Social da Igreja: os Problemas da Organização Social no Pensamento da Igreja*, 2.ª ed., Livraria Morais, Lisboa,1961, pp. 43-80.

Portugal, diria Fezas, sempre vira assim estes contratos, mesmo antes do regime corporativo), isto é, no exercício de uma representação política dos interesses da categoria e não na qualidade de representantes jurídicos das empresas e trabalhadores. Já Cunha Gonçalves defendeu a teoria contratual, que via estes contratos como quaisquer outros (*inter partes*). Normalmente, porém, as divisões no posicionamento dos juristas evidenciaram-se na construção de opções para as políticas públicas (patentes, por exemplo, nos pareceres emitidos pela Câmara Corporativa[47]), a propósito de alguns temas-problemas que aquelas levantavam: a identificação dos postulados que orientaram a chamada Constituição económica; as relações da norma corporativa com a norma consuetudinária; a natureza pública ou privada do direito corporativo; a autonomia do direito do trabalho em relação ao direito corporativo, etc.

Apenas no ano letivo de 1944-1945, foi instituída, no 5.º ano da licenciatura de Direito, a disciplina de direito do trabalho[48], onde se repetiam alguns professores que ministravam direito corporativo. Os conteúdos da nova disciplina eram centrados: na evolução histórica da regulamentação do trabalho, no contrato de trabalho, no contrato individual de trabalho, na remuneração do trabalho. Só a partir de

[47] Sobre a composição e funcionamento da Câmara Corporativa, veja-se: J. M. TAVARES CASTILHO, *Os Procuradores da Câmara Corporativa (1935-1974)*, Assembleia da República e Texto Editores, Lda., Lisboa, 2010; JOSÉ LUÍS CARDOSO I NUNO ESTEVÃO FERREIRA, A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo, *Ler História*, 64, 2013, pp. 31-54.

[48] Sobre a polémica que envolveu o aparecimento da nova disciplina, criada pelo decreto-lei n.º 34859 de 21 de agosto de 1945, consulte-se: FERNANDO COUTINHO DE ALMEIDA, O ensino do Direito do Trabalho em Portugal, *II Jornadas Hispano-Lusas-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Securidad Social, Madrid, 1985, pp. 415-416.

1947, as convenções coletivas de trabalho foram incluídas nos programas, bem como os conflitos do trabalho e as formas da sua solução (conciliação, arbitragem e tribunais de trabalho). Também por esta altura apareceram as duas únicas revistas de direito do trabalho editadas na ditadura, ambas com uma existência muito curta, que se caracterizaram, sobretudo, pela publicação de doutrina, jurisprudência e despachos normativos[49].

5. Evolução da normatividade laboral no pós-II Guerra Mundial: forte controlo governamental da contratação colectiva e dos sindicatos, e reforço da proteção individual do trabalhador

Após uma produção numerosa de diplomas nos primeiros anos do Estado Novo, em que ainda assim se apresentava "muita miuçalha sem relevo, exigida pela boa ordem da contabilidade pública ou administração (aprovação de quadros das corporações administrativas, estatutos, etc)"[50], o ordenamento corporativo, e no seu âmbito a legislação laboral, foram construídos com lentidão. É admissível supor, como hipótese de interpretação que, todavia, ainda carece de controle empírico, que tal possa ter estado associado à centralidade que teve a intervenção do Estado na direção das atividades económicas, onde todos os elementos pluralísticos que subsistiram foram altamente condicionados.

[49] Trata-se das seguintes revistas: *O Direito do Trabalho. Revista Mensal do Trabalho*, dirigida pelo advogado João de Barros Couto Rosado e sediada em Lisboa, teve 46 números e foi editada entre 1944 e 1949; e a *Revista do Direito do Trabalho e da Previdência*, dirigida por Guilherme de Vasconcelos, juiz do trabalho e mais tarde inspetor judiciário dos tribunais de trabalho, sediada em Coimbra e publicada entre 1951 e 1954.

[50] Crónica legislativa, *O Direito*, 66, n.º 8, 1934, p. 232.

Como notou Vital Moreira, após o fim da II Guerra Mundial, a organização corporativa primária da indústria, do comércio e da agricultura aumentou, mas a sua competência na disciplina das atividades produtivas continuou a ser insignificante. Também o aparecimento das corporações, a partir de 1956, em função das restritas competências que lhes foram confiadas, não alavancou qualquer dinâmica de subtracção do papel do Estado na disciplina da atividade económica. Ao contrário, as funções de coordenação económica do Estado haveriam de crescer por impulso das leis do desenvolvimento industrial, respetivamente a lei n.º 2005 de 1945, e a lei n.º 2045 de 1951. Também a lei n.º 3/71 de revisão constitucional, a lei n.º1/72 sobre defesa da concorrência, ou a lei n.º 3/72 sobre fomento industrial acentuaram a institucionalização do papel do Estado como responsável pela coordenação global da economia, por um lado, e a institucionalização de uma defesa da concorrência, por outro lado[51].

Na regulamentação do trabalho, a forte intervenção do Estado revelou-se, com severidade, no domínio da negociação colectiva. Ficou patente, por exemplo, no acompanhamento da elaboração e controlo de adequação das convenções coletivas (celebradas pelos sindicados nacionais, grémios e ainda pelas suas federações e uniões) pelo Instituto Nacional do Trabalho e da Previdência (doravante "INTP") e na sua homologação obrigatória pelo subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Social (e, mais tarde, pelo respetivo ministro). Também o decreto-lei n.º 36173 de 6 de março

[51] VITAL MOREIRA, *Direito Corporativo. Tópicos das lições do ano letivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Unitas/Cooperativa Académica de Consumo, Coimbra, 1973, pp. 57, 128-129.

de 1947, que regulamentou, pela primeira vez, as convenções coletivas, estabeleceu uma disciplina apertada e limitativa da liberdade contratual dos outorgantes, sobretudo quanto aos conteúdos abertos à negociação[52]. Uma das novidades que encerrava era a possibilidade dos efeitos da convenção coletiva poderem ser ampliados através da adesão à mesma de entidades ou organismos que não haviam sido seus signatários. Consagrava-se o que já era uma prática corrente, no entanto, exigia-se a sua submissão à devida autorização pelo subsecretário de Estado das Corporações e Previdência Social[53].

Cerca de vinte anos depois, já durante o consulado de Marcelo Caetano, o regime aí definido foi atualizado por dois diplomas: o decreto-lei n.º 49212 de 28 de agosto de 1969, que regulou e uniformizou a estrutura das convenções coletivas de trabalho e atribuíu maior relevância ao esquema da conciliação e arbitragem na ausência de acordo nas situações litigiosas, e o decreto-lei n.º 492/70 de 22 de outubro, que esclarecia lacunas e eliminava deficiências de formulação do primeiro. Nestes dois últimos diplomas, oscilou-se na proporção do "controlo administrativo de mérito"[54], que dominava o regime especial das convenções coletivas. Se o decreto-lei n.º49212, mitigara esse controlo, circunscrevendo-o à homologação ministerial e permitindo-se que empresas e organismos corporativos tivessem maior responsabilidade negocial, a tendência foi invertida com o

[52] ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, A legislação do trabalho e a Primavera Política, *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Edições Afrontamento, Porto, 2020, p. 130.

[53] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2013, pp. 322-323.

[54] MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito*, p. 75.

decreto-lei n.º 492/70, que limitou a faculdade de celebração de convenções coletivas, ampliou os poderes do INTP e afetou a capacidade de intervenção das empresas, elevando a um nível ainda não experimentado o controlo estatal sobre o domínio da autonomia coletiva. Igualmente penalizadoras foram as duas últimas intervenções governamentais sobre a contratação coletiva, feitas através do Decreto-lei n.º 196/72 de 12 de junho e do Decreto-lei n.º 377/73 de 24 de julho, que impunham uma vigência imperativa à retribuição mínima de trabalho[55]. Tratava-se de encontrar uma resposta às crescentes reivindicações salariais registadas ante o fenómeno inflacionista da época.

Maior evolução registou-se no domínio das relações laborais individuais, com a promulgação do novo regime jurídico do contrato de trabalho, aprovado pelo decreto-lei n.º 47032 de 27 de maio de 1966 e revisto pelo decreto-lei n.º 49408 de 24 de novembro de 1969, que passaram a ser, juntamente com a Constituição, os principais diplomas reguladores da liberdade de trabalho e do direito ao trabalho, constitucionalmente reconhecido na revisão de 1951. Substituindo a lei n.º de 1937, aquele regime jurídico, cuja construção fora bastante demorada (o seu processo legislativo iniciou-se em 1960, com a submissão da proposta de lei n.º 517 à Assembleia Nacional), representou um ponto de chegada na evolução do direito contratual português, a tal ponto que revelou acompanhar a legislação congénere estrangeira e possuiu uma particular

[55] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia*, pp. 349-368.

longevidade, mantendo-se parcialmente em vigor até ao surgimento do Código do Trabalho (2003)[56].

Elencando, pela primeira vez, uma ordenação das matérias segundo uma técnica de codificação, o diploma fixava os princípios de que: trabalhador e entidade patronal eram mútuos colaboradores na empresa; existiam direitos e deveres do trabalhador e da entidade patronal; havia liberdade de trabalho subsequente à cessação de qualquer contrato; não havia obrigação do trabalhador de prestar trabalho extraordinário. Abandonava-se a distinção entre empregados e assalariados. O poder disciplinar da entidade patronal sofria também uma ampla revisão, sendo o seu conteúdo precisado e enumeradas sanções, limites e modo de exercício. Consagrava-se o direito do trabalhador a remuneração especial quando a isenção de horário implicasse prestar trabalho além do período normal. Adoptando o que já se seguia em algumas convenções coletivas, estabelecia-se que férias e feriados deixavam de ser compensados com trabalho prestado noutro dia. Era dada a garantia anual de férias (12 dias) e impunha-se às entidades patronais o dever de formação profissional. Determinava-se que a suspensão prolongada de trabalho permitia conservar o direito ao lugar durante o impedimento. Outra inovação importante envolvia assegurar às mulheres, em igualdade de condições e de rendimento do trabalho, a mesma retribuição que auferiam os homens.

[56] PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, p. 89. Sobre o longo processo legislativo que culminou na publicação do decreto-lei n.º 47032 de 27 de maio de 1966, onde se detectam diferentes sensibilidades (sobre o que consagrar) entre ministros, jurisconsultos, Câmara Corporativa e Assembleia Nacional, consulte-se: LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia*, pp. 332-337; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, A Legislação, pp. 133-137.

Entre o final dos anos de 1950 e 1974, publicaram-se ainda outros importantes diplomas para a regulação laboral. Foi aperfeiçoada a legislação sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais (que se manteria em vigor muito tempo após o derrube da ditadura), merecendo destaque a criação da Caixa Nacional de Seguros e Doenças Profissionais (1962)[57]. Três anos depois surgia a lei n.º 2127 de 3 de agosto de 1965, que consagrou o fundamento da responsabilidade patronal por acidentes de trabalho e doenças e permitiu a transferência dessa responsabilidade mediante subscrição de seguro obrigatório.

Neste período também a regulamentação legal da duração do trabalho foi revista. Logo em 1960, atualizava-se em extensão o decreto-lei n.º 24402 de 24 de agosto de 1934, estendendo as suas disposições sobre horários de trabalho, que afetavam os estabelecimentos comerciais e industriais, a outras entidades. Porém, na sequência do novo regime jurídico do contrato individual de trabalho, impôs-se a necessidade de formular uma nova disciplina do regime jurídico da duração do trabalho. Tal implicava uma ampla revisão ao que estava estabelecido no próprio decreto-lei n.º 24402, mas, apesar de reconhecer essa exigência, sem vontade política para abdicar do apertado controlo sobre as convenções coletivas de trabalho, das quais dependiam as principais mudanças a fazer, o legislador limitou-se a fazer coincidir totalmente o campo de aplicação da disciplina legal do contrato individual de trabalho com

[57] A investigação e a disseminação de conhecimentos sobre higiene e segurança no trabalho desenvolveu-se também, associada à realização da Campanha Nacional de Prevenção dos Acidentes de Trabalho (1959-1961), à criação do Gabinete de Higiene e Segurança no Trabalho (1962), e a três congressos nacionais sobre a temática (1965, 1968 e 1973).

o campo de aplicação do regime legal da duração do trabalho, publicando para esse efeito o decreto-lei n.º 409/71 de 27 de setembro. Assim, continuava fora do novo regime jurídico o trabalho prestado por efeito de contrato de serviço doméstico, o trabalho prestado nas empresas públicas e pelos empregados das instituições de previdência e dos organismos corporativos, sendo que a duração do trabalho destes últimos passou a ser regulada por estatuto especial aprovado pelo Ministro das Corporações e Previdência Social. O novo diploma continuava também sem dar satisfação a uma das principais reivindicações da época, impulsionada pela posição da Organização Internacional do Trabalho nesta matéria, que preconizava a redução da duração normal do trabalho para quarenta horas por semana, sem diminuição de salário. Mantinham-se, com efeito, os limites máximos dos períodos normais de trabalho nas oito horas por dia e quarenta e oito horas por semana (sete por dia e quarenta e duas horas por semana, no caso dos empregados de escritório). Em alternativa, passava a ser permitido adoptar o regime das chamadas "semana inglesa" e "semana americana".

Deste quadro normativo, retira-se alguma continuidade com a atuação do legislador dos anos de 1930, já que a observação e o tratamento dado ao trabalhador continuou a não assentar no indivíduo mas na sua função social. Donde a sua valorização, o reforço da sua proteção individual e da estabilidade e segurança no emprego, continuaram a ser objetivos perseguidos em nome da sua "melhor integração no conjunto orgânico de que faz parte", como

explicou o ministro Gonçalves de Proença em 1965[58]. Paralelamente, continuaram a ser desvalorizadas formas de organização coletiva do trabalho, insistindo-se que a função social de trabalhadores e empresas era exclusivamente a sua associação ao elemento económico de interesse nacional.

Apesar deste discurso, o Governo encetou uma aproximação aos sindicatos, visando aplacar necessidades de vários grupos de interesses, que registavam boa capacidade de mobilização para exigir exigências a liberalização da vida social e económica e intensificavam protestos grevistas (aliás, fortemente reprimidos). Já em 1945, no ambiente do pós-II Guerra Mundial dominado também por reivindicações sobre o trabalho, após eleições semi-concorrenciais para os sindicatos, o Executivo alargara o mandato dos corpos gerentes de um para três anos, através do decreto-lei n.º 35404 de 28 de dezembro[59]. Em 1969, diminuiu a tutela ministerial sobre os sindicatos, relativamente às direções eleitas e à possibilidade de filiação internacional (decreto-lei n.º 49058 de 14 de junho), facilitando o controle das estruturas sindicais pela Oposição e provocando um surto de conflitualidade na negociação das convenções de trabalho[60]. Outra mudança subtil, como aponta Luís Gonçalves da Silva, esteve na despenalização material da greve, promovida ainda em 1969 por despacho do ministro do Interior, Gonçalves Rapazote. Todavia, nos anos seguintes, perante o agravamento da conflituosidade social e o surto grevista, o Governo,

[58] GONÇALVES DE PROENÇA, *Diálogo Corporativo*, Junta da Ação Social, Lisboa, 1965, p. 509.
[59] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia*, p. 314.
[60] JOSÉ BARRETO, Intersindical, *Dicionário de História de Portugal*, vol. VIII, Livraria Figueirinhas, Porto, 1999, pp. 290-292.

que gradualmente endureceu a sua posição em toda a extensão da política, mostrou-se volátil e assumiu-se altamente controlador na legislação criada para os sindicatos. Por meio do decreto-lei n.º 502/70 de 26 de outubro e do decreto n.º 51/72 de 10 de fevereiro, voltou a intervir em matéria de suspensão e de eleição dos dirigentes sindicais, facilitando o seu afastamento por decisão administrativa do INTP, no caso do primeiro diploma, e colocando entraves à capacidade eleitoral dos sindicalizados, no caso do segundo. Outras medidas de constrangimento da autonomia e liberdade dos sindicatos foram preparadas, não chegando a ser aprovadas e a entrar em vigor pela queda do regime, entretanto ocorrida[61].

Uma tal evolução não deixou de gerar interrogações nos meios políticos e jurídicos, donde se tenha colocado a questão de saber a que princípio - corporativo, dirigista ou de concorrência - obedeciam as disposições de ordem económica da Constituição. Nos anos finais do regime, professores com distintos perfis doutrinais e carreiras públicas, como Teixeira Ribeiro, Afonso Rodrigues Queiró, Augusto de Ataíde ou Vital Moreira, acabariam por defender que a organização corporativa era um instrumento auxiliar da coordenação económica realizada pelo Estado (o primeiro sustentaria que a Constituição económica era de ordem capitalista). Logo o princípio corporativo podia ser considerado um elemento de Constituição económica, mas não a esgotava.

[61] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia*, pp. 343-347, 368-370.

6. Conclusão: legados da normatividade laboral do autoritarismo

Na regulamentação jurídica do fenómeno do trabalho, o legislador da ditadura atendeu às três áreas normativas que atualmente se reconhecem integrar o Direito do Trabalho - o direito das condições de trabalho, o direito individual do trabalho e o direito coletivo do trabalho - e, na generalidade, a sua lógica foi expansiva, isto é, investiu no desenvolvimento de cada domínio. Esse investimento, onde se manifestou o crescente carácter intervencionista do Estado[62] e uma visão que acentuou a natureza pública e dependente de trabalhadores, sindicatos, empresas e institutos jurídicos, obedeceu, porém, a lógicas específicas conforme o domínio em causa.

Assim, foi modernizada a normatividade estabelecida para as condições de trabalho, expandindo-se o princípio da proteção do trabalhador a um universo cada vez maior de trabalhadores, ainda que sempre sujeito aos limites derivados das possibilidades económicas do sistema. Apesar de se estabelecer que o que era providenciado deveria ser suportando em grande medida pelos empregadores, tratava-se de captar a adesão dos trabalhadores para o projeto da governação. Daí o discurso da necessidade de cada elemento da sociedade e de todas as atividades sociais concorrerem para a realização do "bem comum", sendo este, inequivocamente, o que o Estado desenhava e interpretava.

[62] MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito*, pp. 51-52.

Esta visão concorreu para acentuar a vinculação do trabalhador a uma multiplicidade de grupos sociais, com os quais mantinha relações de obrigações, facilitando o contacto com uma dimensão coletiva do direito. Donde, se tenha aprofundado a autonomização do contrato de trabalho face ao contrato de prestação de serviços (embora segundo uma noção de privacidade que não esteve ligada à consideração exclusiva da avaliação de interesses individuais), e se tenha, como foi sublinhado, neste mesmo âmbito intensificado a tutela laboral. É ainda a manipulação do direito privado como espaço "menos que público" que justificará a ausência de uma regulação diferenciada para a empresa, apesar de ser reconhecido o seu interesse específico (isto é, a sua especificidade, distinta quer do trabalhador quer do Estado); ou ainda, como foi notado por Maria do Rosário Palma Ramalho, a sua consideração em moldes muito verticalizados e à imagem dos serviços públicos, em aspetos como o poder disciplinador sobre os trabalhadores reconhecido aos empregadores ou a noção de regime de carreira[63].

As normas para a contratação coletiva foram, contudo, as que mais se desenvolveram durante o Estado autoritário, se se considerar que durante todo o período da I República, a sua existência tinha sido diminuta e não se chegara a institucionalizar a sua utilização[64]. Se permitiu, e de certo modo incentivou, a celebração de contratos coletivos e de acordos coletivos de trabalho, o legislador condicionou *maxime* o princípio da liberdade contratual, disciplinando aquelas contratações a ponto de as transformar em instrumentos de

[63] *Op. cit.*, p. 77.
[64] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Da Eficácia*, pp. 251-256.

conservação da ordem existente, colocando as partes sob a égide do Estado, de forma a neutralizar conflitos e potenciais atitudes desestabilizadoras. Este mesmo objetivo orientara as opções pela instituição de sindicatos únicos e pela proibição da greve e do lock-out, com forte prejuízo dos princípios da liberdade sindical e da autonomia coletiva.

Pode-se, portanto, afirmar que, globalmente, a legislação laboral tecida pela ditadura foi orientada para a implementação de uma ordem social unitária, com novos contornos do que era o privado e o público, da qual a ordem económica era apenas parte integrante.

Após o golpe militar de 25 de abril de 1974, recuperando-se o pluralismo social e político-jurídico e iniciada a transformação/extinção progressiva do sistema corporativo, não se rejeitaram integralmente as construções normativas para o trabalho, criadas sob a ditadura[65]. As principais alterações legislativas não afetaram tanto o domínio da contratação individual, como o das relações coletivas. Quanto ao primeiro, na linha do que fora a evolução ao longo dos anos de 1960, o trabalhador continuou a dispor de maior proteção e compensação, havendo, por exemplo, modificações no regime de férias, feriados e faltas. Foi ainda condicionado o regime do despedimento e de extinção do contrato a prazo (Decretos-lei n.º 372-A/75 de 16 de Julho e n.º 781/76 de 28 de Outubro respetivamente). No segundo domínio, registou-se uma ruptura com o passado por via do reconhecimento do direito à greve (Decreto-lei n.º 392/74 de 27 de Agosto e art. 59.º da Constituição) e proibição do lock-out (art. 60.º) e o estabelecimento de

[65] PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito*, p. 90.

independência das associações patronais e sindicatos em relação ao Estado. Ainda assim, não se admitiu a liberdade sindical até à promulgação da Constituição (art. 57.º), estabelecendo-se antes a unicidade sindical (Decreto-lei n.º 215-B/75, de 30 de Abril). Houve uma explosão da contratação coletiva (até 1978), mas aí prevaleceram critérios de precedência. Por exemplo, foi mantida a homolgação das convenções de trabalho pelo Governo, dando-se só em 1976 o estabelecimento do primado do princípio da autonomia coletiva[66].

Os novos poderes públicos reorganizaram ainda os tribunais de trabalho (1975-1976), buscando o aperfeiçoamento da sua orgânica[67], e a Inspeção Geral do Trabalho (1975-1977), onde se registaram múltiplos casos de saneamentos de funcionários de diferentes categorias profissionais.

O legislador constituinte de 1975 pretendeu demarcar-se da Constituição de 1933, e teve um papel fundamental na reposição de direitos e liberdades fundamentais, cortando com a sua sujeição a uma disciplina autoritária. Não obstante, não restaurou a ordem liberal individualista e no reconhecimento de organizações de interesses (comissões de trabalhadores, cooperativas), e respectivos

[66] BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso*, pp. 103-104.

[67] Desde a década de 1940, com a publicação do Estatuto dos Tribunais de Trabalho e do Código de Processo nos Tribunais de Trabalho (cuja insuficiência das reformas preconizadas, em especial a do foro corporativo instituído com as comissões paritárias, foi reconhecida menos de dois anos depois), que aqueles conheceram sucessivas definições de atribuições e aperfeiçoamento da estrutura dos órgãos jurisdicionais. Porém, arrastaram-se, sem soluções viáveis, os problemas da falta de dotação dos seus quadros, dos baixos salários de magistrados e funcionários (aspeto que complicou o recrutamento de pessoal e justificou o elevado número de renúncias no cargo de magistrados), do congestionamento do serviço. *Ibidem*, pp. 106-108.

direitos, foi mais além do que todas as Constituições anteriores (arts. 55.º, 56.º, 58.º, 84.º). Apresentou ainda os chamados direitos sociais e económicos, sujeitos a regime específico, como historicamente conquistados pelos trabalhadores. Pela primeira vez, o Estado assumia obrigações quanto ao direito ao trabalho e aos direitos dos trabalhadores (arts. 52.º e 54.º). Quanto a este último, garantiu-se a livre organização e participação, a segurança no emprego, a escolha de profissão ou género de trabalho (art. 53.º). Importante foi também a atribuição da regulamentação desses direitos à competência exclusiva da Assembleia da República, onde transpareceu a preocupação de limitação dos poderes[68].

Paradoxalmente, a Constituição de 1976 aproximou-se do texto constitucional que a precedera num aspecto: na consagração de princípios gerais, para a organização económica e social, que encerravam um carácter prospectivo. No passado tratara-se da criação de uma República corporativa, agora o fim transcendente apontado à sociedade portuguesa era o da sua transformação numa sociedade sem classes, assegurando a transição para o socialismo. Se, sob o Estado autoritário, a economia fora elevada a interesse público, isto é, a interesse do Estado, essa ideia não só não desaparecia, como expandia a intervenção directa do Estado, convocava novos recursos, por exemplo, na planificação do desenvolvimento económico (art. 50.º). Ainda que norteado por dois princípios gerais, o princípio da eficiência e o princípio da

[68] JORGE MIRANDA, Competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, *Estudos sobre a Constituição*, vol. 1, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 391-395.

equidade[69], o Estado assumia maior intervencionismo na vida económica e social. Esse papel não ficava sequer diminuído pela previsão de construção de formas de concertação, como proclamava o princípio que admitia a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais. O Estado surgia como fim da coordenação e regulação da economia (arts. 81.º a 83.º, 84.º.1, 85.º.3, 89.º 2., 91.º a 95.º, 109.º e 110.º), mesmo que tivesse como incumbência social prioritária algo que também estivera presente sob o signo do autoritarismo: a promoção do aumento do bem-estar social e económico do povo, em especial das classes mais desfavorecidas.

Bibliografia

ALMEIDA, FERNANDO COUTINHO DE, O ensino do Direito do Trabalho em Portugal, *II Jornadas Hispano-Lusas-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Securidad Social, Madrid, 1985, pp. 397-426.

BARRETO, JOSÉ, Sindicatos nacionais, *Dicionário de História de Portugal*, vol. IX, Livraria Figueirinhas, Porto, 2000, pp. 436-445.

BARRETO, JOSÉ, Estatuto do Trabalho Nacional, *Dicionário de História de Portugal*, vol. VII, Livraria Figueirinhas, Porto, 1999, pp. 680-684.

[69] JORGE BRAGA DE MACEDO, Princípios gerais da organização económica, *Estudos sobre a Constituição*, vol. 1, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, pp. 199-203.

BARRETO, JOSÉ, Intersindical, *Dicionário de História de Portugal*, vol. VIII, Livraria Figueirinhas, Porto, 1999, pp. 290-292.

BASTIEN, CARLOS, Introdução. J. Frederico Laranjo, *Princípios de Economia Política (1891)*, Banco de Portugal, Lisboa, 1997, pp. XI-XXIV.

CAETANO, MARCELO, *Apontamentos para a História da Faculdade de Direito de Lisboa*, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, Lisboa, 1961, pp. 67-68.

CAETANO, MARCELO, *Lições de Direito Corporativo*, Livraria Moraes,
Lisboa, 1935.

CARDOSO, JOSÉ LUÍS I FERREIRA, NUNO ESTEVÃO, A Câmara Corporativa (1935-1974) e as políticas públicas no Estado Novo, *Ler História*, 64, 2013, pp. 31-54.

CASTILHO, J. M. TAVARES, *Os Procuradores da Câmara Corporativa (1935-1974)*, Assembleia da República e Texto Editores, Lda., Lisboa, 2010.

CATROGA, FERNANDO, Transição e Ditadura em Portugal nos primórdios do Século XX, *Portugal 1974. Transição Política em Perspetiva Comparada*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, pp. 31-95.

CUNHA, PAULO, Relações entre a cultura jurídica italiana e a cultura jurídica portuguesa, *Estudos Italianos em Portugal*, 1939, pp. 29-38.

CUNHA, PAULO, *Decálogo do Estado Novo*, Secretariado de Propaganda Nacional, Lisboa, 1934.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, A legislação do trabalho e a Primavera Política, *Os Anos Sessenta em Portugal. Duas governações, diferentes políticas públicas?*, Edições Afrontamento, Porto, 2020, pp. 121-146.

GONÇALVES, LUÍS CUNHA, *Princípios de Direito Corporativo*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1935.

MACEDO, JORGE BRAGA DE, Princípios gerais da organização económica, *Estudos sobre a Constituição*, vol. 1, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pp. 199-203.

MACHETE, RUI CHANCELERE DE, *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, s.l., Fundação Oliveira Martins - Centro de Estudos Administrativos, s.l., 1991.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Edições Almedina, Coimbra, 2019.

MARTÍNEZ, PEDRO SOARES, *Curso de Direito Corporativo*, Livraria Petrony, Lisboa, 1962.

MELO, MARTINHO NOBRE DE, *Para além da revolução. Ensaios de Filosofia Política. Estudos morais e sociais. Crítica e doutrina*, Livraria Ferin, Lisboa, 1925.

MERÊA, PAULO, Esboço de uma História da Faculdade de Direito, *Boletim da Faculdade de Direito*, XXX, 1954, pp. 23-69.

MIRANDA, JORGE, Competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. *Estudos sobre a Constituição.*, vol. 1, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pp. 391-395.

MOREIRA, ADRIANO, *Direito Corporativo: Súmula das lições dadas ao 3.º ano do curso de Administração Ultramarina. Ano lectivo*

de 1950-1951, Instituto Superior de Estudos Ultramarinos, Lisboa, 1951.

MOREIRA, VITAL, *Direito Corporativo. Tópicos das lições do ano letivo de 1971-72 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* Unitas/Cooperativa Académica de Consumo, Coimbra, 1973.

NUNES, ADÉRITO SEDAS, *Princípios de Doutrina Social da Igreja: os Problemas da Organização Social no Pensamento da Igreja*, 2.ª ed., Livraria Morais, Lisboa,1961.

NUNES, ADÉRITO SEDAS, *Organização Corporativa*, Edições do Sub-Secretariado de Estado das Corporações e Previdência Social, s.l., 1935.

PATRIARCA, FÁTIMA, *A Questão Social no Salazarismo (1930-1947)*, vol. 1, INCM, Lisboa, 1995.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Direito do Trabalho. Parte I- Dogmática*, Edições Almedina, Coimbra, 2005.

ROLLO, MARIA FERNANDA, Desmandos da Organização Corporativa e Reencontros do Corporativismo no rescaldo da II Guerra. O Inquérito à Organização Corporativa em 1947, *Corporativismo, Fascismos, Estado Novo*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-227.

ROSAS, FERNANDO, *O Estado Novo (1926-1974). História de Portugal*, vol. VII, Círculo de Leitores, Lisboa, 1994.

PEREIRA, BELMIRO, *Economia social. Segundo o plano das prelecções do Exmo. Sr. Doutor João Pinto da Costa Leite (Lumbrales) ao curso do 3.º ano jurídico (1928-1929)*, Atlântida, Coimbra, 1929.

PRETO, ROLÃO, *Justiça,* Tip. Leirense, Leiria, 1936.

PINTO, ANTÓNIO COSTA, *Os Camisas Azuis. Ideologia, Elites e Movimentos Fascistas em Portugal (1914-1945),* Editorial Estampa, s.l., 1994.

PROENÇA, GONÇALVES DE, *Diálogo Corporativo*, Junta da Ação Social, Lisboa, 1965.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Direito do Trabalho. Parte I- Dogmática Geral*, 5ª edição, Edições Almedina, Coimbra, 2020.

SALAZAR, ANTÓNIO DE OLIVEIRA, *O Trabalho e as Corporações no Pensamento de Salazar*, Biblioteca Social e Corporativa, Lisboa, 1960, pp. 22-23.

SANTOS, PAULA BORGES, Labour and law in Portugal from authoritarianism to democracy: a proposal for a historical itinerary, *Sindicati e Diritto del Lavoro tra Dittature e Democrazie nell'Europa Mediterranea e Latina del XX Secolo*, Col. Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Giuffré, Milão, 2019, pp. 163-199.

SANTOS, PAULA BORGES, Na génese da Constituição Política de 1933: o ideário corporativo e a estrutura econômico-social do autoritarismo português, *Estudos Históricos Rio de Janeiro*, vol. 31, n.º 64, 2018, pp. 173-196.

SANTOS, PAULA BORGES, Outros pulsares do Estado autoritário em Portugal: argumentando e negociando nas revisões constitucionais, 1935-1971, *Ler História*, n.º 75, 2019, pp. 41-63.

SANTOS, PAULA BORGES, O modelo político do Estado autoritário português: a ideia corporativa na constitucionalização do regime (1931-1933), *Espacio, Tiempo y Forma*, 27, 2015, pp. 59-84.

SANTOS, PAULA BORGES, *A Questão Religiosa no Parlamento (1935-1974)*, Assembleia da República, Lisboa, 2011.

SANTOS, F.I. PEREIRA DOS, *Un État Corporatif. La Constitution Sociale et Politique Portugaise*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935.

SILVA, JOSÉ C. DA, *Economia Social. Apontamentos coligidos de harmonia com as prelecções feitas pelo Exmo. Sr. Dr. Carneiro Pacheco ao curso do 3.º ano de 1914-1915*, Tipografia Operária, Coimbra, 1915.

SILVA, FERNANDO EMÍDIO DA, *Economia Social: sumário das lições magistrais e dos assuntos dos exercícios práticos. Ano de 1913-1914*, s.l., 1914.

SILVA, LUÍS GONÇALVES DA, *Da Eficácia da Convenção Colectiva*, tese de doutoramento, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2013.

MARNOCO E SOUSA I ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, F. França Amado Editor, Coimbra, 1907.

TEIXEIRA, ANTÓNIO M. BRÁS, Os Precursores do Corporativismo Português, *Esmeraldo. Política e Humanismo*, 11-12, 1956, pp. 7-24, 42-64.

VENTURA, RAUL, *Lições de Direito Administrativo*, [Lisboa: s.n.], 1946.

MARTÍNEZ, PEDRO SOARES, *Curso de Direito Corporativo*, Livraria Petrony, Lisboa, 1962.

VITAL, DOMINGOS FEZAS, *Curso de Direito Corporativo*, s.n., Lisboa, 1940.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Curso de Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Editorial Verbo, Lisboa, 2004.

INCIDÊNCIA DO IRS SOBRE AS COMPENSAÇÕES PELA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – PROBLEMAS E SOLUÇÕES

INCIDENCE OF THE PERSONAL INCOME TAX ON THE COMPENSATION FOR TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT - PROBLEMS AND SOLUTIONS

Paula Rosado Pereira[*]

Sumário:1. Relevância fiscal das compensações pela cessação do contrato de trabalho; 2. Exclusão de tributação em sede de IRS e seus limites; 3. Questões relativas ao apuramento do limite de exclusão de IRS; 3.1. Remunerações regulares com carácter de retribuição; 3.2. Remunerações sujeitas a imposto; 3.3. Remunerações auferidas nos últimos 12 meses; 3.4. Antiguidade na entidade devedora; 4. Remunerações em espécie integradas na compensação; 5. Compensações pagas a gestores públicos, administradores ou gerentes de pessoa coletiva; 6. Situações de novo vínculo – Afastamento da exclusão de tributação; 7. Montantes afastados por natureza da exclusão de tributação; 8. Diferimento no tempo do pagamento da compensação; 9. Remuneração associada a uma obrigação de não concorrência.

Resumo:

A compensação recebida em virtude da cessação do contrato de trabalho tem um importante papel social e financeiro a desempenhar, sobretudo quando à

[*] Doutora em Direito, na área de Ciências Jurídico-Económicas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professora na FDUL, onde é docente desde 2000, lecionando diversas disciplinas de fiscalidade no âmbito dos cursos de Licenciatura, Pós-graduação e Mestrado daquela Faculdade. Docente de IRS na componente formativa de Direito Tributário, nos 4.º, 5.º e 6.º Cursos de Formação de Juízes dos Tribunais Administrativos e Fiscais (2016, 2018 e 2019) do Centro de Estudos Judiciários. Advogada Especialista em Direito Fiscal. Membro da Comissão para a Reforma do IRS de 2014. Integra a lista de Árbitros em Matéria Tributária do CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa, desde julho de 2011.

cessação do contrato de trabalho se segue um período de desemprego. Atendendo a este facto, o legislador fiscal previu um regime de exclusão de tributação da compensação em sede de IRS. Esta exclusão de tributação, quando aplicável, pode ser total ou parcial, dependendo dos valores da compensação e das circunstâncias do caso concreto. Todavia, a delimitação subjetiva e objetiva do campo de aplicação do regime em apreço, bem como o cálculo do valor de compensação que se encontra excluído de IRS, suscitam variados problemas jurídicos. Relativamente a alguns deles, o enquadramento legal revela-se insuficiente, gerando dificuldades práticas na aplicação do regime. Atento este quadro, o presente artigo procura analisar alguns dos problemas centrais que se colocam, no âmbito do regime de exclusão de tributação da compensação em sede de IRS, e propor soluções[1].

Abstract:

The compensation received due to the termination of the employment contract has an important social and financial role to play, especially when the termination of the employment contract is followed by a period of unemployment. In view of this fact, the tax legislator provided for a regime for excluding compensation from Personal Income Tax ("*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares*" – IRS) taxation. This exclusion from taxation, when applicable, can be total or partial, depending on the amount of the compensation and the circumstances of each specific case. However, the subjective and objective delimitation of the scope of the regime in question, as well as the calculation of the amount of compensation that is excluded from IRS, raise several legal problems. For some of them, the legal framework is insufficient, creating practical difficulties in applying the regime. In view of this, the present article seeks to analyze some of the central problems that arise, under the compensation's IRS tax exemption regime, and to propose solutions.

1. Relevância fiscal das compensações pela cessação do contrato de trabalho

O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (doravante "IRS") procura, em princípio, tributar na sua categoria A –

[1] O presente artigo retoma a problemática do tratamento fiscal da compensação pela cessação do contrato de trabalho já abordada pela autora em momento anterior, atualizando e aprofundando nalguns aspetos o artigo «Indemnização pela cessação do contrato de trabalho – Aspetos fiscais», publicado na *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018 – II, 2.º semestre 2018, pp. 311-328, cujo texto se reproduz com as adaptações pertinentes.

Rendimentos do trabalho dependente, a generalidade dos rendimentos cuja obtenção tenha a ver com uma situação de trabalho dependente ou com situações assimiladas[2]. Contudo, a lei consagra expressamente algumas exceções, optando por excluir de tributação, por motivos sociais, técnicos ou outros, determinados valores recebidos pelo trabalhador dependente.

Nestes termos, as compensações pela cessação do contrato de trabalho iriam, em princípio, enquadrar-se pela sua totalidade nos rendimentos tributáveis relativos ao trabalho dependente, se não fosse para elas consagrado um regime especial.

Ora, a cessação do contrato de trabalho pode representar o preâmbulo de uma fase de fragilidade económica para o trabalhador, quando não consiga, em curto espaço de tempo, retomar a obtenção de rendimentos do trabalho.

A compensação recebida pela cessação do contrato de trabalho pode ajudar o sujeito passivo a colmatar, pelo menos durante algum tempo, as dificuldades financeiras decorrentes da perda da sua retribuição laboral. Em particular num sujeito ou agregado familiar com pouca poupança acumulada, a compensação recebida pode desempenhar um papel fundamental na manutenção do nível de vida do indivíduo ou do seu agregado familiar, permitindo assegurar o pagamento das despesas quotidianas, até que surja uma nova oportunidade de emprego. Por vezes, o montante da compensação recebida pode revelar-se fundamental para o lançamento de um negócio próprio.

[2] Cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Manual de IRS*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 75 ss.

O facto de as taxas de IRS serem progressivas, no caso de rendimentos do trabalho dependente auferidos por sujeitos passivos de imposto com residência fiscal em Portugal, agrava a situação. A tributação da compensação pela cessação do contrato de trabalho nos termos gerais da categoria A, pela totalidade do seu montante, às taxas progressivas de IRS previstas no artigo 68.º do respetivo Código, redundaria num encargo fiscal assinalável e na consequente perda de parte relevante da "almofada financeira" correspondente à compensação pela cessação do contrato de trabalho.

O legislador fiscal foi sensível às questões financeiras e sociais que podem surgir em resultado da cessação do contrato de trabalho ou equivalente, fragilizando a situação do trabalhador e do seu agregado familiar. Deste modo, as compensações recebidas pela cessação de contratos de trabalho, ou de outros contratos subjacentes à obtenção de rendimentos do trabalho dependente, encontram-se excluídas de tributação em sede de IRS, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites de valor.

As compensações pela cessação do contrato de trabalho são tributáveis apenas nas situações que não preencham as condições previstas no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do Código do IRS (doravante "CIRS"), complementado pelos n.ºs 5, 6 e 7 do mesmo artigo 2.º; ou, estando tais condições preenchidas, na parte que exceda o limite máximo de exclusão de tributação calculado nos termos do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

Nos casos em que as compensações pela cessação do contrato de trabalho sejam totalmente ou parcialmente tributáveis em sede de IRS – por falta de preenchimento das condições de exclusão de

tributação ou por excederem o respetivo limite, decorrente do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS –, elas são sujeitas a tributação no âmbito da categoria A.

A compensação (ou a parte da compensação) tributável encontra-se sujeita a retenção na fonte, nos termos aplicáveis aos rendimentos do trabalho depende (*vide*, em especial, o previsto nos artigos 99.º, 99.º-B, 99.º-C e 99.º-F do CIRS). Trata-se de uma retenção com a natureza de adiantamento por conta do IRS devido, em termos finais, por aquele sujeito passivo.

Sendo um rendimento do trabalho dependente, a compensação (ou parte da compensação) pela cessação do contrato de trabalho sujeita a IRS, quando recebida por sujeitos passivos residentes em território português, é objeto de englobamento, ficando sujeito a tributação às taxas gerais progressivas de IRS, previstas no artigo 68.º do respetivo Código[3].

2. Exclusão de tributação em sede de IRS e seus limites

Conforme referido supra, as compensações pela cessação do contrato de trabalho são tributáveis apenas:

- nas situações que não preencham as condições previstas no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, complementado pelos n.ºs 5, 6 e 7 do mesmo artigo; ou

[3] Quanto à estrutura do IRS e ao processo de liquidação do imposto, cfr. PAULA ROSADO PEREIRA, *Manual de IRS*, cit., pp. 53 ss e pp. 287 ss.

- estando tais condições preenchidas, na parte que exceda o limite máximo de exclusão de tributação calculado nos termos do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

Em conformidade com o disposto no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, a tributação em sede de IRS incide sobre as importâncias auferidas em virtude da cessação do contrato de trabalho "na parte que exceda o valor correspondente ao valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses, multiplicado pelo número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções na entidade devedora, […] salvo quando nos 24 meses seguintes seja criado novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade, caso em que as importâncias serão tributadas pela totalidade".

O disposto na lei traduz-se na seguinte fórmula para o apuramento do valor de compensação sujeito a tributação em IRS:

VT = VA – (N x RR últimos 12 meses / 12) > 0

VT: Valor tributável

VA: Valor auferido de compensação

N: Número de anos ou fração de antiguidade ou de exercício de funções

RR: Remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto

A fórmula em apreço, ao determinar o valor de compensação sujeito a tributação em IRS, tem subjacente o cálculo do limite da

exclusão de tributação em sede de IRS. É, portanto, tributável o valor de compensação que exceda o limite em causa.

3. Questões relativas ao apuramento do limite de exclusão de IRS

A fórmula acima referida pode, nalguns casos concretos, suscitar dúvidas e problemas de aplicação relativamente a vários dos seus elementos. As dúvidas podem surgir, por exemplo, em relação aos seguintes conceitos:

i) Remunerações regulares com carácter de retribuição;
ii) Remunerações sujeitas a imposto;
iii) Remunerações auferidas nos últimos 12 meses;
iv) Antiguidade na entidade devedora.

Passamos a dedicar a nossa atenção a cada um dos referidos elementos da fórmula prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, aos principais problemas que se suscitam a seu propósito e às soluções que se nos afiguram mais adequadas.

3.1. Remunerações regulares com carácter de retribuição

A fórmula que permite apurar o limite máximo da exclusão de tributação, relativamente à compensação pela cessação do contrato de trabalho, apenas tem em linha de conta as remunerações regulares com carácter de retribuição.

Há, portanto, relativamente às remunerações auferidas pelo trabalhador nos últimos 12 meses, que aferir o preenchimento ou não

destas duas condições – a **regularidade** e o **carácter de retribuição** – de forma a incluí-las ou não na fórmula em apreço.

Assim, não são consideradas, para efeitos do cálculo do limite da exclusão de tributação em causa, as remunerações auferidas pelo trabalhador nos últimos 12 meses que não tenham um carácter regular.

Por outro lado, o cálculo em apreço também não toma em consideração as remunerações auferidas pelo trabalhador que não tenham carácter de retribuição, ou seja, aquelas cuja finalidade seja outra que não a retribuição pelo trabalho desenvolvido pelo funcionário. A título de exemplo, refiram-se os abonos para falhas, cujo intuito não é retributivo, mas sim o de cobrir o risco incorrido pelo trabalhador que, no âmbito das suas funções, lida com numerário.

No que diz respeito à regularidade, importa salientar que, perante a multiplicidade e heterogeneidade de remunerações do trabalho dependente, é, com frequência, difícil apurar se uma determinada remuneração é ou não regular. Impõe-se, assim, o aprofundamento da questão da regularidade ou irregularidade das remunerações, uma vez que as remunerações irregulares não são tidas em consideração no âmbito do cálculo do limite máximo da compensação pela cessação do contrato de trabalho que fica excluído de tributação em sede de IRS.

Embora sendo essencial uma análise casuística, que tenha também em conta o disposto no contrato de trabalho, tenderão a constituir remunerações regulares, designadamente, a remuneração base, a isenção de horário de trabalho, o excesso do

subsídio de refeição relativamente ao limite não tributável, diuturnidades, subsídios relativos à categoria profissional, subsídio de risco (ou outros subsídios referentes à natureza do trabalho prestado), subsídio de turnos (ou outros subsídios referentes à forma como o trabalho é prestado), gratificações regulares e periódicas (que não tenha carácter liberatório, mas podendo estar ligadas ao desempenho do trabalhador) e todas as demais prestações que constituam uma contrapartida direta e periódica do trabalho dependente[4].

Em contrapartida, dada a respetiva natureza e os pressupostos legais da sua atribuição, deverá entender-se que não constituem remunerações regulares, por exemplo, o pagamento de trabalho extraordinário, as ajudas de custo ou os abonos pontuais para despesas de transporte (mesmo que venham a estar parcialmente, ou até totalmente, sujeitos a imposto).

3.2. Remunerações sujeitas a imposto

Conforme foi oportunamente referido, a fórmula a que nos vimos reportando toma em consideração o valor médio das remunerações (regulares com carácter de retribuição) sujeitas a imposto.

[4] Relativamente aos conceitos de "remunerações regulares" e de "retribuição", cfr. MANUEL FAUSTINO, «Sobre o sentido e alcance da nova redação **do** artigo 2.º, n.º 4, **do** Código **do IRS** - A tributação das importâncias recebidas por **cessação do** vínculo contratual com a entidade patronal», *Fiscalidade* n.ºs 13/14, janeiro – abril **de** 2003, pp. 12 ss.

Embora a lei não diga expressamente qual o imposto a que se refere tal sujeição, parece depreender-se do contexto da norma estar em causa a sujeição a IRS.

Mas deverá o artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS ser interpretado no sentido de a sujeição a imposto da retribuição ter de ser, apenas e necessariamente, uma sujeição a IRS? Ou poderá tratar-se, alternativamente, de uma sujeição a outro tributo sobre o rendimento, vigente noutra jurisdição?

Coloca-se, assim, a questão de saber se devem considerar-se, para efeitos da fórmula em apreço, apenas as remunerações sujeitas a imposto em Portugal ou também as remunerações sujeitas a imposto no estrangeiro, desde que auferidas ao serviço da mesma entidade patronal (ou entidade a ela equiparada[5], como uma sucursal ou filial) e nos últimos 12 meses.

O facto de a base de cálculo da exclusão de tributação da compensação assentar na média das remunerações dos últimos 12 meses *sujeitas a imposto* (afastando, portanto, desse cálculo as remunerações não sujeitas) parece estabelecer uma certa conexão entre a exclusão de tributação da compensação, por um lado, e a sujeição a tributação das remunerações sobre as quais assenta o cálculo do limite máximo da exclusão em apreço, por outro.

Todavia, essa aparente conexão não pode sobrepor-se ao disposto no Direito Europeu, a cujos princípios e normas o Estado português se encontra vinculado.

Consideramos, assim, que pelo menos as remunerações sujeitas a tributação noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço

[5] Cfr. artigo 2.º, n.º 10 do CIRS.

Económico Europeu - desde que auferidas ao serviço da mesma entidade patronal ou de outra entidade que a ela seja equiparada, de acordo com o previsto no artigo 2.º, n.º 10 do CIRS - devem ser consideradas para efeitos da fórmula em causa, sob pena de existir uma violação do princípio da livre circulação de trabalhadores consagrado no Direito Europeu.

A situação em apreço pode ocorrer, por exemplo:

a) Quando um trabalhador, sem deixar de ser residente para efeitos fiscais em Portugal, tenha sido destacado por um determinado período de tempo - compreendido nos 12 meses anteriores à cessação do contrato de trabalho - para outro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, aí recebendo remunerações pagas por uma filial ou sucursal local da sua entidade empregadora, e sujeitas a tributação nesse outro Estado; ou

b) Quando o trabalhador venha para Portugal, por hipótese, 6 meses antes da cessação do contrato de trabalho, sendo que nos 6 meses anteriores era residente noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, onde auferia remunerações, aí tributadas[6], e pagas por uma filial ou sucursal local da entidade empregadora portuguesa.

[6] Devendo ter-se em conta o disposto na Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e esse outro Estado, que ao caso seja aplicável, relativamente à repartição entre os Estados contratantes do poder de tributar as aludidas remunerações do trabalho dependente.

3.3. Remunerações auferidas nos últimos 12 meses

Atento o facto de o cálculo do valor da compensação pela cessação do contrato de trabalho excluída de tributação depender do "valor médio das remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto, auferidas nos últimos 12 meses" (sublinhado nosso), podem suscitar-se dúvidas quando nesse espaço de 12 meses existam um ou mais períodos de tempo sem recebimento pelo trabalhador de "remunerações regulares com carácter de retribuição sujeitas a imposto".

Tal situação ocorre, por exemplo, no caso de interrupções por motivos de baixa, licença parental, licenças sem vencimento ou outras situações análogas, quando ocorram total ou parcialmente durante o período de 12 meses anterior à cessação do contrato de trabalho (período que serve de referência ao cálculo do limite da exclusão de imposto). Com efeito, as remunerações auferidas durante os períodos de baixa, licença parental ou outras situações análogas não constituem "remunerações com carácter de retribuição sujeitas a imposto".

Numa situação deste tipo, devem considerar-se, para efeitos da fórmula prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, os últimos 12 meses de remuneração efetiva com carácter de retribuição. Cabe, portanto, desconsiderar os períodos de baixa, licença parental, licenças sem vencimento ou outras situações análogas, e retroagir para meses anteriores, até à existência de 12 meses de remuneração efetiva, com carácter de retribuição e sujeita a imposto.

Esta solução é, aliás, a que tem vindo a ser aceite pela Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante "AT"). Veja-se, a este propósito, a Ficha Doutrinária da AT referente ao Processo 5448/10, com despacho concordante do Subdiretor-Geral, de 25 de outubro de 2010, na qual se refere que "no caso de um trabalhador que esteja numa situação de licença sem vencimento à data da cessação do contrato individual de trabalho, para efeitos do cálculo do limite de exclusão da tributação, a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 2.º, devem ser considerados os últimos 12 meses de remuneração efetiva".

Consideramos que o mesmo entendimento deve prevalecer relativamente a situações de baixa, de licença parental ou outras similares, nas quais o trabalhador aufira montantes que não devam ser qualificados como remunerações com carácter de retribuição sujeitas a imposto.

3.4. Antiguidade na entidade devedora

O conceito de "antiguidade" no exercício de funções revela-se fundamental para efeitos do cálculo do limite da exclusão de tributação, tal como se encontra prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

Todavia, apesar da importância do conceito de "antiguidade" ao nível do cálculo das partes sujeita e não sujeita a IRS, da compensação pela cessação do contrato de trabalho, este conceito não se encontra previsto no CIRS. Podem, assim, suscitar-se dúvidas acerca da contagem da antiguidade, para efeitos fiscais.

A questão torna-se ainda mais complexa, na prática, caso o trabalhador tenha transitado de uma outra unidade económica para a atual entidade patronal, com a qual está a cessar o vínculo laboral; caso, em momento anterior ao início do exercício das suas funções na atual entidade patronal, tenha já trabalhado para outra empresa do mesmo grupo ou para entidade a partir da qual foi transferido para a aludida entidade patronal; ou caso, por algum motivo, lhe tenha sido reconhecida pela entidade patronal cessante uma antiguidade superior à correspondente ao tempo de serviço nessa mesma entidade.

Qual deverá ser, nesses casos, a antiguidade a tomar em consideração para efeitos do cálculo da parte da compensação excluída de tributação em IRS?

A este respeito, importa aludir ao artigo 11.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária (doravante "LGT"), nos termos do qual "sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer diretamente da lei". Desta forma, perante a inexistência de um conceito de "antiguidade" especificamente previsto ou definido no âmbito do direito fiscal – e, em particular, no âmbito do CIRS -, deve recorrer-se ao conceito de "antiguidade" que decorre do direito do trabalho.

Todavia, mesmo perante esta conclusão, suscitam-se novas dúvidas. O artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS refere-se ao "número de anos ou fração de *antiguidade* ou de exercício de funções *na entidade devedora*" (itálico nosso).

Significará isto que, para efeitos do cálculo da parte da compensação pela cessação do contrato de trabalho excluída de tributação, a antiguidade a considerar tem necessariamente de ter-se verificado na esfera da entidade que paga tal compensação (por regra, a entidade patronal com a qual cessa o contrato de trabalho)? E isto, mesmo que o conceito de "antiguidade" do direito do trabalho permita, em determinadas circunstâncias, abarcar o tempo de serviço prestado a outras empresas / entidades patronais?

Pensamos que a resposta a estas duas questões é negativa. A interpretação do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS deve, a nosso ver, seguir o conceito de "antiguidade" decorrente da legislação e da jurisprudência laborais, designadamente ao nível das situações nas quais se admita a contagem do tempo de serviço prestado a outras empresas / entidades patronais.

Com efeito, uma posição contrária redundaria na negação da própria essência do artigo 11.º, n.º 2 da LGT. Até porque – aludindo à indicação de "salvo se outro [sentido] decorrer diretamente da lei", prevista na parte final do n.º 2 do artigo 11.º da LGT – não nos parece que, do CIRS, decorra diretamente outro sentido de antiguidade, distinto do resultante do direito do trabalho. A referência do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS à antiguidade na entidade devedora – visto ser concretizada com recurso ao direito do trabalho – não deve excluir, a nosso ver, situações em que a antiguidade noutras empresas seja equiparada, por este ramo do direito, à antiguidade na entidade patronal.

Sobre este ponto específico, e no mesmo sentido que defendemos supra, veja-se o Acórdão do Tribunal Central

Administrativo Sul (doravante "TCAS") de 11 de maio de 2004, proferido no Processo n.º 06002/01[7].

Neste Acórdão, começa por salientar-se que "o direito laboral prevê um conceito amplo de antiguidade ao permitir que seja tomado em linha de conta o tempo de serviço e a categoria já alcançados noutras entidades patronais", para se afirmar posteriormente que "nada sugere ou indica que o conceito de "antiguidade" contido no n.º 4 do artigo 2.º do CIRS não tenha sido usado em toda a sua amplitude, que não possa ter em conta o tempo de serviço (antiguidade) alcançado noutra empresa desde que tal tenha sido expressamente estipulado no contrato laboral pela entidade devedora"[8]. Afirma-se, ainda, que "não resultando da lei que esse conceito[9] se refira restritamente ao tempo de serviço na entidade devedora da compensação pela cessação do contrato de trabalho, e nada justificando uma interpretação restritiva da norma de incidência, aquela noção mais lata de antiguidade deve ser aceite para o cálculo da importância sujeita a tributação em sede de IRS"[10] [11].

[7] O Acórdão foi proferido pela secção de contencioso tributário, sendo relatora Dulce Manuel Neto.

[8] In Acórdão do TCAS de 11 de maio de 2004, proferido no Processo n.º 06002/01.

[9] O Acórdão alude ao conceito de "antiguidade" contido no n.º 4 do artigo 2.º do CIRS.

[10] In Acórdão do TCAS de 11 de maio de 2004, proferido no Processo n.º 06002/01.

[11] Cfr. também o Acórdão do TCAS de 21 de setembro de 2010, proferido no Processo n.º 03748/10, no qual se refere que "não tendo o legislador fiscal, ele próprio, definido para este efeito, o conceito de antiguidade do trabalhador, temos de nos socorrer do conteúdo desse conceito tal como vigora no direito laboral".

Quanto à perspetiva da AT, veja-se, por exemplo, a Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, com despacho concordante do Substituto Legal do Diretor-Geral, de 10 de outubro de 2010, sobre o Assunto: Enquadramento fiscal de contagem de antiguidade para efeitos de tributação das compensações.

Na aludida Ficha Doutrinária, a AT parece sustentar uma posição restritiva, relativamente ao conceito de antiguidade para efeitos do artigo 2.º, n.º 4 do CIRS, ao afirmar que "exigindo a lei fiscal, específica e expressamente, que a antiguidade a contabilizar seja a antiguidade na entidade devedora da compensação por cessação de contrato de trabalho, não é de ponderar na aplicação do n.º 4 do artigo 2.º do CIRS, a antiguidade em anterior entidade empregadora, mesmo que o trabalhador e a nova entidade patronal tenham acordado ser de considerá-la em eventuais «compensações»"[12]. Contudo, analisado o conteúdo da Ficha Doutrinária em termos globais, conclui-se existir, pelo menos relativamente a algumas situações, uma certa proximidade entre as posições da AT e do Acórdão do TCAS referido supra.

Com efeito, parece-nos que o sentido útil da aludida afirmação inicial, contida na Ficha Doutrinária, deve ser o do afastamento, para efeitos de IRS, da relevância da antiguidade em anterior entidade empregadora apenas quando esta decorra *somente* de acordo entre o trabalhador e a entidade patronal na qual se dá a cessação do contrato de trabalho (e não decorra do previsto no direito do trabalho).

[12] In Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, com despacho concordante de 10 de outubro de 2010.

Assim, a nosso ver, a doutrina administrativa emanada da AT, expressa na citada Ficha Doutrinária, acaba por admitir que sejam, ainda, considerados anos de antiguidade os referentes a serviços prestados noutras entidades. Admite-o, em primeiro lugar, quando tenha "ocorrido mudança (jurídica) de entidade empregadora dentro do grupo (por celebração de contrato de trabalho com outra empresa do mesmo)", e fá-lo "atendendo à equiparação legal entre entidade patronal – definida esta como entidade pagadora dos rendimentos – e qualquer outra entidade que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo"[13]. A AT conclui, portanto, que "tal «transferência» do trabalhador não obsta a que, na aplicação do n.º 4 do artigo 2.º do CIRS, à compensação auferida por cessação do contrato do trabalho sejam considerados os anos de antiguidade em ambas as entidades"[14].

Cabe salientar o facto de este primeiro alargamento da antiguidade admitido pela AT parecer - ao aludir à "equiparação legal entre entidade patronal […] e qualquer outra entidade que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo" – fundamentar-se no alargamento subjetivo do conceito de entidade patronal, previsto no

[13] In Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, com despacho concordante de 10 de outubro de 2010.

[14] In Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, com despacho concordante de 10 de outubro de 2010.

artigo 2.º, n.º 10 do CIRS[15], e não propriamente num "conceito amplo de antiguidade"[16] propugnado pelo direito do trabalho.

Todavia, na aludida Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, a AT acaba por aceitar a contagem dos anos de antiguidade relativos à prestação de serviços em mais do que uma entidade (e, portanto, não apenas a antiguidade na entidade devedora da compensação por cessação do contrato de trabalho), com base na legislação laboral à data em vigor, nos seguintes casos:

a) "Transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica"; e

b) "Transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica".

O fundamento apresentado pela AT para tal aceitação prende-se com o entendimento de que "o trabalhador continuou a exercer funções na mesma «unidade económica», bem como […] que, apesar da mudança de entidade patronal ocorrida, os contratos de trabalho, em substância e por determinação legal, se mantiveram"[17].

[15] Nos termos do artigo 2.º, n.º 10 do CIRS, "considera-se entidade patronal toda a que pague ou coloque à disposição remunerações que, nos termos deste artigo, constituam rendimentos de trabalho dependente, sendo a ela equiparada qualquer outra entidade que com ela esteja em relação de grupo, domínio ou simples participação, independentemente da respetiva localização geográfica".

[16] Este último, a base invocada pelo Acórdão do TCAS de 11 de maio de 2004, proferido no Processo n.º 06002/01, conforme referido supra.

[17] In Ficha Doutrinária referente ao Processo 1818/10, com despacho concordante de 10 de outubro de 2010.

4. Remunerações em espécie integradas na compensação

Apesar de, na maior parte das situações, as compensações recebidas pela cessação de contratos de trabalho corresponderem ao pagamento de um determinado valor em numerário, pode também suceder que estas tenham uma componente em numerário e outra em espécie[18]. Tal ocorre, por exemplo, quando, em virtude da cessação do contrato de trabalho, seja pago ao trabalhador um determinado valor em numerário e lhe seja também entregue a viatura da empresa que utilizava no exercício das suas funções (e / ou que utilizava para fins pessoais).

O artigo 2.º, n.º 4 do CIRS, tanto no seu corpo como na alínea b), refere-se a "importâncias" ("importância auferidas" e "importâncias [que] serão tributadas", respetivamente).

Não nos parece, contudo, que os elementos em espécie sejam de excluir do âmbito dos rendimentos auferidos no contexto da cessação do contrato de trabalho, se esses valores em espécie integrarem a compensação pela cessação do contrato em causa. Desta forma, consideramos que a exclusão de tributação consagrada no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, com o limite aí previsto, deverá abarcar o conjunto dos elementos que integrem a compensação pela cessação do contrato de trabalho, sejam eles em numerário ou em espécie. Naturalmente que, para os elementos em espécie, deve recorrer-se

[18] Sobre a tributação das remunerações em espécie, cfr., entre outros, PAULA ROSADO PEREIRA, *Manual de IRS*, cit., pp. 78 ss; RUI DUARTE MORAIS - *Sobre o IRS*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, pp. 57 ss; JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO, *IRS - Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 64 ss; e MARIA DOS PRAZERES RITO LOUSA, «Aspetos gerais relativos à tributação das vantagens acessórias», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 374, 1994, pp. 7 ss.

ao disposto no artigo 24.º do CIRS a fim de fazer a respetiva equivalência pecuniária, ou seja, definir o valor do rendimento em espécie[19].

Retomando o exemplo referido supra, a viatura que faça parte da compensação pela cessação do contrato de trabalho recebida pelo trabalhador tem um valor pecuniário definido de acordo com os n.ºs 6 e 7 do artigo 24.º do CIRS[20]. Se esse valor for de € 15.000, por hipótese, e o trabalhador receber ainda um montante em numerário de € 40.000, há que ter em consideração ambos os elementos para efeitos da aplicação do limite de não tributação decorrente do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

A compensação pela cessação do contrato de trabalho tem, neste caso, um valor global de € 55.000. Assim, caso o aludido limite de exclusão de tributação seja de € 50.000, o IRS incide sobre o excesso, ou seja, sobre € 5.000.

Esta situação leva-nos, ainda, a uma outra questão, que se prende com a retenção na fonte. Estando os rendimentos em espécie

[19] Por exemplo, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, alínea e) do CIRS, o valor do rendimento em espécie é, em muitos casos, o valor de mercado, em condições de concorrência, do bem ou direito em causa.

[20] Nos termos do n.º 6 do artigo 24.º do CIRS, o valor da aquisição da viatura pelo trabalhador corresponde, para efeitos de IRS, à diferença positiva entre o respetivo valor de mercado e o somatório dos rendimentos anuais tributados como rendimentos decorrentes da atribuição do uso com a importância paga a título de preço de aquisição (se qualquer destes dois últimos elementos se verificar, na situação em apreço). No caso de uma viatura entregue ao trabalhador no contexto da cessação do contrato de trabalho - sem que ele tivesse, no passado, sido tributado pela respetiva utilização pessoal nos termos do artigo 2.º, n.º 3, alínea b), parágrafo 9 do CIRS, e sem que tenha pago qualquer montante pela aquisição da viatura – o valor do rendimento corresponde, tão somente, ao valor de mercado da viatura. De acordo com o n.º 6 do artigo 24.º do CIRS, o valor de mercado da viatura corresponde à diferença entre o valor de aquisição desta pela empresa e o produto desse valor pelo coeficiente de desvalorização acumulado constante de tabela aprovada por Portaria do Ministro das Finanças.

excluídos de retenção na fonte, nos termos do artigo 99.º, n.º 1, alínea a) do CIRS, deveria o referido excesso de € 5.000, sujeito a IRS, ser imputado ao pagamento em numerário (caso em que estaria sujeito a retenção na fonte) ou à atribuição da viatura ao trabalhador (esta última, um rendimento em espécie, e como tal excluída de retenção na fonte)?

Na ausência de tratamento legal deste aspeto, pensamos que a atitude mais prudente, na perspetiva da empresa pagadora, seria a de se guiar pela primeira opção ou, então, por um raciocínio de *pro rata* que tivesse em conta as grandezas relativas do rendimento em numerário e em espécie, para efeitos da definição das partes sujeita e não sujeita a retenção na fonte, relativamente à parcela dos € 5.000. Isto, sem prejuízo de todo o valor dos € 5.000 estar sujeito a IRS, conforme referido supra. Note-se, neste contexto, que a retenção na fonte sobre rendimentos do trabalho dependente auferidos por sujeitos passivos residentes constitui apenas um adiantamento por conta do imposto devido em termos finais.

Por fim, refira-se que o exposto supra pressupõe a aceitação, para efeitos fiscais, de um conceito abrangente de compensação pela cessação do contrato de trabalho, suscetível de abarcar montantes em numerário e também elementos em espécie, desde que relativamente a ambos haja um fim indemnizatório na sua atribuição.

Note-se, contudo, que em nenhum dos casos (numerário ou espécie) podemos estar perante direitos vencidos durante o contrato de trabalho - designadamente remunerações por trabalho prestado, férias, subsídios de férias e de Natal -, dado o expresso afastamento

destes direitos do campo de aplicação do regime previsto no artigo 2.º, n.º 4 do CIRS (cfr. artigo 2.º, n.º 6 do mesmo Código).

5. Compensações pagas a gestores públicos, administradores ou gerentes de pessoa coletiva

Não beneficiam da exclusão de tributação em sede de IRS os gestores públicos, administradores ou gerentes de pessoa coletiva, bem com os representantes de estabelecimento estável de entidade não residente, relativamente às compensações auferidas pela cessação dos respetivos contratos. Estas compensações são tributáveis pela sua totalidade, nos termos do artigo 2.º, n.º 4, alínea a) do CIRS.

Assim, a compensação que seja paga a um gestor público, administrador ou gerente é tributada pela totalidade – ou seja, não beneficia de exclusão de tributação em sede de IRS -, mas apenas na parte que corresponda ao exercício das funções de gestão acima referidas (artigo 2.º, n.º 4, alínea a) do CIRS).

Deste modo, a parte da compensação recebida por um gestor que se refira à sua antiguidade no exercício de funções distintas das de gestão (v.g. responsável financeiro ou comercial, funcionário administrativo ou técnico, etc.) beneficia de não sujeição a tributação nos termos e dentro dos limites previstos no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS.

Com efeito, não seria consentâneo com o regime em vigor nem com as suas finalidades que alguém que foi, por hipótese, diretor comercial durante 10 anos e, antes disso, funcionário administrativo

durante os 12 anos iniciais da sua carreira numa dada empresa, visse tributada a totalidade da compensação recebida pela cessação do contrato gerador de rendimentos do trabalho dependente, apenas pelo facto de ser gerente à data da cessação.

6. Situações de novo vínculo - Afastamento da exclusão de tributação

A exclusão de tributação prevista no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) é afastada nas situações referidas no próprio n.º 4, alínea b) *in fine* e, ainda, nos n.ºs 5 e 7 do artigo 2.º do CIRS.

Assim, o trabalhador deixa de beneficiar da exclusão de tributação em apreço[21] - ficando sujeitas a tributação pela totalidade as importâncias recebidas a título de compensação pela cessação do contrato gerador de rendimentos da categoria A - quando:

a) Nos 24 meses seguintes, seja criado um novo vínculo profissional ou empresarial, independentemente da sua natureza, com a mesma entidade (artigo 2.º, n.º 4, alínea b) *in fine* do CIRS);

b) Também nos 24 meses seguintes, seja estabelecido, com a entidade com a qual cessaram as relações laborais, um novo vínculo empresarial, sob a forma de relações comerciais ou de prestação de serviços, por sociedade ou outra entidade em que, pelo menos, 50% do seu capital seja detido, isoladamente ou em conjunto com algum

[21] De acordo com Manuel Faustino, temos uma condição impeditiva na situação referida em c) infra e uma condição extintiva nas situações referidas em a) e b). Cfr. MANUEL FAUSTINO, «A tributação do rendimento das pessoas singulares», in JOÃO RICARDO CATARINO / VASCO BRANCO GUIMARÃES (Coord.), *Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 225-227.

dos elementos do respetivo agregado familiar, pelo beneficiário ou por uma pluralidade de beneficiários das importâncias recebidas - exceto se as referidas relações comerciais ou de prestação de serviços representarem menos de 50% das vendas ou prestações de serviços efetuadas no exercício (artigo 2.º, n.º 5 do CIRS);

c) O sujeito passivo tenha beneficiado, nos últimos cinco anos, da não tributação total ou parcial prevista no n.º 4 do artigo 2.º (artigo 2.º, n.º 7 do CIRS).

Estas situações de afastamento da exclusão de tributação (total ou parcial) prevista no n.º 4 do artigo 2.º do CIRS visam evitar o aproveitamento abusivo do regime em apreço. Sem a respetiva previsão legal, estaria aberta a porta à ocorrência de cessações do contrato de trabalho, pouco depois seguidas da renovação do vínculo com a mesma empresa ou outra do grupo, permitindo assim a realização de pagamentos (de carácter remuneratório) aos trabalhadores com exclusão de tributação em IRS, a cobro do pagamento de uma compensação pela cessação do contrato de trabalho.

Cabe, a este propósito, trazer à colação o alargamento subjetivo previsto no artigo 2.º, n.º 10 do CIRS relativamente ao conceito de entidade patronal[22], que permite afastar a exclusão de tributação - ficando sujeitas a tributação pela totalidade as importâncias recebidas a título de compensação pela cessação do contrato de trabalho – mesmo que o novo vínculo profissional ou empresarial não

[22] Nos termos do artigo 2.º, n.º 10 do CIRS, "considera-se entidade patronal toda a que pague ou coloque à disposição remunerações que, nos termos deste artigo, constituam rendimentos de trabalho dependente, sendo a ela equiparada qualquer outra entidade que com ela esteja em relação de grupo, domínio ou simples participação, independentemente da respetiva localização geográfica".

seja criado com a antiga entidade patronal, mas sim com outra empresa do grupo.

Ao nível da criação de novos vínculos, refira-se que, por vezes, as empresas cessem o contrato de trabalho com um trabalhador - reduzindo, assim, um posto de trabalho – e "externalizem" a função em causa, contratando um prestador de serviços para o efeito. Ocasionalmente, o prestador de serviços contratado pode ser, precisamente, o antigo trabalhador – que passa, assim, a assegurar em *outsorcing* a totalidade ou parte das tarefas que tinha anteriormente à cessação. Mediante este procedimento, a empresa assegura a continuidade de tarefas auxiliares e de apoio à atividade da empresa – como a informática ou o processamento de salários, por exemplo -, com recurso a profissionais que já conhecem bem a realidade da empresa, mas reduz o número de postos de trabalho e os custos fixos com salários (por vezes, em resposta a pressões da estrutura acionista).

Ora, do ponto de vista fiscal, o prestador de serviços em causa está, nestes casos, a estabelecer um novo vínculo profissional ou empresarial com a antiga entidade patronal (ou, eventualmente, com outra empresa do grupo) - o que, ocorrendo dentro dos 24 meses seguintes ao momento da cessação do contrato de trabalho, o faz perder o direito à exclusão de tributação em sede de IRS da compensação recebida pela cessação do contrato de trabalho (ou de parte dela, atento o respetivo limite de valor).

7. Montantes afastados por natureza da exclusão de tributação

O facto de o limite previsto no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS ter vindo, ao longo do tempo, a permitir a exclusão de tributação de um valor de compensação pela cessação do contrato de trabalho superior ao valor mínimo de compensação a atribuir aos trabalhadores, nos termos da legislação laboral[23], tem estado na origem de frequentes tentativas de "aproveitamento total" ou "esgotamento" desse limite de não sujeição a IRS.

Assim, quando a compensação a atribuir ao trabalhador, no caso concreto, é de valor inferior ao limite máximo da exclusão fiscal, calculada nos termos do artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, são comuns as tentativas para incluir na aludida compensação outros valores que o trabalhador ainda tenha direito a receber (v.g. os montantes correspondentes ao último mês de salário ainda não recebido ou os valores relativos a subsídio de férias e de Natal a que ainda tenha direito).

Todavia, o CIRS recusa expressamente este tipo de aplicação, a elementos da remuneração do trabalhador, da exclusão de tributação em sede de IRS que se encontra prevista para a compensação.

A exclusão de tributação da compensação pela cessação do contrato de trabalho, prevista no n.º 4 do artigo 2.º do CIRS, não é aplicável às importâncias relativas aos direitos vencidos durante os contratos ou situações em causa, designadamente remunerações por

[23] Isto, apesar das diversas alterações levadas a cabo tanto ao nível do limite fiscal de exclusão de tributação como do enquadramento laboral da compensação pela cessação do contrato de trabalho.

trabalho prestado, férias, subsídios de férias e de Natal (artigo 2.º, n.º 6 do CIRS). Assim, as referidas importâncias devem ser tributadas pela totalidade, não se inserindo no valor de compensação excluído de tributação.

Mesmo no caso de se atribuir ao trabalhador um valor global de compensação pela cessação do contrato - que inclua tanto a compensação propriamente dita, como as retribuições já vencidas ou aquelas a que o trabalhador ainda tenha direito -, afigura-se-nos contrário à lei fiscal o procedimento de excluir de tributação, até ao limite previsto no artigo 2.º, n.º 4, alínea b) do CIRS, esse valor global, quando aí se inclua a totalidade ou parte dos montantes referentes a remunerações por trabalho prestado, férias e subsídios que tenham sido integrados na aludida compensação global.

8. Diferimento no tempo do pagamento da compensação

Nem sempre o pagamento da compensação pela cessação do contrato de trabalho é efetuado no momento da cessação (ou em data próxima desta) e de uma só vez.

Com alguma frequência, o pagamento da compensação em causa é diferido no tempo ou mesmo realizado de forma fracionada. Tal pode suceder, designadamente, em virtude de constrangimentos financeiros da entidade patronal.

Assim, pode existir um único pagamento da compensação pela cessação do contrato de trabalho, mas que seja realizado em momento posterior àquela - por vezes, meses mais tarde. Noutros casos, o pagamento da compensação pode ser fracionado, sendo

realizados diversos pagamentos, ao longo de vários meses ou mesmo anos.

Em relação ao pagamento fracionado de uma compensação pela cessação do contrato de trabalho, decorrente de acordo de revogação celebrado entre o trabalhador e a entidade patronal, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (doravante "STA") de 29 de novembro de 2006, proferido no Processo n.º 0827/06[24]. É aí referido que "o facto tributário surge por referência aos momentos em que ocorrem os fluxos financeiros – de pagamento ou de colocação – e não se encontra exclusivamente indexado à correspondente fonte geradora". Afirma-se ainda, no mesmo Acórdão, que "o que conta é o momento em que se obtém o rendimento ou a utilização do rendimento, pois só aí é que existe capacidade contributiva". E que, portanto, "acordada entre o contribuinte e a sua entidade patronal a cessação do contrato de trabalho entre ambos, obrigando-se ela a pagar-lhe determinadas quantias ao longo de vários anos, a lei a aplicar, para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, é a vigente em cada um dos anos em que houve recebimentos em cumprimento de tal acordo"[25]. No mesmo sentido, veja-se também o Acórdão do STA de 27 de junho de 2012, proferido no Processo n.º 032/10[26].

Em suma, nas situações de pagamento diferido e fracionado de uma compensação pela cessação do contrato de trabalho, podem

[24] O Acórdão, proferido pela 2.ª secção do STA, teve como relator Baeta de Queiroz.

[25] In Acórdão do STA de 29 de novembro de 2006, proferido no Processo n.º 0827/06.

[26] O Acórdão, proferido pela 2.ª secção do STA, teve como relatora Isabel Marques da Silva.

suscitar-se questões delicadas ao nível da aplicação da lei fiscal no tempo. Estas revelam-se de extrema importância prática caso, por exemplo, se verifique, em qualquer dos anos ao longo dos quais se prolonga o pagamento fracionado da compensação, uma alteração do regime fiscal aplicável à dita compensação. Tal pode suceder, por hipótese, caso a legislação fiscal seja alterada no sentido da redução do limite de exclusão de tributação destas compensações em sede de IRS. Esta redução iria, em princípio, aplicar-se ao enquadramento fiscal dos pagamentos de frações da compensação pela cessação do contrato de trabalho posteriores à dita alteração legislativa – podendo levar à tributação em sede de IRS de valores que, nos termos da redação da lei fiscal em vigor à data da cessação do contrato de trabalho, se encontrariam ainda abrangidos pela exclusão de tributação.

9. Remuneração associada a uma obrigação de não concorrência

No contexto de algumas situações de cessação do contrato de trabalho - sobretudo tratando-se de funções comerciais ou de atividades caracterizadas pela utilização de tecnologia ou de *know-how* com elevado valor – pode ser convencionado o pagamento, ao trabalhador cujo contrato de trabalho cessa, de determinados montantes pela assunção do que comummente é designado como uma obrigação de não concorrência. Esse pagamento pode ser mensal e prolongar-se por um certo período de tempo após a cessação do contrato de trabalho.

O recebimento das importâncias em apreço impõe ao sujeito passivo uma obrigação de se abster do exercício de certa atividade - de trabalho dependente, ou empresarial ou profissional -, em determinado contexto (obrigação de *non facere*).

As importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência são distintas das compensações pela cessação do contrato de trabalho e também das compensações resultantes da constituição, extinção ou modificação da relação jurídica que origine rendimentos do trabalho dependente – constituindo estas compensações rendimentos da categoria A, previstos no artigo 2.º, n.º 4 do CIRS e no n.º 3, alínea e) do mesmo artigo, respetivamente.

As importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência, por seu turno, não se encontram abrangidas pelas normas de incidência do rendimento do trabalho dependente (categoria A). Elas têm uma norma de incidência própria.

Estas importâncias, independentemente da respetiva fonte ou título, são consideradas um incremento patrimonial em sede de IRS, sendo um rendimento tributável da categoria G, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea c) do CIRS.

Constituem rendimento do ano em que são pagas ou colocadas à disposição (artigo 9.º, n.º 4 do CIRS). Não são objeto de quaisquer deduções, para efeitos de determinação do rendimento coletável, conforme resulta do disposto no artigo 42.º do CIRS.

Tratando-se de importâncias auferidas por sujeitos passivos residentes, estas são objeto de englobamento, ficando sujeitas a tributação às taxas gerais de IRS, previstas no artigo 68.º do respetivo Código.

Bibliografia

BASTO, JOSÉ GUILHERME XAVIER DE - *IRS - Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

FAUSTINO, MANUEL - «Sobre o sentido e alcance da nova redação do artigo 2.º, n.º 4, do Código do IRS - A tributação das importâncias recebidas por cessação do vínculo contratual com a entidade patronal», *Fiscalidade* n.ºs 13/14, janeiro – abril de 2003, pp. 5-25.

FAUSTINO, MANUEL - «A tributação do rendimento das pessoas singulares», in JOÃO RICARDO CATARINO / VASCO BRANCO GUIMARÃES (Coord.), *Lições de Fiscalidade – Volume I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 225-227.

LOUSA, MARIA DOS PRAZERES RITO - «Aspetos gerais relativos à tributação das vantagens acessórias», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 374, 1994, pp. 7 ss.

MORAIS, RUI DUARTE - *Sobre o IRS*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

PEREIRA, PAULA ROSADO - «Indemnização pela cessação do contrato de trabalho – Aspetos fiscais», publicado na *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2018 – II, 2.º semestre 2018, pp. 311-328.

PEREIRA, PAULA ROSADO - *Manual de IRS*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019.

Jurisprudência

Acórdão do TCAS de 11 de maio de 2004, proferido no Processo n.º 06002/01.

Acórdão do STA de 29 de novembro de 2006, proferido no Processo n.º 0827/06.

Acórdão do TCAS de 21 de setembro de 2010, proferido no Processo n.º 03748/10.

Acórdão do STA de 27 de junho de 2012, proferido no Processo n.º 032/10.

ANÁLISE ECONÓMICA DO MERCADO DE TRABALHO: BREVES NOTAS

ECONOMIC ANALYSIS OF THE LABOUR MARKET: BRIEF NOTES

Paula Vaz Freire*

Sumário: Introdução; Perspetiva Neoclássica; Perspetiva Neoinstitucionalista; Interpenetração entre as Perspectivas Neoclássica e Neoinstitucionalista

Resumo:

A economia do trabalho tem como ponto central a análise do funcionamento do mercado de trabalho, o qual pode ser levado a cabo de acordo com o paradigma de análise neoclássico ou seguindo a perspetiva analítica neoinstitucionalista. Se, num primeiro momento, prevaleceu a crítica recíproca, apontando o excessivo formalismo e abstração, ou evidenciando a incapacidade de ir além da recoleção de informação ou da mera descrição, assiste-se, depois, a uma progressiva e frutuosa interpenetração destas perspetivas. No entanto, esta aproximação não faz eclipsar as diferenças matriciais sobre o funcionamento do mercado de trabalho, em que os neoclássicos evidenciam o protagonismo das forças de mercado e os neoinstitucionalistas confiam às instituições um papel decisivo na configuração do próprio mercado.

Abstract:

The functioning of the labor market, as the core aspect of labor economy, can be analyzed according to the neoclassical paradigm or in accordance with the neoinstitutionalist perspective. If, at first, reciprocal criticism prevailed, pointing to the excessive formalism and abstraction of the former, or showing the inability to go beyond the mere collection of information or description of the latter, overtime there was a progressive and fruitful interpenetration of these perspectives. However, this proximity does not eclipse the matrix differences on the functioning of the labor market, in which the neoclassicals show that market forces are protagonist and the neoinstitutionalists entrust institutions with a decisive role in the configuration of the market itself.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Introdução

As especificidades do mercado de trabalho, por comparação com os outros mercados de fatores de produção, têm sido destacadas, desde há muito, uma vez que se trata de "um mercado com alma"[1]. A indissociabilidade entre o trabalho e a pessoa, faz com que a análise do mercado onde este fator é transacionado não possa ater-se apenas à consideração do funcionamento do mecanismo de preços, mas deva ter em conta normas e parâmetros jurídicos, sociais e culturais, ganhando, por isso, uma configuração multidimensional.

No entanto, importa considerar que os primeiros passos no estudo do mercado de trabalho procederam à transposição e aplicação das ferramentas analíticas usadas para compreender o comportamento da oferta e da procura nos mercados em geral, não apenas por se tratar de um arsenal conceptual de solidez ímpar, como também por permitir a apreensão dos aspetos essenciais do funcionamento daquele mercado.

Do exposto decorre que a análise económica do trabalho pode, no essencial, ser feita de acordo com duas perspetivas: a neoclássica, ou ortodoxa, e a perspetiva neoinstitucionalista, ou "socio-económica".

Os contributos institucionalistas começaram por ser descartados pela ciência económica tradicional alegando tratar-se de um mero conjunto de descrições sem capacidade de formulação de modelos. Porém, a conformação dos mercados de trabalho foi ganhando uma crescente influência das instituições, das políticas e da atuação

[1] Katselidis, I. A. (2019), p. 13.

reguladora pública sobre os seus aspetos essenciais: os salários e a alocação da mão-de-obra. Esta expansão da intervenção nos mercados de trabalho, bem como a necessidade de dotar de maior realismo a explicação do funcionamento desses mercados foi conduzindo a uma crescente interpenetração e incorporação das teorias institucionalistas no paradigma neoclássico. É esta interpenetração que se procura evidenciar nas próximas linhas, sendo antes necessário proceder a uma breve explanação dos paradigmas analíticos neoclássico e neoinstitucionalista.

Perspetiva Neoclássica

A teoria do mercado de trabalho formulada pela economia neoclássica centra-se na compreensão dos mecanismos de formação dos preços, a par da formulação de regras e princípios relativas ao comportamento dos sujeitos no mercado.

A análise económica do mercado de trabalho edificou-se sobre os princípios marginalistas, pressupondo que sujeitos que atuam nesses mercados são racionais maximizando utilidades, lucros e rendas de acordo com suas preferências[2]. A partir destes pressupostos, a perspetiva neoclássica tem como ideia central a relação entre o preço do trabalho, ou salário, e o comportamento da oferta e da procura de trabalho no mercado, concluindo que à

[2] Knight, F. (1921), pp. 51 ss., explica a oferta de trabalho através de um cálculo marginalista que pondera apenas o efeito de rendimento. Assim, compara a desutilidade marginal do trabalho e a utilidade marginal de rendimento: se o salário aumenta, a utilidade marginal do rendimento diminui. Isso implica que a desutilidade adicional de a última unidade de trabalho anulará a utilidade adicional da última unidade de rendimento.

medida que a taxa de salário cresce a procura por trabalho diminui e a oferta de trabalho aumenta[3]. Destaca-se, neste contexto, o contributo de Hicks que analisa a procura de trabalho e a produtividade marginal decrescente, o comportamento da oferta de trabalho, bem como o mercado concorrencial e os efeitos indesejáveis da intervenção do Estado[4]. Relevam, subsequentemente, as análises de Samuelson[5] e de Friedman[6] os quais, com base numa análise teórica, formulam hipóteses e criam modelos assentes na maximização dos lucros, pelas empresas, e do rendimento, por parte dos trabalhadores. Com estes autores e economia do trabalho envereda por um caminho de elevada abstração e dedutivismo, em que as hipóteses formuladas são, posteriormente, testadas com base em dados estatísticos apoiados em modelos econométricos.

A teoria neoclássica do mercado de trabalho foi decisivamente influenciada pela metodologia e amplitude de horizontes analíticos trazidos por Gary Becker, a quem se ficou a dever a conceptualização da teoria da escolha[7], enquanto maximização das vantagens individuais, a partir da relação entre recursos disponíveis e preferências. No que se refere ao mercado de trabalho, Becker contribuiu para o desenvolvimento da moderna economia ao analisar

[3] Hicks, J. (1932) *The Theory of Wages*, London: Macmillan.

[4] A análise de Hicks sobre a oferta de trabalho foi influenciada pelo trabalho de Lionel Robbins (1930) a respeito da curva de oferta de trabalho individual, respetiva inclinação e elasticidade, explicáveis por efeito de substituição e efeito de rendimento.

[5] Samuelson, P. A. (1951), "Economic Theory and Wages".

[6] De acordo com Friedman (1953), p. 7 a ciência económica não tem como objetivo compreender ou explicar mas prever.

[7] Na sua obra de 1976, *The Economic Approach to Human Behavior*.

a discriminação[8]; a relevância do capital humano[9], entendendo a educação e a preparação para o trabalho como formas de investimento; assim como, ao considerar a produção doméstica, e a decisão individual entre trabalho doméstico, trabalho no mercado de trabalho e o tempo de lazer[10].

Apesar desta expansão da economia do trabalho, a teoria neoclássica pressupõe um comportamento maximizador dos agentes e uma flexibilidade do salário que, por influência das forças de oferta e demanda, conduz ao equilíbrio. De acordo com este entendimento, e à semelhança da teoria geral das falhas de mercado, justifica-se a intervenção no mercado de trabalho quando este evidencie "viscosidades" ou "atritos" que o impeçam de evoluir para o equilíbrio.

A falta de explicação para os fenómenos de desemprego persistente deram origem de novas conceções, como a análise de George Stigler baseada na sua teoria económica da informação[11]. Sendo a informação um bem raro cuja obtenção implica custos, obter informações no processo de busca de emprego é uma atividade cara. Assim, uma pessoa continuará a procurar emprego até ao ponto em que o rendimento esperado seja igual ao custo de procura. Existindo alternativas que representem menores custos, não aceitar a primeira proposta de emprego é, portanto, uma solução ótima. Isso significa que as pessoas ficam, muitas vezes, desempregadas por decorrência

[8] Na sua obra de 1957, *The Economics of Discrimination*.

[9] No artigo de 1962, "Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis", teoria desenvolvida noutros contributos. O capital humano refere-se ao conhecimento, à informação, às ideias, às capacidades e à saúde dos indivíduos: Becker, G. (2002), p. 3.

[10] Com "A Theory of the Allocation of Time" (1965).

[11] Stigler, G. (1962).

de uma decisão racional, optando por prolongar a sua busca por trabalho. Nestes termos, o desemprego ganha uma configuração mais ampla, ao concluir-se que existe uma certa parcela de desempregados voluntários e que essa é uma característica do equilíbrio do mercado.

Perspetiva Neoinstitucionalista

De acordo com este paradigma de análise, o mercado de trabalho não é "um dado", isto é, uma estrutura de características universais e estáticas, mas sim o produto de um determinado contexto. Os indivíduos e as empresas produzem, reproduzem e transformam os mercados de trabalho de diferentes maneiras, as quais resultam da forma como aqueles agentes interagem com os fenómenos sociais, económicos, culturais, políticos e ideológicos, em diferentes localizações espácio-temporais.

A vertente institucionalista reveste-se de uma dupla configuração pois se, por um lado, a configuração dos mercados de trabalho e o seu funcionamento depende das instituições ou estruturas sociais em que se inserem, por outro, tais mercados podem ter uma natureza institucionalizada, designadamente, quando se afiguram fortemente regulados[12].

Um dos aspetos evidenciados pelo neoinstitucionalismo refere-se à heterogeneidade dos agentes que integram o mercado de trabalho. Com efeito, a oferta de trabalho, corporizada pelo conjunto de

[12] No domínio da economia do trabalho o neoinstitucionalismo é tributário da conceção de Keynes, numa configuração atual de pós-keynesianismo institucionalista. Whalen, C. (2012).

indivíduos que coloca ao dispor das empresas a sua força de trabalho, está muito longe de ser constituída por agentes indiferenciados, correspondentes ao *homo economicus* típico da economia ortodoxa. A população ativa é heterogénea pois, mesmo antes de entrar no mercado de trabalho, pode ser dividida por classe, género, raça, tipo de contexto familiar, nacionalidade, convicções políticas e religiosas, orientação sexual, aparência física, etc. Ora, o facto de cada indivíduo se inserir em uma ou várias dessas categorias irá influenciar o momento e a decisão entrada - ou não - no mercado de trabalho, assim como o segmento do mercado de trabalho em que essa entrada ocorre e, consequentemente, o tipo de ocupação, o nível de salário, as condições de trabalho, de autorrealização e de autonomia, ou o grau de alienação, vulnerabilidade e insegurança. Em suma, a força de trabalho disponível numa dada economia, num certo momento é, no essencial, o produto de um contexto institucional ditado pelas características da unidade familiar, pelo nível de preparação dos indivíduos, por via da educação e da qualificação, e pelo nível de informação, enquanto capacidade de conhecer a qualidade e a quantidade dos empregos disponíveis e, consequentemente, de saber quando entrar no mercado de trabalho.

A heterogeneidade existe também do lado da procura de trabalho na medida em que as empresas diferem no que toca à natureza da produção e da tecnologia empregada, ao estádio de maturidade, à dimensão, à estrutura de governação, à titularidade privada ou pública, etc. Isto é, o contexto institucional é igualmente determinante da configuração da procura no mercado de trabalho.

Interpenetração entre as Perspetivas Neoclássica e Neoinstitucionalista

Nem o paradigma neoclássico nem as análises neoinstitucionalistas permaneceram estanques e acantonadas nas suas formulações de base.

Assim, o modelo neoclássico não se manteve inalterado começando os economistas ortodoxos por reconhecer a existência do que genericamente se designa como "instituições" e passando, por isso, a incorporar o estudo de temas como os sindicatos, as famílias, o género, a raça, os salários de eficiência, os conceitos de agente-principal, de *insider-outsider*, entre outros. Refira-se que o entendimento destes autores é o de que o equilíbrio entre oferta e procura pode ser "perturbado" fatores institucionais, mas que aquelas forças de mercado serão sempre as principais influências e os aspetos determinantes do mercado de trabalho.

Ora, uma das principais apreciações críticas a respeito da perspetiva neoclássica radica, justamente, no questionamento sobre a validade da asserção de que as forças de mercado são sempre prevalecentes pelo que se, eventualmente, se demonstrar que as instituições, ao invés da oferta e da procura, são as principais influenciadoras dos resultados do mercado de trabalho, o modelo ortodoxo não estaria correto. Por outro lado, afirma-se que tende a existir uma modelação das instituições – funcionalizada ao objetivo de lhes conferir um tratamento científico - que pode desvirtuar a sua essência e influência. Um exemplo disso é a análise ortodoxa dos sindicatos, que não são entendidos na sua dimensão social,

económica, cultural, política e ideológica, mas sim enquanto agentes racionais orientados, exclusivamente para a maximização de ganhos dos seus filiados. Acresce que a tentativa de incorporar as "instituições" no modelo, não se preocupa em compreender a natureza e o funcionamento dessas instituições, mas sim em aferir de que modo influenciam os salários, os níveis de emprego e velocidade de ajuste dos mercados, bem como a forma como elas influenciam os incentivos de minimização de custos, maximização de utilidade e de lucro, típicos dos agentes que participam nos mercados.

Por seu turno, a nova economia institucional não rejeita os modelos matemáticos de otimização do comportamento, mas assume que as motivações tradicionalmente associadas aos agentes económicos devem ser consideradas de forma mais amplas. Com efeito, a satisfação individual pode advir de ações altruístas, e a dedicação ao trabalho não ser só motivada por altos ganhos ou promoções esperadas, mas também por motivações intrínsecas como a sensação de realização de um trabalho bem feito. Assim, os agentes agem e decidem de forma menos racional do que o esperado pelo modelo neoclássico tradicional, uma vez que não são exclusivamente maximizadores e o seu cálculo final também inclui a emoção. Acresce que a economia neoinstitucional reequaciona o conceito de preferências, em primeiro lugar porque se presume que as preferências individuais são mutuamente dependentes e, em segundo lugar, porque se considera que as preferências não são

automáticas e exógenas, mas sim endógenas, sujeitas a alterações e formadas com base nas mudanças do contexto económico e social[13].

Para além de conceber a decisão como o produto de um dado contexto, a perspetiva neoinstitucionalista afirma que, a par das forças de mercado, há que ter em conta as forças institucionais, enquanto influência de várias organizações, evidenciando, em especial, o protagonismo dos sindicatos e dos governos sobre a formação dos preços e a alocação do trabalho. Uma das formas das instituições influenciarem o mercado de trabalho consubstancia-se no facto de estas introduzirem um maior nível de segmentação e, consequentemente, de viscosidade. Veja-se, por exemplo, a implementação de barreiras por parte dos sindicados ou de organizações sócio-profissionais autorreguladoras que pode assumir, entre outras, a configuração de períodos de formação obrigatórios, de emissão de licenças e de carteiras profissionais. Trata-se de um conjunto de regras de pendor corporativo, implementadas em benefício dos *insiders*, que alcançam níveis de remuneração superiores, ou quase rendas, ao limitar a concorrência. Para além da regulação de cariz corporativo, o mesmo efeito de redução da concorrência pode ser gerado a partir da contratação coletiva ou a regulação estadual.

A introdução destas limitações ou mais simplesmente, de rigidez no mercado de trabalho por força das instituições, faz com que o funcionamento neoclássico de ajustamento entre setores – mesmo que limitado por falhas de informação e pelas capacidades dos trabalhadores – não ocorra, não se verificando, por exemplo, uma

[13] Woodbury, S. A. (1987).

fácil transferência de trabalhadores entre sectores e atividades com excesso de oferta, para outros com níveis menores de oferta. A *mobilidade* do fator trabalho é, portanto, altamente condicionada por aspetos institucionais e a economia neoinstitucionalista passa a contribuir decisivamente para explicar a não corroboração, pela realidade, de alguns pressupostos da análise económica tradicional.

Um desses aspetos respeita ao facto de a teoria neoclássica afirmar que os trabalhadores com as mesmas qualificações e funções são remunerados com o mesmo salário pois, de contrário, aqueles que auferem salários mais baixos migrariam para empregos mais bem remunerados, e os salários atingiriam, progressivamente o equilíbrio. O desemprego seria facilmente "corrigido", ficando apenas de fora do mercado de trabalho aqueles que, em resultado de um cálculo marginalista entre utilidade do rendimento e do lazer, decidem, voluntariamente, não integrar aquele mercado. Ora, como se sabe, os mercados reais afastam-se deste modelo, o que demonstra a insuficiência das conceções económicas tradicionais em oferecer uma explicação satisfatória para as situações de desemprego.

Um outro tema de importante complementaridade entre as perspetivas em análise respeita às diferenças salariais. Os neoclássicos não negam a existência de diferenciais salariais, mas entendem que elas devem corresponder, no essencial, às diferentes características dos trabalhadores (*capital humano*) e à taxa de risco associada às funções desempenhadas. No entanto, os mercados de trabalho reais produzem diferenças salariais persistentes entre setores ou empresas que contratam trabalhadores semelhantes para tarefas idênticas. Tal pode ser explicado a partir das teorias do

"mercado interno", de acordo com as quais as empresas de grandes dimensões, se organizam como "ordenamentos específicos", ao criar normas formais e informais, o que faz com que a concorrência entre trabalhadores ocorra no âmbito dessa empresa e não nos mercados de trabalho externos[14]. Isto significa que a economia do trabalho não pode ser indiferente às formas de governação e organização das empresas, as quais podem estar na origem de segmentações do mercado de trabalho[15].

Também a teoria dos salários de eficiência[16] veio acrescentar uma outra explicação para os diferenciais salariais e para o desemprego persistente. Um salário superior ao equilíbrio melhora a produtividade e o esforço dos trabalhadores, alinhando a respetiva conduta com o interesse de maximização do lucro pelo empresário, ao mesmo tempo que pagar salários mais altos torna o trabalhador "refém" do empregador. Mas, se em alguns setores ou empresas os trabalhadores auferem um salário superior ao de equilíbrio, e nas demais o salário de equilíbrio permanece, os salários de eficiência contribuem para a segmentação dos mercados de trabalho.

Em conclusão, pode afirmar-se que a economia do trabalho neoclássica tem vindo a incorporar, progressivamente, contributos

[14] Doering, P. & M. Piore (1971). A teoria do mercado interno de trabalho conduz à divisão entre dos mercados em primário e secundário; o primário é composto por cargos bem remunerados, com condições de trabalho vantajosas, estabilidade no emprego e probabilidades de promoção. Por outro lado, no mercado secundário, existem trabalhos com baixa remuneração, elevada flutuação de trabalhadores, más condições de trabalho e poucas possibilidades de promoção. O "sector primário" está ligado aos mercados internos de trabalho, sendo de difícil acesso. Nos mercados secundários existem pessoas pouco qualificadas e com maior probabilidade de ficarem desempregadas.

[15] P. Héloïse (2007).

[16] Akerlof, G. & J. Yellen (1986); Shapiro, C. & J. Stiglitz (1984).

do neoinstitucionalismo, que permitem explicar diversos problemas reais do mercado de trabalho, e que os ganhos da interação entre as perspetivas neoclássica e neoinstitucionalista se revelam, sobretudo, na compreensão das formas de *desemprego involuntário*, de *desemprego persistente* e de *diferenciais salariais*.

No entanto, importa ter presente que as perspetivas em análise continuam a diferir a respeito do nível aceitável e eficaz de intervenção institucional, em particular, provinda de instituições públicas. Assim, e em síntese, a matriz neoclássica enfatiza o caráter competitivo dos mercados de trabalho e o protagonismo das forças de mercado na determinação do emprego e do nível de salário, sem ignorar a necessidade de alguma intervenção corretiva dos resultados daquela interação; por seu turno, os economistas neoinstitucionalistas explicam as vicissitudes do mercado de trabalho a partir das instituições e confiam-lhes um papel decisivo na configuração do próprio mercado.

Referências bibliográficas

Akerlof, George & Janet Yellen (1986), *Efficiency Wage Models of the Labor Market*, Cambridge: Cambridge University Press

Becker, Gary S. (1962), "Investment in Human Capital: A Theoretical Analysis", *Journal of Political Economy*, 70(5), pp. 1-9

Becker, Gary S. (1965), "A Theory of the Allocation of Time", *The Economic Journal*, Vol. 75(299), pp. 493-517

Becker, Gary S. (2002), "The Age of Human Capital", in *Education in the Twenty First Century*, Palo Alto: Hoover Institution Press, pp. 3-8

Doeringer, Peter B. & Piore, Michael J. (1971), *Internal Labour Market and Manpower Analysis*, Lexington, MA: Heath Lexington Books

Friedman, Milton (1953), "The Methodology of Positive Economics", In *Essays In Positive Economics*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1966, pp. 3-16, 30-43

http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/Friedman/Methodology.pdf

Hicks, J. R. (1932), *The Theory of Wages*, London: Macmillan

https://dspace.gipe.ac.in/xmlui/bitstream/handle/10973/24960/GIPE-009904.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Hillard, M. McIntyre, R. (1994), "Is There a New Institutional Consensus in Labour Economics?", *Journal of Economic Issues*, XXVIII, pp. 619-629

Katselidis, Ioannis A. (2019), "Institutions, Policy and the Labour Market: The Contribution of the Old Institutional Economics", *Economic Thought*, 18(2), pp. 13-30

Knigth, Frank (1921), *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Miffin, Boston

https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/publications/books/risk/riskuncertaintyprofit.pdf

Petit, Héloïse (2007), "Is the Concept of Labour Market Segmentation Still Accurate?, *Économies et Sociétés, Série AB, Économie du Travail*, XLI (28), pp. 891-896

Robbins, Lionel (1930), "On a Certain Ambiguity in the Conception of Stationary Equilibrium", *The Economic Journal*, 40(158), pp. 194–214

https://academic.oup.com/ej/article/40/158/194/5283479

Samuelson, P. A. (1951), *"Economic Theory and Wages"*, In The Collected Scientific Papers of Paul A. Samuelson, Volume 3, MIT Press, 1972

Shapiro C. & Joseph E. Stiglitz (1984), "Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device", The American Economic Review, 74(3), pp. 433-444

http://static.stevereads.com/papers_to_read/equilibrium_unemployment_as_a_worker_discipline_device.pdf

Stigler, George (1962), "Information in the Labor Market", *Journal of Political Economy*, 70(5), pp. 94-105

Whalen, Charles J. (2012), "Post-Keynesian Institutionalism after the Great Recession" http://www.levyinstitute.org/pubs/wp_724.pdf

Woodbury, Stephen A. (1987), "Power in the Labor Market: Institutionalist Approaches to Labor Problems", Journal of Economic Issues, 21 (4), pp. 1781-1807

A AUTORIDADE PARA AS CONDIÇÕES DO TRABALHO
DE REGULADOR ADMINISTRATIVO A ÓRGÃO JURISDICIONAL

THE PORTUGUESE AUTHORITY FOR WORKING CONDITIONS
FROM ADMINISTRATIVE REGULATOR TO JUDICIAL BODY

Pedro Romano Martinez

Sumário: I. Regulação das condições de trabalho - 1. Regime legal - 2. Função inspectiva - II. Poderes especiais conferidos à Autoridade para as Condições do Trabalho - 1. Enquadramento - 2. Reconhecimento do contrato de trabalho - 3. Suspensão preventiva dos despedimentos - III. Responsabilidade civil

Resumo:

A ACT tem uma função inspectiva muito relevante no âmbito das condições de trabalho, contudo, principalmente em legislação recente, têm-lhe sido atribuídas funções para-jurisdicionais, prevendo-se inclusive que o inspector de trabalho possa decidir em matéria da exclusiva competência de tribunais judiciais. Considerando a multiplicidade de atribuições e os poderes conferidos aos inspectores da ACT, há que ponderar a correspondente responsabilidade civil, atenta a máxima: quanto mais poder maior a responsabilidade.

Abstract:

ACT has a very relevant inspection duty in the area of labour conditions, however, specially in recent legislation, it has been receiving para-jurisdictional duties, namely being foreseen that the labour inspector can decide in matters of the exclusive competence of the courts. Given the multiple duties and powers granted to the ACT inspectors, the correspondent civil liability must be considered, given the maxim: the greater the power, the greater the responsibility

I. Regulação das condições de trabalho

1. Regime legal

I. Na sequência da extinção da Inspecção-Geral do Trabalho (IGT) e do Instituto para a Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho foi criada a Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) pelo Decreto-Lei n.º 326-B/2007, de 28 de Setembro. Como se lia no preâmbulo deste diploma «*À ACT compete a promoção da melhoria das condições de trabalho, através do controlo do cumprimento das normas em matéria laboral, no âmbito das relações laborais privadas, bem como a promoção de políticas de prevenção de riscos profissionais, e, ainda, o controlo do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, em todos os sectores de actividade, e nos serviços e organismos da administração pública central, directa e indirecta, e local, incluindo os institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados ou de fundos públicos, de acordo com os princípios das Convenções n.ºs 81, 129 e 155 da Organização Internacional do Trabalho*». Reiterando-se no artigo 1.º que a ACT «*é um serviço de promoção da melhoria das condições de trabalho, prevenção, controlo, auditoria e fiscalização, integrado na administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa, que desenvolve a sua acção inspectiva no âmbito de poderes de autoridade pública*».

Tendo em conta a reestruturação operada pela Lei Orgânica do Ministério da Economia e do Emprego (Decreto-Lei n.º 126-C/2011, de 29 de Dezembro), foi aprovada uma alteração orgânica da ACT

pelo Decreto-Regulamentar n.º 47/2012, de 31 de Julho, mantendo-se no essencial a natureza e atribuições desta entidade. Determina-se no artigo 1.º que a ACT é um serviço central da administração directa do Estado, constando as atribuições de um extenso artigo 2.º (correspondente ao artigo 3.º do diploma anterior), que se transcreve:

1. *A ACT tem por missão a promoção da melhoria das condições de trabalho, através da fiscalização do cumprimento das normas em matéria laboral e o controlo do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, bem como a promoção de políticas de prevenção dos riscos profissionais, quer no âmbito das relações laborais privadas, quer no âmbito da Administração Pública.*
2. *A ACT prossegue as seguintes atribuições:*
   a) *Promover, controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais, regulamentares e convencionais, respeitantes às relações e condições de trabalho, designadamente as relativas à segurança e saúde no trabalho, de acordo com os princípios vertidos nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Estado Português;*
   b) *Promover ações de sensibilização e prestar informações com vista ao esclarecimento dos sujeitos das relações laborais e das respetivas associações;*
   c) *Promover o desenvolvimento, a difusão e a aplicação de conhecimentos científicos e técnicos no âmbito da segurança e saúde no trabalho;*

d) Promover a formação especializada nos domínios da segurança e saúde no trabalho e apoiar as organizações patronais e sindicais na formação dos seus representantes;

e) Promover e participar na elaboração de políticas de segurança e saúde no trabalho;

f) Promover a execução das políticas de segurança, saúde e bem-estar no trabalho;

g) Assegurar a gestão do sistema de prevenção dos riscos profissionais, visando a efetivação do direito à saúde e segurança no trabalho;

h) Gerir o processo de autorização de serviços de segurança e saúde no trabalho;

i) Coordenar o processo de formação e certificação de técnicos superiores e técnicos de segurança do trabalho, incluindo a gestão de eventuais fundos europeus para o efeito;

j) Difundir a informação e assegurar o tratamento técnico dos processos relativos ao sistema internacional de alerta para a segurança e saúde dos trabalhadores, bem como a representação nacional em instâncias internacionais;

k) Assegurar o procedimento das contraordenações laborais e organizar o respetivo registo individual;

l) Apoiar as entidades públicas e privadas na identificação dos riscos profissionais, na aplicação de medidas de prevenção e na organização de serviços de segurança, saúde e bem-estar no trabalho;

m) Emitir carteiras profissionais, nos termos da lei;

n) Exercer as competências em matéria de licenciamento industrial que lhe sejam atribuídas por lei;

o) Exercer as competências em matéria de trabalho de estrangeiros que lhe sejam atribuídas por lei;

p) Prevenir e combater o trabalho infantil, em articulação com os diversos departamentos;

q) Colaborar com outros órgãos da Administração Pública com vista ao respeito integral das normas laborais, nos termos previstos na legislação europeia e nas Convenções da OIT, ratificadas por Portugal;

r) Sugerir as medidas adequadas em caso de falta ou inadequação de normas legais ou regulamentares;

s) Recolher e analisar informação e elaborar relatórios regulares sobre o funcionamento e a eficácia da ACT;

t) Proceder à conservação dos registos e arquivos, relativos a acidentes e incidentes e à avaliação e exposição aos riscos referentes aos trabalhadores em caso de encerramento da empresa;

u) Avaliar o cumprimento das normas relativas a destacamento de trabalhadores e cooperar com os serviços de fiscalização das condições de trabalho de outros Estados membros do espaço económico europeu, em especial no que respeita aos pedidos de informação neste âmbito;

v) Prosseguir as demais atribuições que lhe forem conferidas por lei.

3. *A ACT prossegue as atribuições referidas no número anterior em empresas de todos os setores de atividade, independentemente da sua forma ou natureza jurídica e do regime aplicável aos respetivos trabalhadores, e em qualquer local em que se verifique a prestação de trabalho ou existam indícios suficientes dessa prestação.*
4. *(…)*

Resumidamente, para a questão que interessa neste estudo, a principal atribuição da ACT consiste na promoção, controlo e fiscalização do cumprimento das disposições legais, regulamentares e convencionais, respeitantes às relações e condições de trabalho, designadamente as relativas à segurança e saúde no trabalho. Complementarmente, atribuem-se competências para assegurar o procedimento das contra-ordenações laborais.

Em suma, a ACT é um serviço da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa, que tem uma função inspectiva com vista à prevenção do incumprimento de regras jurídico-laborais, assegurando os correspondentes procedimentos contra-ordenacionais em caso de violação das disposições legais relacionadas com as condições de trabalho, em especial as relativas à segurança e saúde no trabalho. Tem uma função de regulador da actividade laboral, sem, contudo, integrar o estatuto de entidade reguladora.

II. O exercício da actividade laboral é fiscalizado por entidades públicos (ACT), através de funcionários públicos (inspectores do trabalho), havendo uma intervenção estadual na relação contratual

(contrato de trabalho e convenção colectiva de trabalho), assim como na actividade empresarial e inclusive no modo de actuação das pessoas (p. ex., impondo ao empregador e ao trabalhador determinados comportamentos, mormente em sede de segurança no trabalho).

Daí se afirmar que existe uma publicização das condições de trabalho; para além da intervenção legislativa, o Estado criou institutos públicos, que visam fiscalizar a actividade laboral, concretamente a ACT, a quem incumbe verificar se as empresas (e, eventualmente, os trabalhadores) estão a cumprir as regras laborais, designadamente se há menores a trabalhar na empresa ou se os limites aos períodos normais de trabalho estão a ser respeitados. Ainda que tendencialmente a função inspectiva se direccione para as empresas, as regras de segurança não têm só como destinatários os empregadores, pois destinam-se também a ser cumpridas pelos trabalhadores (cf. artigo 17.º da Lei n.º 102/2009); com efeito, a profilaxia do acidente de trabalho passa igualmente por uma cultura de prevenção dos riscos profissionais como preparação para a vida activa, de que são destinatários, em grande parte, os trabalhadores.

As regras respeitantes ao funcionamento desses institutos que fiscalizam a actividade laboral são se direito público e pode designar-se esse ramo por direito administrativo do trabalho, mas as normas que impõem condições de trabalho, como seja o direito a férias ou os horários de trabalho, integram-se no contrato de trabalho, constituindo deveres das partes, sendo de direito privado. A ACT inspecciona o cumprimento de regras relacionadas com as condições de trabalho, pese embora, estas regras se integrem no âmbito do

direito privado. Intimamente relacionado com o direito do trabalho (direito privado), sem dele fazer directamente parte, há o mencionado direito administrativo do trabalho, que é um ramo do direito público. O direito administrativo do trabalho — distinto do direito do trabalho da administração pública, também ramo do direito público — não deve ser considerado parte integrante do direito do trabalho, apesar do relevo em sede laboral do papel fiscalizador da ACT.

Ao Estado – através da ACT – incumbe fiscalizar o cumprimento das condições de trabalho. E, por isso, em caso de infracção, pode aplicar a correspondente coima. O procedimento relativo a contra-ordenações laborais compete à ACT, por intermédio dos inspectores de trabalho, cabendo a aplicação das coimas ao Inspector-Geral do Trabalho (artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 107/2009). Em matéria de contra-ordenações, nos termos do artigo 126.º, n.º 2, da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aos juízos do trabalho foi atribuída competência para julgar recursos de decisões de autoridades administrativas em processos de contra-ordenação nos domínios laboral e da segurança social. Assim, se a ACT aplicar uma coima a determinado empregador por não cumprimento de certa regra, dessa decisão haverá recurso para os tribunais do trabalho.

2. Função inspectiva

I. Neste âmbito ir-se-á atender em particular às funções inspectivas cometidas à ACT, nomeadamente previstas no Código do Trabalho.

Sem carácter exaustivo, há múltiplas referências no Código do Trabalho à função inspectiva da ACT, normalmente identificada como «serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral».

II. Nos parágrafos seguinte far-se-á alusão, exemplificativa, a algumas destas previsões legais, começando por indicar situações que têm de ser comunicadas à ACT.

A celebração e a cessação de contrato de trabalho com trabalhador estrangeiro (exterior à União Europeia) ou apátrida tem de ser comunicada à ACT (artigo 5.º, n.º 5, do CT), não tanto por questões relacionadas com as condições de trabalho, mas antes como modo de controlo da permanência em Portugal de estrangeiros ou apátridas.

O destacamento de trabalhadores para o estrangeiro, mesmo que se trate de um país da União Europeia, tem de ser comunicada à ACT (artigo 8.º, n.º 2, do CT).

As informações relativas à celebração de contrato de trabalho a termo devem ser comunicadas à ACT (artigo 144.º, n.º 2, do CT).

O projecto de regime de banco de horas tem de ser comunicado à ACT (artigo 208-B, n.º 5, do CT).

A indicação nominal dos trabalhadores que prestaram trabalho suplementar durante o ano civil deverá ser comunicada à ACT (artigo 231.º, n.º 7, do CT).

Certos aspectos relativos à transmissão de uma empresa ou de estabelecimento devem ser comunicados à ACT (artigo 285.º, n.ºs 8 e 9, do CT).

O trabalhador que suspenda o contrato de trabalho por falta de pagamento da retribuição deve comunicar a suspensão do vínculo à ACT (artigo 325.º, n.º 1, do CT).

A decisão de despedimento por extinção de posto de trabalho ou por inadaptação deve ser comunicada à ACT (artigos 371.º, n.º 3, e 378.º, n.º 2, do CT).

A escolha de instrumento de regulamentação colectiva, feita pelos trabalhadores da empresa, tem de ser comunicada à ACT (artigo 482.º, n.º 2, do CT).

O horário de trabalho vigente na empresa deve constar de um mapa afixado nos termos do artigo 216.º, n.º 1, do CT. Antes da revisão de 2012, o mapa de horário de trabalho tinha de ser dado a conhecer à ACT, mas com a revogação do n.º 3 do artigo 216.º do CT esse envio deixou de ser imposto às empresas.

De facto, muitas destas comunicações constituem mais um peso burocrático – para as empresas e para o regulador – do que uma facilitação da função inspectiva da ACT.

III. Há casos em que a ACT intervém em razão de um pedido ou denúncia do trabalhador.

A trabalhadora grávida pode requerer à ACT uma acção de fiscalização relativamente ao cumprimento, pela empresa, das regras de segurança e saúde (artigo 62.º, n.º 7, do CT).

O trabalhador pode requerer uma fiscalização da ACT quanto à suspensão ou redução da actividade laboral na empresa (artigo 307.º, n.º 2).

O trabalhador, despedido ao abrigo de um procedimento de despedimento por extinção do posto de trabalho, pode requerer à ACT a verificação dos requisitos legais (artigo 370.º, n.º 2, do CT).

O trabalhador, vítima de assédio, deve denunciar à ACT o acto praticado pelo empregador ou seu representante para efeito de justa causa de resolução (artigo 394.º, n.º 2, alínea f), do CT).

IV. Cabe ainda atender a situações em que foi cometido à ACT o poder de verificar a persistência de uma infracção e de actuar em consonância.

Assim, no caso de trabalho de menores (artigo 83.º do CT) ou de não entrega de documentos requisitados (artigos 547.º, alínea a), e 552.º, n.º 1, do CT).

Refira-se que, em caso de contra-ordenação, metade da coima aplicada reverte para a ACT (artigo 566.º, n.º 1, do CT).

V. São igualmente outorgadas à ACT atribuições relativas a supervisão de actos ou a autorização prévia para a prática de determinadas soluções jurídicas.

O referendo tendo em vista a aprovação do banco de horas grupal, em certos casos, pode ser supervisionado pela ACT (artigo 208.º-B, n.º 9, do CT).

Ainda que sejam raros, subsistem casos em que o empregador tem de, antecipadamente, pedir autorização à ACT para prática de actos. Assim, no caso de mudança do trabalhador para categoria inferior com diminuição de retribuição (artigo 119.º do CT); ou de se

pretender a redução ou exclusão do intervalo de descanso (artigo 213.º, n.º 3, do CT).

No caso de o trabalhador baixar de categoria, essa consequência tem de corresponder a uma necessidade premente da empresa ou a uma estrita necessidade do trabalhador, que funcionam em alternativa; sendo imprescindível o acordo das partes quanto à despromoção e a autorização pela ACT no que respeita tão-só à diminuição retributiva.

VI. Cabe, por fim, atender à situação mais relevante para este estudo, que respeita aos poderes de fiscalização da ACT, com capacidade decisória.

No caso de redução temporária do período normal de trabalho ou de suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao trabalhador, muitas vezes apelidado de *lay off*, a ACT pode acompanhar a medida na empresa e, verificando a cessação de fundamentos assim como o incumprimento de comunicações ou de deveres do empregador, pode determinar a cessação da medida (artigo 307.º, n.ºs 2 e 3, do CT).

Quando, no âmbito de um despedimento por inadaptação, a ACT verificar que não houve manutenção do nível de emprego, notifica o empregador para assegurar essa manutenção (artigo 380.º, n.º 2, do CT).

A estas duas situações e à possibilidade de aplicar contra-ordenações, no âmbito do poder decisório, para-jurisdicional, da ACT acrescem duas hipóteses: a apreciação e reconhecimento de

contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013); a suspensão preventiva dos despedimentos (Lei n.º 1-A/2020).

II. Poderes especiais conferidos à Autoridade para as Condições do Trabalho

1. Enquadramento

Como indicado, a principal atribuição da ACT consiste na promoção, controlo e fiscalização do cumprimento das disposições legais, regulamentares e convencionais, respeitantes às relações e condições de trabalho, designadamente as relativas à segurança e saúde no trabalho. Para controlo e fiscalização do cumprimento das condições de trabalho, à ACT foi essencialmente cometida uma função inspectiva.

As atribuições da ACT enquadram-se no âmbito da actividade de supervisão e regulação do mercado, que se diversificou em diversos sectores económicos. Além da tradicional regulação do mercado bancário ou dos seguros, surgiram reguladores nos sectores dos transportes, concorrência, saúde, telecomunicações, actividade marítima, etc. A ACT, sendo um serviço da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa, enquadra-se neste âmbito da supervisão e regulação estadual de um sector da economia: o trabalho. Pese embora a ACT não tenha sido enquadrada entre as entidades reguladoras, disciplinadas na Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com Funções de Regulação da Actividade Económica dos Sectores Privado, Público e

Cooperativo, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, foram-lhe atribuídas funções de supervisão e regulação do mercado de trabalho.

Às entidades com atribuições de supervisão e regulação de um sector económico são essencialmente cometidas funções inspectivas, podendo igualmente ter funções decisórias, quase sempre relacionadas com a prática de infracções, mediante a aplicação de coimas. Tem sido comum conferir aos diferentes reguladores atribuições que lhes permitem exercer poderes para-judiciais – quando aplicam sanções ou são chamados a dirimir diferendos entre terceiros –, mas sempre numa posição de imparcialidade e equidistância. Por isso, as entidades reguladoras não recebem instruções do poder político.

Ainda que independentes do poder político – p. ex., Banco de Portugal (também não incluído na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras) –, os supervisores integram a administração estatual, pelo que toda a sua actuação, mesmo na parte decisória, é uma função administrativa. Não se confundindo, por isso, qualquer decisão do regulador – até quando aplica coimas – com a função jurisdicional; na tradicional divisão de poderes, os reguladores integram o poder executivo e os seus actos podem ser apreciados pelo poder judicial.

Atenta a divisão de poderes e o facto de a ACT ser uma entidade administrativa com uma função inspectiva no âmbito das condições de trabalho, é questionável que, nalguns casos, lhe tenham sido atribuídos poderes para-judiciais. Podendo, em certos casos, ser

cometido aos inspectores da ACT um poder decisório substitutivo do conferido aos magistrados judiciais.

2. Reconhecimento do contrato de trabalho

I. Por via da Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto, instituiu-se um mecanismo de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, mediante a acção especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, para a qual tem legitimidade activa o Ministério Público, atenta a decisão tomada pelo inspector da ACT que instruiu o processo[1]. A solução – como é conhecida – de combate aos falsos recibos verdes constante da Lei n.º 63/2013 assenta num pressuposto – nem sempre verificado – de o recurso à prestação de serviços ter em vista impedir a aplicação das regras de protecção do trabalhador previstas no direito do trabalho.

Partindo de um pressuposto errado, de que toda a prestação de trabalho deve ser realizada por contrato de trabalho e que, por conseguinte, sendo acordado um contrato de prestação de serviços haverá (necessariamente) ilicitude, foi publicada a Lei n.º 63/2013,

[1] Esta acção tem gerado acesa polémica, particularmente por corresponder a uma via inadequada ao desiderato pretendido. Veja-se Paula Ponces Camanho, «Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Breves reflexões (e algumas perplexidades), *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015, pp. 65 ss.; Rita Garcia Pereira, «A nova acção especial para reconhecimento de contrato de trabalho (Lei n.º 63/2013)», *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, III, Lisboa, 2015, pp. 341 ss.; João Rato, «A acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Interrogações sobre a intervenção do Ministério Público e outras perplexidades», *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, I, Coimbra, 2014, pp. 779 ss.

intitulada: «Instituição de mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado». A referida lei assenta na ideia de que toda a relação de trabalho tem de ser subordinada, mas, como indicado, não é necessariamente ilícita a prestação de trabalho independente, por acordo das partes, mesmo em situações em que, idêntica actividade é, por outros, realizada com subordinação. Tudo depende da conformação ajustada que, em determinados casos, é lícita. Refira-se que, não raras vezes, o trabalho é prestado sem subordinação por interesse do prestador da actividade, que não pretende estar subordinado a horário, período de trabalho, exclusividade, etc. É importante mencionar que a vontade das partes na escolha de um determinado tipo contratual, nos termos das regras de interpretação das declarações negociais (artigo 236.º do CC), é aferido no momento da sua celebração e não ao tempo em que emerge o litígio.

Na Lei n.º 63/2013 atribui-se poder ao inspector da ACT para instaurar procedimento caso entenda que se trata de trabalho aparentemente autónomo, com indícios de trabalho subordinado. Instaurado o procedimento, se a empresa não convolar o contrato de prestação de serviço em contrato de trabalho, o inspector do trabalho participa ao Ministério Público que intenta uma «Ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho» (artigo 26.º, n.º 1, alínea i), do CPT)[2]. Para esta acção foram aditados os artigos 186.º-K a 186.º-R ao CPT.

[2] Admitindo-se, até, que o trabalhador não tem legitimidade para desistir do pedido formulado pelo Ministério Público (Ac. Rel. Pt. de 17/12/2014,

Sem questionar que há comportamentos ilícitos, muitas vezes apelidados de «falsos recibos verdes», o regime legal assenta num pressuposto de, por princípio, o comportamento ser ilícito, a que acresce a presunção de laboralidade, em manifesta contrariedade ao princípio da liberdade contratual. É este desiderato da lei que perpassa para os procedimentos instaurados pelos inspectores da ACT neste âmbito; com efeito, a lei impõe ao inspector do trabalho que instaure o procedimento e, este, como funcionário público de uma entidade reguladora, prossegue a finalidade legal.

II. A Lei n.º 63/2013 começou por acrescentar um n.º 3 ao artigo 2.º da Lei 109/2009, determinando, na redacção fixada pela Lei n.º 55/2017, de 17 de Julho:

«*A ACT é igualmente competente e instaura o procedimento (…), sempre que se verifique, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, a existência de características de contrato de trabalho, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 12.º do Código do Trabalho (…)*».

E foi aditado um artigo 15.º-A à Lei n.º 107/2009, com a seguinte redacção (Lei n.º 55/2017):

1. *Caso o inspetor do trabalho verifique, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, a existência de características de contrato de trabalho, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 12.º do Código do Trabalho (…), lavra um auto e notifica o*

www.dgsi.pt). Admitindo, porém, a transacção em juízo, Ac. Rel. Gui. de 22/9/2016, www.dgsi.pt.

empregador para, no prazo de 10 dias, regularizar a situação, ou se pronunciar dizendo o que tiver por conveniente.

2. *O procedimento é imediatamente arquivado no caso em que o empregador faça prova da regularização da situação do trabalhador, designadamente mediante a apresentação do contrato de trabalho ou de documento comprovativo da existência do mesmo, reportada à data do início da relação laboral.*
3. *Findo o prazo referido no n.º 1 sem que a situação do trabalhador em causa se mostre devidamente regularizada, a ACT remete, em cinco dias, participação dos factos para os serviços do Ministério Público junto do tribunal do lugar da prestação da atividade, acompanhada de todos os elementos de prova recolhidos, para fins de instauração de ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.*
4. *(…)*».

Como se refere no artigo 15.º-A, n.º 1, da Lei n.º 107/2009, «*Caso o inspetor do trabalho verifique, na relação entre a pessoa que presta uma atividade e outra ou outras que dela beneficiam, a existência de características de contrato de trabalho*», implica que o inspector tome uma decisão sobre uma questão jurídica de fundo: a qualificação de um contrato.

A lei confere a um funcionário da administração pública o poder de qualificar um contrato. Se a qualificação do contrato feita pelo inspector do trabalho não for acatada pela empresa,

automaticamente será intentada uma acção. E, no caso, tem-se entendido que o magistrado do Ministério Público nem sequer tem poder de reapreciar a decisão do inspector do trabalho, pois deve instaurar a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho; pondo-se em causa o princípio da separação de poderes.

A decisão do inspector do trabalho no que respeita à qualificação do contrato, é seguida pelo magistrado do Ministério Público, que se limita, sem nova apreciação, a instaurar a acção, não cabendo, sequer, ao prestador de trabalho, invocar que a sua relação jurídica não é de trabalho subordinado (*vd*. nota 2).

Acresce que, com estes contornos, a acção de reconhecimento tem uma especificidade processual que não pode ser descurada pelo magistrado judicial que a julga: a acção é instaurada pelo magistrado do Ministério Público «em nome e por conta» do inspector do trabalho que tomou uma decisão de qualificar um dado contrato como sendo de trabalho.

No âmbito da Lei n.º 63/2013, a actuação da ACT extravasa claramente a função inspectiva, tendo sido conferido a uma entidade administrativa um poder quase jurisdicional.

3. Suspensão preventiva dos despedimentos

Durante um período indeterminado, como medida de emergência durante a pandemia, atribuiu-se à ACT um (novo) poder jurisdicional, conferindo-se a uma entidade administrativa com funções de

reguladora da actividade laboral, competência para, ainda que transitoriamente, qualificar um despedimento como ilícito[3].

Sendo da iniciativa do empregador, o termo «despedimento» é por vezes usado em sentido amplo, menos técnico, como cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, abrangendo situações de caducidade, como a resultante de denúncia do contrato a termo. Mas, juridicamente, o despedimento só abrange quatro hipóteses: facto imputável ao trabalhador (artigo 351.º do CT), despedimento colectivo (artigo 359.º do CT), extinção do posto de trabalho (artigo 367.º do CT) e inadaptação (artigo 373.º do CT). Razão pela qual, e perante dúvidas suscitadas pelas medidas excepcionais e temporárias de resposta à pandemia COVID-19, no Decreto-Lei n.º 10-G/2020, artigo 13.º, esclareceu-se que a proibição de despedimento por parte da empresa que recorra aos apoios estaduais ou ao *lay-off* simplificado respeita unicamente ao despedimento colectivo (artigo 359.º do CT) ou à extinção do posto de trabalho (artigo 367.º do CT); a que se acrescentou depois o despedimento por inadaptação (artigo 373.º do CT, nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 27-B/2020, de 19 de Junho). Mesmo quando este esclarecimento não é feito, a referência a «despedimento» na lei não pode abranger outras formas de cessação do contrato de trabalho, como a caducidade ou a denúncia.

É ainda necessário referir que o despedimento, tendo em conta o disposto no artigo 53.º da CRP, foi regulado com especial minúcia (artigos 338.º a 343.º e 351.º a 393.º do CT), determinando no artigo

[3] Com uma análise da designada legislação de emergência, veja-se do autor «Dúvidas na interpretação de alguns preceitos da legislação de emergência (Covid 19)», *RFDUL* 2020, pp. 619-643.

387.º, n.º 1, do CT que «*A regularidade e licitude do despedimento só pode ser apreciada por tribunal judicial*». Solução reiterada para o despedimento colectivo (artigo 388.º, n.º 1, do CT). Estes preceitos vedam que se possa recorrer à arbitragem ou a outro meio extrajudicial para apreciar a regularidade e licitude de um despedimento. *De iure condendo* poder-se-ia questionar a justificação deste limite, mas não é esta a questão que se coloca neste estudo. Destas normas há que retirar o respectivo sentido e âmbito de aplicação. Ora, os artigos 387.º e 388.º do CT vedam peremptoriamente o recurso a qualquer meio alternativo à via judicial no que respeita à determinação da regularidade e da licitude do despedimento (individual e colectivo).

Tendo em conta a imperatividade absoluta de recurso à via judicial para apreciação da ilicitude do despedimento, é totalmente incompreensível – sem prejuízo de ser igualmente inconstitucional – a previsão constante do artigo 24.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de Abril, e depois do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril, ao conferir ao inspector da ACT o poder de determinar, ainda que temporariamente, a ilicitude de um despedimento. A solução ficou consagrada no artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, inserido pela Lei n.º 14/2020, de 9 de Maio. Nos termos do citado preceito, a ACT substitui-se ao tribunal no que respeita à suspensão preventiva do despedimento, prevista no artigo 386.º do CT; mesmo em período de excepção, não podem ser atribuídos poderes próprios dos tribunais judiciais a uma autoridade administrativa.

Atendendo a esta crítica, no artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, aditado pela Lei n.º 14/2020, acrescentou-se um n.º 3 com uma prescrição tautológica: «*A competência para a decisão judicial referida no número anterior é atribuída aos tribunais judiciais*». A redacção da norma é particularmente infeliz, levando a questionar a presunção contida no n.º 3 do artigo 9.º do CC.

Importa analisar os três números do artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020, que condensa o designado reforço dos meios e poderes da ACT. Do n.º 1 consta uma previsão legal tecnicamente mal elaborada; quando se dispõe: «*sempre que um inspetor do trabalho verifique a existência de indícios de um despedimento em violação dos artigos 381.º, 382.º, 383.º ou 384.º do Código do Trabalho*», há um óbvio lapso. Nos citados preceitos determinam-se as situações em que o despedimento é ilícito, pelo que o legislador pretenderia dizer «indícios de despedimento *ilícito nos termos previstos nos* artigos 381.º, 382.º, 383.º ou 384.º do Código do Trabalho». O erro legislativo pode ser corrigido por via da ab-rogação sistemática, que alguns autores designam por interpretação correctiva de lapsos materiais. Seguidamente, no n.º 2, de onde consta a estatuição fundamental da norma, determina-se que, se o empregador não se conformar com a interpretação feita pelo inspector do trabalho, o despedimento não produz efeitos, mantendo-se o contrato de trabalho em vigor com todas as suas consequências, nomeadamente o dever de pagar a retribuição. E esta solução persiste até ao trânsito em julgado da decisão judicial. Por fim, surge a tal explicação estranha do n.º 3, ao esclarecer que a competência para proferir a decisão judicial é atribuída aos tribunais judiciais. Pese embora a estranheza e a

infelicidade de redacção, retira-se do n.º 3 um sentido útil: o legislador esclarece que o inspector do trabalho profere uma decisão administrativa, equiparada a uma decisão judicial de providência cautelar, da qual o empregador recorre para o tribunal judicial competente.

A dúvida quanto à solução legislativa encontra-se, basicamente, no n.º 2, que suscita duas questões. Primeiro, a decisão judicial corresponde a um processo intentado por quem? Em princípio, é o trabalhador despedido que, por considerar ilícito o despedimento, impugna a decisão (artigo 387.º, n.º 2, do CT); mas se o despedimento não produz quaisquer efeitos, pois o inspector do trabalho qualificou-o como ilícito, o trabalhador não tem interesse em impugnar a decisão do empregador. Razão pela qual parece pretender-se que seja o empregador a intentar a acção. A ser assim, o empregador impugna uma decisão administrativa (do inspector do trabalho), que, por ter carácter jurisdicional idêntico ao da providência cautelar, é recorrível para os tribunais judiciais. O inspector do trabalho substitui-se ao juiz na providência cautelar de suspensão do despedimento e o empregador, não se conformando, recorre da qualificação feita pelo inspector da ACT para o correspondente tribunal do trabalho. E surge uma nova dúvida: a acção é instaurada contra quem? Contra o trabalhador ou contra a ACT? Dir-se-ia que, sendo competentes os tribunais do trabalho, a acção deve ser intentada contra o trabalhador, pois a decisão do inspector do trabalho teve carácter jurisdicional, sendo substitutiva da providência cautelar prevista no artigo 386.º do CT. Sendo uma

acção intentada pelo empregador não se incluirá entre as previsões legais de processo urgente, com a necessária delonga processual.

Além destas dúvidas formais – obviamente complexas que a norma suscita –, há a questão de fundo: ao inspector do trabalho é conferido um poder correspondente ao do magistrado judicial que profere uma providência cautelar de suspensão do despedimento, nos termos do artigo 386.º do CT. No fundo, a providência cautelar de suspensão do despedimento, prevista no artigo 386.º do CT e regulada nos artigos 34.º e ss. do CPT, de competência exclusiva do poder judicial, passa a poder ser proferida por um órgão da administração, em violação do princípio da separação de poderes.

A inconstitucionalidade material do artigo 8.º-C da Lei n.º 1-A/2020 não parece suscitar dúvidas.

Mas o propósito da mencionada norma é, indiscutivelmente, louvável: pretende obstar ao incremento do número de despedimentos em período de crise económica, postergando o aumento da taxa de desemprego, com óbvias vantagens para a recuperação económica. A dúvida está em saber se um desiderato meritório deve ser obtido mediante a outorga a uma entidade administrativa (ACT) de poderes jurisdicionais, substituindo os tribunais judiciais na decisão de providência cautelar de suspensão do despedimento.

Não se preconizando, por razões de segurança jurídica, que caiba ao intérprete aplicador proceder à ab-rogação teleológica da norma, restaria aguardar pela apreciação da inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, que dificilmente ocorrerá, pois tal apreciação não seria feita antes de 2021, tendo então o período

transitório de aplicação deste regime terminado e o efeito útil que se pretende com a norma já sido alcançado. Um bom exemplo da perversidade legislativa, que permitirá aos lesados, não obstante o apertado crivo da lei, recorrer ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas por danos decorrentes da actividade legislativa; concretamente, por responsabilidade do Estado no exercício da função político-legislativa (artigo 15.º regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).

III. Responsabilidade civil

I. A responsabilidade civil do Estado e de outras pessoas colectivas públicas encontra-se prevista no artigo 501.º do CC, por equiparação ao regime da imputação do comitente, complementado pelo disposto no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

Posteriormente, foi publicado o novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro), que revogou o Decreto-Lei n.º 48 051. Neste diploma consagra-se o novo regime de responsabilidade extracontratual, nada se prescrevendo quanto à responsabilidade contratual, não obstante as frequentes dificuldades de distinção entre as duas tradicionais modalidades de responsabilidade civil[4].

[4] Para maiores desenvolvimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, veja-se do autor, *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5.ª edição, Lisboa, 2017, pp. 111 ss. e bibliografia citada na p. 115.

Como se lê no artigo 1.º, n.º 1, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCE), aprovado pela Lei n.º 67/2007 e que dela constitui anexo, trata-se de responsabilidade civil por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa.

O regime especial previsto neste diploma sobrepõe-se ao regime geral, atendendo ao princípio segundo o qual, sem revogar, a regra especial (Lei n.º 67/2007), no seu específico âmbito de aplicação, prevalece sobre a geral (Código Civil). Este princípio surge reiterado no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 67/2007 (diploma de aprovação). Trata-se de uma prevalência, nos termos gerais – no âmbito concreto de aplicação –, não excluindo a aplicação do regime geral em tudo o que não se encontrar previsto no diploma especial. Na relação entre regimes, há ainda que atender a previsões específicas de responsabilidade civil decorrentes do exercício da função administrativa (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 67/2007 do diploma de aprovação), que se aplicam, sem prejuízo do regime geral.

A dúvida reside basicamente no sentido da norma constante do já citado n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 67/2007 (diploma de aprovação); poder-se-ia entender que o regime prevalece sobre outros regimes de responsabilidade civil de direito privado aplicável a pessoas colectivas de direito público no sentido de estas não poderem ser responsabilizadas pelas regras gerais de direito privado em circunstância alguma. Não pode ser esse o sentido da norma, pois tal interpretação conduziria a distorções graves, com soluções distintas para pessoas colectivas públicas e privadas.

II. Há uma clara identificação entre os pressupostos comuns da responsabilidade civil, enunciados no artigo 483.º do CC, e as previsões de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, nos artigos 7.º a 10.º do RRCE. A responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional (artigos 12.º a 14.º do RRCE) assenta num pressuposto específico: o erro judiciário. Quanto à responsabilidade civil por danos decorrentes da função político-legislativa (artigo 15.º do RRCE) – circunscreve-se ao Estado e Regiões autónomas – tem um âmbito de aplicação muito reduzido, pois pressupõe violação muito grave (desconformidade com a Constituição, etc.) e, por via de regra, confirmação dessa desconformidade pelo Tribunal Constitucional.

Esta responsabilidade civil tanto pode ser subjectiva como objectiva.

Neste estudo, ao analisar a responsabilidade da ACT e dos seus inspectores, interessa especialmente atender ao regime decorrente do disposto nos artigos 7.º a 10.º, 11.º e 16.º do RRCE, relativo à responsabilidade no exercício da função administrativa. Ainda que, como referido, a ACT tenha alguma actuação no âmbito jurisdicional, não se enquadra na responsabilidade civil por danos decorrentes da função jurisdicional (artigos 12.º a 14.º do RRCE). Apesar de o enfoque se circunscrever à responsabilidade no exercício da função administrativa, não deixará de se aludir aos aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas.

III. A responsabilidade assenta em acções ou omissões de titulares dos órgãos, funcionários ou agentes no exercício da função

administrativa e por causa desse exercício (artigos 7.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, do RRCE). Corresponde à actuação indicada no artigo 483.º, n.º 1, do CC, conjugada com a responsabilidade por actos de terceiro (artigos 500.º e 501.º do CC).

À situação tradicional acresce ainda o funcionamento anormal do serviço (artigos 7.º, n.os 3 e 4, e 9.º, n.º 2, do RRCE). Neste caso, mesmo que não tenha havido um comportamento concreto do titular do órgão, funcionário ou agente ou este não seja identificado, a responsabilidade assenta numa factualidade objectiva: funcionamento anormal do serviço. A noção de funcionamento anormal resulta dos parâmetros indicados no n.º 4 do artigo 7.º do RRCE. Apesar de não inserida em sede de responsabilidade objectiva (artigo 11.º do RRCE), estar-se-á perante uma hipótese de responsabilidade sem comportamento culposo; basta um facto objectivo, o funcionamento anormal do serviço.

Nesta sequência – responsabilidade assente no funcionamento anormal do serviço sem um comportamento culposo identificado –, no artigo 9.º, n.º 2, do RRCE apresenta-se como uma ficção de ilicitude, o que é estranho. Como a responsabilidade assentava num facto objectivo não era necessária a ficção de ilicitude para haver responsabilidade civil, além de que, no preceito, há alguma confusão entre culpa e ilicitude.

Neste regime, a culpa tanto pode ser na forma mais grave (dolo) como menos grave (negligência), podendo inclusive, na perspectiva menos grave, tratar-se de culpa leve (artigo 7.º, n.º 1, do RRCE), parecendo o novo regime excluir a designada culpa levíssima. Salvo raras excepções, a responsabilidade civil é independente do grau de

culpa, sendo irrelevante que o agente tenha agido com dolo ou negligência, em ambas as hipóteses há culpa. Atendendo à difícil distinção entre negligência grave, negligência leve e negligência levíssima, o direito civil responsabiliza o agente por uma actuação culposa, sem distinguir o tipo de negligência. Contudo, no artigo 7.º, n.º 1, reiterado no artigo 10.º, n.º 2, do RRCE, há responsabilidade em caso de culpa leve; abrangendo evidentemente as hipóteses de culpa grave ou grosseira e de dolo, mas não as de culpa levíssima. A referência legal à culpa leve implica retomar uma difícil discussão entre graus de culpa.

No regime instituído para a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas presume-se a culpa leve, não a culpa grave nem o dolo (artigo 10.º, n.º 2, do RRCE). A presunção de culpa leve, constante do n.º 3 do artigo 10.º do RRCE, corresponde a idêntica previsão estipulada dos artigos 491.º, 492.º e 493.º do CC, só que não circunscrita à culpa leve; no direito civil a presunção de culpa é de negligência, sem distinguir os tipos de culpa (levíssima, leve e grave).

A presunção de culpa leve constante do regime da responsabilidade do Estado – como presunção ilidível nos termos gerais (artigo 350.º do CC) – determina, logicamente, uma inversão do ónus da prova; cabendo à entidade pública provar que nenhuma culpa houve do agente, funcionário ou titular o órgão. Mas a presunção e a consequente inversão do ónus da prova circunscreve-se à determinação da culpa, como é regra no direito civil, não valendo em relação a outros pressupostos, como a ilicitude ou o dano.

Tal como no Direito civil, como regime excepcional, admite-se a responsabilidade objectiva, tanto na modalidade de responsabilidade pelo risco (artigo 11.º, n.º 1, do RRCE), como na vertente de responsabilidade pelo sacrifício (artigo 16.º do RRCE). A estas duas situações, como se indicou, acresce a responsabilidade decorrente de uma factualidade objectiva em que não se atende a um comportamento culposo, bastando o funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, n.º 3, do RRCE)[5].

IV. Na ponderação da responsabilidade civil da ACT, cabe atender à sua natureza, tal como consta do artigo 1.º da lei orgânica (Decreto-Regulamentar n.º 47/2012), onde se dispõe: «*A Autoridade para as Condições do Trabalho, abreviadamente designada por ACT, é um serviço central da administração direta do Estado, dotado de autonomia administrativa*».

[5] A responsabilidade civil do regulador – e indirectamente do Estado – encontra-se profusamente analisada na tese de doutoramento de Isabel Mousinho Figueiredo, intitulada *Responsabilidade do supervisor. Indemnização devida por auditores e entidades de fiscalização*, no prelo, cujas ponderações, em parte, se acompanham nas páginas seguintes. Esta matéria da responsabilidade civil do regulador encontra-se amplamente analisada na doutrina, podendo consultar-se António Menezes Cordeiro, «Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção», *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra, 2005, pp. 121-157; Pedro de Albuquerque e Maria de Lurdes Pereira, «A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão por danos causados a agentes económicos e investidores no exercício de actividades de fiscalização ou investigação», *Regulação e Concorrência – Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra, 2005, pp. 204-248; Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil das entidades reguladoras», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, vol. III, 2010, pp. 113-122; Fernanda Maçãs, «Responsabilidade civil das entidades reguladoras», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 88 (2011), pp. 57-74; Jorge Carita Simão, «A responsabilidade civil das autoridades reguladoras», *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 6 (2011), pp. 117-165.

Trata-se, assim, de um regulador que vigia, fiscaliza e intervém numa actividade alheia, num dado sector da economia, concretamente na área laboral, para fazer cumprir normas (condições de trabalho), com o dever de evitar danos, aos trabalhadores e às empresas.

Como mencionado, a responsabilidade do regulador no exercício das suas competências, nomeadamente na função administrativa, encontra-se plenamente aceite no Direito português; sistema jurídico onde a irresponsabilidade (civil) dos poderes públicos foi rejeitada, explicitamente, no referido diploma de 1967. A regra vigente é a de responsabilidade plena pela fiscalização ou vigilância e resulta não só do artigo 495.º do CC como da Lei n.º 67/2007. No caso da ACT, a questão da responsabilidade civil no exercício da função inspectiva (administrativa) que lhe foi cometida assume especial relevo em razão da multiplicidade de poderes que lhe são conferidos; e, como é usual referir-se: «Quanto mais poder, maior a responsabilidade». A isto acresce que, sendo grande a previsibilidade de dano e tendo em vista, essencialmente prevenir danos, a responsabilidade da ACT deve ser aquilatada.

V. Posto isto, nos termos dos citados artigos 7.º a 10.º, 11.º e 16.º do RRCE, cabe analisar a responsabilidade civil do Estado pela actuação da ACT e dos inspectores do trabalho no exercício das suas funções.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do RRCE, o Estado responde pelos danos que resultem de acções ou omissões, cometidas com culpa leve, pelos inspectores da ACT no exercício da função administrativa

que lhes foi atribuída, nomeadamente nas funções inspectivas e para-jurisdicionais *supra* indicadas. E a responsabilidade do Estado existirá mesmo na eventualidade de não de poder imputar a um determinado inspector do trabalho um comportamento concreto ilícito e culposo, mas exista um funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º, n.º 3, do RRCE). O funcionamento anormal da ACT existirá se, num padrão de normalidade, lhe era exigível uma actuação preventiva, de molde a evitar o dano produzido (artigo 7.º, n.º 4, do RRCE).

O próprio inspector do trabalho pode ser responsabilizado desde que o dano resulte de acção ou omissão ilícita, com dolo ou culpa grave (artigo 8.º, n.º 1, do RRCE); caso em que a responsabilidade será solidária, tendo o Estado direito de regresso contra o funcionário (artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, do RRCE).

Presume-se a culpa leve do inspector do trabalho, determinando a responsabilidade do Estado nos termos do n.º 1 do artigo 7.º do RRCE; a negligência grave ou o dolo do inspector do trabalho têm de ser provados pelo lesado, sendo a culpa – que inclui a negligência e o dolo – determinadas segundo o padrão médio de um normal funcionário de uma entidade reguladora (artigo 10.º, n.º 1 e 2, do RRCE); neste âmbito, a culpa do inspector do trabalho que toma decisões jurídicas é apreciada segundo um padrão médio de um jurista de uma entidade reguladora. Presume-se ainda a culpa leve do inspector do trabalho sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10.º, n.º 3, do RRCE).

Além da responsabilidade subjectiva, o Estado também responde pelos danos decorrentes da actividade da ACT em sede de

responsabilidade pelo risco (artigo 11.º, n.º 1, do RRCE). Na medida em que as atribuições da ACT possam ser especialmente perigosas, nomeadamente no que concerne à função preventiva de fiscalização para evitar acidentes de trabalho, a responsabilidade do Estado não pressupõe qualquer comportamento culposo por parte de um inspector do trabalho.

No âmbito da responsabilidade objectiva do Estado por acção ou omissão da ACT há ainda a considerar a responsabilidade pelo sacrifício (artigo 16.º do RRCE). Sempre que o inspector da ACT imponha encargos ou cause danos especiais e anormais (aos trabalhadores e às empresas), o Estado indemniza os lesados tendo em conta o conteúdo do direito ou interesse violado ou sacrificado.

A hipótese de responsabilidade objectiva do Estado – e eventualmente também de responsabilidade subjectiva assente em culpa leve – pode resultar das opções da ACT, frequentemente condicionadas pelo poder político, de incidir a fiscalização nos designados «falsos recibos verdes» em vez de controlar as actividades com maior ocorrência de acidentes de trabalho, de doenças profissionais ou de abusos na utilização de trabalhadores particularmente desfavorecidos (*v. g.*, estrangeiros).

VI. Analisada a questão da responsabilidade do Estado pelas acções e omissões da ACT, cabe, por último, aludir à questão do dano causado por tais acções ou omissões. Justificada a responsabilidade do Estado e do regulador, principalmente quando os requisitos de ilicitude e de culpa se encontram preenchidos, discute-se, então, o tema mais complexo relativo à determinação do dano.

O dano decorrente da actuação da ACT pode ser especial – relacionado com pessoas ou grupos determinados – e anormal – quando afecta a generalidade das pessoas (artigo 2.º do RRCE). Na determinação da obrigação de indemnizar, o artigo 3.º do RRCE, ainda que o não faça directamente, mas ao transcrever o disposto no artigo 562.º do CC, remete para o regime comum, de Direito civil, de apuramento do dano.

Nos termos gerais, a existência de um dano emergente (artigo 564.º do CC), resultante da actuação ou omissão da ACT, tanto para trabalhadores como empresas, não suscitará dúvidas de ressarcibilidade. Relativamente a trabalhadores será mais frequente terem danos (acidente de trabalho, exploração, etc.) derivados de omissões de fiscalização. Quanto às empresas, há uma multiplicidade de danos emergentes resultantes de actos da ACT, que podem assumir valores muito elevados. A indemnização dos danos emergentes é puramente probatória da sua verificação e do respectivo montante; não assim quanto a lucros cessantes e outras construções de danos, que recentemente se têm admitido, como os danos patrimoniais puros ou a *perda de chance*.

Para haver dano imputado ao regulador, não é necessário que haja uma lesão clássica de direitos absolutos, nem mesmo que se identifique a violação de um direito subjectivo. Assente neste pressuposto, ter-se-á de ponderar se da actuação ou omissão da ACT não decorrem danos patrimoniais puros. Até porque, pese embora se esteja no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, nada obsta à cobertura, simultaneamente, de danos em direitos absolutos e relativos. Recorde-se que, na ordem jurídica portuguesa,

parte da doutrina tem entendido que o artigo 483.º do CC protege essencialmente os direitos absolutos; mas há quem não faça tal distinção, considerando que o referido preceito tutela todo o tipo de dano. O argumento da vontade do legislador parece ultrapassável, até porque a letra do artigo 483.º do CC sugere o contrário.

Além da ponderação de danos patrimoniais puros, que, por vezes, constituem um obstáculo à boa decisão do caso, cabe ainda averiguar se o dano causado pela ACT pode ser discutido em sede de *perda de chance*, sendo esta via, igualmente, um problema central para a responsabilidade do regulador. Ou seja, há que reflectir na *chance* do lesado que tem de ser certa de uma lesão final evidente e, simultaneamente, na *chance* (como o nome indica) que constitui apenas uma probabilidade incerta de contributo causal para o resultado final, apesar de real e sério. Dito de outro modo, importa verificar se, relativamente ao dano causado (no trabalhador ou na empresa) pela actuação ou omissão da ACT, haveria um grau de probabilidade da sua ocorrência.

A estas complexidades da *perda de chance*, acresce a causalidade virtual que poderá ser evidente, especialmente na hipótese de omissões por parte da ACT causadoras de danos. Em suma, há a ponderar as consequências negativas (dano) da omissão ou da acção inspectiva do regulador. Nesta segunda ponderação é relevante ter presente que o funcionamento próprio do regulador pode ocasionar danos colaterais, que devem ser indemnizados por inteiro; os danos colaterais podem ser directamente causados pelo regulador ou decorrerem do perigo da existência do poder. Por exemplo, o inspector da ACT pode, com uma mera informação ou

acto administrativo, influenciar a decisão da empresa, que determinou um acidente de trabalho ou a insolvência de uma sociedade.

VII. Concluindo, na imputação de responsabilidade civil ao Estado, os potenciais danos causados por acção ou omissão da ACT, além de suscitarem complexas ponderações de nexo causal (artigo 563.º do CC), podem assumir valores indemnizatórios muito elevados.

DIREITO ÀS RETRIBUIÇÕES INTERCALARES COMO EFEITO DO DESPEDIMENTO ILÍCITO: PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO OU CONDENAÇÃO *EXTRA VEL ULTRA PETITUM* – ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 18 DE JUNHO DE 2014

RIGHT TO THE INTERIM REMUNERATION AS A RESULT OF UNLAWFUL DISMISSAL: PRINCIPLE OF PARTY DISPOSITION OR EXTRA VEL ULTRA PETITUM *CONDEMNATION – ANNOTATION TO THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE, OF 18 JUNE 2014*

Sara Leitão *

Sumário: Resumo/Abstract - 1. Razão de ordem - 2. Fundamento e natureza do direito às retribuições intercalares - 3. O princípio do pedido e o direito às retribuições intercalares - 3.1. O princípio do pedido e a condenação *extra vel ultra petitum* - 3.2. A possibilidade de renúncia ao direito a retribuições intercalares e o afastamento do artigo 74.º do CPT - 4. O direito a retribuições intercalares como decorrência automática da declaração da ilicitude do despedimento? - 5. Conclusões - Bibliografia - A. Doutrina - B. Jurisprudência

Resumo:

O presente estudo debruça-se sobre o direito do trabalhador às retribuições intercalares enquanto efeito do despedimento ilícito e a sua articulação com o princípio do pedido, por confronto com a condenação *extra vel ultra petitum*, que se assume como uma das mais relevantes especificidades do processo laboral, consagrada no artigo 74.º do CPT. Procura-se, nesta sede, perceber se é possível a condenação da entidade empregadora no pagamento destas prestações quando o trabalhador não tenha peticionado tal pagamento. Propomo-nos, por isso, analisar brevemente o fundamento e natureza do direito às retribuições

* Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigadora do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e Advogada na DLA Piper ABBC.

intercalares e a disponibilidade deste direito, de forma a apreciar a automaticidade desta consequência da declaração de ilicitude do despedimento e apurar se se lhe aplica esta relevante exceção ao princípio do pedido.

Abstract:

The present study focuses on the worker's right to interim remuneration as an effect of unlawful dismissal and its articulation with the principle of party disposition, in confrontation with the *extra vel ultra petitum* judgement, which is assumed as one of the most relevant specificities of the labour procedure, provided for in article 74 of the CPT. It seeks to understand whether it is possible to convict the employer to pay these benefits when the worker has not requested such payment. Therefore, we propose to briefly analyse the basis and nature of the right to interim remuneration and the possibility of waiving this right, in order to assess the automaticity of this consequence of the declaration of unlawfulness of dismissal and determine whether this relevant exception to the principle of party disposition applies to it.

1. Razão de ordem

No acórdão em anotação[1] o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre se, quando o trabalhador não deduza pedido de condenação do empregador demandado no pagamento das retribuições que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado, em caso de ilicitude do despedimento, pode o julgador condená-lo no pagamento dessas retribuições.

In casu, a trabalhadora peticionara apenas o pagamento das retribuições até 30 dias antes da propositura da ação[2]. Tendo o

[1] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.06.2014, Processo n.º 450/07.1TTCSC.L1.S1, http://www.dgsi.pt.

[2] A limitação deste pedido parece ter tido origem numa interpretação equívoca do disposto no artigo 390.º, n.º 2, al. b), do CT (à data, o artigo 437.º, n.º 4, do Código do Trabalho de 2003 (doravante, "CT 2003")), mais concretamente, da dedução da retribuição relativa ao período decorrido desde o despedimento até 30 dias antes da propositura da ação ao valor dos salários intercalares. De acordo com o acórdão em análise, a trabalhadora, autora na ação, parece ter interpretado esta imposição legal como uma restrição do pedido a formular até 30 dias antes da propositura da ação. Com efeito, na transcrição do

despedimento tido lugar em 23 de agosto de 2007 e tendo a ação sido intentada em 15 de novembro de 2007, a primeira instância condenou o empregador no pagamento dos salários intercalares referentes ao período até 15 de outubro de 2007, *i.e.*, até 30 dias antes da propositura da ação, tal como peticionado pela trabalhadora demandante.

Apesar de expressamente afirmar que a trabalhadora demandante "teria direito aos salários vencidos desde 15 de Outubro de 2007 [trigésimo dia anterior à propositura da ação] até ao trânsito em julgado da sentença", a decisão da primeira instância, posteriormente confirmada pela Relação de Lisboa, limita-se a condenar a empregadora no pagamento daquela primeira quantia.

Nas conclusões do recurso de revista excecional para o Supremo Tribunal de Justiça, a trabalhadora alegou que o pedido de condenação no pagamento dos salários "vincendos" decorreria de todo o articulado, não tendo a autora renunciado expressa e inequivocamente ao direito a tais quantias, o que configuraria uma remissão abdicativa.

O Supremo Tribunal de Justiça rejeitou este entendimento e considerou que, estando sujeito ao princípio do dispositivo e não sendo um direito de conhecimento oficioso, o recebimento dos salários intercalares desde a data de propositura da ação até ao

requerimento de aclaração do acórdão apresentado no Tribunal da Relação, a trabalhadora afirma que "no âmbito das normas jurídicas em referência, a apelante só podia reclamar os seus direitos de salários e outros até 30 dias antes da propositura da acção e expressar os valores vencidos até a data da entrada em juízo e não podendo quantificar outros valores que se vencem mês a mês os designados pedidos vincendos". Analisaremos melhor a imposição desta dedução nos parágrafos seguintes.

trânsito em julgado da decisão deveria ter sido expressamente peticionado pela trabalhadora na petição inicial, o que não sucedeu.

A disponibilidade do direito a estas prestações afastaria a aplicação da condenação *extra vel ultra petitum*, consagrada no artigo 74.º do Código de Processo do Trabalho (doravante, "CPT") e também invocada pela trabalhadora.

A questão é relevante e controversa, com consequências eventualmente inultrapassáveis para o trabalhador que não peticione esses créditos em ação em que impugne o despedimento[3], e levanta dúvidas que se prendem com a natureza e fundamento do direito às retribuições intercalares em caso de declaração da ilicitude do despedimento, com o princípio do dispositivo e a sua aplicação em processo do trabalho e com a extensão do princípio da condenação *extra vel ultra petitum*, prevista no artigo 74.º do CPT, que se afirma como um dos "traços mais originais e característicos do nosso sistema"[4] e se assume como uma "importante excepção às regras do processo civil, que limita o alcance do princípio dispositivo e que é uma consequência do princípio da irrenunciabilidade dos direitos laborais"[5].

[3] Tanto pela via da ação especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, como pela via da ação de processo comum, em moldes melhor descritos *infra*.

[4] JOANA VASCONCELOS, "Condenação *extra vel ultra petitum* – um mecanismo ultrapassado?", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2012, p. 191.

[5] ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Tem o direito processual do trabalho princípios próprios?", *O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, Estudos APODIT, n.º 2, Coord. ROSÁRIO PALMA RAMALHO / TERESA COELHO MOREIRA, AAFDL, Lisboa, 2016, p. 16.

A primeira destas questões não é objeto de discussão no aresto. Parece, no entanto, que qualquer análise do tema que nos propomos tratar deverá partir deste ponto prévio. É, pois, a análise da natureza e fundamento do direito às retribuições intercalares, em articulação com o regime da declaração da ilicitude do despedimento, que permite ajuizar da correção do entendimento expresso no acórdão em anotação.

É desta análise que partiremos.

2. Fundamento e natureza do direito às retribuições intercalares

O direito às retribuições ou salários intercalares ou "de tramitação"[6] como decorrência da declaração de ilicitude do despedimento vem previsto no artigo 390.º do Código do Trabalho (doravante, "CT"), sem prejuízo do direito à indemnização por todos os danos, de natureza patrimonial ou não patrimonial, causados ao trabalhador com o despedimento (consagrado no artigo 389.º, n.º 1, al. a), do mesmo Código).

Foi a Lei dos Despedimentos (doravante, "LD")[7] que, em 1975, consagrou pela primeira vez, no seu artigo 12.º, n.º 2, o direito "às prestações pecuniárias que [o trabalhador] deveria ter normalmente auferido desde a data do despedimento até à data da sentença, bem

[6] JOÃO LEAL AMADO, "Os efeitos do despedimento ilícito (sobre os artigos 436.º a 440.º do Código do Trabalho", *Revista do Ministério Público*, a. 27, n.º 105, jan.-mar. 2006, p. 21.

[7] Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 372-A/75, de 16 de julho.

como à reintegração na empresa no respectivo cargo ou posto de trabalho e com a antiguidade que lhe pertencia".

A Lei dos Despedimentos e Contratos a Termo (doravante, "LDCT")[8], de 1989, manteve esta previsão, garantindo, no seu artigo 13.º, em caso de declaração da ilicitude do despedimento, o direito ao "pagamento da importância correspondente ao valor das retribuições que o trabalhador deixou de auferir desde a data do despedimento até à data da sentença"[9,10].

[8] Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

[9] Tanto a LD como a LDCT referiam, como termo final do direito aos salários intercalares, a data da sentença, o que conduziu a uma orientação jurisprudencial segundo a qual a referência seria a data da sentença do tribunal de *primeira instância*, mesmo que tivesse sido interposto recurso e mesmo que a sentença não declarasse a ilicitude do despedimento (cfr. JOÃO LEAL AMADO, "Os efeitos do despedimento ilícito (sobre os artigos 436.º a 440.º do Código do Trabalho", *op. cit.*, pp. 21-22). Sobre o tema, cfr. PEDRO FURTADO MARTINS, *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*, UCP, Lisboa, 1992, pp. 103-105, e SÓNIA DE CARVALHO, "A opção pela indemnização em substituição da reintegração a pedido do trabalhador e o direito a salários intercalares em caso de recurso", *Para Jorge Leite*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Esta orientação veio a ser infirmada pelo Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2004, de 9 de janeiro, segundo o qual "Declarada judicialmente a ilicitude do despedimento, o momento a atender, como limite temporal final, para a definição dos direitos conferidos ao trabalhador pelo artigo 13.º, n.os 1, alínea a), e 3, do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, é, não necessariamente a data da sentença da 1.ª instância, mas a data da decisão final, sentença ou acórdão que haja declarado ou confirmado aquela ilicitude".

[10] Este diploma introduziu, pela primeira vez, a dedução, ao valor das retribuições intercalares, do "montante das retribuições respeitantes ao período decorrido desde a data do despedimento até 30 dias antes da data da propositura da acção, se esta não for proposta nos 30 dias subsequentes ao despedimento" e, bem assim, também do "montante das importâncias relativas a rendimentos de trabalho auferidos pelo trabalhador em actividades iniciadas posteriormente ao despedimento". A primeira das deduções, mantida inalterada pelos Códigos de 2003 e 2009, consubstancia uma forma de "sancionar a negligência do trabalhador despedido, especificamente a sua inércia na propositura da acção contra o seu empregador" (cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.03.2012, Processo n.º 306/10.0TTALM.L1-4, http://www.dgsi.pt).

A segunda dedução imposta pelo preceito – dedução do *aliunde perceptum* – foi alterada pela formulação do Código de 2003 (mantida, com pontuais alterações, no Código de 2009), que, no seu artigo 437.º, n.º 2, substituiu a referência ao

Com formulações aproximadamente idênticas, os Códigos do Trabalho de 2003 e 2009 mantiveram esta previsão, estatuindo o artigo 390.º n.º 1, do Código de 2009, que "Sem prejuízo da indemnização prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo anterior, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixar de auferir desde o despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal que declare a ilicitude do despedimento"[11].

O que cumpre aferir, preliminarmente, é qual o fundamento da consagração deste direito enquanto efeito do despedimento ilícito.

"montante das importâncias relativas a rendimentos de trabalho auferidos pelo trabalhador em actividades iniciadas posteriormente ao despedimento" pelas "importâncias que o trabalhador tenha comprovadamente obtido com a cessação do contrato e que não receberia se não fosse o despedimento". Não obstante poderem persistir dúvidas quanto à interpretação da norma, parece que a alteração de 2003 veio restringir o campo de aplicação da dedução às situações em que exista um "forte nexo causal, uma conexão intrínseca entre o despedimento e as importâncias recebidas pelo trabalhador" (neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2019, p. 405).

É igualmente o caso do subsídio de desemprego, que é decorrência direta do despedimento e que, desde 2003, nos termos do disposto no artigo 437.º, n.º 3, do Código de 2003, e no artigo 390.º, n.º 2, al. c), do Código de 2009, é também deduzido ao valor das retribuições intercalares. Neste sentido, concluindo que "esta disposição legal visa evitar situações de dupla fonte de rendimentos por parte do trabalhador despedido, socialmente injustificadas", o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04.02.2019, Processo n.º 449/10.0TTVFR.P3, http://www.dgsi.pt.

Parece, pois, preferível o entendimento segundo o qual "a dedução dos rendimentos de trabalho provenientes de actividades iniciadas posteriormente ao despedimento" pode ser afastada "desde que o trabalhador demonstre que o exercício da actividade de que estes resultam seria perfeitamente compatível com o normal desenvolvimento da primitiva relação laboral" (cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.03.2012, Processo n.º 491/05.3TTBRR.L1-4, http://www.dgsi.pt).

[11] Nos termos do disposto no artigo 437.º, n.º 1, do CT2003, "Sem prejuízo da indemnização prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo anterior, o trabalhador tem direito a receber as retribuições que deixou de auferir desde a data do despedimento até ao trânsito em julgado da decisão do tribunal."

Sabe-se, desde logo, e sem prejuízo das demais consequências, que "Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado: a) A indemnizar o trabalhador por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais; b) Na reintegração do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade, salvo nos casos previstos nos artigos 391.º e 392.º". É o que dispõe o artigo 389.º, n.º 1, do CT.

Mas o que é e que efeitos jurídicos produz um despedimento declarado ilícito?

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, o despedimento ilícito configura uma situação de *incumprimento* do contrato de trabalho pelo empregador, que se integra na estrutura complexa do contrato[12]. Não poderia, por isso, ser qualificado como inválido[13]. Consequentemente, porque "o despedimento ilícito não é inválido", "mesmo injustificado, produz efeitos; ou seja, determina a imediata cessação do contrato de trabalho, podendo, contudo, em determinados casos, restabelecer-se retroativamente o vínculo"[14].

Entendimento diverso tem LEAL AMADO, para quem "o atual CT continua a configurar o despedimento *contra legem* como um despedimento *ilícito* e *inválido*"[15]. Seria essa "invalidade" que

[12] PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 1040.

[13] É o entendimento expresso, acerca da resolução ilícita, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.12.2009, Processo n.º 6240/05.9TVLSB.L1-7, http://www.dgsi.pt, onde se afirma que "Se a resolução for invocada sem que se encontrem preenchidos os respectivos pressupostos, estar-se-á perante uma resolução ilícita, a qual, apesar disso, não é inválida, pelo que, mesmo injustificada, produz os seus efeitos: determina a cessação do vínculo". No mesmo sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.01.2015, Processo n.º 2365/08.7 TBABF.E1.S1, http://www.dgsi.pt.

[14] PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 1040.

[15] LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *op. cit.*, p. 398.

determinaria a condenação do empregador na reintegração do trabalhador.

MONTEIRO FERNANDES apela, na mesma linha, ao disposto no artigo 289.º, n.º 1, do Código Civil, sintetizando que os efeitos do despedimento ilícito "correspondem ao tratamento normal da *ineficácia* no negócio jurídico", determinando a "recomposição do estado de coisas que se teria verificado sem a prática do acto"[16].

Do mesmo modo também, LOBO XAVIER se pronuncia no sentido da "*invalidade do despedimento ilícito*", embora reconheça que "o Ordenamento nem sempre pune com a invalidade os actos que proíbe"[17].

A questão reveste grande complexidade e seria merecedora de uma análise mais demorada, que escapa, contudo, ao âmbito do presente estudo[18]. Em qualquer caso, adiantamos que, consubstanciando uma resolução *ilícita* do contrato[19], nos parece que o despedimento configura, de facto, uma forma de *incumprimento* do contrato por parte do empregador[20], a quem é

[16] ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 19.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 705.

[17] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, JOANA VASCONCELOS e TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2020, p. 852.

[18] Sobre a resolução ilícita no Direito Civil, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 208 e ss., JOANA FARRAJOTA, *A Resolução do Contrato sem Fundamento*, Almedina, Coimbra, 2020, *passim*.

[19] Sem prejuízo da controvérsia em torno do tema, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, pp. 997 ss..

[20] Em domínio totalmente diverso mas ilustrativo do entendimento que vem de defender-se, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08.05.2013, Processo n.º 13/09.7TVPRT.P2.S1, http://www.dgsi.pt, onde se afirmou que "Quando a declaração resolutória não preenche os respectivos pressupostos legais consubstancia uma resolução ilícita, a qual, muito embora fora dos parâmetros em

vedado o despedimento sem justa causa, nos termos do disposto no artigo 338.º do CT[21], em concretização do disposto no artigo 53.º da Constituição.

Neste sentido milita ainda a circunstância de, com a produção de efeitos da declaração de despedimento, que efetivamente produz a cessação do contrato de trabalho, se inicia o prazo de prescrição dos créditos laborais a que eventualmente haja lugar, bem como o prazo de caducidade para a impugnação deste ato do empregador[22].

Este incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador determina, nos termos do disposto no artigo 562.º do Código Civil, a reconstituição da situação natural que existiria se não tivesse sido praticado o ato ilícito[23], o que pressupõe a manutenção

que é admitida, não é inválida ou ineficaz, pelo que, mesmo injustificada, produz efeitos, ou seja, determina a cessação do vínculo, representando o incumprimento do contrato, com a consequente responsabilidade do seu autor pelo prejuízo causado à contraparte".

[21] Pense-se na resolução ilícita do contrato-promessa, que consubstancia, em certos casos em que se apure a intenção de *não* celebrar o contrato definitivo por parte da parte que tenta a resolução, uma situação de incumprimento definitivo – neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.05.2005, Processo n.º 05B1494, http://www.dgsi.pt, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.03.2012, Processo n.º 1714/09.5TBMTS.P1, http://www.dgsi.pt.

[22] Como se decidiu no já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.01.2015, Processo n.º 2365/08.7 TBABF.E1.S1, http://www.dgsi.pt, a "declaração resolutória [ilícita] determina a cessação do vínculo se não for impugnada pela contraparte num contrato sinalagmático, mas, se o for e se for judicialmente reconhecida a inexistência de fundamento para tal resolução, então o contrato deve considerar-se subsistente".

[23] "Estabelece-se neste artigo, como princípio geral quanto à indemnização, o dever de se *reconstituir* a situação anterior à lesão, isto é, o dever de reposição das coisas no estado em que estariam, se não se tivesse produzido o dano (*princípio da reposição natural*). Assim, um automóvel danificado deve ser consertado, o muro destruído deve ser levantado, o objecto subtraído deve ser entregue ou restituído em género, se se tratar de coisa fungível" (PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 576).

do vínculo laboral, a materializar através da reintegração do trabalhador[24].

A reintegração é, pois, a regra no nosso ordenamento jurídico, enquanto corolário da garantia constitucional da segurança no emprego e da proibição do despedimento sem justa causa, consagrada no artigo 53.º da Constituição, podendo apenas ser afastada por opção do trabalhador (artigo 391.º do CT) ou a requerimento do empregador, nalguns casos específicos (artigo 392.º do CT)[25]. Como refere PEDRO FURTADO MARTINS, a proibição constitucional do despedimento sem justa causa "obriga à adopção de um regime que faça da manutenção do contrato – o mesmo é dizer, da reintegração – a consequência *normal* da invalidade do despedimento ilícito"[26,27].

---

[24] PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 1041.

[25] É o caso de microempresas ou de trabalhador que ocupe cargo de administração ou direção, em situações em que o regresso do trabalhador se mostre gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa. Para LEAL AMADO, a previsão desta possibilidade de o empregador requerer a substituição da reintegração pelo pagamento de uma indemnização abalou seriamente o pilar reintegratório da segurança no emprego (LEAL AMADO, "Os efeitos do despedimento ilícito (sobre os artigos 436.º a 440.º do Código do Trabalho", *op. cit.*, pp. 29 ss.).

Note-se, porém, que esta faculdade do empregador, fundada em valores relacionados com a prossecução da atividade da empresa (PEDRO ROMANO MARTINEZ, Anotação ao Artigo 392.º do CT, PEDRO ROMANO MARTINEZ / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / JOANA VASCONCELOS / PEDRO MADEIRA DE BRITO / GUILHERME DRAY / LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, p. 914), não se aplica em caso de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (artigo 63.º, n.º 8, do CT), nem no caso de a ilicitude se fundar em motivo político, ideológico, étnico ou religioso, ou quando o motivo da oposição à reintegração for culposamente criado pelo empregador (artigo 392.º, n.º 2, do CT). O Tribunal Constitucional não se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma análoga do CT 2003 (artigo 438.º, n.º 2), embora com três votos de vencido neste ponto (cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/03, Processo n.º 382/09, http://www.tribunalconstitucional.pt/).

[26] Ou, tomando parte na divergência acima descrita, da *ilicitude* do despedimento.

[27] PEDRO FURTADO MARTINS, *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*, *op. cit.*, p. 24. Refere ainda o Autor que "essa é a

É este, por isso, também o fundamento da consagração de um direito às retribuições intercalares: estas prestações visam reconstituir a situação em que o trabalhador se encontraria investido caso o despedimento ilícito não tivesse ocorrido, *i.e.*, caso o empregador não tivesse praticado o facto gerador do dano. Refere PEDRO FURTADO MARTINS que "tudo se passa como se o vínculo existente entre as partes sempre tivesse produzido os seus efeitos, *maxime* a constituição do empregador na obrigação de pagar a remuneração"[28].

No entanto, as retribuições intercalares não perdem a natureza de prestações retributivas, percebidas em contrapartida da disponibilidade para a prestação de trabalho – que, contudo, não foi executada, em consequência do despedimento levado a cabo pelo empregador. Nessa medida, pode o trabalhador renunciar ao recebimento das mesmas, uma vez cessada a relação de trabalho, nos moldes que melhor veremos *infra*.

3. O princípio do pedido e o direito às retribuições intercalares

Para que uma determinada pretensão seja apreciada e julgada por um tribunal, é essencial que lhe seja apresentada. Com efeito, "às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa

única leitura compatível com uma interpretação da norma constitucional que não seja meramente formal e que acabe por esvaziar o preceito constitucional (quando encarado do ponto de vista das consequências efectivas que a sua aplicação pode ter) do seu conteúdo essencial. Dizer que a tutela ressarcitória é suficiente […] é ignorar que por essa via se acaba por permitir que, de facto, a entidade patronal alcance o fim que pretendia (a extinção do contrato de trabalho) mediante a utilização de um meio expressamente proibido pela Constituição" (*op. cit.*, p. 27).

[28] PEDRO FURTADO MARTINS, *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*, *op. cit.*, p. 125.

de pedir" (artigo 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil [doravante, "CPC"], sob a epígrafe "Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal"), querendo isto significar que "o ónus da iniciativa processual cabe às partes e são elas que devem formular o pedido e alegar a matéria de facto que lhe serve de fundamento"[29].

Tendo por base os elementos carreados para os autos pelo autor, a decisão judicial a proferir deve, assim, respeitar o *princípio do dispositivo*, consagrado, desde logo, no artigo 609.º, n.º 1, do CPC[30,31].

O princípio do dispositivo ou princípio dispositivo "determina que o processo se encontra na disponibilidade das partes e fundamenta-se na circunstância de os interesses presentes no processo civil serem predominantemente interesses privados"[32].

Como bem ensina JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "limitado pelos pedidos das partes, o juiz não pode, na sentença, deles extravasar: a decisão, seja condenatória, seja absolutória, não pode pronunciar-se sobre mais do que o que foi pedido ou sobre coisa diversa daquela que foi pedida"[33].

Nestes termos, o autor que pretenda ver atendida determinada pretensão deve formular um *pedido*, entendido como o meio de

[29] J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 151.

[30] Corresponde ao artigo 661.º do anterior CPC, que a reforma de 2013 manteve inalterado.

[31] Outro afloramento do princípio consta do artigo 608.º, n.º 2, parte final, do CPC.

[32] MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1993, p. 47.

[33] JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, pp. 714-715.

tutela jurisdicional pretendido[34], assente num conjunto de factos que a ele juridicamente conduzam – a *causa de pedir*.

Regressando ao caso em análise, é com fundamento na circunscrição do pedido da trabalhadora "às retribuições intercalares aos 30 dias anteriores à propositura da acção" que o acórdão afasta a condenação do réu empregador no pagamento de salários intercalares fora deste limite, considerando que o direito às retribuições intercalares "não é de reconhecimento oficioso, impondo-se, pois, que o reconhecimento do mesmo seja expressamente pedido ao tribunal".

Apelando ao princípio do dispositivo, o tribunal limita a condenação do empregador demandado ao valor que a autora expressamente peticionou, rejeitando a condenação em quantia superior.

Alegou a autora que a condenação da entidade empregadora no pagamento das retribuições intercalares até ao trânsito em julgado da decisão que considerasse ilícito o despedimento estaria fora do âmbito de aplicação deste princípio, aplicando-se a este tipo de prestações uma exceção ao princípio do pedido que marca o processo laboral: a condenação *extra vel ultra petitum*.

A relevância desta articulação, que é, no fundo, o ponto central do acórdão em análise – saber se o tribunal deve condenar *oficiosamente* o empregador no pagamento das retribuições intercalares, como consequência da declaração da ilicitude do despedimento e independentemente de o autor formular um pedido

[34] Correspondente, nas palavras do acórdão, ao "meio de tutela jurisdicional pretendido pelo Autor, materializando a forma de realizar o direito cujo reconhecimento se pretende".

nesse sentido – implica a análise, em separado, de duas questões autónomas: (i) a relação entre o princípio do pedido e a condenação *extra vel ultra petitum* e (ii) a (eventual) disponibilidade do direito a salários intercalares, que afastaria a aplicação daquele último instituto.

Comecemos pela articulação entre o princípio do dispositivo e a condenação *extra vel ultra petitum*.

3.1. O princípio do pedido e a condenação *extra vel ultra petitum*

O processo do trabalho envolve, tendo em conta os interesses em presença, uma certa atenuação do princípio do pedido e dá prevalência à "verdade material e à posição do *juiz activo*, quer na valorização do inquisitório quer no papel do tribunal na efectivação dos direitos dos trabalhadores"[35].

Dispõe o artigo 74.º do CPT que "O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 412.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho"[36].

[35] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 980.

[36] A redação atual da norma resultou da alteração promovida pela Lei n.º 107/2019, de 9 de setembro, que adequou o CPT ao CPC tal como alterado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

Esta disposição consagra o princípio da condenação *extra vel ultra petitum*, que se assume como uma marca no nosso ordenamento e que coloca relevantes questões de ordem prática, nomeadamente, acerca da abrangência e latitude desta "oficiosidade" da condenação.

Nascidas na América do Sul[37], as condenações *ultra petita* surgem como exceção aos princípios do dispositivo e da autorresponsabilidade das partes vigentes no âmbito do processo civil, associadas à natureza imperativa e indisponível de diversos direitos subjetivos concedidos aos trabalhadores por normas inderrogáveis. Estes direitos, pela sua natureza, imporiam a intervenção oficiosa do juiz, que deveria acautelá-los independentemente de os seus beneficiários os peticionarem ou os peticionarem em medida inferior à legalmente imposta[38].

No nosso ordenamento, foi o Código de Processo do Trabalho de 1963 (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 45497, de 30 de dezembro de 1963) que introduziu este desvio ao princípio dispositivo, estatuindo, no seu artigo 69.º, que "O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte de aplicação, à matéria especificada ou quesitada ou aos factos de que possa servir-se nos termos do artigo 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos interrogáveis de leis ou convenções colectivas"[39].

[37] PAULO SOUSA PINHEIRO, "A condenação extra vel ultra petitum no Código de Processo do Trabalho", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 12, 2007, pp. 215 ss.. As condenações *ultra petita* surgiram na Argentina, onde os tribunais arbitravam indemnizações por acidentes de trabalho de valor superior ao peticionado pelos autores, corrigindo alguns erros por estes cometidos.

[38] PAULO SOUSA PINHEIRO, "A condenação extra vel ultra petitum no Código de Processo do Trabalho", *op. cit.*, p. 219.

[39] Como afirma ISABEL ALEXANDRE, a possibilidade de condenação em objecto diverso do pedido, ou em quantidade superior ao pedido é, a par do cumulação

O princípio foi mantido no artigo 69.º do Código de Processo do Trabalho de 1981, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272-A/81, de 30 de setembro, e consta hoje do artigo 74.º do atual CPT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro.

Como refere ABÍLIO NETO, "sempre que esteja em causa a aplicação à matéria de facto assente no processo ou à cognoscível oficiosamente de *normas injuntivas ou imperativas*, sejam elas *perceptivas ou proibitivas*, o tribunal deve aplicá-las, mesmo que da sua aplicação resulte uma condenação em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele"[40].

Mas demoremo-nos um pouco na análise do citado artigo 74.º do CPT.

A disposição em causa remete para o artigo 412.º do CPC, estatuindo que o tribunal deve condenar além do pedido quando tal resultar da aplicação de preceitos inderrogáveis (de leis ou de instrumentos de regulamentação coletiva) à matéria provada ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do disposto no artigo 412.º do CPC.

Esta disposição refere-se aos factos de que o juiz deve socorrer-se e que não precisam de alegação ou de prova. São estes os factos notórios[41], que não carecem de prova nem de alegação, e os factos

obrigatória de pedidos, uma das características mais marcantes do CPT de 1963, pois introduz um forte desvio ao princípio dispositivo, "um dos princípios basilares do processo civil" (ISABEL ALEXANDRE, "Princípios gerais do processo do trabalho", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2002, p. 398).

[40] ABÍLIO NETO, *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 5.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011, p. 192.

[41] Entendendo-se como factos notórios "os factos que são do conhecimento geral" (artigo 412.º, n.º 1, do CPC).

de que o tribunal tem conhecimento por via do exercício das suas funções, que não carecem de alegação, devendo o juiz fazer juntar ao processo documento que os comprove[42].

O dever de condenação imposto pelo artigo 74.º do CPT é condicionado pela aplicação, aos factos de que o tribunal possa servir-se, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, entendidos estes como "aqueles que o são absolutamente, isto é, que reconhecem um direito a cujo exercício o seu titular não pode renunciar"[43].

Assim, e em síntese, para que a condenação *extra vel ultra petitum* possa operar, é necessário que se verifiquem duas condições:

a) que estejam em causa preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho;

b) que os factos em que se funda tal condenação sejam os factos provados no processo ou de que o juiz possa servir-se nos termos do art.º. 412 do CPC[44].

A questão em análise prende-se fundamentalmente com a aplicação dos preceitos inderrogáveis referidos aos factos considerados pelo julgador, concretamente, em consequência da declaração de ilicitude do despedimento, que acarretaria, no

[42] Cfr. artigo 412.º, n.º 2, do CPC.

[43] Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.01.2011, Processo n.º 376/08.1TTVNG.P1, http://www.dgsi.pt.

[44] Entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31.10.2007, Processo n.º 07S2091, http://www.dgsi.pt, e o citado Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10.01.2011, Processo n.º 376/08.1TTVNG.P1.

entender de alguns, a imediata condenação do empregador no pagamento das retribuições intercalares.

Caberá, assim, analisar se o direito às retribuições intercalares configura uma prestação garantida por um preceito inderrogável, de tal forma que determine a aplicação do artigo 74.º do CPT.

3.2. A possibilidade de renúncia ao direito a retribuições intercalares e o afastamento do artigo 74.º do CPT

A lei alude, no artigo 74.º do CPT, à "inderrogabilidade" das normas.

Ora, como assinala LOBO XAVIER, "muitíssimos dos direitos dos trabalhadores que emergem das normas legais ou colectivas têm como qualidade comum serem constituídos e exercidos de forma inderrogável, exactamente porque resultam de normas inderrogáveis"[45].

Entender a inderrogabilidade das normas neste sentido amplo implicaria concluir que em quase todos os casos e a propósito de quase todas as matérias, os tribunais poderiam substituir-se aos autores e condenar além do pedido.

Mas não parece ser esse o sentido do regime.

Analisando a "premissa de direito" a que se refere o regime da condenação *extra* ou *ultra petita* – os "preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho" –, CASTRO MENDES distingue os direitos de exercício necessário dos

[45] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 962.

direitos de exercício não necessário, concluindo que apenas aos primeiros é aplicável esta exceção ao princípio do pedido[46]. Conclui o Autor que o "direito ao salário é de *existência* necessária, mas não de *exercício* necessário"; desses direitos distinguem-se os "direitos cuja existência e exercício são necessários, como é o caso do direito à indemnização por acidente de trabalho ou doença profissional". A necessidade desse exercício não implica, rigorosamente, uma sanção ao titular do direito que decida não exercê-lo, mas o "*suprimento* dessa omissão pela actividade oficiosa dum órgão do Estado, normalmente o Ministério Público, mas aqui o juiz" [47,48].

Em suma, a inderrogabilidade a que alude o artigo 74.º do CPT refere-se a uma inderrogabilidade "absoluta", associada a direitos de "exercício necessário", por oposição aos direitos de existência necessária mas de exercício não necessário.

O direito à retribuição – e, bem assim, o direito às retribuições intercalares – não é um direito de exercício necessário, embora seja

[46] CASTRO MENDES, "Pedido e causa de pedir no processo do trabalho", *Curso de Direito Processual do Trabalho*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Suplemento*, Lisboa, 1964, p. 132.

[47] CASTRO MENDES, "Pedido e causa de pedir no processo do trabalho", *op.* e *loc. cit.*.

[48] A irrenunciabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade deste direito vêm previstas no artigo 78.º da Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro, que aprovou o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais (doravante, "LAT"), incluindo a reabilitação e reintegração profissionais. Como ensina PEDRO ROMANO MARTINEZ, nos termos do disposto no artigo 78.º da LAT, "não se consideram válidos os negócios jurídicos que impliquem a alienação (p. ex., cessão de créditos, arts. 577.º e ss. do CC) ou a renúncia (*v.g.*, remissão, arts. 863.º e ss. do CC) a tais direitos, bem como a respetiva penhora" (PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 897).

qualificado como um direito irrenunciável na vigência do contrato de trabalho[49].

A Doutrina autonomiza, a este respeito, os direitos indisponíveis dos direitos irrenunciáveis.

A indisponibilidade (absoluta) dos direitos implica que os mesmos sejam subtraídos à vontade do seu titular, que não pode separar-se deles. Estão em causa interesses de ordem pública que se sobrepõem à autonomia privada e justificam a exceção à faculdade de disposição que, de uma forma geral, é reconhecida aos sujeitos pela ordem jurídica[50]. Como refere LOBO XAVIER, "a lei não refere a indisponibilidade de quaisquer posições jurídicas dos trabalhadores"[51], só os direitos pessoais dos trabalhadores possuindo estas características[52].

Uma outra figura, a da indisponibilidade relativa[53], é utilizada por parte da Doutrina para descrever situações em que há limitações ao exercício dos direitos, mas não verdadeiras situações de

[49] "A possibilidade de renúncia ao direito de perceber o salário ou a parte dele pelo trabalhador não parece admissível e apesar de não haver norma expressa que o impeça tem-se admitido que o trabalhador não pode renunciar previamente à sua retribuição, nem a parte dela" (PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 637).

[50] JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 255.

[51] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 963.

[52] No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Mediação e arbitragem em direito laboral (estudo legislativo)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.ª série), 2015, n.º 4, p. 21.

[53] Ou "disponibilidade limitada" (BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 964). ROSÁRIO PALMA RAMALHO alude à indisponibilidade parcial dos créditos remuneratórios do trabalhador (ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *Situações Laborais Individuais*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 562)

indisponibilidade. Nestes casos, o direito é apenas "parcialmente subtraído à liberdade de disposição normalmente reconhecida ao seu titular"[54].

A irrenunciabilidade, que pode ser entendida como uma das formas através das quais se manifesta a indisponibilidade relativa dos direitos[55], está associada à impossibilidade de se verificarem atos de disposição ou renúncia destes direitos, uma vez constituídos. É, em regra, temporária e não absoluta[56].

O direito à retribuição é marcado por essa indisponibilidade limitada ou relativa, não podendo os trabalhadores renunciar a tal direito na vigência da relação laboral, podendo, contudo, fazê-lo depois disso.

O mesmo raciocínio, parece-nos, será aplicável às retribuições intercalares.

Para PAULO SOUSA PINHEIRO, "se estas prestações vincendas não forem expressamente peticionadas, o juiz não poderá condenar além do pedido fazendo uso do preceituado no artigo 74.º do CPT". Entende o Autor que "subjaz a esta impossibilidade, mais uma vez, o facto de estas prestações não se situarem no campo da inderrogabilidade absoluta, pois não têm inerentes razões de

[54] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 963.

[55] Nesse sentido, qualificando a irrenunciabilidade como "uma das várias formas, porventura a mais intensa, que pode revestir a "compressão" da faculdade de disposição do titular a que corresponde a "indisponibilidade relativa", JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, *op. cit.*, p. 268,

[56] PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Mediação e arbitragem em direito laboral (estudo legislativo)", *op. cit.*, p. 21

interesse e ordem pública, antes respeitando a interesses meramente individuais"[57].

Em apreciação do entendimento transcrito e não obstante concordarmos com a conclusão avançada, dir-se-á que, em nosso entender, a fundamentação da mesma é merecedora de algumas reservas.

Parece-nos, pois, que condicionar a operatividade deste preceito unicamente a razões de ordem e interesses públicos pode conduzir a resultados perniciosos. Como garantir, com base neste entendimento, a irrenunciabilidade de um direito à retribuição durante a vigência do contrato? Dir-se-á que a garantia de que goza este direito é (ou, pelo menos, deveria ser) idêntica à garantia de que goza o direito às retribuições intercalares: ambos respeitam a interesses individuais, reconduzíveis ao recebimento, pelo trabalhador, destas prestações pecuniárias, sem prejuízo de poderem, em determinadas circunstâncias, associar-se a estes direitos razões de interesse e ordem públicos[58].

Questão diferente é a circunstância de, na vigência do contato de trabalho, o trabalhador se encontrar, atendendo, além do mais, à situação de subordinação em que se posiciona, afetado na sua autonomia e margem de negociação, refreando exigências e, de uma forma genérica, abstendo-se de promover a efetiva "cobrança" de créditos laborais.

[57] PAULO SOUSA PINHEIRO, "A condenação *extra vel ultra petitum* no Código de Processo do Trabalho", *op. cit.*, p. 228.

[58] A respeito dos salários intercalares, recorde-se a sua ligação à reintegração do trabalhador e o seu fito reintegrativo, em cumprimento do princípio constitucional da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa.

Se é este o verdadeiro fundamento da irrenunciabilidade dos créditos laborais na vigência do contrato – e cremos que será[59] –, então a especial proteção que lhes é concedida deixa de justificar-se com a cessação do vínculo, podendo o trabalhador renunciar livremente a esses créditos[60]. Por essa razão, a inderrogabilidade já não operará quando os direitos se tenham já constituído e vencido, sobretudo depois da extinção do vínculo laboral[61].

Note-se, aliás, que o mesmo ocorrerá quanto às pretensões indemnizatórias associadas à violação de posições jurídicas emergentes de direitos indisponíveis[62].

É justamente este o sentido da decisão proferida pela Relação de Lisboa e confirmada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em análise, na qual pode ler-se: "[…] a recorrente é que intenta

[59] Como refere LOBO XAVIER, "as limitações quanto à gestão e exercício dos direitos dos trabalhadores têm a ver com o problema da efectiva liberdade do trabalhador para se opor a pretensões patronais, pelo que assumem contornos diferentes quanto ao jogo da autonomia de vontade depois de extinta a relação de trabalho" (BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, pp. 964-965).

[60] Refira-se que é com a cessação do vínculo que se inicia o prazo prescricional dos créditos laborais, que prescrevem "decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho" (artigo 337.º, n.º 1, do CT). Com entendimento diverso, defendendo que o prazo prescricional dos créditos laborais corre na vigência do contrato, BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, pp. 613 ss.

[61] BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 965.

[62] LOBO XAVIER menciona, designadamente, o direito à liberdade de expressão, cuja violação fará surgir na esfera jurídica do trabalhador o direito a ser ressarcido pelos danos emergentes dessa violação, podendo o trabalhador dispor sobre esta indemnização (BERNARDO LOBO XAVIER, com a colaboração de PEDRO FURTADO MARTINS / A. NUNES DE CARVALHO / JOANA VASCONCELOS / TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Manual de Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 965).

deixar no ar a ideia de que os salários de tramitação poderiam ser irrenunciáveis. Mas não são: as especiais garantias do salário existem "na pendência do contrato de trabalho" (art.º 270/1 CT2003; também com interesse cfr. art.º 267/3), o que bem se compreende: com receio de perder o posto de trabalho ou na mira de se efetivar, o trabalhador poderia ser levado a abrir mão daquilo que lhe pertence; mas, finda a relação, e a inerente subordinação jurídica, nenhum motivo há já para se deixar levar por ameaças ou promessas do ex empregador. Logo não há motivo para subsistirem tais garantias especiais, podendo o trabalhador nomeadamente transigir quanto aos seus créditos. É o que acontece aqui, discutindo-se exatamente o despedimento da A.".

Não podemos deixar de concordar com o sentido destas decisões. Na verdade, e considerando, como se deixou dito *supra*, que o despedimento ilícito produz, ainda assim e apesar da ilicitude, a cessação do vínculo jus-laboral, o direito aos créditos laborais passa, a partir desta data, a ser totalmente *renunciável*, podendo o trabalhador prescindir do direito a estas quantias, não as peticionando, simplesmente[63].

E, podendo questionar-se, neste ponto, "como sustentar […] que o trabalhador possa ou esteja a dispor, implicitamente, de direitos

[63] Refira-se que o aludido prazo prescricional de um ano, previsto no citado artigo 337.º, se inicia com a cessação do contrato, mesmo quando esta cessação seja produzida por via de um despedimento ilícito (cfr., a título meramente exemplificativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20.06.2012, Processo n.º 347/10.8TTVNG.P1.S1, http://www.dgsi.pt, reforçando a tese acima enunciada, segundo a qual o despedimento ilícito produz, apesar da ilicitude que o marca e caracteriza, o efeito de cessação do vínculo).

que ainda não tem (nem sabe se vai ter)"[64], sempre cumprirá referir que, em qualquer ação destinada a obter a declaração de ilicitude da resolução de um determinado contrato, esta é sede própria para a dedução dos competentes pedidos de indemnização pelos danos sofridos e causados pelo incumprimento (onde se incluirão os pedidos de reintegração da situação que existiria se o facto ilícito se não tivesse verificado).

Temos, assim, por acertado o entendimento expresso no acórdão em análise. Cremos, pois, que a renunciabilidade do direito aos salários intercalares – previstos, aliás, para uma situação em que o contrato de trabalho já nem subsiste – afasta a aplicação da condenação *ultra petitum* e, bem assim, a condenação oficiosa no pagamento destas prestações, ou, *in casu*, a condenação oficiosa no pagamento destas prestações em quantidade superior ao peticionado.

4. O direito a retribuições intercalares como decorrência *automática* da declaração da ilicitude do despedimento?

Um outro cenário se aventa ainda possível: a condenação do empregador no pagamento dos salários intercalares como decorrência "automática" do pedido de declaração de ilicitude do despedimento, independentemente do pedido do autor nesse sentido e sem necessidade de recurso ao instituto da condenação *ultra petitum* (arredada atenta a disponibilidade desse direito). Foi o que

[64] JOANA VASCONCELOS, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do despedimento", *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 1037.

pretendeu a autora fazer valer nos autos em que foi proferido o acórdão em análise, ao alegar que o pedido de condenação no pagamento dos salários intercalares decorreria de todo o articulado.

É o entendimento sufragado por JOANA VASCONCELOS, para quem a condenação do empregador na reintegração do trabalhador e no pagamento das retribuições que este deixou de auferir são "consequência imediata da invalidade que esta sempre causa e exprimem a subsistência do vínculo laboral, inatingido pelo ato extintivo viciado"[65], não carecendo estes pedidos de "autónoma e específica dedução"[66]. Esta circunstância, aliada à renunciabilidade do direito aos salários intercalares – uma vez declarada a ilicitude do despedimento – afastaria a (necessidade de) aplicação da condenação *ultra petitum*. Uma vez declarada a ilicitude do despedimento, o empregador seria sempre condenado na reintegração do trabalhador e no pagamento das retribuições intercalares.

Assim, entende a Autora que os pedidos de reintegração e de condenação do empregador no pagamento dos salários intercalares não têm de ser autonomamente deduzidos contra o empregador, resultando como efeito automático da impugnação do despedimento.

Embora no âmbito da análise do caso específico da ação especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento[67], a tese

[65] JOANA VASCONCELOS, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do despedimento", *op. cit.*, pp. 1035-1036.

[66] JOANA VASCONCELOS, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do despedimento", *op. cit.*, p. 1042.

[67] Esta ação foi criada pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de outubro, que alterou o Código de Processo do Trabalho, adequando-o à revisão do Código do Trabalho de 2009.

apresentada por esta Autora assenta em quatro argumentos fundamentais[68]:

a) Em primeiro lugar, a circunstância de o formulário a preencher pelo trabalhador para dar início à ação de impugnação[69] conter referência às "legais consequências" da declaração da ilicitude do despedimento;

b) Em segundo lugar, o facto de o empregador ter de opor-se à reintegração e requerer as deduções a efetuar no montante dos salários intercalares logo no articulado motivador do despedimento;

c) Em terceiro lugar, a circunstância de a contestação do trabalhador visar, em primeira linha, refutar a motivação do despedimento, a oposição por este deduzida à reintegração e deduzir pedido reconvencional nos termos do disposto no artigo 266.º do CPC e para peticionar créditos emergentes do contrato de trabalho;

d) Por fim, as consequências da falta de apresentação do articulado motivador do despedimento por parte do empregador, que acarreta, nos termos do artigo 98.º-J, n.º 3, do CPT, a condenação do empregador, além do mais, no pagamento das retribuições intercalares, sem que seja necessária qualquer intervenção adicional do trabalhador.

Somos, no entanto, levados a sufragar entendimento diverso, parecendo-nos que a referência constante do formulário de impugnação do despedimento às "legais consequências" da

[68] JOANA VASCONCELOS, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do despedimento", *op. cit.*, pp. 1042 ss..

[69] Conforme dispõem os artigos 387.º, n.º 2, do CT, e 98.º-C, do CPT, o formulário foi aprovado pela Portaria n.º 1460-C/2009, de 31 de dezembro.

declaração de ilicitude referir-se-á apenas à reintegração do trabalhador, que ocorrerá sempre, a menos que o trabalhador opte pelo pagamento de uma indemnização em substituição da reintegração (nos termos do disposto no artigo 391.º do CT), ou salvo oposição do empregador (nos termos do disposto no artigo 392.º do CT), nos casos em que tal seja possível, enquanto corolário da reconstituição da situação existente.

Por outro lado, não se vislumbra em que medida a necessária oposição à reintegração no articulado motivador do despedimento contende com a necessária dedução do pedido de condenação do empregador no pagamento dos salários intercalares. Como se disse, a reintegração, não só enquanto elemento fundamental para a reconstituição da situação em que o trabalhador se encontraria se não tivesse ocorrido o despedimento ilícito (em cumprimento da reconstituição natural), mas também enquanto concretização da proibição do despedimento sem justa causa e do princípio constitucional da segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição), é a regra em matéria de ilicitude do despedimento.

Parece também que a tese segundo a qual o empregador tem de peticionar e requerer a produção de prova acerca das deduções a efetuar nas retribuições intercalares (nos termos do disposto no artigo 390.º, n.º 2, do CT) neste articulado é mais consequência do que causa da interpretação dada ao instituto e à necessidade da dedução, pelo trabalhador, de pedido que as contemple.

É que, não resultando esta imposição da lei[70], não vemos razão para o empregador não poder responder ao pedido de condenação no pagamento de retribuições intercalares formulado pelo trabalhador em sede de reconvenção na resposta ao pedido reconvencional[71], aí requerendo os meios de prova adequados a demonstrar a verificação das exceções que eventualmente invoque (e entre as quais se encontram as deduções ao valor dos salários intercalares eventualmente peticionados pelo trabalhador).

Quanto ao terceiro argumento avançado, cremos que o pedido de condenação no pagamento dos salários intercalares pode – e deve –, neste tipo de ações, ser deduzido em sede de contestação, como efeito da aí requerida declaração da ilicitude do despedimento.

É certo que não contribuem para uma solução clara e objetiva os contornos "originais" desta ação especial, em que o trabalhador, que é autor e que deverá, nessa medida, formular o pedido que atenda à sua pretensão, "contesta", sendo o primeiro articulado do processo apresentado pelo empregador, que é réu na ação e que, em princípio, deveria apenas contestar a pretensão deduzida pelo autor.

No entanto, parece-nos que é em sede de contestação e no âmbito do que o legislador qualificou como "reconvenção" que o pedido de pagamento das retribuições intercalares deverá ser feito.

[70] Nos termos do disposto no artigo 98.º-I, n.º 4, al. a), do CPT, o empregador deve, nos 15 dias seguintes à audiência de partes, "apresentar articulado para motivar o despedimento, juntar o procedimento disciplinar ou os documentos comprovativos do cumprimento das formalidades exigidas, apresentar o rol de testemunhas e requerer quaisquer outras provas", nada se referindo quanto às deduções a efetuar nas retribuições intercalares.

[71] Prevista e regulada no artigo 98.º-L, n.º 4, do CPT.

Contra este entendimento, alega a citada Autora que a reconvenção pressupõe uma "pretensão autónoma", que não seja pura consequência da previamente deduzida pelo autor[72].

No entanto, também este argumento parece tratar-se mais de uma consequência do entendimento expresso acerca da desnecessidade de dedução de pedido de condenação no pagamento das retribuições intercalares do que uma sua causa.

O que é de destacar, quanto a este ponto, é que este "pedido reconvencional" – nesta ação, originalmente, deduzido pelo autor – não tem, verdadeiramente, a natureza de uma reconvenção, enquanto superação do conflito de interesses tal como foi trazido ao tribunal pelo demandante[73]. Ele é, verdadeiramente, a formulação do pedido pelo próprio autor, que só agora vem aos autos deduzir as concretas pretensões que pretende fazer valer e que motivaram a ação proposta[74].

Por fim, cremos que a solução propugnada pelo artigo 98.º-J, n.º 3, em nada compromete a solução proposta. Com efeito, e caso o

[72] JOANA VASCONCELOS, "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do despedimento", *op. cit.*, p. 1047.

[73] J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto)*, *op. cit.*, p. 293.

[74] Acompanha-se, neste sentido, JOÃO CORREIA e ALBERTINA PEREIRA, que interpretam de forma esclarecedora o artigo 98.º-L do CPT, referindo que a qualificação desta "oposição" do trabalhador ao despedimento "como uma Contestação do trabalhador" se trata, manifestamente, de um lapso, já que "nem o trabalhador perdera a qualidade de autor nem o empregador adquiriu essa qualidade". Por outro lado, não obstante o legislador designar por "reconvenção" as pretensões do trabalhador, aquilo que este faz ao deduzir tais pedidos na oposição ao despedimento é, verdadeiramente, "articular, agora completamente, a causa de pedir e o pedido face ao empregador" (JOÃO CORREIA / ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho Anotado à Luz da Reforma do Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 205).

empregador não intervenha na ação com a apresentação do seu articulado, ficciona-se que o trabalhador peticionou todas as quantias que a lei lhe atribui, concedendo-lhe ainda a possibilidade de peticionar outros créditos emergentes da relação laboral, da sua violação ou cessação (cfr. o artigo 98.º-J, n.º 3, al. c), do CPT)[75].

Se assim é nesta ação especial, em que as posições processuais de autor e réu ocasionalmente se confundem, a solução afigura-se bem mais simples no caso das ações de processo comum destinadas à declaração de ilicitude de um despedimento como tal não configurado pelo empregador[76].

Nestas ações, o primeiro articulado é a petição inicial do trabalhador, na qual este deve, em cumprimento do princípio do dispositivo, deduzir todas as pretensões que pretenda fazer valer (artigo 54.º, n.º 1, do CPT e artigo 552.º, n.º 1, al. e), do CPC, que impõe ao autor a dedução do pedido na petição inicial através da qual propõe a ação).

[75] Sendo que, neste caso, a sentença é proferida logo quanto à condenação na reintegração e no pagamento das retribuições intercalares, prosseguindo a ação quanto à apreciação do direito aos demais créditos eventualmente peticionados pelo trabalhador, potencialmente carentes da prova de factos que os fundamentem. É o sentido do disposto no artigo 98.º-J, n.º 4, do CPT.

[76] Caso o empregador qualifique a cessação do vínculo por si promovida como despedimento – nos casos de despedimento por extinção do posto de trabalho, inadaptação ou por facto imputável ao trabalhador – o meio processual aplicável à apreciação da ilicitude do vínculo é a ação especial de impugnação da regularidade e licitude do despedimento (artigos 387.º do CT e 98.º-C do CPT). Será aplicável a ação de processo comum quando assim não seja, *i.e.*, nas hipóteses em que o empregador não qualifica como despedimento a cessação do vínculo por si promovida (é o caso da cessação de um contrato de prestação de serviços que configure, materialmente, um contrato de trabalho, ou da cessação, com fundamento em caducidade, de um contrato de trabalho a termo que deva considerar-se um contrato sem termo, por exemplo, devido à invalidade do termo convencionado). Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30.05.2018, Processo n.º 2613/16.0T8MTS-A.P1, http://www.dgsi.pt.

Cremos, pois, na senda do que vêm decidindo os tribunais superiores, que a condenação no pagamento dos salários intercalares *não* é decorrência automática da declaração da ilicitude do despedimento.

Enquanto direito disponível, num momento em que o trabalhador adquiriu já, em virtude da cessação do contrato operada pelo despedimento (ainda que ilícito), "plena autonomia, podendo sem qualquer pressão, dispor livremente dos seus direitos de natureza pecuniária"[77], carece de individualização pelo autor no pedido que deduza, não podendo o tribunal – limitado, neste campo, pelas «balizas» do pedido formulado pela parte demandante – condenar o empregador no pagamento destas prestações sem que as mesmas tenham sido devidamente peticionadas pelo trabalhador que tencione recebê-las ou em medida superior à peticionada (como pretendia a autora que tivesse feito o acórdão em análise).

5. Conclusões

1. O despedimento ilícito corresponde a uma situação de incumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador, a quem está vedado o despedimento sem justa causa (nos termos do disposto no artigo 338.º do CT).

2. Enquanto forma de incumprimento do contrato, o despedimento ilícito não é inválido, produzido a imediata cessação do contrato de trabalho.

[77] Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.01.2008, Processo n.º 7884/2007-4, http://www.dgsi.pt.

3. No entanto, este incumprimento determina, nos termos do disposto no artigo 562.º do Código Civil, a reconstituição da situação natural que existiria se não tivesse sido praticado o ato ilícito, *i.e.*, se o empregador não tivesse procedido ao despedimento ilícito daquele trabalhador.

4. Esta reconstituição pressupõe a manutenção do vínculo laboral, a materializar através da reintegração do trabalhador, que é a regra no ordenamento jurídico português, em concretização do princípio da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos sem justa causa.

5. As retribuições intercalares têm também um propósito de reconstituição da situação em que o trabalhador se encontraria se não tivesse sido objeto do despedimento ilícito.

6. Não perdem, no entanto, a natureza de contrapartida da prestação de trabalho (não executada, nestes casos, em consequência do despedimento promovido pelo empregador), podendo o trabalhador, uma vez cessada a relação de trabalho, renunciar a esse direito.

7. A condenação *ultra petitum*, prevista no artigo 74.º do CPT, configura uma exceção aos princípios do dispositivo e da autorresponsabilidade das partes, vigentes em processo civil, motivada pela natureza imperativa e relativamente indisponível de diversos direitos subjetivos garantidos aos trabalhadores por normas inderrogáveis.

8. No entanto, o recurso a este instituto não é livre: a condenação *ultra petitum* está sujeita à verificação de dois pressupostos: (i) estarem em causa preceitos inderrogáveis de leis ou

instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e (ii) os factos em que se funde tal condenação serem os factos provados no processo, factos notórios ou factos de que o tribunal tenha conhecimento por via do exercício das suas funções.

9. O direito aos salários intercalares é renunciável a partir do momento da cessação do contrato de trabalho – que ocorre com o despedimento, ainda que ilícito –, pelo que não pode motivar o recurso à condenação *extra vel ultra petitum*, reservada às situações em que estejam em causa direitos irrenunciáveis, de exercício necessário.

10. A condenação do empregador no pagamento das retribuições intercalares também não resulta como efeito automático da declaração da ilicitude do despedimento, carecendo de ser peticionada pelo trabalhador.

11. No caso das ações de processo comum em que seja apreciada a (i)licitude de um despedimento (não configurado pelo empregador como tal), a pretensão deverá ser deduzida na petição inicial.

12. Nas ações especiais de impugnação da regularidade e licitude do despedimento (como tal configurado pelo empregador), a pretensão deverá ser deduzida naquele que, embora designado pelo legislador como "reconvenção", é o primeiro momento em que o autor (que não perde essa natureza) articula o pedido e a causa de pedir, a contestação prevista no artigo 98.º-L do CPT.

Bibliografia

A. Doutrina

ALEXANDRE, Isabel - "Princípios gerais do processo do trabalho", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2002.

ALMEIDA, Sérgio de - "Apontamento sobre Salários Intercalares", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LI (XXIV da 2.ª Série), 2010, n.os 1-4.

AMADO, João Leal - "Os efeitos do despedimento ilícito (sobre os artigos 436.º a 440.º do Código do Trabalho", *Revista do Ministério Público*, a. 27, n.º 105, jan.-mar. 2006;

AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho. Noções Básicas*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2019.

CARVALHO, Sónia de - "A opção pela indemnização em substituição da reintegração a pedido do trabalhador e o direito a salários intercalares em caso de recurso", *Para Jorge Leite*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CORREIA, João / PEREIRA, Albertina - *Código de Processo do Trabalho Anotado à Luz da Reforma do Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015.

FERNANDES, António Monteiro - *Direito do Trabalho*, 19.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

FREITAS, José Lebre de - *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

GOMES, Júlio Manuel Vieira - *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LEITÃO, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes - *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

LIZARDO, João Palla - *Direito do Trabalho*, *Questões Laborais*, a. X, n.º 21, 2003.

MARQUES, J. P. Remédio - *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de agosto)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano - "Mediação e arbitragem em direito laboral (estudo legislativo)", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI (XXIX da 2.ª série), 2015, n.º 4;

MARTINEZ, Pedro Romano - *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2017;

MARTINEZ, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luís Miguel / VASCONCELOS, Joana / BRITO, Pedro Madeira de / DRAY, Guilherme / SILVA, Luís Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020.

MARTINS, Pedro Furtado - *Despedimento Ilícito, Reintegração na Empresa e Dever de Ocupação Efectiva*, UCP, Lisboa, 1992;

MARTINS, Pedro Furtado - *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Principia, Cascais, 2017.

MENDES, João de Castro - "Pedido e causa de pedir no processo do trabalho", *Curso de Direito Processual do Trabalho*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Suplemento*, Lisboa, 1964.

NETO, Abílio - *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 5.ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011.

PINHEIRO, Paulo Sousa - "A condenação *extra vel ultra petitum* no Código de Processo do Trabalho", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 12, 2007.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - "Tem o direito processual do trabalho princípios próprios?", *O Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho*, Estudos APODIT, n.º 2, Coord. ROSÁRIO PALMA RAMALHO / TERESA COELHO MOREIRA, AAFDL, Lisboa, 2016;

RAMALHO, Maria do Rosário Palma -*Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *Situações Laborais Individuais*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

SOUSA, Miguel Teixeira de - *Introdução ao Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1993.

VASCONCELOS, Joana - *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011;

VASCONCELOS, Joana - "Condenação *extra vel ultra petitum* – um mecanismo ultrapassado?", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2012;

VASCONCELOS, Joana - "Reintegração, retribuições intercalares e pedido na ação com processo especial para impugnação do

despedimento", *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, com a colaboração de MARTINS, Pedro Furtado / CARVALHO, A. Nunes de / VASCONCELOS, Joana / ALMEIDA, Tatiana Guerra de - *Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2018.

B. Jurisprudência

Tribunal Constitucional[78]:

- Acórdão n.º 306/03, de 25.06.2003, Processo n.º 382/03;
- Acórdão n.º 284/2011, de 07.06.2011, Processo n.º 73/09.

Supremo Tribunal de Justiça[79]:

- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 1/2004, de 09.01.2004;
- Acórdão de 25.05.2005, Processo n.º 05S249;
- Acórdão de 31.05.2005, Processo n.º 05B1494;
- Acórdão de 31.10.2007, Processo n.º 07S2091;
- Acórdão de 23.04.2008, Processo n.º 07S3905;
- Acórdão de 20.05.2009, Processo n.º 08S4118;
- Acórdão de 20.06.2012, Processo n.º 347/10.8TTVNG.P1.S1;
- Acórdão de 08.05.2013, Processo n.º 13/09.7TVPRT.P2.S1;
- Acórdão de 15.01.2015, Processo n.º 2365/08.7 TBABF.E1.S1.

[78] Disponíveis em http://www.tribunalconstitucional.pt/, consultados em 31.10.2020.

[79] Disponíveis em http://www.dgsi.pt, consultados em 31.10.2020.

Tribunal da Relação do Porto[80]:

- Acórdão de 10.01.2011, Processo n.º 376/08.1TTVNG.P1;
- Acórdão de 20.03.2012, Processo n.º 1714/09.5TBMTS.P1;
- Acórdão de 30.05.2018, Processo n.º 2613/16.0T8MTS-A.P1
- Acórdão de 04.02.2019, Processo n.º 449/10.0TTVFR.P3.

Tribunal da Relação de Lisboa[81]:

- Acórdão de 16.01.2008, Processo n.º 7884/2007-4;
- Acórdão de 10.12.2009, Processo n.º 6240.05.9TVLSB.L1-7;
- Acórdão de 21.03.2012, Processo n.º 491/05.3TTBRR.L1-4;
- Acórdão de 21.03.2012, Processo n.º 306/10.0TTALM.L1-4.

[80] Disponíveis em http://www.dgsi.pt, consultados em 31.10.2020.
[81] Disponíveis em http://www.dgsi.pt, consultados em 31.10.2020.

TELETRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA: ALGUMAS QUESTÕES

TELEWORKING IN PANDEMIC TIMES: SOME ISSUES

Teresa Coelho Moreira*

Sumário: Resumo; *Abstract*; Introdução; Teletrabalho; Conclusões

Resumo:

O mundo atualmente vive tempos únicos, de grande incerteza atravessando-se períodos bastantes conturbados da história mundial. Estamos perante uma crise pandémica com reflexos na sociedade e no mundo do trabalho. Os países tiveram de implementar medidas urgentes para tentar conter a pandemia e Portugal não foi exceção, tendo adotado várias medidas em diversos setores, acentuando-se, desde logo, o trabalho através das tecnologias digitais e o aumento de trabalhadores nas plataformas digitais.

Abstract:

The world currently lives unique times, of great uncertainty, going through quite troubled periods in world history. We are facing a pandemic crisis with repercussions on society and the world of work. Countries had to implement urgent measures to try to contain the pandemic and Portugal was no exception, having adopted several measures in different sectors, namely, the work through digital technologies and the increase of workers on digital platforms.

Introdução

O mundo atualmente vive tempos únicos, de grande incerteza atravessando-se períodos bastantes conturbados da história mundial.

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Vice-Presidente da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. tmoreira@direito.uminho.pt

A pandemia caiu em cima de todos nós com estrondo[1] e o Estado viu-se obrigado a tomar medidas excecionais, sem precedentes.

Assistimos a grandes mudanças a vários níveis que originaram o confinamento, a quarentena, uma distância social, uma mudança de comportamentos e uma enorme contração da atividade económica. Ninguém sabe o dia de amanhã e como a sociedade vai ser no pós-vírus, pois este vírus, invisível a olho nu, conseguiu fazer-se mostrar de uma forma sem precedentes. Talvez o mais avisado nesta altura seja não planear, não fazer planos a longo prazo[2]. Contudo, isso não significa que não se tomem medidas para tentar diminuir os efeitos deste vírus, por forma a salvar vidas e empregos pois mais uma vez ficou bem patente a centralidade do trabalho humano na vida das pessoas. O trabalho não significa apenas a principal fonte de

[1] Conforme escreve o Papa Francisco na sua Encíclica *Fratelli Tutti*, sobre a Fraternidade e a Amizade Social, de 3 de outubro de 2020, "O mundo avançava implacavelmente para uma economia que, utilizando os progressos tecnológicos, procurava reduzir os «custos humanos»; e alguns pretendiam fazer-nos crer que era suficiente a liberdade de mercado para garantir tudo. Mas, o golpe duro e inesperado desta pandemia fora de controle obrigou, por força, a pensar nos seres humanos, em todos, mais do que nos benefícios de alguns. Hoje podemos reconhecer que «alimentamo-nos com sonhos de esplendor e grandeza, e acabamos por comer distração, fechamento e solidão; empanturramo-nos de conexões, e perdemos o gosto da fraternidade. Buscamos o resultado rápido e seguro, e encontramo-nos oprimidos pela impaciência e a ansiedade. Prisioneiros da virtualidade, perdemos o gosto e o sabor da realidade». A tribulação, a incerteza, o medo e a consciência dos próprios limites, que a pandemia despertou, fazem ressoar o apelo a repensar os nossos estilos de vida, as nossas relações, a organização das nossas sociedades e sobretudo o sentido da nossa existência", defendendo, ainda, p. 44, que "A fragilidade dos sistemas mundiais perante a pandemia evidenciou que nem tudo se resolve com a liberdade de mercado e que, além de reabilitar uma política saudável que não esteja sujeita aos ditames das finanças, «devemos voltar a pôr a dignidade humana no centro e sobre este pilar devem ser construídas as estruturas sociais alternativas de que precisamos»".

[2] Como escreve JOÃO LEAL AMADO, "Emergência, calamidade e despedimento: o empoderamento da ACT", *in RMP*, número especial Covid 19, **"Veremos o que o futuro nos reserva, com a convicção de que, nisto como em tudo, os planos e as previsões de pouco servem".**

rendimento para a maior parte das pessoas no mundo. O trabalho é também, para muitos, uma forma de estar em sociedade e de dignidade e até de identidade, sendo a forma de participação na sociedade para muitos. O trabalho não deve ser visto apenas como uma forma de remuneração económica, mas também como uma forma de estar em sociedade. E a carência de emprego ou a sua existência precária minam as possibilidades de integração, podendo romper-se a coesão social e criarem-se situações de exclusão, fazendo perigar a estabilidade social da sociedade.

E, por isso, o desemprego tem inúmeros custos económicos, sociais, psicológicos que justificam a afirmação de VIVIANE FORRESTER[3] quando diz que "para lá da exploração do homem há algo pior: a ausência de qualquer exploração".

Atendendo a esta situação os países tiveram de adotar medidas urgentes para tentar conter a pandemia e Portugal não foi exceção, tendo adotado várias medidas em diversos setores, acentuando-se, desde logo, o trabalho através das tecnologias digitais e o aumento de trabalhadores nas plataformas digitais, sobretudo na vertente de crowdwork offline ou work on demand via apps. As pessoas que perderam os empregos viram-se quase obrigadas a procurar soluções alternativas e aumentou, e muito em Portugal, as pessoas a trabalharem em plataformas de entregas de comida ou de outro tipo de serviços de entrega via plataformas digitais.

Outra das questões que se colocou com enorme acuidade neste cenário de pandemia foi o teletrabalho na modalidade de teletrabalho no domicílio.

[3] *O Horror Económico*, trad., Terramar, 1997, p.18.

2. Teletrabalho

2.1. O teletrabalho encontra-se regulado no art. 165.º do CT - "Considera se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação".

Este contrato de teletrabalho é um contrato de trabalho especial, tratando-se de um negócio jurídico obrigacional, de direito privado, bilateral ou plurilateral, em regime de subordinação jurídica. Da noção apresentada nota-se como é necessário o requisito da habitualidade da prestação ser realizada fora da empresa, o que significa que não se pode considerar como teletrabalhador aquele que, ocasionalmente, realiza a sua prestação fora da empresa ainda que com uma ligação telemática ou informática.

Por outro lado, pode constatar-se a existência de dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico ou topográfico, pois o trabalho é realizado à distância, e o elemento tecnológico ou instrumental, na medida em que exige o recurso a tecnologias de informação e comunicação.

2.2. Trabalho à distância e teletrabalho apesar de serem, por vezes, utilizadas como sinónimos, não significam a mesma realidade pelo que convém atender às diversas modalidades de teletrabalho.

Assim, existe o teletrabalho no domicílio – Electronic Home-Work, ou home-based telework onde a prestação de trabalho é desenvolvida no domicílio do teletrabalhador, que ligado à empresa através do recurso às tecnologias de informação e comunicação. Esta

é, sem dúvida, a modalidade que habitualmente se associa ao teletrabalho, tendo sido esta a que primeiro surgiu. Paradoxalmente, esta é, talvez, a modalidade que mais críticas tem levantado e a que apresenta várias desvantagens, sobretudo relacionadas com o isolamento e a possível invasão da privacidade do teletrabalhador.

Existe, ainda, a possibilidade de teletrabalho em centros satélite – Satellite Offices ou Branch Offices, local que pertence à empresa, mas constituído por unidades organizacionais geograficamente separadas da sede e ligadas sempre por meios telemáticos. Este local, por vezes, encontra-se noutro país, sobretudo em países menos desenvolvidos, onde a retribuição paga a estes trabalhadores é mais baixa.

Esta modalidade, considerada por alguns como de teletrabalho transnacional[4], intensifica o processo de globalização internacional e o problema da competitividade das empresas num espaço virtual.

Com semelhanças com os centros satélite encontra-se a modalidade de teletrabalho em centros comunitários ou num centro de teletrabalho – telecottage - Neighbourhood Work Centers, Shared Facilities Centers ou Centres de Quartier -, que se traduzem em espaços organizacionais implantados próximo do local de residência dos trabalhadores, equipados com material telemático partilhado por trabalhadores de várias empresas e, até, por agentes autónomos.

A distinção entre os centros comunitários e os centros satélite encontra-se no facto de os últimos serem exclusivamente ocupados por trabalhadores de uma mesma empresa, representando uma

[4] ESPERANZA SIERRA BENÍTEZ, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Andaluzia, 2011, pp. 85 e ss..

simples deslocalização da mão-de-obra possibilitada pela aplicação das novas tecnologias. Já nos centros comunitários coexistem teletrabalhadores vinculados a vários empregadores e até profissionais independentes[5].

Há, por último, a modalidade de teletrabalho móvel – Mobile Work – que se caracteriza pela atividade ser exercida à distância por trabalhadores itinerantes ou nómadas, permanentemente conectados à empresa através da via telemática. Esta modalidade é proporcionada pela difusão de novas formas de comunicação, como telemóveis, smartphones, tablets, portáteis, perdendo o trabalho a referência a um local físico.

2.3. Uma das primeiras medidas que foi adotada como uma forma de reforçar o isolamento social foi a adoção generalizada do teletrabalho nas atividades que o permitam, na modalidade do teletrabalho no domicílio, o que traz inúmeras questões nomeadamente ao nível da proteção de dados pessoais dos trabalhadores[6].

Em princípio, o teletrabalho funda se, necessariamente, no consenso de ambos os sujeitos. Assim, o empregador não pode converter uma relação laboral típica numa relação de teletrabalho. E o trabalhador também não goza de tal direito de conversão

[5] Ver para mais desenvolvimentos VITTORIO DI MARTINO e LINDA WIRTH, "Telework: A new way of working and living", *in International Labour Review*, vol. 129, n.º 5, 1990, pp. 530 e ss..

[6] Para os empregadores também se levantam algumas questões, nomeadamente relacionadas com *data breaches* no domicílio dos trabalhadores porque estes não têm ou podem não ter acesso a apoio de IT ou as ligações em casa podem não ser tão seguras. Podem não ter, ainda, o equipamento mais adequado e terem falta de energia, ou falha nos equipamentos ou até nos telemóveis ou nos *headphones*.

unilateral. Há, contudo, desvios a esta regra da necessidade de acordo, verificadas que sejam as condições previstas no n.º 1 do art. 195.º do CT, o trabalhador que tenha sido vítima de violência doméstica terá direito a passar a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada, nos termos do n.º 2 do art. 166.º, ou nos termos do art. 166.º, n.º 3, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e o empregador disponha de recursos e meios para o efeito, não podendo este, nos termos do n.º 4, opor-se ao correspondente pedido do trabalhador[7].

Contudo, perante o cenário de pandemia que vivemos, esta necessidade de acordo mudou e alterou-se. Numa primeira fase, através do art. 29.º, n.º 1 do do DL n.º 10-A/2020, de 13 de março, estabeleceu-se que "Durante a vigência do presente decreto-lei, o regime de prestação subordinada de teletrabalho pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerido pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas". O n.º 2 do art. 29.º ressalvava, contudo, os trabalhadores abrangidos pelo disposto no art. 10.º do diploma, isto é, aqueles que desenvolvessem atividades

[7] De notar que com a transposição por parte do ordenamento jurídico português da Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, este artigo deverá ter de ser alterado porque o teletrabalho integra-se, nos termos do art. 3.º, alínea f), no conceito de "regimes de trabalho flexíveis", cuja regulação exige nos termos do art. 9.º, n.º 1, que "os trabalhadores, com filhos até uma determinada idade, de pelo menos oito anos, e os cuidadores tenham o direito de solicitar regimes de trabalho flexíveis para poderem ocupar-se da prestação de cuidados. A duração dos regimes de trabalho flexíveis pode estar subordinada a uma limitação razoável".

em serviços essenciais como, por exemplo, os profissionais de saúde, das forças e serviços de segurança e de socorro, incluindo os bombeiros voluntários, e das forças armadas, os trabalhadores dos serviços públicos essenciais ou de gestão e manutenção de infraestruturas essenciais, aos quais a regra do n.º 1 não se aplicava.

Segundo o estabelecido neste artigo, inserido num contexto de uma grave situação epidemiológica que impõe um elevado grau de isolamento social, como forma de prevenir o contágio, o recurso ao teletrabalho na modalidade de teletrabalho no domicílio surge como uma alternativa adequada, pelo que o legislador resolveu prescindir da necessidade de consenso das partes para que o trabalho passasse a ser efetuado em regime de teletrabalho. Ao abrigo do primeiro preceito, o empregador poderia ordenar que o trabalhador passasse a prestar a sua atividade em regime de teletrabalho, assim como o próprio trabalhador poderia requerer a passagem para tal situação, sem necessidade de acordo da contraparte. Tudo isto, claro, desde que as funções em causa assim o permitam, pois existem atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser efetuadas à distância e sem esquecer a ressalva dos serviços essenciais, feita pelo n.º 2 do art. 29.º[8].

Numa segunda fase, após o Decreto que estabeleceu o estado de emergência, o Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, o Governo aprovou um diploma estabelecendo os termos das medidas a implementar durante a vigência do estado de emergência, através do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, no

[8] Ver, para maiores desenvolvimentos, JOÃO LEAL AMADO, *O teletrabalho: do Código à Covid-19*, *in* https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/25/o-teletrabalho-do-codigo-a-covid-19/.

qual o teletrabalho não foi esquecido pois, nos termos do art. 6.º decretou-se, sem ambiguidades, que "é obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam". Ou seja, mais do que uma opção, mais do que um direito que pode ser invocado perante a contraparte, o recurso ao teletrabalho, quando as funções em causa o permitam, volveu-se numa obrigação para ambos os sujeitos da relação laboral, enquanto vigorar o estado de emergência [9,10] .

O Decreto-Lei n.º 24-A/2020, de 29 de maio, que procedeu à décima terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, operou a revogação do artigo 29.º deste diploma, tendo sido, em simultâneo, publicada a Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, da mesma data, que revogou a Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020.

Esta Resolução do Conselho de Ministros estabeleceu no art. 4.º, n.º 1 que "o empregador deve proporcionar ao trabalhador condições de segurança e saúde adequados à prevenção de riscos de contágio decorrentes da pandemia da doença COVID-19, podendo, nomeadamente, adotar o regime de teletrabalho, nos termos previstos no Código do Trabalho". O n.º 2 preconizou que: "sem prejuízo da possibilidade de adoção do regime de teletrabalho nos termos gerais previstos no Código do Trabalho", este modo de

[9] Norma reafirmada, com a mesma redação, nos diplomas subsequentes, passando a ser o art. 8.º do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, e do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril. O regime em causa manteve-se no art. 4.º do diploma que declarou a situação de calamidade em todo o território nacional, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de abril. A formulação manteve-se na Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, de 17 de maio

[10] Cf. TERESA COELHO MOREIRA, *Portuguese Labour Law in times of Covid 19: some aspects*, *in* https://officialblogofunio.com/2020/04/06/portuguese-labour-law-in-times-of-covid19-some-aspects/.

execução da prestação tornava-se obrigatório "quando requerido pelo trabalhador, independentemente do vínculo laboral e sempre que as funções o permitam" em certos casos[11]. O n.º 4 previa ainda uma outra situação em que se tornava obrigatória a aplicação do regime de teletrabalho - quando as funções em causa o permitissem e "os espaços físicos e a organização do trabalho não permitam o cumprimento das orientações da Direção-Geral da Saúde (DGS) e da Autoridade para as Condições do Trabalho sobre a matéria, na estrita medida do necessário". E o n.º 5 determinava que "nas situações em que não seja adotado o regime de teletrabalho nos termos previstos no Código do Trabalho, podem ser implementados, dentro dos limites máximos do período normal de trabalho e com respeito pelo direito ao descanso diário e semanal previstos na lei ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável, medidas de prevenção e mitigação dos riscos decorrentes da pandemia, nomeadamente, a adoção de escalas de rotatividade de trabalhadores entre o regime de teletrabalho e o trabalho prestado no local de trabalho habitual, diárias ou semanais, horários diferenciados de entrada e saída, horários diferenciados de pausas e de refeições".

[11] As situações legalmente tipificadas abrangiam imunodeprimidos e doentes crónicos, trabalhador com grau de incapacidade igual ou superior a 60% e trabalhador com filho ou outro dependente a cargo menor de 12 anos ou, independentemente da idade, com deficiência ou doença crónica - desde que verificados certos pressupostos, ligados com a suspensão das atividades letivas e não letivas presenciais em estabelecimento escolar ou equipamento social de apoio à primeira infância ou deficiência. Neste último tipo de situações, de acordo com o n.º 3 do artigo 4.º, a obrigatoriedade da aplicação do regime de teletrabalho nas situações referidas no n.º 2 apenas seria aplicável a um dos progenitores, independentemente do número de filhos ou dependentes a cargo.

Este diploma foi revogado e substituído pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de junho. Relativamente ao teletrabalho manteve-se quase intocado o regime da Resolução anterior, ocorrendo apenas a revogação das previsões relativas a trabalhadores com filho ou dependente a cargo. Vigorou depois a Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, de 14 de julho, que não alterou, neste âmbito, a Resolução anterior, tendo o mesmo acontecido na Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, de 31 de julho, na Resolução do Conselho de Ministros n.º 63-A/2020, de 14 de agosto, e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 70-A/2020, de 11 de setembro, que declarou, novamente, a situação de contingência, no art. 4.º, sendo certo que o número 4 estabeleceu que "Nas situações em que não seja adotado o regime de teletrabalho nos termos previstos no Código do Trabalho, podem ser implementadas, dentro dos limites máximos do período normal de trabalho e com respeito pelo direito ao descanso diário e semanal previstos na lei ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável, medidas de prevenção e mitigação dos riscos decorrentes da pandemia da doença COVID -19, nomeadamente a adoção de escalas de rotatividade de trabalhadores entre o regime de teletrabalho e o trabalho prestado no local de trabalho habitual, diárias ou semanais, de horários diferenciados de entrada e saída ou de horários diferenciados de pausas e de refeições", e no n.º 5, "Nas Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto o disposto no número anterior é obrigatório, salvo se tal se afigurar manifestamente impraticável". O mesmo está consagrado no DL n.º 79-A/2020, de 1 de outubro, onde no art. 3.º, n.º 2, alínea c), volta a defender-se "A

promoção do trabalho em regime de teletrabalho, sempre que a natureza da atividade o permita".

De qualquer das formas uma coisa é certa. Como alguém escreveu, uma das coisas que a COVID-19 parece ter provado aos trabalhadores consiste em que "the job you were told couldn't me done remotely can be done remotely"[12], e o teletrabalho veio para ficar.

2.4. O controlo dos trabalhadores nesta forma de prestar trabalho está presente e é muito mais intrusiva por vezes do que noutras modalidades de contrato de trabalho. Na verdade, a conexão telemática, sobretudo quando é direta e constante, com a utilização de programas informáticos, é uma possibilidade de criar uma telesubordinação de igual ou até superior intensidade do que o controlo numa relação de trabalho presencial[13].

Ora na pandemia, esta questão do controlo mostrou-se de uma forma mais intensa. Desde logo temos de ter em atenção que em vários casos os trabalhadores viram-se forçados a trabalhar com

[12] JOÃO LEAL AMADO, última *op.* cit.

[13] Como escreve CÉSAR ARESE, "Historias de la vida privada en teletrabajo", *in* RC D 3034/2020, www.rubinzalonline.com.ar, p. 1, a propósito do controlo sobre a vida privada do trabalhador "Todos sabían o, al menos sospecharon desde hace tiempo, que era indagada, investigada, importunada, publicada, utilizada, acosada e, inclusive, directamente violentada. Los más exagerados, dicen que se encuentra en terapia intensiva, que desapareció o ya murió hace tiempo. Fue quizá una de las primeras víctimas de la pandemia del coronavirus, porque se la puso el desnudo de la manera más impúdica. La señora que lleva por bello primer nombre ***"Vida"*** y por apellido ***"Privada"***, ha perdido su integridad y dignidade".

material próprio [14,15] e onde, para poderem trabalhar remotamente, tiveram de instalar programas ordenados pelo empregador[16], sem

[14] Há que notar que algumas questões já se colocavam antes na prática a algumas empresas que utilizavam e até fomentavam a utilização da tecnologia BYOD – *bring your, own devices*, porque visavam ter uma empresa *móvel e eficiente*.

[15] O que coloca a questão sobre a propriedade dos instrumentos de trabalho. De notar que no ordenamento jurídico espanhol, o *Real Decreto-ley 28/2020,* de 22 de setembro*, sobre trabajo a distancia*, estabelece nos artigos 11.º e 12.º que os gastos com os instrumentos de trabalho são custeados pelo empregador. Em Portugal, no art. 168.º do CT, estabelece-se a presunção de que os instrumentos de trabalho são propriedade do empregador e custeados por ele. Mas é uma presunção. Ora, dada a relevância assumida agora com deste tipo de trabalho, cremos que deveria alterar-se a lei neste aspeto e assumir-se claramente que os custos e a propriedade são do empregador, com regras explícitas sobre a matéria.

[16] A título de exemplo, o Decreto Legislativo n.º 9738 da Costa Rica que visa regular o teletrabalho estabelece no que concerne às obrigações por parte dos empregadores que "a) Proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos, los programas, el valor de la energía determinado según la forma de mediación posible y acordada entre las partes y los viáticos, en caso de que las labores asignadas lo ameriten. La disposición anterior podrá ser variada en aquellos casos en que **el empleado, por voluntad propia, solicite la posibilidad de realizar teletrabajo con su equipo personal y la persona empleadora acepte, lo cual debe quedar claro en el contrato o adenda y exime de responsabilidad a la persona empleadora sobre el uso del equipo propiedad de la persona teletrabajadora. En estos casos, dado que el equipo informático es propiedad de la persona teletrabajadora, esta deberá permitir a la persona empleadora el libre acceso a la información propiedad del patrono, ya sea durante el desarrollo de la relación laboral, o bien, al momento de finalizar el vínculo contractual. Dicho acceso a la información debe darse en todo momento, en presencia de la persona teletrabajadora, respetando sus derechos de intimidad y dignidade**". Negrito nosso.

No ordenamento jurídico espanhol, o *Real Decreto-ley 28/2020,* de 22 de setembro*, sobre trabajo a distancia*, estabelece no art. 17.º, n.º 2, com a epígrafe *Derecho a la intimidad y a la protección de datos*, que o empregador não pode exigir aos trabalhadores a instalação de programas informáticos ou aplicações nos computadores pessoais propriedade dos mesmos, nem a utilização dos mesmos durante a prestação da atividade.

Também é muito interessante que neste artigo 17.º, o número 3 consagre que "Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras. Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia,

muitas vezes ter sido acompanhada de qualquer cautela para assegurar a privacidade do trabalhador no domicílio. Se a regra geral do caso do teletrabalho é a de que os instrumentos de trabalho são fornecidos pela entidade empregadora, no caso da Covid isso não aconteceu ou, pelo menos, não aconteceu imediatamente. Na verdade, o que se passou foi que a utilização do espaço familiar do trabalhador, o seu domicílio, apareceu imposto sem qualquer tipo de compensação em inúmeros casos. E várias são as questões que se levantam relacionadas com a enorme possibilidade de controlo por parte do empregador.

Desde logo os empregadores podem, com a utilização desta tecnologia digital, reunir informação sobre os trabalhadores através da observação do que fizeram durante o tempo e no local de trabalho, descobrir os seus interesses e preferências.

A utilização cada vez maior de novas tecnologias de informação e comunicação nos últimos anos tem aumentado exponencialmente refletindo-se no mundo do trabalho e levantando várias questões. Existe, atualmente, uma enorme quantidade de dispositivos eletrónicos, desde, inter alia, a videovigilância, que engloba agora todos os sensores num contexto da Internet das Coisas, a audiovigilância, a geolocalização, o controlo das comunicações eletrónicas, o controlo através das redes sociais, das mensagens instantâneas, dos dados biométricos, do reconhecimento facial, da crescente utilização da Inteligência Artificial, que permitem monitorizar, virtualmente, todos os aspetos da vida profissional,

teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia".

assim como a vida extraprofissional, e mesmo, por vezes, a vida íntima dos trabalhadores, muitas vezes através do cruzamento deste tipo de informação.

Atualmente há um seguimento total dos trabalhadores porque com a inteligência artificial consegue-se a realização de tarefas de controlo muito mais rapidamente do que os humanos e, com a ajuda dos algoritmos, criam-se padrões de comportamento e perfis, através do número de teclas digitadas, das redes sociais, dos telefonemas feitos, dos locais visitados fora do local do trabalho através do GPS, e muito mais formas de controlo. No trabalho na era digital há um controlo das próprias plataformas sobre os trabalhadores através de sistemas que permitem controlar imensos dados.

A tecnologia digital permite, graças à sua capacidade praticamente ilimitada de captar, armazenar, relacionar e transmitir todo o tipo de dados, reunir, de forma personalizada a partir de vários tipos de informação, múltiplas facetas da vida dos trabalhadores e conhecer, de algum modo, a própria forma de pensar dos trabalhadores, efetuando conclusões de natureza preditiva sobre o próprio futuro da relação laboral.

Não pode esquecer-se que, com o advento destas inovações tecnológicas, é fundamental que os trabalhadores possam usufruir dos mesmos direitos que tinham anteriormente.

A medida de controlo do empregador que tenha a finalidade de controlar o desempenho profissional dos trabalhadores, que supõe um tratamento de dados pessoais, não pode ser considerada uma finalidade legítima quer à luz do art. 20.º do CT, quer à luz do art. 5.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, porque não

constitui uma medida necessária para a execução do contrato, e porque supõe um controlo e uma vigilância totalizadora que limita a liberdade da pessoa e anula o seu âmbito de privacidade no local de trabalho.

Defende-se, assim, que o que o legislador pretendeu evitar foi a possível utilização destes sistemas para uma finalidade diversa da "proteção de pessoas e bens", isto é, para controlar o desempenho dos trabalhadores. Parece-nos que subsiste no trabalhador um verdadeiro e próprio direito a não ser controlado à distância, mesmo que este ocorra acidentalmente por força da aplicação da possibilidade prevista no art. 20.º, n.º 2, do CT.

Entende-se, desta forma, que a eventual justificação da instalação de sistemas que possibilitam, ainda que acidentalmente, certas formas de controlo dos trabalhadores não podem significar a aceitação de qualquer utilização do captado nem de qualquer modalidade de exercício capaz de lesar a dignidade e a privacidade dos trabalhadores. Contudo, talvez seja necessário repensar um pouco a forma de controlo à distância por parte do empregador nos casos do teletrabalho já que os artigos 20.º e 21.º do CT não foram pensados para estas situações em que o teletrabalho se tornou tão frequente e na modalidade de teletrabalho no domicílio.

Terá de analisar-se, assim, se não concorrem para a decisão de instalação, para além dos interesses referidos no art. 20.º, n.º 2, do CT, outros interesses que visam a recolha de dados e de informações sobre o comportamento dos trabalhadores ou o exercício de uma maior pressão sobre a sua atividade laboral através desta forma de controlo tão intensivo e impessoal.

Assim, o empregador não pode utilizar programas informáticos para tentar saber se o trabalhador passa mais tempo nas redes sociais do que a trabalhar no excel, por exemplo. A CNPD, na sua *Orientação sobre o controlo à distância dos trabalhadores*[17] defendeu, e quanto a nós muito bem, a proibição por parte do empregador da utilização de programas e de "softwares que, para além do rastreamento do tempo de trabalho e de inatividade, registam as páginas de Internet visitadas, a localização do terminal em tempo real, as utilizações dos dispositivos periféricos (ratos e teclados), fazem captura de imagem do ambiente de trabalho, observam e registam quando se inicia o acesso a uma aplicação, controlam o documento em que se está a trabalhar e registam o respetivo tempo gasto em cada tarefa (*v.g.*, *TimeDoctor*, *Hubstaff*, *Timing*, *ManicTime*, *TimeCamp*, *Toggl*, *Harvest*)". Também há a instalação de aplicações informáticas que, de forma subtil e muitas vezes oculta, registam os diferentes programas que são utilizados e as teclas pulsadas no computador. Estes programas são utilizados para aferir a produtividade dos trabalhadores. No caso por exemplo do *Hubstaff*, frequentemente tira *screenshots*, vê os documentos que os trabalhadores estão a escrever ou as redes sociais que visitam.

Existem vários programas informáticos que são colocados sem que o trabalhador tenha deles conhecimento, violando, desta forma, o princípio da transparência sendo, desde logo por isso proibidos. Para além de gravarem todas as teclas que foram utilizadas pelos trabalhadores, mantém registos de todas as caixas de diálogo

[17] Orientação de 17 de abril de 2020 e disponível em https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Orientacoes_controlo_a_distancia_em_regime_de_teletrabalho.pdf.

utilizadas, abarcando assim as situações de mensagem instantânea, como ainda, ciclicamente, fotografam o que está a ser visualizado no computador. A grande vantagem destes programas para os empregadores é a de que, ao gravarem todas as teclas utilizadas, podem gravar todos e-mails enviados e não apagados, as conversas tidas em sites de chat, ou mensagens instantâneas enviadas pelo computador, o que se afigura como um controlo quase total do trabalhador. Mas não apenas deste. Os *screenshots* que são tirados permitem ver as pessoas que estão por exemplo numa reunião com este trabalhador, o interior das casas dessas pessoas, assim como do próprio trabalhador e do seu agregado familiar, nomeadamente menores de idade.

E a venda destes programas triplicou desde março, isto é, desde que um pouco por todo o mundo se começou a recorrer cada vez mais ao teletrabalho no domicílio[18].

Não se pode permitir que o teletrabalho acabe por ser uma invasão da vida privada do trabalhador no domicílio. Assim, tem de verificar-se que o local onde é prestado o teletrabalho seja livre de controlar mais do que é necessário. Assim, desde logo, a videovigilância não está permitida, mas também não nos parece que a geolocalização esteja nem a radiofrequência. Parece-nos que estes meios não cumprem nem o princípio da finalidade, nem o da proporcionalidade na sua tripla vertente.

[18] Segundo dados recentes pelo menos 100 denúncias e pedidos de esclarecimento deram entrada na CNPD e na CGTP desde março.

Aplicam-se aos trabalhadores que estão em teletrabalho os direitos de personalidade[19] pelo que não podem ser alvo de controlo através de meios de vigilância à distância que engloba tanto os tradicionais meios de vídeo-audiovigilância mas também os dados de geolocalização que poderão ser obtidos se se pretender que o teletrabalhador também disponha no seu tablet ou no seu telemóvel destes programas para trabalhar remotamente.

Quanto muito parece-nos possível um controlo através de programas informáticos que cumpram todos os requisitos do tratamento de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da proporcionalidade e da transparência, assim como o princípio da proteção de dados desde a conceção e por defeito, previsto no art. 25.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados já que o empregador tem um poder de controlo sobre o trabalhador[20].

[19] Os direitos de personalidade aplicam-se a todos os trabalhadores e se se aplicam no local de trabalho, por maioria de razão, quando o trabalhador está a trabalhar no seu domicílio, no reduto mais íntimo da sua vida, terão de aplicar-se.

[20] No ordenamento jurídico argentino, foi aprovada muito recentemente a Lei n.º 27555, 14 de agosto de 2020, que regula o teletrabalho e que estabelece no art. 15.º, com a epígrafe *Sistema de Control y Derecho a la Intimidad* que "Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio". E o art. 16.º completa esta parte ao estabelecer, com a epígrafe *Protección de la Información Laboral*, que "El empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad de la misma". Também o art. 18.º, *Autoridad de aplicación. Registro. Fiscalización*, precozia que "El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será´ la autoridad de aplicación de la presente ley y deberá dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa (90) días. **En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando el software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización**

Contudo, antes de se criarem estes programas e instalarem cremos que tem de existir uma *Avaliação do impacto sobre a proteção de dados e consulta prévia*, prevista nos artigos 35.º e 36.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O art. 36.º, n.º 1, do Regulamento estabelece que "O responsável pelo tratamento consulta a autoridade de controlo antes de proceder ao tratamento 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. E o GRUPO DE PROTEÇÃO DE DADOS do art. 29.º[21] defende a necessidade da realização desta avaliação no caso dos trabalhadores porque há um elevado risco quer por se tratarem de titulares de dados numa situação de particular *vulnerabilidade* dada a relação desigual em que se encontram, quer nos casos em que os empregadores realizam um controlo sistemático das atividades dos trabalhadores[22], dando até como exemplo da

sindical pertinente. La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad del teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el título III - capítulo I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja."- negrito nosso.

[21] *Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e que determinam se o tratamento é «suscetível de resultar num elevado risco» para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679,* adotada a 4 de abril de 2017 e revista a 4 de outubro de 2017.

[22] "Com vista a fornecer um conjunto mais concreto de operações de tratamento que exigem uma AIPD devido ao elevado risco inerente, tendo em conta os elementos específicos dos artigos 35.º, n.º 1, e 35.º, n.º 3, alíneas a) a c), a lista a adotar a nível nacional nos termos do artigo 35.º, n.º 4, e dos considerandos 71, 75 e 91, e outras referências no RGPD a operações de tratamento «suscetível de implicar um elevado risco», devem ser considerados os seguintes nove critérios… Dados relativos a titulares de dados vulneráveis (considerando 75): **o tratamento deste tipo de dados constitui um critério devido ao acentuado desequilíbrio de poder entre os titulares dos dados e o responsável pelo**

necessidade desta AIPD, o caso de "uma empresa que controle sistematicamente as atividades dos seus empregados, **incluindo o controlo dos computadores, da atividade internet**[23], etc. dos seus empregados".

Por outro lado, atendendo ao princípio da transparência, a instalação de programas de forma oculta é completamente vedada. E, por outro lado, parece-nos que o que consta do art. 20.º, n.º 3 do CT não é suficiente. Na verdade, a informação deve ser mais completa indicando a existência do sistema, a identidade do responsável pelo tratamento que é o empregador, o direito de exercer todos os direitos enquanto titulares de dados pessoais previstos nos arts. 15.º a 22.º do RGPD, desde que adequados à situação concreta.

Tendo em atenção a obrigatoriedade do princípio da transparência e da informação quer aos trabalhadores, quer aos seus representantes, depreende-se não ser admissível o controlo oculto ou secreto sobre os trabalhadores através destes meios por violar o princípio da boa-fé empresarial que tem consagração expressa no CT nos arts. 102.º e 126.º.

E, mesmo cumprindo o princípio da transparência nem todos as formas de controlo são permitidas.

Concorda-se, assim, com o defendido pelo CNPD quando estabelece não ser admissível impor ao trabalhador que mantenha sempre a câmara ligada, ainda que nos pareça que pode exigir-se em

tratamento dos dados, significando isto que os indivíduos podem não ser capazes de consentir, ou opor-se, facilmente ao tratamento dos seus dados ou de exercer os seus direitos. Os titulares de dados vulneráveis podem incluir […] empregados" – negrito nosso.

[23] Negrito nosso.

alguns momentos, e nem será em princípio possível a gravação de teleconferências entre o empregador, ou dirigentes, e os trabalhadores, existindo, contudo, algumas exceções, como uma possível forma de controlo da prestação.

E não é possível pela proibição dos arts. 20.º e 21.º do CT, mas também pela própria noção de dados pessoais do Regulamento Geral de proteção de dados pessoais.

2.5. Poderá colocar-se a questão de como controlar o trabalhador que está em regime de teletrabalho já que estamos perante um contrato de trabalho subordinado e o empregador tem o poder diretivo e o poder de controlar de que forma está a ser prestado a atividade. Contudo, nesta modalidade, como em outras, a questão não está na existência do poder de controlo que é essencial, mas no estabelecimento de limites ao mesmo e, por isso, o empregador pode controlar, *v.g.*, através do estabelecimento de metas e objetivos que o trabalhador tem de cumprir e de relatar diariamente através de *e-mails*, de chamadas, assim como marcação de reuniões por teleconferência para ir acompanhando o trabalho e, até, como uma forma de evitar o isolamento social[24] que é uma das grandes desvantagens associadas a esta modalidade de teletrabalho.

Não pode esquecer-se, ainda, o art. 170.º do CT que estabelece o direito à privacidade do trabalhador em regime de teletrabalho.

[24] Note-se que o CT já prevê desde 2003 a possibilidade de o trabalhador em regime de teletrabalho ter direito à denominada *sociabilidade informática*. O empregador deve proporcionar ao teletrabalhador, nos termos previstos no art. 169.º, n.º 3, "contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores", assim como, nos termos do art. 171.º, a participação e representação coletivas do teletrabalhador.

Para assegurar este direito à privacidade, o CT estabelece limites ao direito de o empregador se deslocar ao domicílio do teletrabalhador, prevendo que "a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada", nos termos do art. 170.º, n.º 2.

O que não pode é controlar violando a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos trabalhadores [25].

2.6. Por outro lado, uma outra questão está relacionada com o controlo dos tempos de trabalho, que tem de ser possível [26,27], e que

[25] Para maiores desenvolvimentos veja-se TERESA COELHO MOREIRA, "Privacidade em tempos de pandemia?", *in Covid 19 e Trabalho: o dia seguinte*, *Estudos APODIT 7*, (coord. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO e TERESA COELHO MOREIRA), AAFDL, Lisboa, no prelo.

[26] E é até obrigatório pelo art. 202.º do CT e pelo ac. do TJUE C-55/18, de 14 de maio de 2019 onde o Tribunal decidiu no parágrafo 50 que "os Estados-Membros devem tomar todas as medidas necessárias para garantir o cumprimento dos períodos mínimos de descanso e impedir qualquer excesso da duração máxima de trabalho semanal para assegurar a plena eficácia da Diretiva 2003/88, uma regulamentação nacional que não prevê a obrigação de se recorrer a um instrumento que permita uma determinação objetiva e fiável do número de horas de trabalho diário e semanal não é suscetível de garantir, em conformidade com a jurisprudência recordada no n.º 42 do presente acórdão, o efeito útil dos direitos conferidos pelo artigo 31.º, n.º 2, da Carta e por essa diretiva, na medida em que priva tanto as entidades patronais como os trabalhadores da possibilidade de verificarem se esses direitos são respeitados e é, assim, suscetível de comprometer o objetivo da referida diretiva, que consiste em assegurar uma melhor proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores".

[27] No ordenamento jurídico espanhol, o art. 13.º do o *Real Decreto-ley 28/2020,* de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, com a epígrafe *Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo* estabelece que "De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido.", e e 14.º com a epígrafe *Derecho al registro horario adecuado*, dispõe que "El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de

deve ser feito respeitando o princípio estabelecido no art. 25.º que chama a atenção para o facto de a tecnologia poder ser vista como amiga da privacidade, através da consagração da proteção de dados desde a conceção e por defeito, estabelecendo que "tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, **o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados", assim como "O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade**

conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada."

Por outro lado, segundo o disposto no art. 7.º, alíneas b) e c), tem de constar do contrato de trabalho à distância a "b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación", e o "Horario de trabajo de la persona trabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidade".

de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade . Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares"[28].

Este princípio é crucial porque incorpora a proteção de dados pessoais em todo o ciclo da vida das tecnologias.

Já o considerando 78 do Regulamento refere que a defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais exige a adoção de medidas técnicas e organizativas adequadas, a fim de assegurar o cumprimento dos requisitos do presente regulamento. Para poder comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento, no caso o empregador, "deverá adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios da proteção de dados desde a conceção e da proteção de dados por defeito".

É fundamental este controlo para evitar a denominada *porosidade dos tempos de trabalho* ou a colonização do tempo do trabalhador pelo tempo de trabalho, com a queda das fronteiras entre vida profissional e vida pessoal e familiar

Assim, é possível o controlo através do *log in*, *log out*, limitando-se a registar os dados tal como se fosse realizado nas instalações do empregador. É possível controlar a jornada de trabalho de um teletrabalhador principalmente se estiver na modalidade de teletrabalho online através do recurso aos *logs in* e *logs off* que faz

[28] Negrito nosso.

e das ligações online que realize. Só não estarão sujeitos a este controlo de jornada os teletrabalhadores que trabalhem completamente independentes de qualquer modalidade de vigilância por parte do empregador e que tenham de atingir metas e objetivos. A CNPD defende que quando o empregador não dispõe destas ferramentas pode excecionalmente "fixar a obrigação de envio de email, SMS ou qualquer outro modo similar que lhe permita, para além de controlar a disponibilidade do trabalhador e os tempos de trabalho, demonstrar que não foram ultrapassados os tempos máximos de trabalho permitidos por lei. Do mesmo modo, nada impede que este controlo da disponibilidade do trabalhador e do cumprimento dos tempos de trabalho se faça por via de contacto telefónico ou eletrónico por parte do empregador"[29].

Aliás dir-se-ia que é fundamental o controlo dos tempos de trabalho para evitar o trabalho sem limites que esta modalidade de trabalho pode trazer[30]. É importante assegurar estes direitos, sobretudo quando a conexão do teletrabalhador à rede do

[29] *Op.* cit.

[30] No estudo apresentado pela EUROFOUND, *Living, working and COVID 19*, Luxemburgo, 2020, p. 21, vários trabalhadores trabalharam muito além dos tempos normais de trabalho tendo sobretudo as mulheres sofrido mais com esta situação porque tiveram de conciliar os tempos de trabalho com o denominado *unpaid care work*, sendo que em Portugal é onde a situação da conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar foi considerada das piores – "In July, Austria, Germany, Hungary and the Netherlands were the countries where respondents express the highest level of work–life balance, while the lowest level is recorded among respondents in Portugal". Por outro lado, também pode ver-se que "At the peak of the COVID-19 pandemic in April 2020, the e-survey revealed that respondents – especially women with children under 12 – were struggling to balance their work and personal life. Indeed, although teleworking was a key factor in ensuring business continuity, it has led to a rise in the number of people working from home, resulting in difficulties in managing work–life conflicts and an increase in the incidence of overtime".

empregador é *online*, podendo estar sujeito a uma verdadeira *trela eletrónica*.

Na verdade, não nos podemos esquecer que as primeiras leis laborais, surgidas para pôr termo a uma igualdade meramente formal no seio das relações de trabalho, têm a sua base e ADN nos tempos de trabalho e na sua necessária redução e limitação.

Na verdade, de jornadas de trabalho praticamente infindáveis - 16 e, até, 18 horas diárias, sem qualquer descanso -, foi-se caminhando, aos poucos, para a sua limitação. E Portugal não foi exceção, com a divisão tripartida do dia em 8 horas para trabalhar, 8 horas para dormir e 8 horas para a realização social do trabalhador enquanto pessoa. Era e é, ainda, a concretização da lenga lenga britânica, ao tempo da Revolução Industrial, *eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep and eight shillings a day*.

Esta temática é, pois, como que a marca de origem do Direito do Trabalho, o seu código genético. Mas, atualmente, novos problemas se levantam a esta limitação dos tempos de trabalho e que estão claramente relacionados com as novas tecnologias e com novas formas de prestar trabalho.

Neste novo mundo do trabalho, o tempo de trabalho torna-se cada vez mais flexível, podendo originar, por um lado, uma melhor conciliação dos tempos de trabalho, mas, simultaneamente, novos problemas com a sua limitação, já que hoje em dia os trabalhadores são muitas vezes avaliados pelos resultados que apresentam e não pelo trabalho que realizam, o que pode originar a sua intensificação, bem como dos tempos de trabalho. Na verdade, para muitos, flexibilidade temporal não significa liberdade, mas sim, o seu

contrário, tornando-se cada vez mais difícil a conciliação dos tempos de trabalho com os tempos pessoais. Cremos que a oportunidade do *anytime-anyplace* não pode tornar-se no *always and everywhere*.

Neste *Admirável Mundo Novo do Trabalho* coloca-se a questão da limitação dos tempos de trabalho. Esta questão é de fundamental importância, na medida em que parece poder permitir quase um novo tipo de escravatura que, embora de feição diferente, está a colocar em causa um dos mais antigos e emblemáticos direitos consagrados dos trabalhadores - o direito a um descanso efetivo entre jornadas de trabalho. Daí a importância de controlar os tempos de trabalho e de consagrar um efetivo direito à desconexão[31].

Para conseguir esta verdadeira desconexão defende-se, muitas vezes, mais do que um direito à desconexão[32], um verdadeiro dever de desconectar, ou de um dever de não conectar, de não incomodar os trabalhadores por parte do empregador, na medida em que, não raramente, a utilização destas tecnologias parece ser um fator de ineficiência e de danos à produtividade. Na verdade, defende-se que

[31] No ordenamento jurídico espanhol, o art. 18.º do *Real Decreto-ley 28/2020,* de 22 de setembro, *sobre trabajo a distancia*, com a epígrafe *Derecho a la desconexión digital*, estabelece que "1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables. Este artigo seguiu de perto o que já estava consagrado na Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, de Proteção de Dados Pessoais e garantia dos direitos digitais que consagrou no artigo 88.º o direito à desconexão. Contudo, parece-nos que, mais uma vez, o legislador deveria ter ido mais longe e, sobretudo, adaptar este direito à realidade do teletrabalho. A forma como está é, novamente, "mais pedagógica do que efetiva".

[32] Já que não se trata de um direito novo.

o melhor caminho é a consagração como uma garantia dos trabalhadores, um dever negativo a não incomodar o trabalhador nos seus períodos de descanso, e estabelecê-lo no art. 129.º do CT, e, depois, na parte relacionada com os tempos de trabalho, podendo até em determinadas situações, se não for respeitada, vir a ser considerada como uma situação de assédio moral.

Atualmente, a maior parte das pessoas vive em permanente conexão, mantendo os seus dispositivos móveis, os seus *smartphones*, junto a si, no bolso, na carteira, na roupa que veste e, à noite, próximo da cama, e, por isso, o constante *bombardeamento*, a constante perseguição com *e-mails*, mensagens, telefonemas por parte dos empregadores, pode redundar numa situação de assédio. Assim, concorda-se integralmente com JOÃO LEAL AMADO[33], a propósito da eventual situação de assédio e da redação do art. 29.º do CT, quando defende que "Perante a amplitude desta previsão legal de assédio, que abrange práticas discriminatórias ou não e que abrange práticas intencionais ou não, não cremos que restem grandes dúvidas sobre a possibilidade de a violação do tempo de desconexão correspondente ao período de descanso do trabalhador vir, em tese, a constituir assédio moral. Trata-se, tipicamente, de condutas empresariais que têm como efeito (ainda que, quiçá, não como objetivo) perturbar a pessoa do trabalhador, práticas suscetíveis, como se sabe, de lhe causar danos da mais variada espécie, desde logo afetando gravemente a sua saúde (stress, *burnout*, etc.) — as quais podem, portanto, constituir assédio, nos termos e para os

[33] "Tempo de Trabalho e Tempo de Vida: sobre o direito à desconexão profissional", *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, Brasil, n.º 52, pp. 264 e ss..

efeitos previstos no art. 29.º do CT. Mas, neste quadro, admite-se que talvez não fosse pior que o legislador fosse mais explícito e previsse expressamente, na letra da lei, a possibilidade de a violação do tempo de desconexão profissional por parte da empresa integrar a prática de assédio moral".

É que, na verdade, conseguir-se a desconexão durante as férias é fundamental, mas muitas vezes o que gera sintomas de fadiga, *stress* e síndrome de *burnout* ou mesmo assédio, é a inobservância diária, constante, contínua, deste direito dos trabalhadores ao descanso. Porque no fundo é disso que se trata.

E, nesta temática, parece-nos também que os parceiros sociais, através do diálogo social, têm um papel fundamental. Considera-se essencial que se consiga um novo tipo de compromisso sobre flexibilidade temporal relacionada com uma *life-phase aproach*, tendo em consideração os interesses de todos os sujeitos envolvidos[34].

Conclusões

Perante esta situação de crise, de pandemia, convém recordar que a crise económica é "uma realidade que tem acompanhado o Direito do Trabalho, pelo menos de forma intermitente, ao longo do seu percurso histórico, para converter-se, certamente, num

[34] Para maiores desenvolvimentos *vide* TERESA COELHO MOREIRA, "Algumas questões sobre o direito à desconexão dos trabalhadores", *in Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Ano IX – I da 4.ª série, n.º 2, e ""A desconexão dos trabalhadores: direito ou dever", *in O Mundo do Trabalho e a 4.ª Revolução Industrial - Homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*, em co-autoria com JOÃO LEAL AMADO, Tirant lo Blanch, Brasil, 2020.

«companheiro de viagem histórico» da mesma, incómodo se se quiser"[35]. Contudo, não pode deixar de ter-se em atenção que esta é uma crise sem precedentes pois é uma crise sanitária, económica, verdadeiramente mundial, que vai colocar desafios sem precedentes ao Direito do trabalho.

Estamos perante um momento crucial do Direito do trabalho, de onde pode surgir uma forma mais ágil, flexível e até amiga do ambiente de trabalhar, respeitando todos os princípios fundamentais em matéria de privacidade e proteção de dados pessoais. Ou o contrário. Tudo depende das opções que forem tomadas.

Porém, perante esta situação consideramos que o Direito do trabalho tem uma sólida e provada experiência de maleabilidade e que irá adaptar-se e superar esta situação.

Vila Nova de Gaia, outubro de 2020

[35] PALOMEQUE LÓPEZ, *Direito do Trabalho e Ideologia*, (trad. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2001, p. 39.

WWW.IDT.FDULISBOA.PT



RIDT

REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

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