

RIDT

ANO II / ABRIL 2022 / Nº 3
SEMESTRAL / 2184-8815

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

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





idt

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



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretores

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
NIPC 504992392

Morada IDT / Sede de Redação

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

Periodicidade

Semestral

Nº Registo ERC

127529

Depósito Legal

480082/21

ISSN

2184-8815

Conceção Gráfica e Paginação

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

Directors

Pedro Romano Martinez
Luís Gonçalves da Silva

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretary-General

Sara Leitão

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
ID No. 504992392

Address IDT / Head Office

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

Periodicity

Semiannual

ERC Registration No.

127529

Legal Deposit

480082/21

ISSN

2184-8815

Graphic Design and Pagination

Equador Design - Traçando o
Inimaginável, Lda.

ESTATUTOS EDITORIAIS DA RIDT

I. Orientação

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

II. Objetivos

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

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

III. Investigação científica

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

IV. *Peer review*

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

V. Princípios deontológicos

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

VI. Publicação

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

VII. Estrutura orgânica

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

EDITORIAL STATUTES OF RIDT

I. Introduction

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

II. Objectives

RIDT pursues, with full independence, the following objectives:

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

III. Scientific research

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

IV. *Peer review*

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

V. Ethical principles

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

VI. Publication

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

VII. Organisational structure

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

CONSELHO CIENTÍFICO *SCIENTIFIC COUNCIL*

Alberto Arufe Varela

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

André Pestana Nascimento

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

Ângela Carrascalão

Universidade Nacional Timor Lorosa'e (Timor-Leste)

António Menezes Cordeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

António Monteiro Fernandes

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

António Moreira

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal)

António Nunes de Carvalho

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

Apelles J. B. Conceição

Advogado (Portugal)

Benjamim Mendes

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

Bernardo Lobo Xavier

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

Carmo Sousa Machado

Abreu Advogados (Portugal)

Catarina Carvalho

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

Catarina Levy Osório

ALC Advogados (Angola)

Cristina Leite

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

Dário Moura Vicente

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Diogo Leote

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

Duarte Casimiro

Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (Moçambique)

Estêvão Mallet

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Fernando Araújo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Francisco Liberal Fernandes

Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Portugal)

Franco Carinci

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (Itália)

Geraldo da Cruz Almeida

Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Cabo Verde)

Giuseppe Ludovico

Università degli Studi di Milano (Itália)

Guilherme Dray

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Jean-Claude Javillier

Université Panthéon-Assas, Paris II (França)

Jesús Cruz Villalón

Universidad de Sevilla (Espanha)

Jesús Martínez Girón

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

Joana Vasconcelos

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

João Leal Amado

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

José Artur Duarte Nogueira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

José João Abrantes

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

José Luis Monereo Pérez

Universidad de Granada (Espanha)

Júlio Manuel Vieira Gomes

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

Luís Gonçalves da Silva

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Menezes Leitão

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Luís Miguel Monteiro

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

Manuela Manuel Lopes Mendes

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

Margarida Seixas

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Maria Emilia Casas Baamonde

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

Nuno Guedes Vaz

PLMJ Advogados, SP, RL (Portugal)

Otávio Pinto e Silva

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil)

Paula Borges Santos

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

Paula Ponces Camanho

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

Paula Rosado Pereira

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Paula Vaz Freire

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Furtado Martins

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

Pedro Madeira de Brito

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Pedro Romano Martinez

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues

Universidade Mandume Ya Ndemufayo (Angola)

Teresa Coelho Moreira

Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal)

Thereza Nahas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Vítor Palmela Fidalgo

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal)

Wolfgang Däubler

Universität Bremen Fachbereich Rechtswissenschaft (Alemanha)

Zara Jamal

JLA Advogados (Moçambique)



idt

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





EDITORIAL

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

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

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

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

* * * * *

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

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

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

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



ÍNDICE / INDEX

ANGOLA

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues

Pontuais considerações sobre a pensão de reforma por velhice e os direitos adquiridos no contexto angolano

7

BRASIL

Amauri Cesar Alves

Novo perfil da onerosidade na relação de emprego: releitura do requisito do artigo 3.º da CLT para a efetivação de direitos fundamentais do trabalho

35

CABO VERDE

Geraldo da Cruz Almeida

A requisição civil de trabalhadores

81

PORTUGAL

Apelles J. B. Conceição

Os rendimentos de substituição na gestão do tempo de trabalho

137

José Pedro Oliveira Pinto

Uma visão crítica dos recentes entendimentos jurisprudenciais no âmbito do período experimental: da (in)constitucionalidade do seu alargamento na Lei n.º 93/2019, de 04/09, à questão do abuso de direito nos casos de conversão *ope legis* do contrato a termo

183

Maria Leonor Ruivo

Da comissão de serviço sujeita a termo resolutivo

239

Pedro Almeida

Os efeitos da resolução do contrato de trabalho desportivo por iniciativa do jogador profissional de futebol

297

Teresa Coelho Moreira

O trabalho nas plataformas digitais e a presunção de laboralidade

341

TIMOR

Maria Ângela Carrascalão

Os princípios constitucionais da universalidade e da igualdade no contexto da lei do trabalho 4/2012 de 21 de fevereiro

377





ANGOLA





PONTUAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENSÃO DE REFORMA POR VELHICE E OS DIREITOS ADQUIRIDOS NO CONTEXTO ANGOLANO

*SPECIFIC CONSIDERATIONS ON RETIREMENT PENSION FOR OLD
AGE AND THE ACQUIRED RIGHTS IN THE ANGOLAN CONTEXT*

Raúl Carlos de Freitas Rodrigues*

Sumário: 1. Preliminares; 2. Enquadramento legal; 3. Considerações subsequentes; 4. Considerações conexas; 5. Diminuição ou afetação dos direitos adquiridos; Bibliografia

Resumo:

O tema versa sobre uma expressiva factualidade que se vai evidenciando em Angola, no domínio do sistema de protecção social obrigatória, advinda da limitação injusta - e talvez ferida de ilegalidade - do montante máximo da pensão mensal de reforma por velhice, e com certeza na pensão de reforma antecipada, ditada no facto de se escudar numa solução prevista em diploma legal que perdeu actualidade, ou seja, deixou de vigorar, postergando-se desse modo o regime jurídico sobre a matéria publicado em recente data e, como lógica consequência, abriu-se, nesta linha, largo terreno para se obstar, em termos acentuados, a relação de proporcionalidade entre o montante das contribuições pecuniárias pagas no tempo de vida activa da população trabalhadora e o quantitativo das prestações periódicas ou mensais devidas ao reformado, um contundente embate contra a manutenção dos direitos adquiridos por essa franja de beneficiários, decerto capaz de criar um ambiente de significativo abalo no bem-estar dos

* 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.

sujeitos em causa, com alcances diversos, em função das respectivas situações no plano individual e familiar, por deixarem de auferir o que era esperado em razão do direito preterido.

Abstract:

The theme verses about an expressive factuality that is getting more evidential in Angola, in the domain of the mandatory social protection's system , arising from the unjust limitation - and perhaps wounded by illegality- of the maximum amount of the monthly early old-aged retirement pension and certainly in the early aged retirement pension, due to the fact that it is sheltering itself in a no longer current solution provided in a legal diploma ,in other words, it's no longer valid, postponing the legal regime on the subject published until this date, so as a logical consequence, an ample ground has been opened up to delay, in accentuated terms, the relationship of proportionality between the amount of monetary contributions paid during the working life of the working population and the amount of periodic or monthly benefits owed to the retired persona lacerating struggle against the maintenance of the acquired rights by this fringe of beneficiaries, certainly capable of creating significant disturbance in the well-being of the subjected discussed above, with different ranges depending on their respective family or individual situations , as they no longer receive what was expected by virtue of the right denied them.

1. Preliminares

Tratar do tema protecção social não tem como se ignorar o natural estado de velhice das pessoas em idade madura, juridicamente considerada na al. a), artigo 1º da Lei de Bases da Protecção Social (Lei nº 7/04, de 15 de Outubro¹).

¹ A aludida lei integra três grandes segmentos, ou seja, a protecção social de base, a protecção social obrigatória e a protecção social complementar (artigo 2º), embora o primeiro segmento sofra inúmeros constrangimentos e sérias dificuldades em garantir os direitos sociais nele inscritos. Em período anterior vigorou a Lei de Bases nº 18/90, de 27 de Outubro (a primeira lei de bases sobre a matéria, pois no período anterior, o modelo era restrito à garantia dos direitos sociais dos antigos combatentes e, em caso de morte, das respectivas famílias; a par do direito à licença de maternidade a todas as mulheres trabalhadoras - Decreto nº 130/78, de 9 de Dezembro; assim como os subsídios por morte e funeral dos trabalhadores - alínea j), artigo 2º do Decreto nº 132/78, de 9 de Dezembro; bem como a uniformização e generalização do montante do abono de família a todos os trabalhadores por conta de outrem - Decreto nº 146/78, de 9 de Dezembro), que

Sob esse ponto de vista, firma a regra que o tempo fixo para o exercício activo da actividade laboral (e de funções públicas) ocorre quando se atinge 60 anos de idade² ou se complete 420 meses (35 anos) de entrada de contribuições (nº 1, artigo 4º do Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro - Aprova o regime jurídico sobre a protecção social na velhice, no âmbito do sistema da protecção social obrigatória), configurando-se assim o critério inescapável, ao menos no primeiro caso (o segundo caso baseia-se no tempo de serviço), para a reforma compulsiva (embora as pessoas se possam manter ocupadas no desempenho de actividades de variada ordem técnica, contudo a designada idade constitui uma época em que muito se perde da eficiência energética, se nos deixarmos levar pela nossa realidade; porquanto, no ordenamento jurídico português, a idade normal de acesso à pensão de velhice, em 2022,

institucionalizou o sistema de segurança social em Angola, sustentada, tal como na actualidade, nos princípios da universalidade, igualdade, eficácia, solidariedade e participação, além de ser caracterizado como um seguro de vida (artigo 10º da Lei nº 7/04). No propósito de sustentar os princípios fundamentais como pontos de partida e elementos vitais desta área do direito, cfr. Ilídio da Costa Neves, *Direito da Segurança Social, princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra Editora, 2001, p. 13 ss.

Um estudo sobre os pilares sobre o qual assenta o sistema de segurança social português (sistema de protecção social de cidadania, sistema previdencial e sistema complementar - artigo 23º da Lei nº 83-A/2013, de 30 de Dezembro), é desenvolvido por Glória Teixeira (embora sob uma classificação adoptada pela própria autora), em *Manual de Direito Fiscal*, Almedina, 2008, p. 147 ss.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, a seguridade social, igualmente fundada em três pilares, destina-se a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (artigo 194 da Constituição Federal Brasileira).

² Neste domínio tem destacada importância anotar que as mães trabalhadoras têm o direito que lhes seja reduzida a idade acima indicada, à razão de um ano por cada filho que tenha dado à luz até ao máximo de cinco anos de redução (nº 2, artigo 4º do Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro), uma determinação já antes prevista no revogado Decreto nº 40/08, de 2 de Julho.

será fixada em 66 anos e 7 meses³; acentuando-se, porém, no campo normativo francês sobre a matéria, o facto de o documento reformador manter a idade legal de reforma por velhice aos 60 anos (article D 351-1-1 do Code de la Sécurité Sociale), por mais clara que esteja a consciência e as faculdades funcionais das pessoas nessa fase da vida⁴.

Entretanto, num exame directo à norma, fica logo identificado que o critério de acesso à pensão de reforma por velhice resulta, incondicionalmente, do vínculo de empregabilidade formal para a sua implementação (induz-se do nº 1, artigo 10º da Lei nº 7/04, mas em termos inflexíveis colhe-se do nº 2, artigo 7º do Decreto Presidencial nº 227/18, de 27 de Setembro⁵, bem assim do artigo 3º do Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro), ou seja, a vinculação da pessoa ao trabalho formal é a condição necessária e parâmetro de acesso à reforma por velhice, um critério sustentado na obediência ao princípio da universalidade destacado de maneira expositiva no preâmbulo da Lei nº 7/04, uma realidade que se pode captar, a título de exemplo, na ordem jurídica brasileira (artigo 194º da Constituição Federal e artigo 1º, parágrafo único, alínea a), da Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991), sendo também um alicerce do

³ Assim determina o artigo 1º da Portaria (Ministério do Trabalho e Segurança Social) nº 53/2021, de 10 de Março.

⁴ Contudo, não se recusa a hipótese de o reformado retornar à actividade laboral, caso em que este sujeito e o respectivo empregador sujeitam-se ao cumprimento das obrigações contributivas, mas nestas circunstâncias a taxa contributiva do trabalhador já reformado tem um acréscimo e passa de 3% para 8% (nº 2, artigo 12º do Decreto Presidencial nº 227/18, de 27 de Setembro - estabelece o regime jurídico de vinculação e contribuição da protecção social obrigatória).

⁵ Este diploma legal estabelece o regime jurídico de vinculação e contribuição da protecção social obrigatória, antes regulado pelo Decreto nº 38/08, de 19 de Junho.

sistema de protecção social português (artigo 6º da Lei nº 83-A/2013, de 30 de Dezembro⁶), à semelhança do estabelecido no regime jurídico francês, cujo ponto de partida constitui o princípio da protecção solidária (article L 111-1 do Code de la Sécurité Social).

Vulgarmente, podemos dizer, o termo “protecção social” (designação adoptada pela nossa lei) tende com frequência a ser confundido com a expressão “segurança social”, mas aquele não se esgota nem se reduz nesta última, porquanto o primeiro ancora-se num campo mais amplo, nitidamente preso ao tronco das políticas de protecção, em ordem a salvaguardar a satisfação das necessidades essenciais ou básicas dos indivíduos em sociedade e, justamente por isso, num sentido generalizado, exprime a garantia, a firmeza e a estabilidade, como realidades estruturantes moldadas em benefício da confiança pelo estado da irredutibilidade dos direitos que o próprio regime de protecção social assume, e bem se colhe do nº 2, artigo 2º da Lei nº 7/04, à luz de critérios individuais e socialmente justos⁷.

Por seu lado, a segurança social, em si mesma, ou em sentido singelo, compreende um conjunto de acções destinadas a assegurar os direitos em situações de reforma por velhice, a par da prevenção de riscos contingenciais (desemprego, doença, invalidez, maternidade, morte), numa acepção equivalente à toma de cautela

⁶ Republicação da Lei nº 4/2007, de 16 de Janeiro que aprova as bases gerais do sistema de segurança social.

⁷ A Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - Norma Mínima de Segurança Social - adoptada na 35ª Conferência Geral da OIT (realizada em 26 de Junho de 1952), constitui o instrumento de orientação vital destinado a estabelecer o patamar mínimo do nível de protecção social a ser respeitado pelos países membros, no campo da concretização material das necessidades humanas básicas.

por intermédio de uma lógica assente nos objectivos da protecção social (corpo do artigo 1º da Lei nº 7/04), obviamente destinados a evitar repercussões prejudiciais ou nefastas na vida daqueles que fizeram parte da população laboral e às quais se impõe recorrer.

Das raízes destas últimas considerações, propriamente se colhem o sentido e a abrangência da segurança social como um sistema integrante, enquanto espécie, do amplo quadro genérico conformador da protecção social, e que de modo vago parece possível desentranhar-se do preâmbulo da Lei nº 7/04, afinal o nosso marco legal nestes domínios, em ordem a reconhecer que as políticas públicas devem estar enlaçadas com o sistema de segurança permanente da sociedade, decerto como um vector indispensável precipuamente contemplado como direito fundamental no capítulo dos direitos sociais assinalados na nossa lei magna (nº 1, artigo 77º da Constituição da República de Angola), certamente evocados à luz do Estado democrático de direito⁸.

⁸ Mostra-se evidente que o texto constitucional deve comportar um leque de normas de maior grau hierárquico no ordenamento nacional e o catálogo de direitos fundamentais serve de parâmetro para a estrutura normativa básica do próprio Estado e da sociedade. Em torno do assunto, cfr., entre outros, Robert Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2002, p. 62 ss; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, 1998, pp. 378-379. Nestas considerações, devemos ter em conta que a protecção social sofre as influências dos vários projectos políticos e dos modelos de estratégias que estruturam cada sociedade no âmbito da ideologia dominante, cujas relações sociais desenvolvidas à luz das instituições nacionais são fortalecidas pelo acervo de valores, crenças e ideais inscritos num dada contexto temporal. Em torno do assunto, cfr. B. Mullay/Marilyn Dupré, *The new structural social work*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 12 ss.

2. Enquadramento Legal

Para abrirmos caminho, parece-nos indispensável voltar a referir que o estudo levado a cabo centra-se na emblemática pensão de reforma por velhice, um mecanismo de protecção e amparo daqueles que deixaram a vida laboral activa por força dos transcurso dos anos ou do processo biológico de envelhecimento, parecendo-nos que seria fugir à verdade não afirmar que ambas surgem pela proximidade à idade avançada, resultando disso as políticas protectivas que por sinal representam conquistas modernas⁹.

Contudo, no caso que nos propusemos analisar, interessa e preocupa-nos, apenas, a parte relacionada com a determinação, anote-se, do valor máximo da pensão de reforma por velhice dos segurados do sector privado vinculados à protecção social obrigatória.

Neste domínio, o ponto central fixa-se, inicialmente, na referência normativa colocada a vigorar há pouco mais de dois anos e de acentuada importância, ou seja, o artigo 1º do Decreto Presidencial nº 89/19, de 21 de Março, que nos termos nele indicados

⁹ A segurança social encontra-se ligada ao bem-estar humano e o papel reforçado das políticas promovidas nesse sentido surgem com os avanços das conquistas dos direitos sociais. Cfr., para tanto, Luiz Antônio Rizzatto Nunes O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48; Ingo Wolfgang Sarlet Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 76 e 143; Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho Jurisdição no estado do bem-estar e do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Padma, 2009, p. 177-178; Juan Mozzikafreddo, Estado-Providência e Cidadania, Vol. II, Publicação Oeiras Celta, 2002, p. 10 ss.

Nesta explicitação, consagra-se a dignidade da pessoa humana, com “uma dimensão fundante da ordem de direitos fundamentais”. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa - Anotada, 4ª Edição, Coimbra Editora, p. 472.

trata de fixar o salário mínimo nacional garantido único, um montante, a todos olhos, inteiramente influente, em maior medida porque o seu campo de acção, até recente data, entrava na geometria dos critérios limitativos do montante máximo da reforma por velhice, embora, anote-se bem, limitado aos segurados da função pública, parecendo não se negar esta particular evidência quando indevidamente era tomado como regra geral aplicável a todos os segurados, sem excepção, em desprezo ao conteúdo determinante da disposição legal, pois é digno de menção anotar que inexistiu ou sempre inexistiu qualquer preceito jurídico que mande ou mandasse ter em conta a sua real aplicação neste domínio, uma realidade sem explicação mesmos nos fragmentos da legislação sobre a matéria em vigor - talvez conste de um despacho interno de alguma entidade do corpo administrativo da segurança social, o que nos aflige por se mostrar uma ilegalidade evidente -, já que, decididamente, o diploma legal destacado para essa finalidade (o Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro) nada estipula a respeito.

A este propósito, aproveita-se a ocasião para referir que da expressa disposição do articulado sobre a matéria consta uma fórmula sustentada em variáveis que, nos termos indicados, declina a hipótese de se estabelecer uma redução no montante da pensão devida ao segurado/reformado, cabendo apenas respeitar as exigências nela estipuladas à luz das respectivas especificidades, e nada mais do que isso.

Tratamos de falar, neste caso, do nº 1, artigo 11º do já identificado Decreto Presidencial nº 299/20.

Na verdade, como regra fundamental a não perder de vista, pois através dela se registam os factores indispensáveis à composição do cálculo, se alcança o exacto quantitativo consoante o caso concreto, na sequência das contribuições pagas segundo um modelo participado pelos segurados/trabalhadores e pelas entidades empregadoras/contribuintes, como determina o nº 1, artigo 12º do Decreto Presidencial nº 227/18, de 27 de Setembro ¹⁰, por via do disposto no nº 1, artigo 10º da Lei nº 7/04; por conseguinte uma contribuição bipartida efectuada pelas partes envolvidas¹¹.

Seguindo o caminho um pouco antes indicado, mostra-se evidente dizer que no campo destas abordagens, tornar-se-ia incompleto não referir que o piso da pensão de reforma por velhice

¹⁰ O aludido diploma legal estabelece o regime jurídico de vinculação e de contribuição da protecção social obrigatória.

¹¹ A taxa contributiva fixa-se em 3% para o trabalhador e 8% para a entidade empregadora (nº 1, artigo 12º do Decreto Presidencial nº 227/18, de 27 de Setembro - estabelece o regime jurídico de vinculação e de contribuição da protecção social obrigatória). Sendo este o critério aplicável à generalidade dos contribuintes, ainda assim existem particularidades, cabendo assinalar que no sector das pescas, agricultura, vendedores ambulantes e de mercados, o pagamento da taxa contributiva é de 1,5% para o trabalhador, enquanto a entidade empregadora contribui com 4%, conforme determina o artigo 7º do Decreto Presidencial nº 295/20, de 18 de Novembro. As indicadas contribuições são um produto financeiro, e constituem montantes que podem ser destinados para o investimento, à luz das regras aprovadas para a Gestão das Reservas Técnicas e Activos do Instituto de Segurança Social (Decreto Presidencial nº 297/20, de 19 de Novembro). Num à parte, cabe assinalar que por via do Despacho Presidencial nº 195/21, de 19 de Novembro - foi autorizada a despesa e formalizou-se a abertura do procedimento de contribuição simplificada para “extensão do Plano de Sustentabilidade e Gestão da Segurança Social (PSGSS), na modalidade de operação assistida, por sinal a terceira extensão do aludido programa (visa exclusivamente a transferência de competências e património ao longo do processo em curso, cuja propriedade é titulada pelo INSS), cuja organização e aplicação se encontra a cargo da empresa Angola Prev Limitada, contratada desde 2005 para prestar serviços de consultoria ao INSS, tendo levado a cabo o Plano de Modernização e Desenvolvimento do INSS (PMDI - 2005-2009); o Plano de Qualidade e Sustentabilidade da Segurança Social (PQ3S -2011-2013); e o Plano de Sustentabilidade e Gestão da Segurança Social (PSGSS - 2014-2018).

assenta numa matriz sustentada numa fórmula merecedora de especial atenção, cuja técnica de montagem estrutura-se num tripé de variáveis, em função dos quais é calculada a prestação pecuniária mensal, periódica e continuada, atribuída ao reformado.

Com efeito, a base legal de sua formulação consta, como dissemos, do nº 1, artigo 11º do Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro que aprova o regime jurídico sobre a protecção social na velhice, no âmbito do sistema da protecção social obrigatória, e o aludido tripé de variáveis nem na sua letra nem no seu espírito fornece a hipótese de se armar uma limitação máxima do montante da pensão em análise.

Com efeito, numa incursão ao referido preceito, apenas declara-se que o cálculo funda-se numa estrutura técnica baseada num esquema simples, assim resumido (nº 1, artigo 11º do Decreto Presidencial nº 299/20):

$$P = (R \times N / 420)$$

Quanto a isso, “P” constitui o valor da reforma; “R” a média da remuneração de referência da base contributiva dos últimos 36 meses seguidos ou interpolados, com entrada de contribuições; “N” o número de meses com entrada de contribuições; e “420” o coeficiente do limite de meses da carreira contributiva.

Por conseguinte, à luz da técnica do aludido conteúdo normativo, o valor da pensão de reforma por velhice é calculada em função desses três elementos, tendo lugar de destaque o facto de, logo no início de cada ano civil, e durante quatro anos sucessivos, contados

da entrada em vigor do diploma em análise, se acrescer à variável “R” doze meses (12), conforme estabelece o nº 3, artigo 11º do Decreto Presidencial nº 299/20, cuja aplicação, naquele lapso de tempo, é uniforme para todos os reformados, parecendo-nos que tal disposição visa remediar os inconvenientes ligados à não actualização em tempo oportuno dos montantes da pensão de reforma, sobretudo diante dos agigantados percalços económicos, com óbvios e nefastos efeitos resultantes do aumento do custo de vida.

Ora, na alçada destas considerações, reclama meticulosa atenção o facto de não se poder ignorar que a actualização do montante mínimo e máximo da pensão em causa, depende, muito particularmente, dos resultados dos indicadores de sustentabilidade do sistema de protecção social obrigatória, mas incontestavelmente exige-se que tal matéria seja proclamada através de decreto presidencial (artigo 12º do diploma legal acima identificado), uma exigência especialmente expressa no domínio do regime dos trabalhadores por conta de outrem (artigo 21º da Lei nº 7/04), como formalidade legal que largamente se explica pelas repercussões ligadas a aspectos de ordem sócio-económica, política e jurídica (por certo só deste modo se pode alterar as condições supostas para a criação de um factor de limitação, pois de contrário o reformado fica capturado pela instabilidade do ambiente económico, que se inclina para ser prolongada, por se tornar causa constante, sem a formulação de uma norma com método e lógica jurídicos), havendo a clara conveniência em acrescentar que a razão de ser daquela determinação tem proeminente respaldo nos n.º (s) 1 e 2, artigo 161º da Lei Geral do Trabalho.

Nesta razão, quanto assim se determina, logo se associa uma fulcral realidade: a determinação emanada nesses moldes tem um papel de enorme efeito prático, pois directamente coloca limites no quantitativo da pensão do reformado. Daí a base legal para sua zelosa observância.

Noutros termos, a fórmula pré-definida inscrita no diploma legal ora apontado, mesmo que não integre no seu formato a questão das fasquias máxima e mínima da pensão de reforma, sempre fica numa situação de dependência plena de um instrumento legal que lhe é exterior, e acima de tudo capaz de neutralizar uma porção do montante da pensão de reforma quando superior ao limite estabelecido ou fixado do aludido instrumento.

Por essa razão tudo antes dito atrás parece justificar outras ponderações.

3. Considerações Subsequentes

Numa leitura atenta, cumpre inicialmente referir que por força do preceituado no artigo 1º do Decreto Presidencial nº 89/19, de 21 de Março¹², consignou-se que o salário mínimo nacional garantido único fixa-se em KZ 21 454,10 (Vinte e um mil, quatrocentos e cinquenta e quatro Kwanzas e dez cêntimos).

Por altura da fixação deste *quantum* mínimo, o cálculo da pensão de reforma por velhice constava do revogado Decreto (Conselho de Ministros) nº 40/08, de 2 de Julho. A sua base de cálculo (nº 1, artigo

¹² O pequeno diploma legal apenas trata de ajustar o montante das pensões do nível de protecção social obrigatória.

10º) seguia a mesma matriz e respectiva combinação de elementos em que se funda o enunciado sobre a matéria disposto no decreto presidencial revogante (Decreto Presidencial nº 89/19).

O aludido conteúdo técnico, convém esclarecer, aplicava-se a todos os indivíduos segurados no âmbito do regime geral e obrigatório de protecção social como beneficiários da pensão de velhice, quer integrados na administração pública quer no sector privado ou cooperativo.

Contudo, neste domínio a questão central encontra-se no facto de se ter estabelecido que o valor da pensão de reforma para os segurados vinculados à administração pública, sublinhe-se, não devia ultrapassar trinta e cinco (35) salários mínimos. Esta constitui a realidade inegável que se colhia dos nº (s) 2 e 3, artigo 10º do Decreto nº 40/08.

Por isso, à luz de um juízo interpretativo exacto, os ditos enunciados normativos não se aplicavam às situações cujos titulares da pensão de reforma por velhice laboraram no sector privado ou cooperativo, embora sempre fique exposto a dúvidas o caso relacionado com os reformados das empresas públicas, mas talvez o legislador estivesse imbuído do espírito de considerar a administração pública em todas as vertentes, já que não tratou de diferenciar se incidia sobre a administração pública directa ou indirecta.

Em suma e na efectivação de uma ideia simples, mostra-se evidente que a limitação do valor da reforma indexada àquela grandeza máxima (não superior a trinta e cinco salários mínimos),

não se aplicava às situações relacionadas com o cálculo das pensões de reforma dos segurados não integrantes da administração pública.

A ser assim, em rigor, todas as normas que se relacionavam com tal enunciado legal, não deviam ser alargadas nem muito menos consideradas no campo do sector privado ou cooperativo, por implicar uma contrariedade aos enunciados dispostos nos nº (s) 2 e 3, artigo 10º do revogado Decreto nº 40/10. Logo por isso, apontam-se os nº (s) 3 e 4, artigo 2º do Decreto Presidencial nº 87/19, de 21 de Março¹³, que sustentados na norma limitadora do quantitativo da pensão de reforma aos trinta e cinco (35) salários mínimos, determinam que ao montante máximo se deve efectuar um ajuste em 5%, não podendo o respectivo cálculo ultrapassar o valor resultante do aludido ajustamento.

Esta é a severidade legal que se alude: tais disposições, por aquela altura, limitavam-se a ser aplicadas à administração pública.

Nestes dias, a título de reforço, acode em defesa desta posição o facto de se ter revogado o Decreto nº 40/08, por via das explicativas palavras constantes do artigo 21º do Decreto Presidencial nº 299/20.

Levado em conta todas as considerações ou argumentos acima descritos, claramente não há fundamento legal para se limitar o montante de reforma por velhice dos segurados não integrantes da administração pública no período de vida activa, por se encontrarem fora do campo de incidência da mencionada limitação máxima, e numa linha de justiça não se pode fazer letra morta desta realidade.

¹³ Este diploma ajusta o montante das pensões do nível de protecção social obrigatória.

De outra maneira, cairemos no puro arbítrio por não haver perfeita correspondência entre a regra disposta no documento normativo e as situações de facto que lhe são subsumíveis.

4. Considerações conexas

O que mais importa acentuar, logo à partida, assenta numa questão muito significativa e que se vai fazendo tábua rasa: criou-se uma limitação no cálculo da pensão de reforma por velhice e na pensão de reforma antecipada¹⁴, sem fundamento legal, para os então exercentes dos respectivos ofícios fora da máquina administrativa pública.

Com efeito, ao interpretar-se determinada norma legal para além do campo traçado em sua letra, mostra-se evidente que se encontrou um resultado distinto do formulado ou contido tanto no enunciado normativo do diploma revogado (corpo do artigo 10º do Decreto nº 40/80), como no diploma revogante (corpo do artigo 11º e artigo 12º, ambos do Decreto Presidencial nº 299/20).

Em razão disso, todos aqueles alinhados a uma fasquia salarial para lá da remuneração máxima fixada para a administração pública directa, em momento algum podem obter um montante de pensão acima dos KZ 578 336,30 (Quinhentos e setenta e oito mil, trezentos e trinta e seis Kwanzas e trinta cêntimos)¹⁵, acima de tudo por força de uma questão central já antes aludida que trata de incorporar no

¹⁴ O Decreto nº 76/05, de 12 de Outubro, permite a pensão de reforma antecipada às profissões consideradas desgastantes. A lista das actividades e profissões penosas e desgastantes, consta do Anexo a que se refere o nº 2, artigo 5º do Decreto Presidencial nº 299/20, de 23 de Novembro.

¹⁵ Cfr. <https://expansão.co.ao/angola/interior/reformas-por-velhice>.

cálculo da pensão de reforma o revogado limite máximo de 35 salários mínimos para os segurados vinculados à função pública¹⁶ (nº 3, art.º 10º do Decreto nº 40/08), e para maior crueza deste acto utiliza-se o quantitativo salarial mínimo de outro diploma igualmente revogado, no caso o Decreto Presidencial nº 91/17, de 7 de Junho que fixava o salário mínimo nacional garantido único em KZ 16 503, 17 (Dezasseis mil, quinhentos e três Kwanzas e dezassete cêntimos), resultando uma flagrante e verdadeira sujeição a um instrumento legal que já não se encontra em vigor, desde logo, por via da revogação operada pelo Decreto Presidencial nº 89/19, de 21 de Março, cujo artigo 1º estabelece a esse respeito um novo montante ora fixado em KZ 21 454,10 (Vinte e um mil, quatrocentos e cinquenta e quatro Kwanzas e dez cêntimos), que se porventura fosse acolhido e aplicado como tal no respectivo cálculo, note-se bem, tornaria igualmente possível dele resultar uma cifra acima daquela considerada como intransponível.

Voltando a mira para a nossa preocupação cardeal, sobrevém um verdadeiro estouro sónico, pois sob aquela configuração efectuaram-se reposições de preceitos a que já se tinham tirado toda a eficácia ou força jurídica, e o mais preocupante assenta numa verdade elementar: não se conhece um diploma legal de entidade competente que de maneira expressa faça renascer os apontados instrumentos normativos ou, no mínimo, as disposições em referência, querendo isto dizer, em seu rigor e clareza, que se passou

¹⁶ Os procedimentos para a aposentação dos funcionários públicos consta do Decreto Presidencial nº 3/09, de 1 de Abril. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 16/94, de 10 de Agosto, regula o sistema de segurança social das Forças Armadas Angolanas; e o Decreto-Lei nº 04/08, de 25 de Setembro, regula o sistema de protecção social do pessoal do ministério do interior.

por cima de actos revestidos da forma de decreto presidencial, ofendendo-se desse modo a ordem jurídica estabelecida.

Por outro lado, não passa despercebido, aliás, não se pode ignorar que tendo sido revogado o Decreto nº 40/08, agiganta-se a proeminente realidade de que tal limite máximo de trinta e cinco salários mínimos deixou, igualmente, de se aplicar aos segurados vinculados à administração pública directa e indirecta (cabe, no entanto, salientar, que o nível remuneratório médio na administração pública directa é baixíssimo), pois se fixarmos a vista no corpo do artigo 11º do Decreto Presidencial nº 299/20, não se encontra em seu enunciado nada expresso nesse sentido. Com efeito, as regras nele dispostas, em sua inteligência, não dão margem para manter tal directriz limitativa antes prevista no Decreto nº 40/08. Porém, um significativo exemplo de actuação contrária constitui o registo que temos de uma muito recente reclamação manifestada por um reformado à entidade coordenadora do sistema de segurança social (embora se esteja certo de lhe podermos acrescentar muitas mais), e em resposta expressa foi levado ao seu conhecimento que o montante da pensão máxima (KZ 577 610,95), resulta da aplicação do nº 3, artigo 2º do Decreto Presidencial nº 87/19, de 21 de Março e, numa simples leitura, tal preceito remete para o nº 3, artigo 10º do Decreto nº 40/08, ou seja, busca amparo num diploma legal por aquela altura já revogado¹⁷, parecendo-nos que não seria conforme dizer mais palavras, mas é impossível fugir a declarar que se comete

¹⁷ A esse respeito tratamos de referir que o expediente denominado “Resposta à Reclamação da Pensão de Reforma” data de 2 de Agosto de 2021 e encontra-se subscrito pelo titular adjunto do Instituto Nacional de Segurança Social.

um sério atentado contra a segurança da ordem jurídica, por sinal a mais sólida base da ordem social.

Por via disso, mostra-se pertinente tratar de perceber como se obteve o limite de pensão máxima a ser paga pelo órgão representativo nacional em matéria de segurança social obrigatória, ou seja, KZ 577 610,95 (Quinhentos e setenta e sete mil, seiscentos e dez Kwanzas e noventa e cinco cêntimos)¹⁸:

$$P = (R \times N / 420)$$

$$P = (16\,503,17 \times 35^{19}) = 577\,610,95$$

Em jeito de remate, importa, à sua vez, avançar com um simulacro sustentado no cálculo previsto no revogado Decreto nº 40/08, no qual se coloca o imperativo do valor da pensão não ultrapassar os 35 salários mínimos. A ser assim, vejamos:

Empregado do sector privado ou cooperativo (já na qualidade de reformado), com rendimento médio mensal de KZ 2 206 124,00 (Dois milhões, duzentos e seis mil e cento e vinte e quatro Kwanzas), e 35 (trinta e cinco) anos de serviço (o exemplo é também aplicável a uma

¹⁸ Cabe assinalar que a base de incidência contributiva, antes, na prática, apenas alcançava o salário base, embora já se determinasse que também incidia sobre as prestações e complementos remuneratórios pagos directa ou indirectamente em dinheiro (alíneas a) e b), nº 1, artigo 16º do Decreto nº 38/08, de 19 de Junho. Porém, para contornar indevidas interpretações em torno da matéria, estipulou-se, na actualidade, que só não integram a base contributiva as seguintes prestações pecuniárias: prestações sociais pagas pelas entidades empregadoras no âmbito da protecção social obrigatória; valor correspondente ao subsídio de férias; valores correspondentes à subscrição ou participação efectuada pelos trabalhadores e pelas entidades empregadoras de modalidades de protecção social complementares previstas em legislação própria (alíneas a), b) e c), nº 2, artigo 13º do Decreto Presidencial nº 227/18, de 27 de Setembro).

¹⁹ Salário mínimo nacional multiplicado pelos trinta e cinco salários mínimos.

destacada franja de trabalhadores das empresas públicas). À luz da fórmula $P = (Rx N / 420)$, compõe-se o seguinte:

$$P = 2\,206\,124,00 \times 420 / 420 = KZ\,2\,206\,124,00$$

Contudo, tendo sido tomado como regra a que se deve plena obediência uma determinação de proveniência desconhecida (em palavras de significativa moderação), como forma neutralizar ou talvez desprezar, sob o aspecto jurídico, um documento normativo fundado numa competência constitucional.

Deste modo, e em palavras mansas, mostra-se evidente que se posterga os direitos adquiridos pelos segurados de pensões mais elevadas nas arenas da reforma por velhice e reforma antecipada.

5. Diminuição ou afectação dos direitos adquiridos

Tudo quanto se disse atrás parece justificar que a verdadeira base de supressão dos direitos adquiridos pelos reformados, funda-se no facto de sustentar-se um tecto máximo da pensão de reforma por velhice aos segurados do sector privado, quando efectivamente pelos enunciados dos diplomas legais aplicáveis, criteriosamente aprovados pela autoridade competente, não se exprime tal determinação; uma realidade que, por sinal, até certa data (22 de Novembro de 2020) apenas se aplicava aos segurados vinculados à administração pública, mas (é importante referir) também para estes deixou-se de ter conta, se fixarmos a vista na nova matriz disposta no instrumento normativo vigente, ou seja, o Decreto Presidencial nº 299/20, ou mesmo no leque de diplomas com pertinência sobre a

matéria aprovados pela entidade competente, apontando-se que se porventura tal questão se encontra prevista fora deste quadro normativo (examinando o assunto num plano isolado, talvez se tenha dado trato à questão mediante um diploma legal sem a forma exigida, ou seja, inepto, possivelmente por razões de solvência quanto ao fluxo de receitas de contribuições e despesas com prestações), estamos diante de um diploma impróprio por não ter força para alterar o disposto naqueles outros instrumentos legais, além de se ofender a hierarquia das regras do direito.

Por via disso, ocorre a obliteração de facto de um decreto presidencial como fonte única do cálculo da reforma por velhice, porquanto em termos precisos cabe na geometria da forma dos actos próprios de quem exerce a chefia do executivo, justamente consagrado no n.º 3, artigo 125º e em correspondência com a al. l) do artigo 120º, ambos da CRA²⁰.

Como efeito lógico, não se tornam necessárias muitas palavras para justificar que no campo das pensões superiores ao montante máximo fixado sem a devida e firme base legal que se manda ter em conta, ocorra um corte capaz de romper de frente com a garantia da conservação dos direitos adquiridos, por sinal salvaguardada na parte inicial do n.º 2, artigo 12º da Lei nº 7/04, de 15 de Outubro, o pináculo do nosso quadro normativo da segurança social.

À luz destas considerações, importa lembrar que há uma correlação entre o salário auferido no curso da vida activa e o

²⁰ A Constituição da República de Angola (CRA) foi republicada mediante a Lei nº 18/21, de 16 de Agosto (revogou o nº 2, artigo 132º, a alínea c), nº 2 do artigo 135º, o nº 1, artigo 199º, o artigo 215º e o nº 1, artigo 242º; além de aditar os artigos 107º-A, 116-A, 132º-A, 198º-A, 212º-A e 241º-A.

montante da pensão, por certo resultante do valor deduzido das remunerações pagas mês a mês ao trabalhador e das quantias das contribuições mensais devidas pelo empregador à instituição gestora da segurança social (neste domínio, aludimos à média da remuneração de referência da base contributiva nos últimos trinta e seis meses seguidos ou interpolados, com entrada de contribuições), resultando daqui as designadas “prestações garantidas como direitos” (nº 1, artigo 12º *in fine*), e por aqui se capta a origem visível de que este preceito constitui a expressão exacta dos direitos adquiridos, uma terminologia cujo conceito tanto no terreno comum como no domínio do direito da segurança social, “corresponde aos direitos que já se encontram reconhecidos ou possam sê-lo por se encontrarem reunidos todos os requisitos legais necessários ao seu reconhecimento”, como se colhe, em sede do ordenamento jurídico português, da alínea a), n.º 2, artigo 66º da Lei de Bases do Sistema de Segurança Social (Lei nº 83-A/2013, de 30 de Dezembro, cujo artigo 20º faz questão de o relevar como princípio da tutela dos direitos adquiridos e em formação) e, por certo, no mesmo sentido se encontra o disposto no corpo do artigo 12º da Lei nº 7/04.

No âmbito destas coordenadas é que funciona o princípio da diferenciação positiva, assente na flexibilização e modulação das prestações em função dos rendimentos; esta última realidade obviamente indexada ao montante da remuneração mínima nacional²¹. Contudo, em termos exactos, impõe-se conhecer qual o montante de salários a ter em conta nestas situações, na medida da

²¹ O salário mínimo nacional, ora fixado em KZ 33 598,13 (trinta e três mil, quinhentos e noventa e oito Kwanzas e treze cêntimos), consta do Decreto Presidencial nº 87/19, de 21 de Março.

sua justiça, uma prerrogativa exclusivamente atribuída a quem exerce a chefia do executivo, como já antes se apontou, não se mostrando, quanto a nós, suficiente apelar ao indicado princípio para garantir a sustentabilidade do sistema, embora a sua observância se revele um elemento vital e basilar neste domínio, como de maneira marcante se colhe, por exemplo, do quadro normativo da segurança social portuguesa (artigo 10º da Lei nº 83-A/2013, de 30 de Dezembro) e brasileiro (artigo 1º da Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991 - Lei Orgânica da Seguridade Social); mas a precisão em pormenorizar o montante máximo da prestação decorre de imperativo legal e para a sua concretização exige-se “diploma próprio” (artigo 21º da Lei nº 7/04, primeira parte), evidenciando-se assim a sincronia ou a co-habitação entre a realidade abstrata conformada no aludido princípio (com o risco de se moldar em alguma imprecisão e mesmo alguma opacidade) e o dado prático disposto na imprescindível norma jurídica; e mesmo em nome de sentimentos de solidariedade humana²², não deve confundir-se este problema a ponto de sobrecarregar severamente uma generalidade de reformados, criando-se, em certos casos, uma manifesta desproporção na área do sistema de segurança social, num terreno em que a equidade social tem desempenho destacado nesta ordem de relações atinentes ao aludido sistema.

²² O contexto de recessão económica prolongada, descamba na destruição de empregos, aumento do desemprego e profunda deterioração das condições de vida, precariedade social e avantajada pobreza (ou em risco de pobreza), senão indigência, sem deixar de se referir a influência menos benéfica do cenário internacional. Sobre o critério definidor de pobreza e indigência utilizado pela Organização das Nações Unidas, cfr. <https://unric.org>.

Contudo, pelo apoucamento destas exigências, costurou-se uma solução cuja ilegalidade mostra-se evidente e representa uma amputação dos direitos adquiridos dos reformados, à sombra de uma interpretação não consentida pelas competentes regras que disciplinam a matéria jurídica da segurança social, à qual se adiciona um severo cenário sócio-económico²³, dia a dia mais intrincado, com dolorosa repercussão nos interesses imediatos daquela colectividade de indivíduos, uma questão que em seus detalhes tem implicações que não podem ser vista como secundárias ou periféricas, nem que o corte no montante seja uma porção de menor magnitude, mês a mês vai-se tornando substancial, mais ainda se tivermos em conta a degradação cíclica do valor aquisitivo da nossa moeda (mostra-se complexa a manutenção da estabilidade monetária no país), fundando-se através disso uma premissa capaz de servir de base para afectar o sustento de tudo considerado necessário à vida do sujeito na qualidade de reformado - por certo o reformado, ainda no período de vida profissional activa, tem de obter a devida previsibilidade de ver coberta a perspectiva de vida na situação de aposentado, ou seja, há de se dar a certeza, tanto quanto possível, para não se viver no pavor das incertezas -, além de ensombrar ou erodir a própria convicção das pessoas que confiam na instituição gestora do sistema de segurança social.

²³ Somente a título de mera referência, cabe assinalar que a situação de pobreza em Angola, medida pelo Índice de Pobreza, é a seguinte: pobreza extrema 35%; pobreza moderada 35%; baixo nível de pobreza 23%; não pobre 7%. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com base no rendimento das famílias, no nível de acesso à educação e à saúde, e na expectativa de vida à nascença, mantém Angola na posição 149 entre 189 países. Assim o país coloca-se no Grupo de Países de Desenvolvimento Humano Baixo, isto é, abaixo da média de 0,634 dos países de desenvolvimento humano médio. Cfr., para tanto, <http://www.ceic-ucan.org>.

Por conseguinte, em seus exactos termos, encontramos-nos diante de direitos consolidados na esfera jurídica do reformado, pelo que devem ser considerados como regularmente adquiridos e definitivamente integrados no seu património²⁴, de tal modo que o advento de um novo diploma legal que, eventualmente, venha a limitar o montante máximo da pensão de reforma por velhice (com a fisionomia ou não daquele limite máximo de trinta e cinco salários mínimos), não pode ofender os direitos já atribuídos e assegurados²⁵, conforme o quadro normativo em vigor, pois de contrário passa por cima do aspecto constitucional constante do nº 2, artigo 57º da CRA, atingindo, retroactivamente²⁶, direitos já consumados e, por meio disso, resulta no que se considera uma inconstitucionalidade.

Com efeito, estamos perante uma realidade cuja conformação é dada pelo diploma legal vigente por altura da aquisição dos aludidos direitos (aqui sobressai um significativo valor principiológico - *tempus regit actus*), por conseguinte já concretizado, e o seu não acatamento esfacela a certeza, a segurança e a estabilidade que devem imperar no nosso sistema jurídico.

²⁴ Neste sentido, Arnold Wald, Curso de Direito Civil, Parte Geral, 4ª edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1975, p. 124.

²⁵ Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão, O Direito, Introdução e Teoria Geral, 13ª Edição Refundida, Almedina, p. 554. Sobre os fundamentos dos direitos adquiridos, cfr. A. Santos Justo, Introdução ao Estudo do Direito, 4ª Edição, Coimbra Editora, p. 378 ss.

²⁶ O Código Civil consagra, como princípio geral, a irretroactividade (artigo 12º), vincando a importância de que no campo dos direitos adquiridos, a lei não retrocede para levar os seus efeitos aos actos pretéritos.

Bibliografia

- ALEXY, Robert - Teoria de Los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2002;
- ASCENSÃO, José de Oliveira - O Direito, Introdução e Teoria Geral, 13ª Edição Refundida, Almedina.
- CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª Edição, 1998;
- CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa, Anotada, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007;
- CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira - Jurisdição no estado do bem-estar e do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Padma, 2009;
- MOZZIKAFREDO, Juan, Estado-Providência e Cidadania, Vol. II, Publicação Oeira Celta, 2002;
- MULLAY, B./ DUPRÉ, Marilyn - The New Structural Social Work, Oxford, Oxford University, Press, 2007;
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto - O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002;
- Neves, Ilídio da Costa, Direito da segurança social, princípios fundamentais numa análise prospetiva, Coimbra Editora, 2001;
- SARLET, Ingo Wolfgang - Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015;
- TEIXEIRA, Glória - Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2008;
- WALD, Arnold - Curso de Direito Civil, Parte Geral, 4ª edição, São Paulo, Sugestões Literárias, 1975.



BRASIL





NOVO PERFIL DA ONEROSIDADE NA RELAÇÃO DE EMPREGO: RELEITURA DO REQUISITO DO ARTIGO 3º DA CLT PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO*

*NEW ONEROSITY PROFILE AT EMPLOYMENT RELATIONSHIP:
REINTERPRETATION OF THIRD CLT ARTICLE REQUIREMENTS FOR THE
REALIZATION OF FUNDAMENTAL LABOUR RIGHTS*

Amauri Cesar Alves¹

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Valor da força produtiva nas relações de trabalho e emprego: conceitos de onerosidade e sua relevância no contrato de emprego; 3. Fordismo, reestruturação produtiva toyotista, economia do compartilhamento (economia da tecnologia digital) e onerosidade; 4. Novo perfil da onerosidade na relação de emprego; 4.1 Onerosidade objetiva; 4.2 Onerosidade subjetiva; 4.3 Onerosidade direta; 4.4 Onerosidade ocultada; 4.4.1 Onerosidade indireta; 4.4.2 Onerosidade inversa; 4.5 Onerosidade expandida; 4.5.1. Onerosidade diretiva; 4.5.2. Onerosidade regulamentar; 4.5.3. Onerosidade fiscalizatória; 4.5.4. Onerosidade disciplinar; 4.6. Novo conceito de onerosidade e fruição de direitos na prática.

Resumo:

O artigo tem por objetivo identificar um novo perfil da onerosidade na relação de emprego, vistos os novos modos de organização da produção desenvolvidos

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

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor (Graduação e Mestrado) da Universidade Federal de Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil. Email: amauri.alves@ufop.edu.br.

neste século, com destaque para a economia do compartilhamento ou economia da tecnologia digital. A hipótese é de que seja possível a ampliação da esfera protetiva do emprego para alcançar novas relações que tendem a ficar excluídas da incidência dos direitos trabalhistas, o que se fará pela releitura do artigo 3º da CLT. A metodologia utilizada é jurídico-sociológica e o artigo apresentará como resultados novos conceitos jurídicos em torno da onerosidade no contrato de emprego.

Abstract:

The article aims to identify a new profile of onerosity in the employment relationship, considering the new ways of production organization developed in this century, with emphasis on the sharing economy or the digital technology economy. The hypothesis is that it is possible to expand the protective sphere of employment to achieve new relationships that tend to be excluded from the incidence of labor rights, which will be carried out through a reinterpretation of Article 3 of the CLT. The methodology used is legal and sociological and the article will present as results new legal concepts around the onerosity on the employment contract.

1. Considerações iniciais

O presente artigo pretende construir um novo perfil da onerosidade na relação de emprego, principalmente em um contexto produtivo que não é mais aquele que ensejou a definição do elemento fático-jurídico pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943. Há, hoje, em diversas relações produtivas pós-fordistas, relações de trabalho em que o contratante afirma a ausência do emprego sob o fundamento de inexistência de onerosidade, o que é suficiente para afastar não só a fruição de direitos trabalhistas celetistas, mas, também, toda a estrutura protetiva estabelecida pelo artigo 7º da Constituição da República. Parte, então, de um problema concreto, que é a suposta ausência de onerosidade em relações trabalhistas atuais, principalmente aquelas

marcadas pela economia do compartilhamento, ou economia da tecnologia digital. A pretensão é enfrentar esse problema atual pela via interpretativa, ou seja, pela ampliação conceitual em torno da onerosidade no âmbito do trabalho e do emprego. Cada vez mais as mudanças no sistema produtivo impactam trabalhadores no mundo inteiro. Legislações trabalhistas construídas em um panorama produtivo fordista podem manter sua efetividade se o aplicador do direito puder traçar estratégias interpretativas mais avançadas, que façam com que a norma jurídica acompanhe o desenvolvimento tecnológico e organizacional. É o que se propõe, aqui, com o novo perfil da onerosidade.

O estudo tem como hipótese ser possível ampliar o espectro de proteção trabalhista no Brasil pela via da reinterpretação da regra posta, desde que se tenha em mente a centralidade da norma constitucional e que se reconheça a relevância jurídica das mudanças havidas nos planos fático e organizacional das relações capital-trabalho.

A construção teórica pretendida parte da doutrina justrabalhista assentada em países importantes para o Direito do Trabalho como Brasil, Espanha, Argentina, Itália e Portugal, em sua compreensão clássica, para propor inovações no modo de compreensão da onerosidade nesse novo momento das relações capital-trabalho no mundo. Para tanto diversos autores são referenciados, não só os do Direito do Trabalho, mas também importantes vozes no âmbito do Direito Constitucional, da Sociologia do Trabalho, da Administração de Empresas e da Tecnologia da Informação. A tentativa é de um diálogo aberto entre conhecimentos diversos, pois a realidade social

em torno do trabalho tecnológico não permite mais uma abordagem meramente clássica, normativista, voltada à análise usual dos requisitos jurídicos do emprego.

Para que seja possível concretizar o que está proposto o artigo se estrutura em três itens. O primeiro trata do valor da força produtiva nas relações de trabalho e emprego e revisita conceitos de onerosidade, remuneração e salário nos países escolhidos para análise (Brasil, Espanha, Argentina, Itália e Portugal), sendo aqui relevante também a normatização da Organização Internacional do Trabalho sobre o tema. O foco não é meramente descritivo, de reprodução de conceitos, mas, sim, na busca da melhor compreensão da utilização da força de trabalho como algo relevante econômica e socialmente. O segundo item contextualiza os modelos produtivos mais importantes nos últimos séculos. Parte da estruturação fordista para que seja possível compreender o Toyotismo. Apresenta a economia do compartilhamento (ou economia da tecnologia digital) como um novo modelo ainda em construção, iniciado na presente década e que tem tudo para se desenvolver em perspectiva tecnológica, com impactos (principalmente negativos) na vida dos trabalhadores. O terceiro item trata do novo perfil da onerosidade na relação de emprego, com a proposta de conceitos inteiramente novos em torno do tema: onerosidade direta, ocultada, indireta, inversa, expandida, diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar. Ao final do item será possível construir um novo e amplo conceito de onerosidade, que poderá permitir a efetivação de direitos fundamentais do trabalho nesse novo modelo produtivo marcado pela economia da tecnologia digital.

A metodologia utilizada é jurídico-sociológica por pretender analisar o fenômeno da onerosidade, que é requisito do emprego, no contexto social de sua aplicação fática, tendo por base os diversos modelos produtivos, com destaque para a economia do compartilhamento (Economia da Tecnologia Digital).

2. Valor da força produtiva nas relações de trabalho e emprego: conceitos de onerosidade e sua relevância no contrato de emprego

Como regra geral que comporta poucas exceções o trabalhador ao se relacionar com o capital o faz em razão de pretender ganhos econômicos decorrentes da disposição de seu tempo de vida. Poucas são as relações trabalhistas marcadas por altruísmo, voluntariado, beneficência. Normalmente o trabalhador somente se insere em uma relação de trabalho por pretender extrair dela o seu sustento. Tal compreensão gera presunção no Direito do Trabalho (OLIVEIRA, 2008). A regra geral é que sempre que há trabalho há onerosidade. A exceção se prova em cada caso. Também excepcionalmente pode ser que haja entrega de dinheiro na relação de trabalho sem que haja onerosidade, nas situações de mera indenização ou ressarcimento de despesas, por exemplo. O importante, então, é identificar se a prestação laborativa se deu em um contexto de exploração econômica de trabalho, para que seja possível afirmar a presença da onerosidade.

Maurício Godinho Delgado (2019, p. 345) trata do valor econômico da força de trabalho na relação de emprego e

compreende que há “uma relação de essencial fundo econômico” sendo então “por intermédio dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual.” Assim, “ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.” (DELGADO, 2019, p. 345).

A relação de emprego, como espécie do gênero relação de trabalho, exige conteúdo oneroso da prestação laborativa, visto sempre na perspectiva do empregado. A referência para a pesquisa da onerosidade será o trabalhador, pois quanto ao contratante o elemento fático-jurídico em análise estará quase sempre presente nas situações em que há prestação laborativa, ainda que graciosa, como no trabalho voluntário, por exemplo.

Àngel Eduardo Gatti (2015, p. 279-280) trata da importância do salário para o empregado e para a sociedade em geral no sistema capitalista, tendo por base da análise o direito argentino: “Cabe recordar que el trabajo es uno de los factores de la producción. Según recuerda la teoría económica, principalmente em su enfoque clásico, cada uno de esos elementos que, en conjunto, realizan la actividad de producción, tiene su propio precio: a) los recursos naturales se retribuyen con las rentas; b) el precio del capital es el interés; c) a la empresa - como coordinadora de los factores

productivos - se le paga con los beneficios o las utilidades; d) finalmente, el precio del trabajo es el salario.”²

O salário é o preço do trabalho e a remuneração do trabalhador assume papel importante como instrumento mínimo de distribuição de renda no sistema capitalista. Por isso é também relevante que o Estado cuide de regulamentar padrões salariais mínimos e efetivos para que sua função social seja preservada.

Não é diferente na Espanha, conforme análise de Alfredo Montoya Melgar (2013, p. 33), que trata do conteúdo econômico do Direito do Trabalho: “El trabajo asalariado de cuya regulación se ocupa el Derecho del Trabajo constituye el factor primordial de la producción de bienes y servicios; de aquí de la disciplina económica y la disciplina jurídica de las relaciones laborales sean, en buena parte, coextensas: el contenido de muchas normas de Derecho del Trabajo es, evidentemente, económico.”

O trabalho assume papel central na produção econômica e, em contrapartida, o resultado salarial do trabalho permite que o empregado atue também economicamente no mercado, na importante posição de consumidor.³

² “La reseña precedente asume el salario desde una óptica económica que se relaciona con la teoría de la distribución de la renta como modo de repartir la riqueza creada por medio del proceso productivo. Pero esta cuestión atrae otras problemáticas: en primer término, desde una visión social, cabe considerar que la mayor parte de la población humana económicamente activa tiene por su solo ingreso el salario, y que ese conjunto de sujetos lo reciben en su calidad de trabajadores dependientes o asalariados. De manera que, inmediatamente, surge el planteo referente a la calidad y cantidad de aquella fuente de recursos que el trabajador recibe para afrontar, básicamente, su subsistencia y la de su núcleo familiar.” (GATTI, 2015, p. 279-280).

³ Nunzia Castelli (2011, p. 80) trata da função social do salário: “Sin embargo, más allá de representar sólo el objeto de una obligación de naturaleza económica puesta a cargo del sujeto que, cual titular de los medios de producción, adquiere de forma originaria los frutos del trabajo ajeno, el salario desarrolla una

O salário, então, é meio eficaz de propiciar ao trabalhador seu desenvolvimento social, com sua inserção no mercado de consumo. A função do salário, assim, não é só contraprestativa, mas também de caráter social, ideia que será relevante para as conclusões que seguirão.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê que a existência de vínculo empregatício pressupõe que a prestação laborativa se dê “mediante salário”, além, é claro, de que haja trabalho prestado por pessoa natural, de modo pessoal, não-eventual e subordinado.⁴ A exigência de pagamento de salário foi paulatinamente substituída pela percepção de que a vinculação trabalhista, para ser empregatícia, deve ser onerosa, não se exigindo pagamento de salário para que se caracterize o emprego. Mas seria ilógico afastar direitos trabalhistas, por inexistência de vínculo empregatício, em alguns casos de ausência de salário ou mesmo de contraprestação direta, em razão de inadimplência do contratante.

A onerosidade como elemento fático-jurídico exigido para a caracterização do vínculo empregatício pode ser definida não só como pagamento de salário por trabalho. A pesquisa acerca da existência ou não de onerosidade deve envolver aspectos objetivos e subjetivos, como define Maurício Godinho Delgado: “No plano

trascedental función social. Representa el medio através del cual asegurar el pleno desarrollo individual y social de la persona. Esta distinta función, por tanto, trasciende, y en cierta medida incluso prescinde del carácter sinalagmático de las obligaciones principales del contrato de trabajo, desarrollando un papel distinto del de mera prestación obligacional.”

⁴ “CLT, Art. 3º - *Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.*”

objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. (...) No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes - em especial pelo prestador de serviços - ao fato da prestação de trabalho.” (DELGADO, 2019, p. 347).

Percebem-se, então, duas possibilidades não excludentes: o trabalho será oneroso se houver contraprestação, mas também o será mesmo sem ela, desde que a intenção do trabalhador tenha sido inserir-se numa avença que não é graciosa, ou seja, se seu propósito em relação ao trabalho for a obtenção de ganhos econômicos. Não há relação de emprego se não houver onerosidade na prestação laborativa. A ausência da onerosidade é suficiente para afastar o vínculo empregatício e consequentemente a percepção de direitos trabalhistas, ainda que presentes todos os demais requisitos previstos para a sua caracterização: trabalho por pessoa natural, com pessoalidade, não-eventualidade e subordinação.

No Direito do Trabalho espanhol a delimitação do âmbito de aplicação das regras laborais protetivas se dá também considerando a onerosidade (retribuição). Embora o artigo 1º do Estatuto dos Trabalhadores não trate expressamente da onerosidade ou retribuição, permite sua inferência especificamente no que diz respeito ao trabalho por conta alheia: *“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador*

o *empresario*”. Importante esclarecer aqui que trabalhar voluntariamente, no direito espanhol, tem um sentido totalmente oposto àquele do direito brasileiro. Trabalhar voluntariamente significa que aquele que trabalha não o faz sob coação, como servo ou escravo. Exclui o Estatuto dos Trabalhadores a aplicação de direitos trabalhistas ao trabalho realizado por amizade, benevolência ou boa vizinhança (artigo 1º, 3, “d”).

O âmbito de aplicação do Direito do Trabalho espanhol é definido pelo trabalho livre (voluntário), pessoal, dependente (subordinado) e por conta alheia. É direcionado o estatuto jurídico às relações em virtude das quais uma pessoa trabalha sob dependência de outra, de quem recebe uma retribuição, conforme explica Alfredo Montoya Melgar (2013).

No Direito do Trabalho italiano a previsão legal não é muito diferente. O artigo 2094 do Código Civil prevê que “*è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell’impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore*”. A aplicação do Direito do Trabalho é direcionada ao trabalho subordinado, que é prestado por aquele que se obriga à prestação laborativa mediante retribuição: “Per contratto di lavoro subordinato si intende quindi, alla luce della norma suesposta, quel rapporto contrattuale che intercorre tra il lavoratore e il suo datore, avente ad oggetto la prestazione nell’interesse di quest’ultimo, in forma subordinata, di una collaborazione di tipo intellettuale o manuale, a fronte del pagamento di una retribuzione.” (ZARATTINI; PELUSI, 2014, p. 25)

No Direito do Trabalho português o Código Civil define o contrato de trabalho em seu artigo 1152: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta”, conform explica Pedro Romano Martinez (2013, p. 31). A nova redação definida no Código do Trabalho, em seu artigo 11, estabelece que: “*Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.*” Em Portugal a retribuição está no centro da definição do contrato de trabalho.⁵

Na Argentina o conceito de Direito do Trabalho proposto por Ángel Eduardo Gatti (2015, p. 25-26) tem na remuneração boa parte de sua construção: “Podrá decirse, de tal manera, que el Derecho del Trabajo es el ordenamiento normativo e institucional que regula las relaciones individuales y colectivas del trabajo asalariado, prestado por unos sujetos (los trabajadores) por cuenta y a favor de otros (los empleadores), estando a cargo de éstos la satisfacción de la remuneración y otros deberes impuestos por el sistema jurídico imperante, establecido según cierta distribución del poder socio-económico en el grupo humano regulado.”

O trabalho assalariado, e não qualquer prestação laborativa, está

⁵ Os termos *retribuição*, *remuneração*, *salário*, *ordenado*, *vencimento*, etc. são sinónimos; utiliza-se, de preferência, a palavra *retribuição*, de acordo com a terminologia legal (arts. 258º e ss. do CT). A *retribuição* é a prestação que deve ser efetuada pelo empregador ao trabalhador, como contrapartida da atividade por este desenvolvida. A existência de *retribuição* é um pressuposto do contrato de trabalho, como se deduz do art. 11º do CT (...). Assim sendo, o contrato de trabalho classificar-se-á como um negócio jurídico oneroso e sinalagmático. MARTINEZ, 2013, p. 149-150).

no centro do conceito de Direito do Trabalho na Argentina, com referência aqui, também, para o caráter sinalagmático da avença remunerada. O mesmo autor argentino traz conceito de remuneração como sendo “el pago que el trabajador dependiente recibe a cambio del trabajo efetivamente prestado o de su disponibilidad a hacerlo, en orden a la actividad de su empleador” (GATTI, 2015, p. 280).

Ainda sobre o conceito de remuneração estabelece a Convenção n. 100 da Organização Internacional do Trabalho, em seu artigo 1, “a”, que a palavra “remuneração”, no referido diploma, *“compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último”*. A norma internacional, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25/06/1957, traz noção ampliada do instituto da remuneração, o que na prática, conforme será visto, serve também para ampliar a possibilidade do reconhecimento da onerosidade em uma dada relação fática concreta e eventualmente controvertida. Destaque-se que o pagamento se dá direta ou indiretamente e que estão compreendidas na remuneração todas as vantagens pagas, o que coloca as regras celetistas em contrariedade com o disposto na norma internacional. Na mesma linha de relevância o conceito de salário na Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1952), também em seu artigo 1.⁶

⁶ “Para os fins da presente Convenção, o termo “salário” significa, qualquer que seja a denominação ou o modo de cálculo, a remuneração ou os ganhos suscetíveis de serem avaliados em espécie ou fixados por acordo ou pela legislação nacional, que são devidos em virtude de um contrato de aluguel de serviços, escrito ou verbal, por um empregador a um trabalhador, seja por trabalho

Percebe-se, então, que as construções conceituais da OIT são mais amplas do que o que fixou a CLT em seus artigos 3º, 457 e 458, exemplificativamente. São mais amplas até mesmo do que as definições clássicas construídas em torno do requisito, o que será importante para a fixação dos conceitos do presente estudo e para as propostas de sua aplicação prática no sentido da efetivação de direitos.

Essa natureza, de tratado de direitos humanos, deve ser reconhecida às Convenções 95 e 100 da Organização Internacional do Trabalho, nesse estudo não somente para fins conceituais, mas também de aplicação nos diversos cenários novos, decorrentes principalmente da economia do compartilhamento. Trata-se de proeminência dos tratados em relação à CLT, em decorrência da “adequação da Constituição às novas exigências, anseios e transformações resultantes dos processos sociais, culturais, políticos e econômicos de nossa sociedade”. (CUNHA E CRUZ; CÉSAR, 2013 p. 231).

No Direito do Trabalho brasileiro Jorge Luiz Souto Maior (2008, v. II, p. 59) sugere estratégia prática de identificação ou não da onerosidade no caso concreto, ao afirmar que “não se pode admitir que a necessidade econômica justifique que alguém se submeta a prestar serviços a outrem e abra mão do recebimento de salário e, como dito, o mero correr do tempo não pode ser entendido como fator de convalidação da renúncia perpetrada.” A partir dessa constatação, sugere Souto Maior (2008, v. II, p. 59) que ao invés de

efetuado, ou pelo que deverá ser efetuado, seja por serviços prestados ou que devam ser prestados.”

o intérprete analisar a presença da onerosidade no trabalho, deveria pesquisar se está ausente a “onerosidade como elemento de descaracterização da relação por intermédio da prova contundente da intenção do trabalhador de não receber vantagem em troca do serviço realizado, sendo que esta intenção, por sua vez, só será válida se não representar renúncia ao direito à justa remuneração.”. A sugestão de Jorge Luiz Souto Maior será relevante também para a identificação de novas relações contratuais nas quais se nega vínculo empregatício em razão de uma suposta ausência de onerosidade. Assim, importante compreender desde já que o que se há de perquirir é se de fato o trabalhador não espera nenhuma vantagem em troca do serviço realizado.

Diante do exposto é possível fixar aqui conceito inicial de onerosidade para os fins do presente artigo e para que seja possível, ao final do presente estudo, uma nova conceituação. Onerosidade é requisito do emprego, de caráter sinalagmático e também social, que se caracteriza pela entrega de contraprestação por trabalho (ou disponibilidade) ou ainda pela intenção de receber algo em troca da disposição de sua força produtiva, de tempo de vida ou saber-fazer, ou mesmo pela simples fluência do contrato.

3. Fordismo, reestruturação produtiva toyotista, economia do compartilhamento (economia da tecnologia digital) e onerosidade

A presente seção do texto tem por objetivo demonstrar como a Economia da Tecnologia Digital pretende transformar a onerosidade envolvida nas diversas relações de trabalho e que é exigência para a

caracterização do vínculo empregatício e sua relevância para o Direito do Trabalho. Para isso, esforço histórico e de análise dos sistemas produtivos mais relevantes no capitalismo. A análise se justifica a partir da necessidade de demonstração que a onerosidade que se pretende construir doutrinariamente é decorrente de um novo modelo produtivo adotado pelo capitalismo no século XXI, substancialmente diferente dos sistemas utilizados até então, o que justificaria uma nova teorização justralhista.

A proteção estatal ao trabalho subordinado tem como marco inicial a Revolução Industrial europeia e tem seu apogeu no período imediatamente posterior à II Guerra Mundial, com a expansão do Estado de Bem-Estar Social também na Europa. A ideia sempre foi relativamente simples: atenuação das desigualdades naturais existentes entre empregado e empregador pela via da imposição estatal da norma jurídica protetiva. Como consequência dessa correção de desigualdades o mundo do trabalho verificou a mais efetiva possibilidade de distribuição (mínima) de renda e a melhor fórmula de inserção da classe trabalhadora (pobre) no mercado de consumo. Outra consequência importante foi o desenvolvimento relativamente seguro e rápido do capitalismo hegemônico, pois a expansão (razoável) da renda da classe trabalhadora foi revertida em lucros privados para uma elite restrita.

No contexto da organização do trabalho o padrão produtivo mais exitoso no século XX era o taylorista-fordista, que se estruturava no controle integral da produção nas mãos do industrial, que como regra geral retirava do trabalhador o seu saber-fazer e sua individualidade, mas que retribuía com direitos e um pouco de dinheiro para uma vida

digna. No fordismo havia produção em larga escala, de produtos homogêneos, em certa medida sem considerar demandas específicas dos consumidores. O modelo é de grandes fábricas, que reúnem muitos trabalhadores homogeneizados, relativamente estáveis, com um contraponto sindical que também pretendia ser grande e abrangente.

Ocorre que o modelo de proteção estatal que distribui renda e potencializa lucros foi atacado em meados dos anos 1970 pela crise do petróleo e principalmente pela eleição de governantes neoliberais que têm como referências Margareth Thatcher e Ronald Reagan. A estratégia era a de destruição dos sindicatos e da rede estatal de proteção à classe trabalhadora. Estruturou-se um modelo político, econômico e social que ficou marcado pelas ideias de Estado mínimo, liberdade de mercado, livre pactuação, meritocracia e individualidade, com contratos de trabalho instáveis e precarizados. O Estado mínimo acabou se refletindo, dada a confluência de diversos fatores, em uma fábrica mínima, com contratos de emprego também reduzidos, com a proteção estatal restrita ao patamar de subsistência. Somente os lucros não deveriam ser mínimos, é claro.⁷ Há relação entre estado mínimo e fábrica mínima, com reflexos sentidos pela classe trabalhadora que passa a ser organizada em um novo modelo produtivo.

O modelo de organização produtiva se alterou de modo relevante

⁷ Alfredo Copetti Neto e Ricardo Santi Fischer (2015, p. 258) explicam que “...a ideologia neoliberal defende a possibilidade de alcançar o maior bem-estar do homem pela promoção da liberdade e da capacidade empreendedora dos indivíduos (...) O papel do Estado nesse contexto é aquele de garantir as estruturas necessárias ao exercício dessas práticas, ou seja, o funcionamento do mercado, todavia, intervindo minimamente.”

no final do século XX para alcançar os anseios de redução da fábrica, do sindicato e do próprio Direito do Trabalho. O padrão fordista foi substituído, em diversos setores e em muitos lugares, por uma organização “flexível”, que permite maior previsibilidade de demanda específica, o que ensejou uma produção especializada, diferenciada, heterogênea, customizada. Não se trata de uma ruptura drástica com o modelo anterior, fordista, mas uma adaptação pensada por Eiji Toyoda e Taiichi Ohno, após visita daquele à fábrica da Ford em Detroit, nos EUA, conforme explica Thomas Wood Jr. (1992). Esse novo modelo que desponta no mundo no fim do século passado viria a ser conhecido como “Toyotismo”, alusão à indústria japonesa que talvez melhor tenha desenvolvido o padrão flexível. Giovanni Alves (2011, p. 43) explica: “O toyotismo é a ideologia do novo complexo de reestruturação produtiva do capital que encontra nas novas tecnologias da informação e comunicação e no sociometabolismo da barbárie, a materialidade sociotência (e psicossocial) adequada à nova produção de mercadorias. Existe uma intensa sinergia entre inovações organizacionais, inovações tecnológicas e inovações sociometabólicas, constituindo novo empreendimento capitalista que coloca novos elementos para a luta de classes no século XXI. Esta é a marca da cooperação complexa da nova produção do capital.”

O Toyotismo se sustenta basicamente em tecnologias da informação e da comunicação, incentiva a redução de desperdícios (inclusive de trabalho), o trabalho em equipe, a fixação de objetivos claramente estabelecidos, o treinamento e a capacitação do trabalhador, que agora deve ser “multitarefa”.

Embora desenvolvido no Japão, estudado, teorizado e desenvolvido nos EUA e em diversos outros países de capitalismo central, o toyotismo é presente no Brasil, principalmente na indústria. A fábrica, que não quer mais ser grande e abrangente, começa então a expulsar empregados, preferindo a automatização e a terceirização. A regra é a redução de custos sem perda de lucros, e o principal atingido pela estratégia foi o trabalhador, sempre responsabilizado por eventuais insucessos patronais. O Brasil sentiu, sente e sentirá os efeitos nocivos da terceirização e das subcontratações incentivadas pelo toyotismo, sobretudo após a aprovação das Lei 13.429/2017 e 13.467/2017, que alteraram substancialmente a Lei 6.019/1974, que agora permite a terceirização em qualquer atividade do contratante. A terceirização também influencia nos patamares remuneratórios dos trabalhadores brasileiros, sejam eles terceirizados ou não.

A produção fluida toyotista ⁸ impacta na remuneração, uma vez que a pró-atividade e a poliatividade significam quase sempre mais tempo de trabalho ou maior intensidade de trabalho, sem que haja correspondente aumento na contraprestação.

⁸ “A produção fluida implica a adoção, por um lado, do que Bihr denomina de automação de integração (ou gestão informatizada dos fluxos produtivos) e, por conseguinte, de equipes polivalentes/sistema de máquinas automatizadas (e, portanto, também polivalentes). Essa nova organização da produção e do trabalho significa o abandono da organização do trabalho em postos fixos e especializados. (...) Altera-se, desse modo, o perfil socioprofissional do operador de base, que ganha certa liberdade de movimento e capacidade de iniciativa; como observa Bihr, certa “polivalência” (pois é preciso saber intervir em diversos tipos de materiais) e certa “poliatividade” (mesclando tarefas de fabricação, de discussão, de manutenção trivial, até mesmo, de gestão produtiva). Pode-se dizer que a ideia de produção fluida contém um nexos essencial do espírito do toyotismo, a fluidez subjetiva da força de trabalho, isto é, o envolvimento pró-ativo do operário ou empregado...” (ALVES, 2011, p. 49).

Por fim, a já conhecida produção flexível, que bem representa e sintetiza o novo modelo produtivo, sendo até mesmo expressão utilizada como sinônimo de toyotismo, aqui tratada por Giovanni Alves na perspectiva das relações de trabalho: “A produção flexível, sugerida pelo Sistema Toyota de Produção, implica o engajamento laboral. Ao tratar do nivelamento da produção, Ohno expõe a capacidade do toyotismo em se apropriar do ‘saber-fazer’ dos operadores de base e da rede de subcontratação (ou do que Ohno chama de ‘firmas cooperadoras’) visando aprimorar os procedimentos da produção flexível. (...) Fluidez e flexibilidade se conjugam para exigir uma força de trabalho polivalente, qualificada, operando em equipes, que ligam estritamente operários, técnicos, administradores etc.” (ALVES, 2011, p. 50).

A força de trabalho polivalente, organizada em equipe e normalmente sem chefias, que impõe engajamento e “proteção” do empregador é importante também para tornar variável, flexível, e individualizável o salário. A flexibilidade da produção implica em tornar maleável também os contratos de trabalho, com perda ou atenuação da imperatividade da norma trabalhista, uma marca perceptível na Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil.

Ricardo Antunes analisa as diferentes formas de degradação do trabalho no sistema taylorista-fordista e no toyotismo, com destaque, para os fins do presente estudo, a esta última: “A segunda forma de degradação do trabalho típica da empresa da *flexibilidade toyotizada* é aparentemente mais ‘participativa’, mas seus traços de reificação são ainda mais *interiorizados* (com seus mecanismos de ‘envolvimentos’, ‘parcerias’, ‘colaborações’ e ‘individualizações’,

‘metas’ e ‘competências’), sendo responsável pela desconstrução monumental dos direitos sociais do trabalho...” (ANTUNES, 2018, p. 76-77).

Aqui é importante destacar que a onerosidade no toyotismo tende a assumir em relações de emprego atuais o papel que antes era exercido pela subordinação. Não há mais necessidade de uma gerência “despótica”, com regulamentos extensos, detalhistas, pormenorizados. Agora basta transferir o centro do poder empregatício para a onerosidade, com metas e prêmios, por exemplo, para que o empregado cumpra toda a sua obrigação contratual.

No que diz respeito ao cerne do presente estudo, que é a onerosidade, o modelo produtivo fordista consagrou anteriormente um contrato de emprego relativamente estável, com remuneração fixa, previsível, homogênea e padronizada. A definição mensal do salário dependia basicamente da quantidade de horas de trabalho entregues. A remuneração ou complexo salarial tinha no Direito do Trabalho brasileiro até a Reforma Trabalhista um importante efeito que o Prof. Maurício Godinho Delgado (2019, p. 856) define como expansionista circular, que é “sua aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como ilustrativamente, previdenciária”. Assim, as parcelas remuneratórias (ou salariais) tendem a produzir efeitos econômicos importantes no contrato de emprego. Quando o empregado recebe salário, comissões, adicionais, por exemplo, os valores contraprestativos repercutirão, também, em FGTS, 13º salário e direitos previdenciários, também exemplificativamente, com

ampliação do padrão remuneratório do trabalhador. Também esse efeito expansionista circular do salário atuou durante o século passado como instrumento, mínimo porém efetivo, de distribuição de renda no Brasil.

Em sentido contrário ao do efeito expansionista circular do salário, próprio do fordismo, está o movimento de dessalarização em perspectiva justrabalhista, que se baseia, dentre outros, em fundamentos toyotistas, conforme explica Márcio Túlio Viana: “O Direito do Trabalho começa a fazer o caminho de volta, excluindo o que havia incluído. No caso do salário, que é o que nos interessa, várias parcelas migram de seu campo em direção ao Direito Civil. Em geral, os economistas falam em “dessalarização” quando querem indicar o processo que leva ao desemprego. No entanto, podemos usar a palavra também nesse outro sentido. Um exemplo é a participação nos lucros e resultados, antes tida como salário e hoje dessalarizada (CF, art. 7º, inciso XI). Esse fenômeno não surge apenas pelas mãos do legislador - mas através de convenções coletivas e mesmo decisões judiciais.” (VIANA, 2014, p. 30).

O toyotismo é marcado por novas possibilidades de pagamento no contrato de trabalho, quase sempre no sentido de redução de custos da exploração da mão-de-obra, visto o que Márcio Túlio Viana define como dessalarização em perspectiva justrabalhista. Giovanni Alves (2011) destaca isso claramente no âmbito da Sociologia do Trabalho, com percepções relevantes também para o Direito do Trabalho brasileiro, ao lecionar sobre a flexibilidade da contratação salarial, a instabilidade salarial, e a constituição de uma nova precariedade do trabalho.

O salário agora é preferencialmente individualizável, pois depende da maior “colaboração” do trabalhador, da sua dedicação individual, e não necessariamente de tempos e tarefas estanques, homogêneos, coletivos. A polivalência permite reduzir o número de empregados, na medida em que um único trabalhador pode e deve assumir múltiplas tarefas e responsabilidades, o que reduz a massa salarial. A polivalência não amplia salário na mesma medida em que aumenta trabalho, o que resulta em redução dos custos da produção para o empregador.

Outro fator preocupante no toyotismo atrelado ao neoliberalismo é a terceirização. A relação trilateral (ou triangular) reduz o valor da força de trabalho dos terceirizados, obviamente, mas também dos empregados diretos, pois estes temem se tornar um daqueles enquanto aqueles querem ter o emprego destes.

Não há no toyotismo, necessariamente, uma ruptura integral com as regras, princípios e institutos próprios do Direito do Trabalho desenvolvidos em todo o mundo. Há uma transformação importante dentro do sistema, mas que não nega, como regra geral, a ideia básica de hipossuficiência e de proteção normativa estatal ao empregado, contrariamente ao que tende a acontecer em um novo modelo, caracterizado pela economia do compartilhamento (economia da tecnologia digital), como será visto.

A organização toyotista tem hoje ampla aplicação na indústria, vistas as características inerentes à produção de bens em todo o mundo. Aplicam-se os conceitos e princípios toyotistas também no comércio e nos serviços, mas neste setor especificamente surge agora um novo modelo, que rompe com a ideia do emprego e que

tem seu nascimento na chamada “economia do compartilhamento”, ou “economia da tecnologia digital”. Para fins do presente estudo as duas expressões serão utilizadas separada ou conjuntamente e como sinônimas. Definição inicial desse novo fenômeno mundial é trazida por Tom Slee. Para o autor a economia do compartilhamento é uma “onda de novos negócios que usam a internet para conectar consumidores com provedores de serviço para trocas no mundo físico, como aluguéis imobiliários de curta duração, viagens de carro ou tarefas domésticas” (SLEE, 2017, p. 21).

A economia do compartilhamento, ou economia da tecnologia digital, é recente, iniciou-se em 2013/2014, conforme identifica Tom Slee (2017). Em um primeiro momento ficava restrita a trocas informais, diretas, razoavelmente equânimes, marcadas pela colaboração entre pessoas, sem envolver dinheiro, até ser potencializada pela utilização da internet e apropriada pelo capitalismo. Essa utilização potencial do compartilhamento teve, tem e terá efeitos graves no Direito do Trabalho em todo o mundo. O que se inicia como algo intrinsecamente positivo para todos começa a ser rentável para poucos em detrimento de muitos, conforme explica Tom Slee (2017).

A economia do compartilhamento promove uma verdadeira transformação nas relações capital-trabalho. A plataforma virtual de intermediação de trabalho, que une trabalhadores e seus contratantes, não se apresenta como empregadora, pois sequer pretende ser vista como contratante de trabalho. Para as empresas líderes da economia da tecnologia digital elas são meras ferramentas para que haja o encontro entre trabalhadores e pessoas que

necessitam da prestação de serviços. A ideia básica, falaciosa, é permitir que livremente haja prestação laborativa por trabalhadores para aqueles que precisam contratar alguém. Há uma clara expectativa de desresponsabilização do capital em relação ao trabalho, que Tom Slee identifica como um movimento de desregulação.⁹

A desregulação ou desregulamentação em matéria trabalhista é a marca da expansão da economia do compartilhamento no Brasil, pois ao contrário da reestruturação produtiva toyotista o que se pretende agora é o total afastamento das estruturas de proteção laboral do mercado de trabalho.

A perspectiva do capital na nova economia da tecnologia digital, em matéria trabalhista, é a da inexistência de vínculo empregatício, principalmente pela busca da ausência de um ou mais dos requisitos previstos para a sua caracterização (CLT, artigo 3º). Assim, a pretensão será quase sempre de enfraquecimento dos laços de subordinação jurídica, numa busca constante de afirmação de uma pretensa autonomia do prestador de serviços. Não obstante a inicial centralidade da autonomia nesse novo contexto laboral, outras estratégias jurídicas são perceptíveis na busca do afastamento do vínculo. Exemplificativamente há a pejotização para que se afaste o

⁹ “Se a Economia do Compartilhamento é um movimento, é um movimento pela desregulação. Grandes instituições financeiras e fundos influentes de capital de risco estão vislumbrando, com ela, uma oportunidade para desafiar as regras formuladas pelos governos municipais democráticos ao redor do mundo - e para remodelar as cidades de acordo com seus interesses. Não se trata de construir uma alternativa à economia de mercado dirigida por corporações. Trata-se de expandir o livre mercado para novas áreas de nossas vidas. O entusiasmo pelo ‘fim da propriedade’, título de um dos posts de Andreessen Horowitz sobre esse assunto, é difícil de ser levado a sério quando vem daqueles que na verdade são os donos das companhias envolvidas nessa história. (SLEE, 2017, p. 48).

requisito de trabalho por pessoa natural. Há a busca pela eventualidade, para que não se fixe o prestador a um mesmo contratante. Também, em menor dimensão, percebe-se a possibilidade do trabalho impessoal, preferencialmente remoto, em que é relevante o resultado e não a pessoa que presta os serviços. Com relação à ausência de onerosidade muitas são as estratégias, que em razão do objeto do presente estudo serão vistas detalhadamente adiante. Em síntese e na perspectiva do detentor do capital, todo esse esforço combinado pretende o afastamento dos requisitos do emprego na nova economia do compartilhamento.

Importante destacar que a busca por negar vínculo empregatício resulta, na prática, em afastar da relação de emprego a aplicação dos direitos fundamentais sociais consagrados no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, vista a interpretação atual de que sua aplicação se restringe ao emprego, conforme será adiante demonstrado. Também por isso é importante uma releitura do fenômeno sociolaboral atual para que seja reconhecido o vínculo empregatício em novas situações fáticas de exploração do trabalho, inclusive naquelas marcadas pela economia da tecnologia digital.

Assim, é importante compreender que a onerosidade foi vista (e passa a ser reconstruída) na prática capitalista de acordo com os sistemas produtivos de cada época. Vistos o fordismo, o toyotismo e a nova economia do compartilhamento será possível compreendê-los na perspectiva da onerosidade, em busca de se estabelecer seu novo perfil na relação de emprego.

4. Novo perfil da onerosidade na relação de emprego

As contribuições teóricas anteriores, com base doutrinária brasileira e estrangeira, de caráter multidisciplinar, permitirão a construção dos fundamentos de uma nova compreensão a respeito da onerosidade nas relações de trabalho e principalmente na relação de emprego. O presente estudo pretende inaugurar, então, uma nova discussão em torno da onerosidade, que agora se revela em novos perfis: onerosidade direta, ocultada, indireta, inversa, expandida, diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar, além das já conhecidas caracterizações da onerosidade objetiva e subjetiva. O ponto de partida e a referência normativa são a Consolidação das Leis do Trabalho vigente no Brasil desde 1943, que estabelece os requisitos do emprego: trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, subordinação e onerosidade. Assim, a ideia é alargar, pela via da reinterpretação da regra posta, o requisito da CLT, que para se referir à onerosidade preferiu, no século passado, a expressão “mediante salário”: *“Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”*

Em razão de seu pretendido ineditismo não haverá, aqui, suporte doutrinário clássico, pois o objetivo é a construção de novos conceitos em torno da onerosidade nos contextos prático e teórico no Brasil. Em síntese o que se pretende é apresentar novas epistemologias em torno da expressão “mediante salário” do artigo

3º da Consolidação das Leis do Trabalho em novos contextos produtivos para os quais a regra atual não foi construída. O importante é a revisitação e reinterpretação da regra antiga para que ela cumpra uma função para a qual não foi necessariamente consolidada, mas que é exigência do sistema atual. Ao final, essa releitura da onerosidade, com a ampliação de seus espectros, permitirá a efetivação de direitos fundamentais do trabalho nesse século XXI, pois o afastamento do vínculo empregatício por ausência de requisito equivale a negar ao trabalhador toda a proteção constitucional e celetista que se estruturam historicamente em torno do emprego. Aqui, de início, as ideias básicas e os conceitos inaugurais em torno do tema. São criações doutrinárias do autor do presente artigo, frutos também de debates ocorridos no Grupo de Estudos de Direito do Trabalho, da Universidade Federal de Ouro Preto, em Minas Gerais, no Brasil. Há, portanto, conceituação e sistematização novas, que partem da experiência prática decorrente dos novos trabalhos mediados por aplicativos e pretendem construir doutrina nova, aplicável aos processos trabalhistas que hoje são comuns no Poder Judiciário brasileiro. Enfim, novos sujeitos que demandam novo direito, ou melhor, uma nova interpretação do direito posto.

Haverá aqui a tentativa de conceituação nova que parte da necessidade de que, na prática e principalmente no Poder Judiciário brasileiro, a expressão “mediante salário” do artigo 3º da CLT possa ser compreendida em qualquer uma de suas novas formas, a depender do caso concreto: onerosidade direta, oculta, indireta, inversa, expandida, diretiva, regulamentar, fiscalizatória e

disciplinar. A teorização nova, em resposta ao trabalho na Economia da Tecnologia Digital, pretende dar respostas aos anseios dos trabalhadores mediados por aplicativos, que muitas vezes têm seu vínculo empregatício negado em razão de uma suposta ausência de onerosidade na avença. Em diversos casos, ao perceber que não há necessariamente trabalho mediante salário, negam vínculo e direitos, quando poderiam reconhecê-los caso ampliassem a interpretação da regra consolidada.

A construção doutrinária pretende, então, dar ao intérprete e ao aplicador da regra celetista do artigo 3º o subsídio necessário para compreender e reconhecer a onerosidade em consonância com o trabalho e com os trabalhadores que hoje se inserem no âmbito da Economia da Tecnologia Digital. Para tanto, breve revisitação dos conceitos já conhecidos de onerosidade objetiva e subjetiva.

4.1 Onerosidade objetiva

A onerosidade, em perspectiva objetiva, é já bem compreendida na doutrina justtrabalhista brasileira e estrangeira. O que se deve analisar aqui é se de fato houve contraprestação, ou seja, se o trabalhador recebeu algo em troca do trabalho entregue. Diferentemente do que preceitua a CLT não é necessário que o pagamento se dê na forma ou sob rubrica de salário, bastando que haja contraprestação por trabalho, o que fixa o caráter sinalagmático da avença. Onerosidade objetiva é a que se revela diante da efetiva contraprestação paga pelo contratante em razão do trabalho disponível ou entregue pelo contratado. Em contexto produtivo

fordista e até mesmo toyotista é simples de se verificar a onerosidade objetiva na imensa maioria das relações de trabalho, vez que em regra quem trabalha só o faz por pretender extrair ganhos econômicos daquilo que desenvolve. E de fato na maioria dos casos o contratante de trabalho entrega contraprestação em razão de pretender a permanência da obrigação do trabalhador. O fato de ser o contrato de trabalho bilateral e sinalagmático faz com que ambos os pactuantes busquem cumprir suas obrigações para que seja possível exigir contrapartida. Há casos, entretanto, em que não será possível identificar facilmente a onerosidade objetiva, o que abre espaço para outras pesquisas em torno do tema.

4.2 Onerosidade subjetiva

Há situações fáticas excepcionais em que o trabalhador não recebe contraprestação, recebendo ou não dinheiro na avença mantida. Em tais casos haverá necessidade de se pesquisar a onerosidade em perspectiva subjetiva, com a busca da intenção do trabalhador no momento de entregar trabalho. Assim, se o propósito é benevolente, beneficente, altruístico, gracioso, voluntário, não haverá onerosidade na relação mantida, ainda que haja dinheiro entregue, que em tais casos assumirá caráter indenizatório e não contraprestativo. Infelizmente pode haver, ainda, casos em que a onerosidade objetivamente não se revela em razão de não cumprir o contratante a sua obrigação no contrato. Pesquisa-se, então, qual foi a intenção do trabalhador ao se inserir na relação. Caso fique demonstrada a sua intenção de trabalhar para receber algo em troca

não se afasta a onerosidade, que se afirma em caráter subjetivo. Na prática processual trabalhista, caso o contratante não prove que o trabalhador se inseriu em um contexto produtivo sem expectativa de receber algo em troca de seu trabalho, revela-se a onerosidade. Onerosidade subjetiva é a que decorre da intenção das partes ao contratar trabalho, com destaque para a expectativa do trabalhador em receber algo em troca de seu trabalho.

4.3 Onerosidade direta

A onerosidade quase sempre se revela nas relações de trabalho de modo direto, com pagamento de contraprestação pelo contratante em favor do contratado. Assim, a relação de troca é direta, com participação apenas dos dois contratantes de trabalho, em uma pactuação sinalagmática simples, em que um presta trabalho e outro entrega contraprestação. Onerosidade direta é a que revela obrigações recíprocas e bilaterais, em que o contratante paga para que o contratado trabalhe, em razão de tê-lo feito ou ainda pelo fato de estar à disposição para cumprir tarefas.

4.4 Onerosidade oculta

A onerosidade tem se revelado de modo direto nos contextos produtivos fordista e toyotista majoritários. Ocorre que em relações trabalhistas novas, marcadas pela tecnologia da informação e principalmente pela economia do compartilhamento, tem havido situações em que, deliberadamente ou não, a onerosidade tem sido

ocultada. Não é incomum que em processos judiciais trabalhistas os que se posicionam como réus (contratantes de trabalho) neguem o vínculo empregatício ao fundamento de inexistência de relação onerosa. Onerosidade ocultada é situação fática em que um ou ambos os contratantes pretendem mascarar contraprestação. O ocultamento da onerosidade pode se dar por via indireta ou inversa.

4.4.1 Onerosidade indireta

Uma das formas de se tentar ocultar onerosidade na relação de trabalho é torná-la indireta, ou seja, sem que o contratante faça a entrega da contraprestação ao trabalhador, em que o pagamento passa a ser responsabilidade de outra pessoa, normalmente o cliente daquele. Tais situações são excepcionais, é claro, mas perceptíveis atualmente em relações marcadas pela economia do compartilhamento (economia da tecnologia digital). Importante destacar que o fato de haver o pagamento feito por alguém estranho à relação bilateral de trabalho não afasta, só por isso, a existência de obrigações recíprocas entre os contratantes. Há que se pesquisar, então, se aquele que não é nem contratante de trabalho e nem contratado (normalmente um cliente) paga em razão da prestação laborativa que recebeu deste (trabalhador), mas que decorre de um vínculo que tem com aquele (contratante de trabalho). Assim, as principais obrigações contratuais trabalhistas permanecerão exigíveis (trabalhar e pagar), apenas com a particularidade de não ser o valor da contraprestação entregue diretamente pelo contratante. Mantida a obrigação de trabalhar e se o valor da

contraprestação decorre, ainda que indiretamente, da relação de trabalho, a avença então é onerosa. Onerosidade indireta é aquela em que o pagamento de contraprestação por trabalho não se dá diretamente pelo contratante em favor do trabalhador, mas por alguém estranho à relação laborativa, que por sua vez se relaciona contratualmente com aquele ou com ambos.

4.4.2 Onerosidade inversa

Outra forma de tentar ocultar onerosidade, presente em relações de trabalho marcadas pela economia do compartilhamento (economia da tecnologia digital), se dá pela inversão da lógica de quem entrega o pagamento. Comumente, como visto (onerosidade direta), o contratante entrega o valor devido ao contratado como expressão da contraprestação. Aqui a lógica se inverte, pois o trabalhador arrecada o dinheiro que depois repassa, parcialmente, ao contratante, retendo a sua parte. Deveria ser claro que a mera inversão na ordem de quem paga não é suficiente para afastar onerosidade, se mantidas as obrigações principais. Ora, o fato de o trabalhador reter valores para si e repassar valores para o seu contratante, que aqui revela onerosidade inversa, não afasta onerosidade, pois mantida a exploração de trabalho com fins econômicos por parte deste. Mais uma vez, mantida a obrigação de trabalhar e se o valor da contraprestação decorre, ainda que indiretamente, da relação de trabalho, a avença então é onerosa, sendo pouco relevante que a via do pagamento se inverta. Onerosidade inversa é aquela em que o trabalhador recebe de

alguém o valor pelo seu trabalho (normalmente o cliente) e repassa ao seu contratante, retendo uma parte para si, sendo que este é quem se apropria economicamente dos esforços produtivos daquele.

4.5 Onerosidade expandida

Há situações fáticas opostas às de onerosidade ocultada, pois a estratégia do contratante é expandi-la, normalmente para que se oculte a subordinação jurídica. Ainda que haja perspectiva diferente (oposta) é importante aqui analisar a onerosidade expandida nesse novo perfil proposto para o fenômeno sociojurídico.

Sobretudo em sistemas produtivos fordistas a subordinação jurídica é claramente o centro do exercício do poder empregatício. A centralidade e relevância de ordens patronais quanto ao modo da prestação laborativa, de chefias e de controles de tempos e movimentos, faz com que o poder empregatício se expresse pela afirmação da subordinação jurídica. Ocorre que em contextos produtivos toyotistas, principalmente, a subordinação clássica tende a perder centralidade no exercício do poder, que se transfere para a onerosidade. O controle quanto ao modo da prestação laborativa se transfere da subordinação para a onerosidade, que naturalmente então se expande, para ocupar o espaço sociojurídico deixado. A compreensão em torno da onerosidade expandida também permite afirmar os requisitos do emprego, vez que ainda que latente a subordinação jurídica ela se revela nos poderes diretivo, fiscalizatório e disciplinar da remuneração. Onerosidade expandida

é a que se revela pela centralidade da remuneração como expressão dos poderes diretivo, fiscalizatório e disciplinar do contratante. É então modo de exercer controle não pela força do comando pessoal, mas pelo poder do dinheiro.

4.5.1. Onerosidade diretiva

A onerosidade em contextos produtivos toyotistas e até mesmo de economia do compartilhamento pode se expandir para se tornar ponto central do exercício do poder diretivo do contratante, sem que com isso se exclua subordinação jurídica, que normalmente em tais casos apenas se retrai em razão da relevância da remuneração como expressão de poder. Assim, a direção do processo produtivo e da atuação do trabalhador se concentra em pagar mais para quem cumpre mais e/ou melhor as tarefas e responsabilidades confiadas. Assim, as tarefas e responsabilidades tendem a ser individualizadas e mensuradas economicamente, para que seu cumprimento resulte em maior ou menor pagamento (independentemente de seu caráter remuneratório). A organização do processo produtivo tende a ter no pagamento o ponto central de exercício do poder. Onerosidade diretiva é modalidade de onerosidade expandida que concentra nos pagamentos individualizáveis (com ou sem natureza salarial/remuneratória) as estratégias de organização do processo produtivo.

4.5.2. Onerosidade regulamentar

Na mesma esteira da onerosidade diretiva a onerosidade regulamentar é expressão da onerosidade expandida e se mostra mais frequente nas situações de trabalho em que a organização produtiva é toyotista. Os regulamentos empresariais passam a se concentrar na previsão de pagamentos individualizados para resultados específicos. Onerosidade regulamentar é modalidade de onerosidade expandida que decorre da concentração das regras internas quanto ao modo da prestação laborativa e na relação entre desempenho e pagamento.

4.5.3. Onerosidade fiscalizatória

A lógica da onerosidade fiscalizatória é a mesma da onerosidade diretiva, vez que ambas são expressões da onerosidade expandida, do que decorre, também, sua presença marcante nos sistemas produtivos toyotistas. A fiscalização do cumprimento das tarefas e responsabilidades afetas ao trabalhador também se dá em razão do pagamento que o trabalhador receberá se atuar a contento. Assim, a fiscalização se presta mais à quantificação dos pagamentos do que ao efetivo controle de tempos, movimentos, tarefas, responsabilidades. Onerosidade fiscalizatória é modalidade de onerosidade expandida e que decorre da concentração do acompanhamento da prestação laborativa pelo contratante, para individualização e quantificação dos pagamentos correspondentes.

4.5.4. Onerosidade disciplinar

Por fim, a onerosidade disciplinar não foge à regra da onerosidade expandida em relação aos seus contornos básicos e processo produtivo preferencial de ocorrência, que é aquele baseado no toyotismo. As sanções aplicadas pelo contratante ao contratado não decorrem necessariamente de faltas disciplinares (em sentido estrito) cometidas no âmbito da prestação laborativa, mas pelo desempenho produtivo insuficiente. Aqui é necessária uma ressalva técnica: por sanções disciplinares não se compreende necessariamente advertência, suspensão e dispensa por justa causa. Da mesma forma as faltas disciplinares, aqui, não são as mesmas que atraem a atuação do poder disciplinar (poder empregatício). A pena ou reprimenda imposta nesse novo contexto de centralidade da onerosidade também se dá em termos de pagamento, seja com ou sem expressão salarial/remuneratória. A punição imposta, aqui, é a perda de ganhos que seriam obtidos se o trabalhador alcançasse as diretrizes fixadas, após quantificação individual feita pelo contratante. Onerosidade disciplinar é modalidade de onerosidade expandida em que a reprimenda imposta (efeitos) ao trabalhador por desempenho insuficiente se mede individualmente e se caracteriza por decréscimos ou ausência de acréscimos que seriam esperados em seu pagamento.

4.6. Novo conceito de onerosidade e fruição de direitos na prática.

Diante de todo o exposto é possível traçar um novo conceito de onerosidade no contexto produtivo atual. Onerosidade é requisito do emprego, de caráter sinalagmático e também social, que se caracteriza pela entrega de contraprestação por trabalho (ou disponibilidade) ou ainda pela intenção de receber algo em troca de força produtiva, de tempo de vida ou saber-fazer, ou mesmo pela simples fluência do contrato, que pode ser entregue diretamente pelo contratante, por outra pessoa estranha à relação de trabalho ou mesmo pelo contratado àquele, desde que no contexto econômico da avença laborativa, podendo se revelar também como instrumento efetivo de exercício do poder no contrato mantido.

Esse novo conceito de onerosidade, ou um novo perfil a ser aplicado em relações trabalhistas da Economia da Tecnologia Digital, permite ao intérprete aplicar o artigo 3º da CLT mesmo quando a contraprestação não é entregue diretamente pelo contratante, sob a forma de salário.

Nas situações novas, principalmente de trabalhadores mediados por aplicativo, a ausência de salário (artigo 3º da CLT) não significa necessariamente ausência de onerosidade, desde que se aplique o conceito ampliado, aqui proposto. Assim, não se deve afastar vínculo empregatício por ausência de prova de pagamento de salário.

A necessidade de revisão, para ampliação, do conceito de onerosidade nas relações de trabalho e especificamente na relação de emprego deve servir como resposta à estratégia capitalista de

restringir direitos sociais trabalhistas pela via da negativa de relação onerosa em diversas relações fáticas, sobretudo naquelas marcadas pela Economia da Tecnologia Digital.

Na prática, a negativa de existência de vínculo empregatício decorrente da ausência de salário acaba por ser óbice à fruição de Direitos Fundamentais por parte do trabalhador brasileiro, uma vez que a interpretação hegemônica é no sentido de serem os direitos sociais constitucionais dos artigos 7º, 8º e 9º direcionados apenas aos trabalhadores empregados (CLT, artigo 3º). Assim, ao ampliar a leitura da regra celetista, o novo conceito de onerosidade pretende abrir as portas da Constituição da República (não só da CLT) para um número cada vez maior de trabalhadores precarizados, mediados por aplicativos, que estão à margem de qualquer proteção normativa no Brasil.

5. Considerações finais

O enfrentamento do problema posto, que é suposta ausência de onerosidade em relações trabalhistas pós-fordistas, principalmente aquelas marcadas pela economia do compartilhamento (ou economia da tecnologia digital) revelou a possibilidade de se ampliar conceitos para que a proteção justtrabalhista recaia sobre um maior número de trabalhadores. Não se trata, então, de impossibilidade de reconhecimento de onerosidade, mas, sim, de necessidade do reconhecimento de um novo perfil do elemento fático-jurídico do emprego. Nesse novo perfil são importantes alguns novos conceitos.

Onerosidade objetiva é a que se revela diante da efetiva

contraprestação paga pelo contratante em razão do trabalho disponível ou entregue pelo contratado. Onerosidade subjetiva é a que decorre da intenção das partes ao contratar trabalho, com destaque para a expectativa do trabalhador em receber algo em troca de seu trabalho. Onerosidade direta é a que revela obrigações recíprocas e bilaterais, em que o contratante paga para que o contratado trabalhe, em razão de tê-lo feito ou ainda pelo fato de estar à disposição para cumprir tarefas. Onerosidade ocultada é situação fática em que um ou ambos os contratantes pretendem mascarar contraprestação. Onerosidade indireta é aquela em que o pagamento de contraprestação por trabalho não se dá diretamente pelo contratante em favor do trabalhador, mas por alguém estranho à relação laborativa, que por sua vez se relaciona contratualmente com aquele ou com ambos. Onerosidade inversa é aquela em que o trabalhador recebe de alguém o valor pelo seu trabalho (normalmente o cliente) e repassa ao seu contratante, retendo uma parte para si, sendo que este é quem se apropria economicamente dos esforços produtivos daquele. Onerosidade expandida é a que se revela pela centralidade da remuneração como expressão dos poderes diretivo, fiscalizatório e disciplinar do contratante. É então modo de exercer controle não pela força do comando pessoal, mas pelo poder do dinheiro. Onerosidade diretiva é modalidade de onerosidade expandida que concentra nos pagamentos individualizáveis (com ou sem natureza salarial/remuneratória) as estratégias de organização do processo produtivo. Onerosidade regulamentar é modalidade de onerosidade expandida que decorre da concentração das regras internas quanto ao modo da prestação

laborativa e na relação entre desempenho e pagamento. Onerosidade fiscalizatória é modalidade de onerosidade expandida e que decorre da concentração do acompanhamento da prestação laborativa pelo contratante, para individualização e quantificação dos pagamentos correspondentes. Onerosidade disciplinar é modalidade de onerosidade expandida em que a reprimenda imposta (efeitos) ao trabalhador por desempenho insuficiente se mede individualmente e se caracteriza por decréscimos ou ausência de acréscimos que seriam esperados em seu pagamento.

Em síntese conclusiva é possível afirmar, então, que onerosidade é requisito do emprego, de caráter sinalagmático e também social, que se caracteriza pela entrega de contraprestação por trabalho (ou disponibilidade) ou ainda pela intenção de receber algo em troca da disposição de sua força produtiva, de tempo de vida ou saber-fazer, ou mesmo pela simples fluência do contrato, que pode ser entregue diretamente pelo contratante, por outra pessoa estranha à relação de trabalho ou mesmo pelo contratado àquele, desde que no contexto econômico da avença laborativa, podendo se revelar também como instrumento efetivo de exercício do poder no contrato mantido.

Referências

ALVES, Giovanni. TRABALHO E SUBJETIVIDADE: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANTUNES, Ricardo. O PRIVILÉGIO DA SERVIDÃO: o novo

proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. Proletariado digital, serviços e valor. In. ANTUNES, Ricardo (Org.). RIQUEZA E MISÉRIA DO TRABALHO NO BRASIL IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida. São Paulo: Boitempo, 2019.

CASTELLI, Nunzia. La función del salario. In. RAMÍREZ, Luis Enrique (Coord.). DERECHO DEL TRABAJO: hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2011.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santini. ESTADO DE DIREITO GARANTISTA, NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES E VÍNCULOS AOS PODERES ECONÔMICOS DESREGULADOS. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 18, n. 18, p. 254-274, jul./dez. 2015.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. UMA LEITURA JURISPRUDENCIAL DA PROTEÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A CONVENÇÃO N° 158 DA OIT. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 214-234, janeiro/junho de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. São Paulo: LTr., 2019.

GATTI, Ángel Eduardo. Derecho del Trabajo: Manual. De las relaciones individuales. Buenos Aires, Editorial BdeF, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MEIRELES, Edilton. A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO. São Paulo:

LTr., 2012.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 24. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. CAMPO DE APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO - SUJEITOS: EMPREGADO E EMPREGADOR. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: LTr., 2008. 4 v. v. 2. p. 54-85.

PRONER, Carol; AVELAR, Daniel. A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SUA HARMONIZAÇÃO E APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SLEE, Tom. UBERIZAÇÃO: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho. v. II. São Paulo: LTr., 2008.

VIANA, Márcio Túlio. Para Entender a Terceirização. 3. ed. São Paulo: LTr., 2017.

VIANA, Márcio Túlio. Para Entender o Salário. São Paulo: LTr., 2014.

WOOD Jr., Thomaz. FORDISMO, TOYOTISMO E VOLVISMO: os

caminhos da indústria em busca do tempo perdido. Revista de
Administração de Empresas. vol. 32. n. 4. São Paulo. set/out 1992.



C A B O V E R D E





A REQUISIÇÃO CIVIL DE TRABALHADORES*¹

Civil requisition of workers

Geraldo da Cruz Almeida²

Sumário: Introdução. I - O papel ambivalente do Estado no âmbito das relações laborais. II - A requisição civil de trabalhadores. 1. Preliminares. 2. Noção. 3. Requisição e figuras afins: quadro constitucional. 4. Regime atual: a. Objeto. b. Requisitos. c. Processo. d. Efeitos. e. Natureza da requisição civil.

Resumo:

No âmbito das relações laborais o Estado se apresenta com uma dupla qualidade: parte e regulador. Como parte, surge como empregador, por vezes até, como o principal empregador, com interesses próprios dos empregadores em geral. Como regulador, adota medidas de equilíbrio nas relações individuais e coletivas de trabalho, mas essa ambivalência o conduz, muitas vezes, a posicionar-se ao lado de uma das partes - normalmente ao lado do empregador - não permitindo o livre jogo dos interesses em presença e pondo em causa a necessária neutralidade. Expressão dessa falta de neutralidade está no recurso, por vezes excessivo, à figura da requisição civil de trabalhadores, em termos tais que se justifica a vigilância do poder executivo por parte dos demais órgãos de soberania.

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

¹ Estudo publicado em *Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca por ocasião dos seus 70 anos - liberdade sempre!* - Org. Lígia Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca, Almedina/Pedro Cardoso, Praia, 2020. A sua republicação neste espaço se deve ao facto de ter sido objeto de reduzida divulgação. São utilizadas neste estudo as seguintes abreviaturas: CC = Código Civil; CEJ = Centro de Estudos Judiciários; CL = Código Laboral; CP = Código Penal; CR = Constituição da República; DL = Decreto-lei; EMPROFAC = Empresa Nacional de Produtos Farmacêuticos, SARL; ENAPOR = Empresa Nacional da Administração dos Portos de Cabo Verde; LOPE = Lei da Organização Política do Estado; MpD = Movimento para a Democracia; PAICV = Partido Africano para a Independência de Cabo Verde; PAIGC = Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde; RIDT = Revista Internacional de Direito do Trabalho; TACV = Transportes Aéreos de Cabo Verde; UNTC-CS = União Nacional dos Trabalhadores Cabo-verdianos - Central Sindical.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, antigo assistente da Faculdade de Direito de Lisboa, Docente do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde e Advogado. As opiniões expendidas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

Abstract:

In the context of labor relations, the State presents itself with a double quality: as a party and as a regulator. As a part, it appears as an employer, sometimes even as the main employer, with the interests of the employers in general. As a regulator, it adopts measures of balance in individual and collective work relations, but this ambivalence often leads the State to position itself on the side of one of the parties - usually on the side of the employer - not allowing the free play of interests in presence and calling into question the necessary neutrality. An expression of this lack of neutrality is the recourse, at times excessive, to the figure of civil requisition of workers, in terms that the surveillance of the executive power by the other organs of sovereignty is justified.

Introdução

O presente estudo desenvolve-se, em dois momentos: o papel ambivalente do Estado no âmbito das relações laborais (I) e a requisição civil de trabalhadores (II), como aquela figura que espelha, sobremaneira, essa ambivalência.

I

O papel ambivalente do Estado no âmbito das relações laborais

I. Na organização coletiva do trabalho omite-se normalmente a referência ao Estado³. Ao reportar-se aos sujeitos das situações coletivas do trabalho a doutrina jus-laborista não faz qualquer referência ao Estado, ignorando o seu papel, por vezes determinante, na organização coletiva das relações de trabalho e no seu modo de funcionamento.

Este procedimento prende-se com o facto de se admitir, à

³ Sobre a intervenção do Estado no domínio das relações coletivas de trabalho, cf. António Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I - Direito Europeu - Dogmática Geral - Direito coletivo*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 864 e segs.

partida, que o Estado deve desempenhar um papel meramente regulador, deixando aos demais sujeitos económico-laborais uma ampla liberdade de regulação dos seus interesses na composição de eventuais conflitos.

Todavia, não é bem assim. Consoante a filosofia política que se encontra por detrás da organização do Estado, assim se exprime a organização coletiva do trabalho. A organização política do Estado condiciona a existência ou não de sindicatos autónomos e, conseqüentemente, a liberdade sindical; condiciona o estabelecimento e desenvolvimento de relações internacionais, nomeadamente, no que diz respeito à celebração de tratados e outras convenções no domínio das relações de trabalho e ainda no que respeita à participação ou não em determinadas organizações internacionais; e condiciona, sobretudo, o sentido das reformas legislativas no domínio laboral, mais favoráveis ou menos favoráveis aos trabalhadores ou aos empregadores.

Portanto, é o Estado quem dá o mote sobre como se hão-de desenvolver as relações coletivas de trabalho. Mesmo perante idêntico corpo de normas, consoante a ideologia do partido no poder assim se exprimem e se desenvolvem as relações coletivas de trabalho⁴. Não se pode esquecer que a liberdade de associação e especialmente a liberdade sindical surge como um movimento contra

⁴ A este propósito assinala António Monteiro Fernandes que “a evolução da regulação do trabalho em Portugal tem sido impulsionada, não tanto por modificações substanciais das estruturas económicas, dos modelos organizacionais, das tecnologias ou dos sistemas produtivos, como pelo fluxo das ideias-força representadas em cada ciclo político” - in *A cessação do contrato de trabalho - aspetos substantivos (a justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei: notas de um “check-up periódico”)* - Cadernos CEJ, Lisboa, 2014, pp. 19.

o Estado que em determinados períodos da história proibiu e até penalizou os ajuntamentos de trabalhadores, noutros períodos reconheceu tais ajustamentos como mera liberdade e só mais tarde como um verdadeiro direito. Portanto, o Estado não pode ser descartado ou posto de lado na compreensão das relações coletivas de trabalho. Está, sempre esteve, e continuará a estar presente no âmbito dessas relações.

As reformas laborais ocorridas em Cabo Verde, depois da Independência Nacional, espelham este ponto de vista. No início da Independência Nacional regista-se uma forte tendência da legislação do trabalho no sentido de uma excessiva proteção dos trabalhadores. Na verdade, o PAIGC - Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde - partido que viabilizou o acesso de Cabo Verde à Independência Nacional e alimentava um projecto de Unidade da Guiné-Cabo Verde⁵, era um partido de inspiração comunista. A

⁵ O projecto da Unidade Guiné-Cabo Verde é fundamentado por Amílcar Cabral nos termos seguintes: «A luta em Cabo Verde e na Guiné está, desde o princípio, intimamente ligada. Como se sabe, as ilhas de Cabo Verde foram povoadas por escravos levados até lá pelos portugueses. Desde há muito tempo que estamos muito ligados pela história e pelo sangue». Considerava Cabral que os portugueses podiam explorar a separação entre a Guiné e Cabo Verde, “para nos lançar uns contra os outros”- <https://www.marxists.org/portugues/cabral/ano/paigc/01.htm#i1> daí o projecto da unidade. O fundamento apresentado por Cabral tinha efetivamente razões históricas. Com efeito, até 1878 o Distrito da Guiné portuguesa esteve integrado na Província de Cabo Verde. Foi por Carta de Lei de 18 de março de 1879, publicada no suplemento ao Boletim Oficial nº. 15 desta data que a Guiné Bissau foi desanexada da Província de Cabo Verde, passando esta possessão a constituir uma província independente. Cabo Verde, nessa época, era regido por um Governador-geral que tomava medidas sobre a administração do distrito da Guiné portuguesa, fixava os direitos a cobrar pelas alfândegas de Bissau e Cacheu e tomava outras medidas relativas a todos os assuntos relativos à Guiné portuguesa: comércio, indústria, direitos, impostos ... amplamente espelhadas nos Boletim Oficial de Cabo Verde, a partir de 1842. Note-se, todavia, que Guiné portuguesa tinha o seu governador. Em 1851 foram estabelecidas, por Portaria de 10 de setembro (B. O. 71) atribuições e poderes ao governador nomeado para este distrito e, em 1852, foi criado o lugar de governador da Guiné portuguesa

doutrina marxista sobre a luta de classes está bem visível no seu programa político. Inclina-se, portanto, em defesa das classes laboriosas.

Este ponto de vista sofreu forte enfraquecimento nos anos oitenta, com a aprovação do Regime Jurídico Geral das Relações de Trabalho - RJGRT⁶, para passar para uma perspetiva liberal com o acesso ao poder do Movimento para a Democracia - MpD (1991). O MpD é, com efeito, um partido de centro-direita que advoga a liberdade económica. Por isso, os termos de referência que viriam a dar lugar à aprovação do Código Laboral, advogavam,

“estendendo-se a sua autoridade a todas as possessões portuguesas naquela região e ficando o respectivo governo dependente do governo geral de Cabo Verde, sua substituição e vencimento” (Decreto de 7 de dezembro de 1852, B.O. nº. 112, de 1853). Portanto, a dimensão histórica enunciada por Amílcar Cabral tinha pleno cabimento. O projeto de Unidade Guiné-Cabo Verde, sob a égide do PAIGC, encontrou larga expressão na Constituição Política de 1980 que lhe dedicou os artigos 22º, 23º e 24º. O objetivo era o de “criar com o Povo da Guiné-Bissau uma união orgânica, livre e voluntária para a construção de uma pátria forte e progressiva” - lê-se no artº. 22º nº. 1 da Constituição Política de 1980. A Unidade Guiné-Cabo Verde deveria ser democraticamente decidida pelos representantes legítimos eleitos pelos dois Povos e sujeito a referendo popular (nº. 2) e para o efeito deveriam ser criadas estruturas inter-estatais de cooperação e coordenação e bem assim estruturas supra-nacionais de integração com vista à concretização desse projeto (artº. 24º da Constituição Política de 1980). Acontece, porém, que o golpe de Estado ocorrido na Guiné-Bissau a 14 de novembro de 1980 pôs fim a este projeto e determinou a primeira revisão da Constituição Política de 1980, ocorrida em 1981 e operada pela Lei nº. 2/81, de 14 de Fevereiro (ver sobre este ponto Mário Ramos Pereira Silva, *As Constituições de Cabo Verde e Textos Históricos de Direito Constitucional cabo-verdiano*, 2ª edição - Praia, maio de 2010, pp. 71 e segs). Para uma análise desta matéria, cf. Antero da Conceição Monteiro Fernandes, *Guiné-Bissau e Cabo Verde: da unidade à separação*, Universidade do Porto - Faculdade de Letras (Centro de Estudos Africanos) - Dissertação de mestrado, Porto 2007 e ainda Mário Ramos Pereira Silva, *As Constituições de Cabo Verde*, cit. pp. 24 e segs.

⁶ Aprovado por Decreto-lei nº. 62/87, de 30 de julho, alterado pelo Decreto-lei nº. 51-A/89, de 26 de junho, ratificado, com alterações, pela Resolução da Assembleia Nacional Popular nº. 32/III/89, de 30 de dezembro e alterado pela Lei nº. 101/IV/93, de 31 de dezembro, mais tarde revogado pelo Código Laboral, aprovado pelo Decreto-legislativo nº. 5/2007, de 16 de outubro, por sua vez alterado pelo Decreto-legislativo nº. 5/2010, de 16 de junho e, mais recentemente, pelo Decreto-legislativo nº. 1/2016, de 3 de fevereiro.

nomeadamente, o despedimento *ad nutum*, ponto de vista que, entretanto, não vingaria por ter sido julgado contrário à Constituição da República. O que é certo é que, consoante a ideologia do partido no poder assim o Estado influencia o sentido das relações coletivas de trabalho.

II - Portanto, o Estado não desempenha apenas um papel regulador das relações laborais. Ele surge, na organização coletiva do trabalho, como parte interessada, concretizando políticas que vão de encontro com as suas opções de natureza económica e social.

As relações coletivas de trabalho são, assim, uma componente importante da gestão pública. A concretização de um determinado programa de governo, no campo de obtenção de receitas para a realização de atividades públicas, a capacidade de atingir certo nível de desenvolvimento económico ou social depende, na maioria dos casos, da organização coletiva do trabalho, do seu modo de funcionamento, do equilíbrio (ou desequilíbrio) imposto pelo Estado. Nalgumas situações, em nome de interesses coletivos, o Estado coloca-se mesmo ao lado de organizações privadas (sindicatos, empregadores) e adota medidas de política ou medidas coercitivas, que influenciam num certo sentido o equilíbrio da organização coletiva do trabalho⁷. A expressão máxima dessas medidas

⁷ Ver, no mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, reconhecendo que “o Estado não é neutro no livre jogo das forças laborais” e que “as decisões estaduais, prejudicando um dos parceiros em presença - normalmente os trabalhadores - tendem a generalizar a todos os níveis uma luta que noutras circunstâncias poderia assumir feições mais estritas”. E conclui que “não se demonstra pois - antes pelo contrário - que os esquemas administratizantes de regulação coletiva prossigam uma melhor justiça laboral ou proporcionem maior paz social” - *Manual de Direito do Trabalho - dogmática básica e princípios fundamentais - Direito Colectivo do Trabalho - Direito Individual de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 255. Este

coercitivas traduz-se na *requisição civil de trabalhadores* para a realização de interesses normalmente de uma das partes, tema cujos contornos jurídicos nos propomos desenvolver no presente estudo.

III - Uma importante dimensão da liberdade sindical prende-se precisamente com este aspeto: até onde pode ser permitida a intervenção do Estado no domínio das relações coletivas de trabalho sem macular a liberdade sindical?

Em muitas situações o Estado sofre a pressão de organismos e instituições internacionais para adotar medidas de política num certo sentido: aumentar ou reduzir os impostos; adotar ou não adotar um salário mínimo; flexibilizar ou não a legislação laboral.... Estas medidas podem, por vezes, desencadear reações sindicais e degenerar em conflitos laborais.

Além disso, algumas instituições e organismos internacionais exercem, por vezes, considerável pressão sobre os governos, levando-os a tomar medidas de política orçamental que implicam intervenções no variável trabalho e, sobretudo, na remuneração do trabalho.

IV - O Estado é, portanto, sujeito das relações coletivas de trabalho e protagonista de situações laborais coletivas, não apenas no sentido de que tem, por força da Constituição da República, o poder de definir e concretizar políticas que interferem com a

mesmo ponto de vista é retomado pelo autor no seu *Direito do Trabalho I*, cit., referindo que “deve ser sempre ponderado que a intervenção do Estado em conflitos laborais representa, só por si, um valor negativo, que exige um complemento de ponderação: o Estado perde em autoridade e perturba o livre jogo das forças sociais” - pp. 864.

organização coletiva do trabalho, mas também porque algumas dessas medidas de política podem contender com interesses das partes (especialmente dos trabalhadores) e, por este facto desencadear lutas laborais.

Além disso, o Estado é também empregador (por vezes até o principal empregador) com interesses próprios dos empregadores em geral⁸. Compreende-se, portanto, que o Estado surja muitas vezes como parte interessada na concretização de medidas que vão de encontro (ou não) com os interesses dos sujeitos laborais.

V - Este papel ambivalente do Estado requer vigilância. Todavia, o sistema jurídico dá poucas respostas neste domínio. A Constituição da República do mesmo passo que confere ao Governo o papel de fazer leis em matéria laboral, definir a política económica e, consequentemente, a política laboral⁹, aponta o Estado como o principal impulsionador da economia¹⁰. No mundo global ou em sede de organizações regionais o Estado é mesmo chamado a capítulo caso não cumpra certas metas de desenvolvimento. Por vezes está mesmo sujeito a medidas coercitivas, como seja a supressão da ajuda pública ao desenvolvimento ou a aposição de restrições na obtenção de empréstimos, caso as suas políticas não vão de encontro com as metas fixadas por determinados organismos supranacionais.

⁸ O Estado não só é o principal empregador no setor público, como tem interesses em vários outros sectores regulados pelo Direito Privado.

⁹ Sobre a competência legislativa em matéria laboral, cf. Geraldo da Cruz Almeida, *Direito do Trabalho cabo-verdiano - dogmática específica - fontes - relações individuais de trabalho*, Imprensa Nacional, Praia, 2010, pp. 176 e segs.

¹⁰ Cf. Art.º 7º al. j) da CR (tarefas fundamentais do Estado)

VI - A Constituição da República estabelece, porém, certos limites, neste domínio, limites que não compete ao Estado ultrapassar. A definição da política económica assenta no princípio da igualdade dos agentes económicos. Logo, o *princípio da democracia económica*¹¹ não permite ao Estado colocar-se ao lado de nenhum agente económico para desenvolver políticas de proteção dos respetivos interesses. O Estado tem de garantir o equilíbrio de todos os interesses em presença, mesmo em situações de crise económica ou social.

Também o Estado não pode desenvolver políticas que sacrifiquem ou beneficiem uma geração em benefício ou detrimento da outra. No limite, uma política desse teor aconselharia o regresso à escravidão. Consequentemente, o Estado tem que viabilizar que cada geração de trabalhadores realize a sua personalidade ou, como diria Amílcar CABRAL, viva a sua época com dignidade, claro está, sem por em causa o futuro das gerações vindouras.

VII - As regras de repartição de competência impõem igualmente restrições à ação do Estado em matéria laboral. Esta matéria ou se encontra adstrita à competência exclusivamente reservada da Assembleia Nacional ou à competência relativamente reservada deste órgão de soberania. Para que o Governo possa legislar sobre ela necessita de *autorização legislativa*. Note-se, todavia, que, neste particular, os governos têm-se socorrido - muitas vezes indevidamente - da faculdade da *competência concorrente*, arrogando poderes legislativos que não têm, contornando, portanto,

¹¹ Sobre os princípios da organização económica, cf. Artº. 91º da CR.

a competência originária da Assembleia Nacional¹².

¹² As matérias da competência concorrente não têm sido objeto de grande desenvolvimento doutrinário. Entende-se como tais aquelas em que dois órgãos legislativos concorrem em paralelo - daí a origem da palavra concorrente - para regular a mesma matéria. Neste caso, são matérias da competência concorrente aquelas em que tanto a Assembleia Nacional, como o Governo podem legislar sobre elas. A determinação de tais matérias oferece complexidade. Formalmente essa determinação está facilitada, mas o mesmo não acontece no plano substantivo ou material. No plano formal, entende-se habitualmente que as matérias da competência concorrente se determinam por exclusão de partes: todas aquelas matérias que, por força da Constituição, não se encontram na esfera da competência da Assembleia Nacional, quer absolutamente reservadas, quer relativamente reservadas, constituem matérias da competência concorrente. Assim, sempre formalmente, todas as matérias que não se encontram previstas nos artigos 176º e 177º da CR são consideradas matérias da competência concorrente e, portanto, o Governo poderá legislar sobre elas, nos mesmos termos que a Assembleia Nacional poderia legislar. Já no plano substantivo ou material o assunto ganha maior complexidade, pois, depende da determinação do conteúdo e alcance dos conceitos-quadros utilizados pela Constituição da República, o que nem sempre constitui tarefa fácil. Pressupõe, portanto, saber o que se deve entender e qual o alcance de conceitos como *capacidade das pessoas* (artº. 177º al. b) da CR); *infrações disciplinares* (artº. 177º al. d) da CR); *direitos, liberdades e garantias* (artº. 177º al. a) da CR) ...tudo matérias cuja densidade requer rigorosa atividade interpretativa. Só concluindo que certa matéria não se encontra abrangida pelos referidos conceitos-quadros, se pode concluir que se trata de matéria da competência concorrente. Portanto, a norma do artº. 203º nº. 2 al. a) da CR tem natureza residual. A sua aplicação depende e implica a verificação prévia sobre se a matéria em causa está ou não reservada pela Constituição da República à Assembleia Nacional e, só se concluindo pela negativa, se poderá concluir igualmente que o Governo poderá legislar sobre ela. Este juízo de verificação é, portanto, orgânico e material, pois, se a matéria em causa está reservada pela Constituição da República para a Assembleia Nacional, quer do ponto de vista da reserva absoluta, quer do ponto de vista da reserva relativa, então o Governo não poderá legislar sobre ela. Portanto, a aplicação do artº. 203º nº. 2 al. a) da CR requer uma actividade interpretativa que passa pela consideração do carácter imperativo das normas que reservam certas e determinadas matérias para a competência da AN, pelo carácter taxativo desse elenco de matérias, mas também por um esforço considerável de concretização dessas normas que reservam as referidas competências, particularmente na situação em que utilizam fórmulas amplas ou dotadas de elevado nível de abstração. Pense-se, por exemplo, na fórmula “estado e capacidade das pessoas” reservada pela CR à Assembleia Nacional, pelo artº. 176º al. b). Que se deve entender como tal? Que matérias lhe estão excluídas para que o Governo possa legislar sobre elas, no âmbito da competência concorrente? A densidade deste conceito não facilita a atividade do intérprete. Assim, a determinação do que sejam matérias não reservadas pela CR à AN não se revela tarefa fácil, pois, se nalguns casos a ausência de reserva de Parlamento surge imediata, noutras mostra-se difícil e duvidosa. Escusado será

Certas experiências neste domínio justificaram a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, como aconteceu com o regime jurídico das micro e pequenas empresas que, embora tenha sido adotado pela Lei nº. 70/VII/2014, de 26 de agosto, foi, todavia, alterado por Decreto-Lei nº. 12/2016, de 1 de março. O Governo qualificou a matéria como integrando a competência concorrente e, por isso, alterou a Lei por Decreto-Lei.

Essa lei estabeleceu, como é sabido, um regime laboral especial para as micro e pequenas empresas, regulando matérias tais como a *formação do contrato de trabalho, exercício do direito a férias, regime do despedimento e indemnização por despedimento sem justa causa, subsídio de turno*, em termos mais restritivos que o estabelecido para os trabalhadores em geral. A inconstitucionalidade deste diploma, na parte em que estabelecia um regime laboral particular para as micro e pequenas empresas foi suscitada por nós num parecer que emitimos a favor da UNTC-CS - União Nacional dos Trabalhadores Cabo-verdianos - Central Sindical no quadro do direito constitucional reconhecido às associações sindicais de *participação na legislação do trabalho*¹³, lei esta que, todavia, viria a ser

dizer que, em caso de dúvida, a matéria em causa deve reputar-se como reservada à AN, não podendo, por isso, o Governo legislar sobre elas. Assim, a primeira pergunta que deve ser colocada ao intérprete no momento da aplicação da norma do artº. 203º nº. 2 al. a) da CR é a de saber se a matéria em causa foi ou não objeto da *reserva de parlamento*, delimitação que deve ser feita a três níveis:- a um nível amplo, questionando-se se a matéria em causa se encontra entre as normas que constituem reserva absoluta ou reserva relativa do Parlamento; - a um nível restrito que passa pela determinação concreta da norma com aptidão para regular a matéria em causa e - a um nível mais restrito ainda que passa pela verificação sobre se a fórmula utilizada pelo legislador constitucional abrange ou não a matéria em questão. O resultado final desta atividade interpretativa deve ser negativo para puder viabilizar a aplicação do artº. 203º nº. 2 al. a) da CR e fundamentar a competência do Governo para legislar sobre a matéria em apreço.

¹³ Nos termos da alínea c) do artº. 66º nº. 1 al c), da CR constitui direito

entretanto aprovada pelo Parlamento. Todavia, uma vez submetida à promulgação do Presidente da República, esta entidade entendeu por bem requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas constantes dos artigos 37º, 38º, 40º, 41º, 42º e 43º da referida Lei, tendo o Supremo Tribunal de Justiça, enquanto Tribunal Constitucional, através do Acórdão nº. 01/2014, de 16 de janeiro (Manuel Alfredo SEMEDO) pronunciado pela inconstitucionalidade dos artigos 40º (redução do direito a férias para 11 dias), 41º (redução do valor da indemnização por despedimento sem justa causa de 60 dias para 11 dias de retribuição até ao máximo de 44 dias), 42º (redução da compensação por caducidade do contrato de trabalho a prazo de 21 dias de retribuição para 10 dias de retribuição-base por cada ano de trabalho até ao máximo de trinta dias) e 43º. nº. 1 (redução da remuneração por trabalho extraordinário de 50% para 20% da retribuição normal) por violação dos artigos 17º nº. 5, 24º, 61º

colectivo dos trabalhadores, e, portanto, dos seus sindicatos representativos, o de participar na elaboração da legislação laboral. Este direito dos sindicatos encontra-se regulado pela Lei nº 17/V/96, de 30 de dezembro, cujo artº 2º define legislação de trabalho como todas as matérias que visam regular direitos e deveres dos trabalhadores, nomeadamente, relações individuais e colectivas de trabalho (al. a)); contrato individual e contrato colectivo de trabalho (al. c)); higiene e segurança no trabalho (al. f)) e ainda horário de trabalho (al. h)), entre outras matérias. O regime que se pretendia estabelecer para as micro e pequenas empresas abrangia um regime laboral especial para esta categoria de empresas e, nesta medida, a matéria em causa integrava o conceito de legislação do trabalho, donde a obrigatoriedade de audição dos sindicatos para aprovação da referida proposta de lei. Assim, interferiam com a legislação do trabalho as seguintes disposições da referida proposta de lei: o artº. 3º al. c) que utilizava um conceito de trabalhador; o artº. 3º nº. s 2, 3, 4, 5, 6 e 7 que igualmente interferiam com o conceito de trabalhador. Artº. 24º nº. 4, 5 que dizia respeito à protecção social dos trabalhadores. Artºs. 34º, 35º, 36º, 37º, 38º, 39º, 40º, 41º e 42º que instituíam um regime laboral especial para os trabalhadores das micro e pequenas empresas. Artº. 48º que se reportava igualmente à protecção social dos trabalhadores das micro e pequenas empresas e 76º nº. 3 que dizia respeito ao regime transitório para aplicação do regime que se pretendia instituir através da referida proposta de lei.

e 63º, todos da Constituição da República¹⁴.

VIII - Reputamos igualmente, orgânica, formal e materialmente inconstitucional o Decreto-lei nº. 57/2018, de 14 de novembro que alterou o Decreto-lei nº. 17/2003, de 19 de maio que aprovou o regime de responsabilidade civil automóvel, o qual inclui igualmente normas sobre acidentes de trabalho. Este diploma foi aprovado ao abrigo da alínea a) nº. 2 do artº. 204º da Constituição da República, que confere ao Governo competência para fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia Nacional. Portanto, o diploma foi aprovado no pressuposto de se tratar de matéria da *competência concorrente*, o que, decididamente não é o caso. Tais normas só podem ser aprovadas por lei da Assembleia Nacional ou decreto-legislativo do governo, precedendo a competente autorização legislativa¹⁵.

A matéria relativa aos acidentes de trabalho integra o regime dos direitos, liberdades e garantias. Como tal, constitui matéria da competência relativamente reservada da Assembleia Nacional (artº. 177º nº. 1 al. a) da CR). Ela interfere igualmente com a definição de crimes, penas e medidas de segurança (artº. 177º nº. 1 al. c)) e

¹⁴ Acórdão publicado no Boletim Oficial nº. 5, I Série, de 22 de janeiro de 2014.

¹⁵ Note-se, aliás, que num sistema constitucional próximo do nosso a matéria relativa à reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais tem sido aprovada por lei. Cf. a este respeito, a Lei nº. 98/2009, de 4 de setembro que em Portugal regulamentou o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais. Aliás, o Código do Trabalho português que disciplina a mesma matéria foi de igual modo aprovado por Lei nº. 7/2009, de 12 de fevereiro. Todos estes diplomas foram aprovados ao abrigo da alínea c) do artº. 161º da CRP que confere à Assembleia da República competência para fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo.

respectivo processo e com os ilícitos de mera ordenação social e respetivo processo (artº. 177º nº. 1 al. d) da CR). Interage igualmente com o regime de responsabilidade civil do Estado e outras pessoas coletivas públicas (artº. 177º nº. 1 al. f) da CR) e com as bases do sistema de segurança social (artº. 177º nº. 2 al. d)). Nesta conformidade, o Governo só poderá legislar sobre a matéria relativa a acidentes de trabalho mediante autorização legislativa conferida pela Assembleia Nacional (artº. 177º (proémio); 182º; 261º e 268º, todos da CR). Assim, a disciplina desta matéria só pode ser adotada por *lei formal*, ou seja, só poderá assumir as formas de *lei* ou *decreto-legislativo*, consoante a matéria seja legislada pela Assembleia Nacional ou pelo Governo, precedendo uma lei de autorização legislativa¹⁶.

¹⁶ Esta referência não torna, todavia, o atual Decreto-lei nº. 84/78, de 22 de setembro que regulou o seguro obrigatório por acidentes de trabalho formalmente inconstitucional. Não sendo um diploma com origem no sistema jurídico atual, o seu valor constitucional tem que ser avaliado à luz da lei constitucional vigente ao tempo da sua aprovação e publicação. Com efeito, este Decreto-lei foi adotado ao abrigo do artº. 15º nº. 4 da Lei sobre a Organização Política do Estado-LOPE, de 5 de julho de 1975. Nos termos deste artigo “no exercício da competência legislativa delegada pela Assembleia Nacional Popular ao abrigo do disposto no artigo 6º o Governo faz Decreto-Lei”. E dispunha o referido artº. 6º da mesma LOPE: “A Assembleia Nacional Popular pode, para questões determinadas, delegar poderes legislativos ao Conselho de Ministros”. À luz da LOPE o sistema de autorização legislativa era inverso do de hoje. Enquanto que hoje o sistema é o de autorização prévia, no regime da LOPE o sistema era o de autorização *à posteriori*: o Governo adotava os diplomas que considerava poder obter autorização legislativa e submetia, posteriormente, esses diplomas ao veredito da Assembleia Nacional Popular. Por isso, os diplomas nestas circunstâncias traziam sempre inserta a seguinte referência: *para ser presente à Assembleia Nacional Popular*. Estabelecia, com efeito, o artº 6º nº. 2 da LOPE: “os diplomas adotados pelo Conselho de Ministros no exercício de poderes delegados, são, sem prejuízo da sua eficácia imediata, submetidos à ratificação da Assembleia Nacional Popular, na primeira sessão após a sua aprovação”. Essa referência à necessidade de ser presente à Assembleia Nacional Popular consta expressamente da parte final do referido Decreto-lei nº. 84/78, de 22 de setembro. Segue-se, portanto, que, no quadro constitucional então vigente ao tempo em que o referido diploma foi adotado, o mesmo é encarado - ao que julgamos corretamente, no plano científico

Assim, por força do disposto no artº. 211º nº. 3 da Constituição da República os tribunais estão inibidos de aplicar as normas constantes do referido Decreto-lei¹⁷.

II

A requisição civil de trabalhadores

1. Preliminares

I - Um domínio onde o Estado desempenha este papel ambivalente é precisamente o da requisição civil.

A doutrina jus-laborista não confere a este tema um tratamento importante. Mesmo em obras com a dimensão de um tratado¹⁸, a análise do tema é, em alguma medida, negligenciada.

- como uma *lei em sentido formal*. Na verdade, as leis em sentido formal são classicamente as emanadas do parlamento e bem assim aquelas para as quais o parlamento conferiu autorização legislativa ao governo para legislar sobre elas, seja *à anterior*, seja *à posteriori*. Assim, o referido Decreto-lei nº. 84/78, de 22 de setembro - e outros diplomas complementares relativos a acidentes de trabalho e doenças profissionais - não sofre de quaisquer inconstitucionalidades, seja orgânica, material ou formal. Registe-se, porém, que o referido Decreto-lei só pode ser alterado por diploma materialmente de igual força, ou seja, por lei ou decreto-legislativo.

¹⁷ Decorre reflexamente deste artigo 211º nº. 3 da CR que nenhuma pessoa pública ou privada pode aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados. Na verdade, se os tribunais não podem aplicar normas inconstitucionais e se qualquer ato ou facto praticado por qualquer pessoa em contrariedade com essas normas pode ser objeto de impugnação judicial, segue-se, reflexamente, que é inútil a quem quer que seja aplicar normas inconstitucionais, pois, do contrário, corre o risco de os seus atos serem objeto de impugnação judicial, por violação de norma ou princípio constitucional. Portanto, no limite, generaliza-se a regra e ninguém pode aplicar normas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados.

¹⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho Parte III - Situações Laborais coletivas*, 2ª edição, actualizada à Reforma do Código do Trabalho até dezembro de 2014, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 507-510.

Esta postura tem uma razão de ser: a requisição civil, tradicionalmente, não é considerada um instituto do Direito do Trabalho¹⁹. É um instituto do Direito Administrativo. Por isso, é nesta sede que o tema tem sido objeto de tratamento²⁰.

A requisição civil não é, portanto, um tema de Direito Privado. É um tema de Direito Público, pois, é da satisfação do interesse público que trata²¹. Quer pelo *critério do interesse*, quer pelo *critério da posição ou da qualidade dos sujeitos*, a requisição civil surge no quadro do sistema jurídico como um instituto de Direito Público. A sua relevância no domínio laboral prende-se com o facto de a requisição civil poder visar e atingir a atividade de uma pessoa, que pode ter (ou não) o estatuto de trabalhador, ligado (ou não) ao sector público, regido (ou não) pelas normas de Direito Público que regulam as relações laborais²².

No mundo moderno, a Administração Pública deixou de necessitar de bens de terceiros para satisfação das suas necessidades. Dada a enorme possibilidade que tem de obter bens próprios, só duas classes de bens de terceiros perfilam hoje no interesse da Administração para realização dos seus fins: os bens

¹⁹ “Não se trata, pois, de um instituto próprio da greve, das lutas laborais, ou sequer do Direito do Trabalho: ele pode ser utilizado para enfrentar quaisquer perturbações, mesmo naturais” - Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I*, cit., pp. 865.

²⁰ Cf. sobre este ponto, Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho, *Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva* - Revista Controle, Fortaleza, v. 16, n. 1, pp. 113-140 jan/jun, 2018.

²¹ O tema é igualmente objeto de tratamento em sede do Direito Internacional Público. Cf., sobre este ponto, Fausto de Quadros, *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 306-307.

²² Na verdade, o estatuto jurídico de trabalhador adquire-se e perde-se pela celebração e cessação do contrato de trabalho.

imóveis, que poderão ser objeto de *expropriação por utilidade pública*²³ e a atividade das pessoas, especialmente a atividade daqueles que dominam certa arte ou ofício, que pode ser objeto de *requisição civil*. Em ambos os casos uma pessoa pode ser constrangida, em nome do interesse público, a entregar uma coisa ou a prestar um serviço. No primeiro caso, em virtude da raridade ou da especial aptidão do bem. No segundo, por razões de oportunidade. Os dois institutos - a expropriação e a requisição civil - são, portanto, dominados por regras de Direito Público.

II - Afigura-se-nos, porém, que o tema deve merecer tratamento particular, em sede do Direito do Trabalho, não apenas pelas razões já referidas de que a requisição da atividade das pessoas constitui, no mundo moderno, praticamente o reduto da requisição civil - visto que a Administração, de um modo geral, pode prover, com bens próprios, à satisfação das suas necessidades - mas também porque se justifica a definição de um quadro dogmático específico dentro do qual se move a *requisição de atividades*.

Neste quadro dogmático há um dado não negligenciável: a requisição civil é a antítese da liberdade contratual²⁴. Se uma pessoa só pode prestar a sua atividade a outra pessoa, mediante contrato de trabalho livremente celebrado, pela requisição civil rompe-se

²³ A expropriação por utilidade pública encontra-se hoje regulada pelo Decreto-legislativo nº. 3/2007, de 19 de junho. Sobre o regime anterior, cf. o nosso *Código da Terra*, Livraria Saber, maio 2002, pp. 787 e segs.

²⁴ A doutrina jurídica põe em relevo esta dimensão. Cf. Miguel Santiago Marienhoff e Pierre Soubélet, reportando à restrição da liberdade associada à requisição ou a “acto grave de com respeito às liberdades individuais” - ambos citados por Bradson Camelo e Marcilio Toscano Franca Filho, *Aspectos económicos da requisição administrativa*, www.jota.info.

com este pressuposto essencial, porque, neste caso, a pessoa é constrangida a executar um trabalho contra a sua vontade. Este quadro dogmático tem que permitir não confundir a requisição civil, nem com o trabalho forçado, nem tão pouco com a escravatura²⁵. Tem que permitir igualmente fixar pontos de equilíbrio entre autoridade e liberdade, e estabelecer as linhas de força dentro das quais se move o exercício da autoridade - em que se traduz a requisição civil - e quais os domínios intangíveis da liberdade pessoal que se justifica preservar. Neste quadro não se pode confundir *interesse público* com *ordem pública*, pois, se aquele justifica o exercício da autoridade, este fundamenta a proteção da liberdade, mesmo contra o poder público encarregado de proteger uma e outra.

2. Noção

I - A expressão *requisição civil* surge, por oposição à *requisição militar*. Está ligada a um direito feudal antigo denominado *droit de prise* que a doutrina associa ao chamado *droit regalien*²⁶. Ela traduz-

²⁵ Também as normas sobre a escravidão - que visam igualmente constranger uma pessoa a prestar um serviço contra a sua vontade - apresentam natureza pública. Diferem, todavia, das normas sobre a requisição civil de trabalhadores pelo seu *móvil*, pelo *âmbito do serviço a prestar* e pelo *tempo*. Pela escravidão priva-se uma pessoa da sua liberdade e, consequentemente, da sua autodeterminação pessoal. É este o seu *móvil*. A requisição civil visa constranger uma pessoa a executar um serviço temporalmente determinado, no interesse da coletividade. Este é o seu *móvil* específico. Na escravidão uma pessoa é forçada a executar qualquer serviço, ao passo que na requisição civil uma pessoa é levada a executar um serviço determinado com aptidão para satisfazer um interesse público. A escravidão é um *estado*; por isso, é tendencialmente permanente. A requisição é um *acidente*; por isso é, em regra, temporária. Assim, nenhuma aproximação entre a requisição civil e a escravidão é possível.

²⁶ Ver sobre este ponto, *droit de prise (droit feudal)* - wikipedia. Camelo e Franca Filho ligam a figura aos conceitos medievais de “*jura quaesita*” e “*jus eminens*”, ob loc. cit.

se num ato de um órgão da Administração, adotado no uso de poderes de autoridade, que tem por fim constranger temporariamente uma pessoa a entregar uma coisa ou a prestar uma atividade, com vista à realização de um interesse público que não poderá ser satisfeito sem o sacrifício do titular desses bens, mediante indemnização.

A requisição civil é, portanto, uma categoria genérica²⁷. Como tal abrange a requisição de “serviços públicos, empresas e estabelecimentos, bem como a prestação de serviços, individual ou coletivas, a cedência de bens móveis ou semoventes e a utilização de quaisquer bens”, como refere o artº. 1º DL n. 77/90, de 12 de Setembro que disciplina a figura²⁸.

A doutrina distingue, assim, a *requisição de coisas*, a *requisição de serviços* e a *requisição de atividade*, este, por vezes impropriamente chamada, igualmente, requisição de serviços²⁹. A distinção entre a requisição de coisas, por um lado, e a requisição de serviços e atividades, por outro, não apresenta dificuldades³⁰. O conceito de requisição de coisas reporta-se às coisas corpóreas (móveis ou imóveis) consumíveis ou não consumíveis, fungíveis ou infungíveis que apresentem aptidão para satisfazer uma necessidade

²⁷ No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I*, cit., pp. 865.

²⁸ A fórmula analítica usada pelo referido diploma bem podia ser dispensada. Na verdade, o que se requisita são coisas (móveis ou imóveis) pertencentes a pessoas singulares ou coletivas ou atividades ou serviços de pessoas singulares ou coletivas (empresas). Por isso, em suma, a requisição é de bens (móveis ou imóveis) e de pessoas, ou a atividade das pessoas (singulares ou coletivas), com vista a forçá-las a prestar um serviço.

²⁹ Cf. neste sentido Giovanni Battista Verbari, *Requisizione*, Enc. del Diritto, vol. XXXIX, p. 909.

³⁰ A noção de coisa a que se reporta o artº. 202º do CC mostra-se inadequada para o efeito. Na verdade, ao definir coisa como tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas, pela sua amplitude, o artigo abrange tanto coisas, como serviços e atividades.

pública.

Assinalam-se, porém, dificuldades na distinção entre requisição de serviços e requisição de atividade. A doutrina italiana caracteriza a *requisição de serviços* como aquela que consiste na obtenção de “um complexo organizativo de bens e pessoas”³¹, ao passo que a *requisição de atividade* se traduz em obter a cooperação de uma pessoa para o desenvolvimento de uma atividade, intelectual ou manual, com vista à satisfação de um interesse público. Parece ser por esta via que se deve proceder à distinção. No primeiro caso, a requisição civil tem por objeto uma universalidade; no segundo caso, está em causa uma pessoa, que, pelas suas qualidades e aptidões profissionais, se adequa à satisfação de uma necessidade pública.

II - Embora a lei submeta essas diversas modalidades ao mesmo regime, esta classificação afigura-se-nos pertinente pela hierarquia dos bens jurídicos em presença. Requisitar uma coisa ou mesmo uma universalidade não pode ter o mesmo tratamento jurídico que a requisição da atividade de uma pessoa. Se a Administração requisita uma coisa (uma casa, um carro, a água do vizinho...) impõe-se uma conduta do proprietário que se traduz na entrega da coisa ou na colocação da universalidade à disposição da Administração Pública. Todavia, se o que se requisita é uma pessoa ou a atividade de uma pessoa, do que se trata é de colocar as aptidões dessa pessoa, a sua liberdade e os demais bens da personalidade ao serviço da satisfação de uma necessidade pública. Neste último caso, verifica-se uma

³¹ Cf. Giovanni Batista Verbari, *Requisizione*, Enc. del Diritto, vol. XXXIX, p. 910.

atuação compulsória sobre a pessoa e os seus bens da personalidade, forçando-a a prestar uma atividade para a qual não se entregou voluntariamente. No primeiro caso, a conduta da pessoa tem por objeto bens exteriores à própria pessoa; no segundo caso, a conduta que é exigida à pessoa tem por objeto bens da própria personalidade. Neste caso há uma dimensão reflexa da conduta da pessoa que não se encontra presente, nem na requisição de coisas, nem na requisição de serviços. Isso justifica um tratamento doutrinário especial desta modalidade de requisição que apresenta uma diferença de graus na concretização do princípio *nemo praecisae ad factum cogi potest*.

3. Requisição e figuras afins: quadro constitucional

I - Como assinala Costa Mesquita, a figura da requisição não constava da Constituição da República Portuguesa. Mas entendia-se que “o instituto se achava coberto pela cláusula de expropriação por utilidade pública”³².

A expropriação por utilidade pública é, portanto, a figura mais próxima da requisição, mas é bem de ver que ambas nascem de um tronco comum que diz respeito a todas as medidas ablativas que atingem direitos e interesses dos particulares.

O enquadramento da requisição no quadro das medidas ablativas, tais como o confisco, a nacionalização e a expropriação atrai para este instituto todo o regime de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Tratando-se da

³² In *Requisição*, Enc. POLIS, vol. V, pp. Col. 426-427.

requisição de atividade, esse enquadramento atrai igualmente para o instituto todo o regime de proteção da pessoa e dos seus bens e direitos da personalidade. Conjugam-se, portanto, na compreensão dogmática do instituto, regras de Direito Público e regras de Direito Privado.

II - Nos Estados de Direito democrático nenhuma medida ablativa de direitos e interesses legítimos dos cidadãos poderá ser tomada se não for permitida e autorizada por lei. A nossa Constituição rejeita medidas ablativas nas formas de *confisco político* e *nacionalização*. O confisco é, todavia, admitido, mediante sentença judicial, traduzindo-se na perda definitiva de bens ou vantagens decorrentes de um crime, mediante decisão judicial³³.

A Constituição da República admite igualmente a *expropriação por utilidade pública* e a *requisição civil*³⁴.

O *confisco político*, como é sabido, opera a privação de um bem pertencente a um particular, não por razões de necessidade e utilidade públicas, mas por motivos políticos ou ideológicos. Foi

³³ O confisco encontra-se hoje disciplinado pela Lei n.º 120/VIII/2016, de 24 de março que o admite relativamente a bens e direitos de origem ilícita (art.º 45º). Nos termos do art.º 57º n.º 1 desta Lei “o juiz a requerimento do Ministério Público pode decretar, na decisão final, o confisco de bens imóveis ou móveis, direitos, títulos, valores, quantias e quaisquer outros objetos depositados em bancos ou outras instituições de crédito, mesmo que em cofres individuais, em nome do arguido ou de terceiros, de origem ilícita”. Constitui indício da origem ilícita para efeitos de confiscação, a desproporcionalidade dos bens ou valores face aos rendimentos do arguido, a impossibilidade de determinar a licitude da sua proveniência e bem assim a falsidade das respostas do arguido às perguntas efetuadas pela autoridade judiciária sobre a sua situação económica e financeira (art.º 57º n.º 2). O processo de confisco de bens vem regulado no art.º 57º a 59º desta lei.

³⁴ Nos termos do art.º 69º n.º 3 da CR “a requisição ou expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei...”

praticado em Cabo Verde durante a I República³⁵, contra os chamados “inimigos do povo” que eram todos aqueles que não professavam a ideologia do Partido Africano para a Independência de Cabo Verde - PAICV, então no poder.

O termo *nacionalização* tem sido reservado para a expropriação de empresas³⁶, o que permite diferenciá-la da *expropriação por utilidade pública* que pode atingir qualquer bem³⁷.

A Constituição da República não se refere nem à nacionalização, nem ao confisco. Tão pouco utiliza uma expressão genérica que leve a pressupor que estas categorias foram atendidas na ordem constitucional³⁸.

III - A expropriação por utilidade pública e a requisição aparecem na Constituição da República como limites ao direito de propriedade. O artº. 69º garante a todos o direito de propriedade e a faculdade da sua transmissão, em vida ou por morte, mas do mesmo passo reconhece aos poderes públicos a faculdade de requisição e

³⁵ Sobre este assunto, cf. José Luís Hopffer Almada, *das tragédias históricas do povo caboverdiano e da saga da sua constituição e da sua consolidação como nação crioula soberana - O Ano Mágico de 2006 - Olhares Retrospectivos sobre a História e a Cultura Caboverdianas*. A Lei n.º 86/VI/2005, de 26 de dezembro, conhecida por Lei da Reconciliação Nacional, visou ressarcir a todos quantos, no interior do País ou na diáspora, formam a nação cabo-verdiana, assegurando a “restituição ou compensação aos proprietários que foram desapossados dos seus bens patrimoniais, igualmente por motivos políticos, no período compreendido entre julho de 1975 e dezembro de 1980”. A aplicação desta lei tem, todavia, encontrado grandes obstáculos. O processo é lento e não tem apresentado resultados práticos.

³⁶ Cf. Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República portuguesa, anotada*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 994.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ A Constituição da República portuguesa utiliza a expressão “apropriação pública dos meios de produção” (artº. 83º) que abrange qualquer das referidas formas de ablação do direito de propriedade.

expropriação por utilidade pública, mediante indenização (artº 69º n.º 3).

Ambas as medidas de apropriação pública se fundam, como se viu, no *princípio da legalidade*, ou seja, o recurso a uma ou outra só pode ser feito a coberto da reserva de lei. Outrossim, tanto a expropriação como a requisição se fundam em razões de *utilidade ou necessidade públicas* e, em ambos os casos, de trata de situações excepcionais³⁹ que representam um sacrifício para os titulares dos direitos visados e, conseqüentemente, dão lugar à correspondente indenização⁴⁰. Estão, portanto, excluídas medidas ablativas que visem a satisfação de interesses particulares⁴¹.

Ambas as medidas se fundam igualmente no *princípio da subsidiariedade*. Este princípio tem o sentido de que só se poderá

³⁹ Tanto a requisição civil como a expropriação por utilidade pública têm natureza excepcional. Esta excepcionalidade já resulta quer do regime jurídico da expropriação por utilidade pública, aprovado pelo Decreto legislativo nº. 3/2007, de 19 de julho (artº. 3º e 4º), quer do artº. 2º do Decreto-lei nº. 77/90, de 10 de outubro, segundo o qual a requisição civil “só pode ser determinada em situações de emergência de extrema gravidade ou quando seja imperioso assegurar o regular funcionamento de serviços essenciais de interesse público”. A lei utiliza conceitos indeterminados que caracterizam essa excepcionalidade, conceitos que requerem uma concretização caso a caso.

⁴⁰ No sentido de que se deve aplicar à requisição os princípios previstos na Constituição da República italiana relativos à expropriação por utilidade pública, cf. Giovanni Battista Verbari, *Requisizione*, Enciclopedia del Diritto Giuffrè, vol. XXXIX, pp. 908 e segs, especialmente, p. 912.

⁴¹ Importa, todavia, entender corretamente este assunto. Um incêndio na casa do vizinho não é um assunto de interesse particular; é um assunto de interesse público, pois, se trata de prestar a cooperação devida por todos os membros de uma comunidade a um dos seus membros que se encontra numa situação de vulnerabilidade. Por isso, a requisição da água do vizinho para combater o incêndio não é um assunto de interesse particular, mas sim um assunto de interesse público. A requisição de um médico para salvar um doente em perigo de vida não é igualmente um assunto de interesse particular desse doente; é um assunto de interesse público visto que a prestação de cuidados de saúde a todos e a cada um dos membros de uma comunidade é um dever que recai sobre todos os membros dessa comunidade, especialmente sobre aqueles que detêm as qualificações específicas para o cuidado devido.

recorrer a uma medida de expropriação ou requisição por utilidade pública quando a entidade administrativa não pode satisfazer a necessidade pública por meios próprios e, caso não seja satisfeita com recurso a meios de terceiros⁴², poderá envolver grave prejuízo para o coletivo visado.

Tanto a requisição civil, como a expropriação devem observar igualmente o *princípio da proporcionalidade*, não apenas em sentido material, como também em sentido formal.

A proporcionalidade em sentido material impõe que não se possa requisitar ou expropriar para além do estritamente necessário para a satisfação de uma necessidade pública. Ou seja, o sacrifício imposto ao particular deve ser a medida da necessidade pública. No domínio laboral a proporcionalidade material se concretiza pela definição dos chamados *serviços mínimos*.

No plano formal o princípio da proporcionalidade rejeita a redução indevida das garantias processuais na concretização de medidas ablativas de requisição ou expropriação por utilidade pública.

IV - Todavia, alguns aspetos diferem as duas figuras. Em regra, a expropriação por utilidade pública é definitiva. Ou seja, envolve a transferência do direito de propriedade do seu titular para a entidade expropriante, a título definitivo. Como tem sido referido, a expropriação envolve a ablação do direito de propriedade. Porém, a requisição civil é, em regra, temporária. Pressupõe a colocação de

⁴² Sobre este princípio cf. Paulo Fernando Mohn e Sousa, *A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo*, Brasília, 2010.

um bem, empresa ou serviços de uma pessoa à disposição da entidade requisitante (que poderá ser o Estado ou outra pessoa pública ou privada) a título temporário. Ajusta-se, portanto, a uma necessidade temporária.

Além disso, a requisição civil é mais gravosa do que a expropriação por utilidade pública: ao passo que nesta a pessoa é constrangida a entregar um bem imóvel, na requisição civil, especialmente na requisição de atividades, a pessoa é constrangida a colocar a sua atividade intelectual ou manual, à disposição de outra pessoa para que esta possa tirar proveito dela, independentemente da sua vontade. Há, portanto, uma substancial diferença de graus entre as duas figuras. A requisição civil representa, pois, uma exceção ao princípio *nemo praecisae ad factum cogi potest*, fundada em razões da solidariedade que deve existir entre todos e cada um dos membros de uma determinada comunidade. Estas razões de solidariedade não permitem que um membro de uma comunidade se exima de prestar o seu contributo quando esse contributo seja apto para evitar ou prevenir um dano maior aos demais membros dessa comunidade. A requisição civil funda-se, assim, em razões de interesse e ordem públicas. Tem o seu fundamento na coesão social.

4. Regime atual

I - A requisição de um trabalhador - ou com maior propriedade, a requisição de uma pessoa⁴³ - chama à colação todo o arsenal

⁴³ Não se trata de uma questão de preciosismo. Na verdade, uma pessoa só adquire a qualificação jurídica de trabalhador mediante a celebração de um contrato de trabalho. Estando fora do contrato perde essa qualidade. Por isso, a

jurídico de proteção das pessoas e dos seus bens da personalidade.

A *proteção da liberdade pessoal* constitui o ponto nevrálgico deste regime⁴⁴. Três aspetos se manifestam neste particular:

- O primeiro é o de que, em regra, ninguém pode ser obrigado a executar um trabalho para o qual não se entregou voluntariamente;
- o segundo é o de que toda a pessoa pode, mediante contrato, colocar os seus bens de personalidade à disposição de outra pessoa, definindo o conteúdo e o tempo dessa limitação, podendo, todavia, por termo a essa limitação quando aprouver, ainda que com a obrigação de indemnizar àquele a favor de quem a limitação foi estabelecida - neste particular, a lei reconhece ao titular dos bens de personalidade um direito de *auto-tutela específica* para proteção da sua pessoa e dos seus bens da personalidade⁴⁵;
- um terceiro aspeto se prende com as limitações involuntárias que se fundam em razões de solidariedade e

requisição é de pessoas e não de trabalhadores. É certo que uma pessoa pode ser requisitada em atenção às suas qualificações profissionais, mas isso não interfere com a natureza do vínculo. O Decreto-lei nº. 77/90, de 10 de setembro que regula a requisição civil, cujo artº 6 se ocupa, precisamente, da requisição de pessoas, não faz neste particular qualquer distinção. Como assinala a doutrina, o vínculo que se estabelece por força da requisição civil é de direito público. Não tem natureza privada. Logo, não se liga necessariamente ao regime laboral.

⁴⁴ Ver, sobre este ponto, Geraldo da Cruz Almeida, *Direito do Trabalho cabo-verdiano - dogmática específica - fontes - situações individuais de trabalho*, Praia, 2010, pp. 25 e segs e, em particular, pp. 45 e segs. Para maiores desenvolvimentos, ver o nosso *O contrato de trabalho como limitação voluntária dos direitos de personalidade - esboço de uma perspetiva dogmática*, Revista Internacional de Direito do Trabalho, ano I/2021/nº. 1/www.ridt.pt, pp. 201 e segs.

⁴⁵ Sobre este ponto, o nosso *Direito do trabalho cabo-verdiano*, cit. p. 396 segs.

coesão sociais para proteção de uma determinada comunidade onde o próprio titular dos bens da personalidade se insere⁴⁶.

Estas últimas limitações, em que se insere a requisição civil, só podem ser estabelecidas por *lei formal*; devem ser *excepcionais*, e regem-se pelos princípios da *subsidiariedade*, *proporcionalidade*, *adequação* e, quando concretizadas por órgãos administrativos, devem ser sujeitas a uma reavaliação por órgãos judiciais independentes, sempre na mira da proteção dos direitos fundamentais dos interessados. Se da sua concretização ocorrer prejuízo para os interessados esses prejuízos devem ser reparados com uma justa indemnização.

II - O regime jurídico da requisição civil está disciplinado no DL n. 77/90, de 12 de Setembro⁴⁷. Trata-se de um diploma anterior à

⁴⁶ Por isso, os diversos Decretos Presidenciais que declararam o estado de emergência reconheceram a possibilidade do recurso à requisição civil.

⁴⁷ Desde a entrada em vigor deste Decreto-Lei os sucessivos governos concretizaram várias situações de requisição civil, nem sempre no respeito do quadro legal. Assinale-se: a Resolução nº 1/2005, de 12 de janeiro de 2005 que autorizou a requisição civil do pessoal navegante de cabine da TACV. Esta requisição foi concretizada por Portaria nº 3/2005, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 44/2006, de 13 de dezembro que reconheceu a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal do Instituto Nacional de Meteorologia e Geofísica. Esta requisição foi concretizada por Portaria conjunta dos Ministros das Infraestruturas, Transportes e Mar, Ministro da Administração interna e Ministro do Trabalho, Família e Solidariedade nº. 33/2006 da mesma data. No mesmo mês e ano por Resolução do Conselho de Ministros nº. 47/2006, de 27 de dezembro, foi novamente reconhecida a necessidade pública de requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal do Instituto Nacional de Meteorologia e Geofísica entre as 7:30 horas de 27 de dezembro e dia 29 de dezembro de 2006, requisição que foi concretizada por Portaria Conjunta dos Ministros das Infraestruturas, Transportes e Mar, Ministro da Administração interna e Ministro do Trabalho, Família e Solidariedade nº. 38/2006 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 44-A/2006, de 22 de dezembro reconhecendo a necessidade pública da requisição civil do pessoal de

estiva no Porto da Praia, pertencente a ENAPOR, para prestarem no Porto da Praia o serviço de carga, descarga, estiva e desestiva de produtos petrolíferos, vegetais, animais vivos, perecíveis, carga frigorífica, géneros alimentícios na iminência de rotura de stock em Santiago e outras ilhas. Esta requisição foi concretizada por Portaria nº 33-A/2006, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 8/2007 de 12 de março, reconhece a necessidade pública da requisição civil dos enfermeiros do Hospital Central Agostinho Neto. Esta requisição foi concretizada por Portaria conjunta dos Ministros da Saúde, Trabalho, Família e Solidariedade nº. 5/2007, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 33/2007, de 21 de setembro de 2007, reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal da Manutenção da TACV por um período de 48 horas, entre às 4H00 do dia 21 de setembro de 2007 e às 4H00 horas do dia 23 de setembro de 2007. Esta requisição foi concretizada por Portaria conjunta dos Ministros das Infraestruturas, Transportes e Mar, Ministro do Trabalho e Ministro da Família e Solidariedade nº. 29/2007 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 7/2008, de 27 de fevereiro, reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal do Instituto Nacional de Meteorologia e Geofísica. Esta requisição foi concretizada por Portaria Conjunta dos Ministros do Ambiente e Agricultura e Ministro do Trabalho, Família e Solidariedade nº. 5/2008, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 76/2010, de 20 de dezembro reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do corpo de Bombeiro Municipal da Câmara Municipal da Praia. A requisição foi concretizada por Portaria do Ministro do Trabalho, Família e Solidariedade Social nº. 61/2010 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 17/2011, de 27 de abril reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos Agentes, do Corpo de Agentes Prisionais, entre as 08 horas do dia 27 de abril e as 08 horas do dia 30 de abril de 2011. A requisição foi concretizada por Portaria Conjunta do Ministro da Juventude, Emprego e Desenvolvimento dos Recursos Humanos e Ministro da Justiça nº. 18/2011 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 32/2011, de 31 de agosto, reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal do Instituto Nacional de Meteorologia e Geofísica. A Requisição foi concretizada por Portaria Conjunta do Ministro da Juventude, Emprego e Desenvolvimento dos Recursos Humanos nº. 32/2011, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 57/2011, de 22 de dezembro reconhecendo a necessidade pública da requisição civil do funcionário aduaneiro entre às 08 horas do dia 22 de dezembro e às 08 horas do dia 24 de dezembro de 2011. A requisição foi concretizada por Portaria Conjunta dos Ministros das Finanças e do Planeamento e Ministro da Juventude e Desenvolvimento dos Recursos Humanos nº. 43/2011, da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 18/2012, de 20 de março que reconheceu a necessidade pública da requisição civil dos Agentes do Corpo de Bombeiros da Câmara Municipal da Praia entre as 08:00 horas do dia 20 de março de 2012 e as 08:00 horas do dia 22 de março de 2012. A requisição foi concretizada por Portaria conjunta do Ministro da Administração Interna e Ministro da Juventude, Emprego e Desenvolvimento dos Recursos Humanos nº. 11/2012 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 48/2012, de 5 de setembro reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos estivadores, guincheiros, conferentes,

Constituição de 1992, donde se pode questionar se alguns dos seus artigos não estarão eivados de inconstitucionalidade superveniente.

No plano da inconstitucionalidade formal nenhum problema se

portalós e capatazes que integram o pessoal de tráfego e estiva da Enapor - Porto da Praia. A requisição foi concretizada por Portaria Conjunta do Ministro das Infraestruturas e Economia Marítima e Ministro da Juventude, Emprego e Desenvolvimento dos Recursos Humanos nº 40/2012 da mesma d.ata. Resolução do Conselho de Ministros nº. 19/2013, de 12 de fevereiro, reconhecendo a necessidade pública da requisição civil dos funcionários da EMPROFAC - SARL, entre as 08 horas e as 16:00 horas do dia 14 de fevereiro e as 08 horas e as 16:00 horas do dia 15 de fevereiro de 2013. A requisição foi concretizada por Portaria conjunta do Ministro do Turismo, Industria e Energia e Ministro da Juventude, Emprego e Desenvolvimento dos Recursos Humanos nº. 11/2013 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº 28/2017, de 13 de Abril, reconhece a necessidade pública de requisição civil dos trabalhadores da Estiva do Porto da Praia - ENAPOR, SA, por tempo que mantiver a greve iniciada no dia 13 de Abril de 2017, para prestarem, no Porto da Praia, os serviços de carga, descarga, estiva e desestiva de produtos petrolíferos, vegetais, animais vivos, produtos perecíveis, carga frigorífica, géneros alimentícios na iminência de rotura de stock na Ilha de Santiago ou noutras ilhas. A requisição foi concretizada por Portaria Conjunta dos Ministros da Economia e Emprego e Ministério da Justiça e Trabalho nº. 17/2017 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros n.º 153/2017 de 29 de dezembro que determina a necessidade pública da requisição civil do pessoal policial da Polícia Nacional, entre as 00:00 horas do dia 27 e as 23:59 horas do dia 26 de dezembro de 2017 para assegurar a prestação dos serviços considerados indispensáveis e que se mostram necessários e adequados a satisfação de necessidades impreteríveis da comunidade. A requisição foi concretizada por Portaria conjunta do Ministro da Justiça e do Trabalho e Ministro da Administração interna nº. 46/2017 da mesma data. Resolução do Conselho de Ministros nº. 42/2018, de 16 de maio que determina a necessidade pública da requisição civil do pessoal das Empresas de Segurança Privada, entre as 08:00 horas do dia 17 e as 08:00 horas do dia 20 de maio de 2018 para assegurar a prestação dos serviços considerados indispensáveis e que se mostram necessários e adequados a satisfação de necessidades impreteríveis da comunidade, com vista a evitar prejuízos irremediáveis e/ou sacrifícios inoportáveis. A requisição foi concretizada por Portaria Conjunta dos Ministros da Administração Interna e Ministério da Justiça e Trabalho nº. 15/2018 da mesma data.

Observe-se, no que a este ponto respeita, que se tem cometido um erro de forma nesta matéria. Com efeito, o nosso sistema constitucional não prevê, no que respeita à forma dos atos, a figura da Portaria Conjunta. Esta forma tem sido utilizada, porém, em oposição ao que vem previsto na Constituição da República. A forma correta é a de Despacho normativo. Ver, sobre este ponto, o nosso estudo *Tipologia dos Actos legislativos no Direito Constitucional cabo-verdiano (Estudos de Direito cabo-verdiano e outros escritos jurídicos)*, Praia, 2008, pp. 170. Observe-se ainda uma predominância de requisições civis no mês de dezembro, o que, do ponto de vista preventivo, deve chamar a atenção do Governo.

coloca. Na verdade, a matéria em causa foi aprovada por Decreto-Lei, no âmbito da autorização legislativa conferida pelo artº. 11º do artº. 1º da Lei nº. 82/III/90, de 29 de junho e adotado no uso da competência conferida pela al. f) do artº. 75º da Constituição da República. Hoje esta matéria seria objeto de *decreto legislativo* que constitui a forma dos atos do Governo praticados no uso de autorização legislativa (artº. 261º/2/b) da CR). Apesar disso, não cremos que o referido diploma padeça de inconstitucionalidade formal. Com efeito, o Decreto-lei em que se consubstancia tem hoje o mesmo valor hierárquico que o Decreto legislativo, nos termos já desenvolvidos anteriormente.

Do ponto de vista formal suscita-se igualmente a questão de saber se a portaria a que se reporta o artº. 3º nº. 2 do mesmo diploma mantém actualidade.

Quando a requisição civil se efetiva por ato normativo de um ministro, certamente que sim: a forma adequada é a de *Portaria*. Todavia, se a requisição civil se efetiva por ato normativo de dois ou mais ministros a forma adequada do ato é a de *Despacho Normativo*. Mesmo neste particular, não se suscitam inconstitucionalidades, mas o referido artº. 3º nº. 2 deve ser objeto de uma interpretação atualista, em conformidade com o estabelecido no artº. 264º nº. 3 da Constituição da República de 1992. Com efeito, o *Despacho Normativo* é a forma que assume o ato normativo do Governo a que a lei não imponha a forma Decreto Regulamentar (artº. 264º/3) e seja da competência conjunta de dois ou mais membros do Governo.

No plano material não se nos vislumbram igualmente quaisquer problemas de inconstitucionalidade.

III - O referido Decreto-lei nº. 77/90, de 10 de setembro disciplina os seguintes aspetos: objeto (artº. 1º); situações (artº. 2º); requisição de pessoas (artº. 6º e 7º); âmbito geográfico (artº. 4º); intervenção das forças armadas (artº. 9º); processo (artºs. 3º e 8º) e indemnizações (artº. 10º).

Só constitui objeto do presente estudo a requisição civil de pessoas, mais concretamente, a requisição civil de trabalhadores, pelo que os demais aspetos só serão objeto da nossa atenção de modo incidental.

a. Objeto

I - O objeto da requisição civil reporta-se aos bens ou serviços que podem ser obtidos através desta medida administrativa para satisfação de uma necessidade pública.

Numa fórmula menos conseguida, o Decreto-lei 77/90, de 10 de setembro prevê a requisição civil de “serviços públicos, empresas e estabelecimentos, bem como a prestação de serviços, individual ou colectiva, a cedência de bens móveis ou semoventes e a utilização de quaisquer bens” (artº. 1º nº. 1).

No que respeita à requisição civil de trabalhadores que é, como vimos, uma modalidade particular de requisição de pessoas, a requisição civil opera habitualmente no quadro de uma situação de greve e quando não seja assegurada a prestação de *serviços mínimos*⁴⁸. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem que

⁴⁸ A reforma introduzida no Código Laboral em 2016, pelo Decreto legislativo

só está justificado o recurso à requisição civil quando não tenham sido fixados e/ou cumpridos os serviços mínimos⁴⁹.

nº. 1/2016, de 3 de fevereiro que entrou em vigor no dia 1 de outubro do mesmo ano, veio estabelecer que a fixação de serviços mínimos compete a uma comissão tripartida independente, integrada por cinco elementos, sendo um representante dos trabalhadores, um representante dos empregadores e um representante do Governo e mais dois outros elementos escolhidos por acordo entre representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do Governo (artº. 123º nº. 2 do CL). O nº. 3 do mesmo artigo estabelece que “na falta de acordo entre as partes, compete ao Governo definir a amplitude dos serviços mínimos”.

⁴⁹ Ver, neste sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, para quem a requisição civil é “uma consequência específica do incumprimento do dever de prestação de serviços mínimos relativos às necessidades especiais impreteríveis” - *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III - Situações laborais coletivas*, 2ª edição, atualizada à reforma do Código do Trabalho, até dezembro de 2014, pp. 507. A jurisprudência tem igualmente seguido este ponto de vista. Cf. Acórdão da Relação de Lisboa, de 23 de janeiro de 1991 (Rodrigues da Silva), assegurando que o recurso à requisição civil pode ocorrer caso a associação sindical e os trabalhadores não garantam a prestação dos serviços mínimos - www.dgsi.pt. Por isso, não podemos concordar inteiramente com o ponto de vista que advoga que, perante uma situação de prestação de serviços mínimos, se o trabalhador escalonado não comparecer ao trabalho o empregador não pode mover-lhe um processo disciplinar “porque, estando o trabalhador em greve, não tinha que trabalhar” - cf., por todos, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho, 8ª edição*, Almedina, 2017, pp. 1265-1266. Esta conclusão parece estar em contradição com o ponto de vista segundo o qual o recurso à requisição civil só ocorre na falta de cumprimento de serviços mínimos. Ora, assim sendo, o vínculo de natureza pública que só se estabelece a partir da requisição civil deixa a questão de saber qual a natureza do vínculo que se estabelece entre o trabalhador e o empregador no quadro da prestação de serviços mínimos. Cremos que esse vínculo tem natureza laboral, pois, só com o ato de autoridade traduzido na requisição civil é que se estabelece um vínculo de natureza jurídico-pública. Ver, aliás, neste sentido, Romano Martinez, assegurando que é “o não cumprimento dos serviços mínimos que permite ao Governo recorrer à requisição civil” - ob. cit., p. 1264. Por isso, discordando dessa posição doutrinária, entendemos que no cumprimento dos serviços mínimos o vínculo que permite assegurar esse cumprimento tem natureza laboral e, como tal, o trabalhador pode sim estar sujeito a medidas disciplinares caso falte a esse cumprimento. Esse dever de prestar que impende sobre o trabalhador escalonado para a prestação de serviços mínimos assenta em critérios de boa-fé, de *fair play* laboral e dita que, não obstante a situação de conflito, a obrigação laboral deve ser objeto de um cumprimento mínimo, num quadro de lealdade e em nome de interesses superiores. Sem requisição civil não se estabelece uma relação jurídico-pública. A prestação de serviços mínimos configura-se como uma situação excecional da obrigação de prestar trabalho, mesmo estando o trabalhador em greve. O vínculo que determina essa obrigação tem natureza jurídico-privada, daí viabilizar reações de ordem disciplinar.

Esta conclusão apresenta relevante importância entre nós porquanto, em última instância, convergem na mesma entidade o poder de fixar em definitivo os serviços mínimos e a faculdade de recorrer à requisição civil. Na verdade, se é certo que na falta de acordo entre os membros da comissão competente para fixar os serviços mínimos, este papel compete ao Governo, é igualmente o mesmo Governo a quem compete decidir pelo recurso à requisição civil. Portanto, é o Governo quem gere a subsidiariedade que existe entre uma medida e outra. Por isso, faz todo o sentido que só seja justificado o recurso à requisição civil quando tenham sido fixados e não observado o cumprimento dos serviços mínimos.

Todavia, um Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (Portugal) entendeu ser possível a requisição civil preventiva, no que parece ter a concordância da doutrina jus-laborista⁵⁰, “caso se verifique um reiterado incumprimento ou cumprimento defeituoso dos serviços mínimos estabelecidos, gerador de perturbações muito graves ou uma ameaça séria e eminente desse incumprimento, em situações em que exista uma necessidade imperiosa de assegurar, sem quaisquer hiatos temporais, os serviços mínimos, sob pena de não serem satisfeitas necessidades sociais impreteríveis”⁵¹.

Não cremos que os dispositivos constitucionais que disciplinam o direito à greve e a requisição civil sejam avessos à requisição civil

⁵⁰ Cf. Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., p. 510, com mais referências na nota 162.

⁵¹ Parecer n.º 24/2019, de 8 de agosto, citado na Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-C/2020, de 17 de março de 2020 que reconheceu a necessidade de se proceder à requisição civil dos trabalhadores portuários em situação de greve até 30 de março de 2020.

preventiva. Se o que governa este instituto é a satisfação atempada de necessidades sociais impreteríveis, parece certo que perante uma ameaça séria de que tais necessidades não serão satisfeitas com o recurso a serviços mínimos, o Governo pode agir por antecipação e proceder à requisição civil, mesmo antes da concretização da ameaça. Se o Governo sabe que um grupo de médicos selecionados para a prestação de serviços mínimos ameaça não cumprir esta obrigação, pode e deve requisitá-los preventivamente, de modo a evitar maiores danos sociais. O que não pode o Governo é levar a requisição civil a desempenhar o papel de serviços mínimos, substituindo uma prestação que seria voluntária por uma prestação coativa, numa situação em que o Governo ainda não sabe se não vai poder contar com o concurso dos trabalhadores selecionados. Podendo contar com o exercício livre da atividade necessária para satisfação da necessidade pública, não há justeza no recurso a um ato de autoridade. Segue-se, portanto, que pressuposto essencial para o recurso à requisição civil preventiva é uma ameaça séria de que os serviços mínimos fixados pela comissão tripartida competente ou pelo Governo não serão cumpridos, pondo em causa a satisfação da necessidade pública. Fora deste caso a requisição civil preventiva é ilegal e viola a Constituição da República, porque atinge o livre exercício do direito à greve e ataca a liberdade individual.

II - A requisição civil de pessoas e, portanto, de trabalhadores, abrange indivíduos dos 18 aos 55 anos de idade (artº. 6º n. 1 do Decreto-Lei nº. 77/90, de 10 de setembro). Estes limites de idade suscitam dúvidas, de *jure condendo*. Por exemplo, perante uma

crise informática com efeitos sociais danosos um especialista reformado ou um jovem com menos de 18 anos de idade podem revelar-se pessoas com qualificações adequadas para debelar a crise. A requisição civil encontra, assim, um limite desnecessário no artº. 6º nº. 1 do referido Decreto-lei.

III - A pessoa a requisitar é aquela que reúne qualificações académicas e profissionais adequadas para fazer face e debelar a necessidade pública. Como refere o artº. 6º nº. 2 deste Decreto-lei, a afetação dos indivíduos requisitados terá em consideração as respectivas profissões, aptidões físicas e intelectuais, a idade, o sexo e a situação familiar.

Estabelece o artº. 7º do mesmo diploma que “o Governo pode determinar a substituição de pessoal de nacionalidade estrangeira em serviço nas empresas requisitadas por cidadãos nacionais, enquanto se mantiver a situação de requisição”.

Este passo da lei parece deixar implícita a ideia de que o cidadão de nacionalidade estrangeira não pode ser objeto de requisição civil e que, sendo requisitados os serviços de uma empresa, o pessoal de nacionalidade estrangeira vinculado à empresa requisitada deve ser substituído.

Creemos que esta norma deve, hoje, ser objeto de uma interpretação atualista. Os estrangeiros em Cabo Verde têm os mesmos direitos e deveres que o cidadão nacional (artº. 25º da CR). Nada impede, pois, que trabalhadores de nacionalidade estrangeira ao serviço de uma empresa possam ser objeto de requisição, nos mesmos termos que um nacional.

b. Requisitos

I - O recurso à requisição civil só se justifica em situações que apresentem as seguintes características:

- a. Tratar-se de uma situação de manifesto interesse público;
- b. Ser uma situação de emergência e de extrema gravidade que implica a compressão dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e dos agentes económicos;
- c. Ser imperioso assegurar o regular funcionamento dos serviços essenciais que visem a satisfação desse interesse público;
- d. Não ser possível assegurar a satisfação desses interesses, com bens e meios próprios de modo a justificar o recurso a meios de terceiros.

O primeiro requisito da requisição civil é o interesse público, entendido como tal o que diz respeito aos interesses de uma comunidade organizada. Nisto a requisição apresenta um ponto de convergência com a expropriação por utilidade pública, mas a legislação laboral permite, neste particular, estabelecer a ponte entre a necessidade pública ligada à prestação de serviços mínimos e a necessidade pública que determina o recurso à requisição civil.

A lei assinala as seguintes empresas ligadas à satisfação de necessidades sociais impreteríveis:

- Correios e telecomunicações;

- Serviços de saúde, de meteorologia e da justiça;
- Serviços funerários;
- Abastecimento de água e saneamento;
- Energia e abastecimento de combustíveis;
- Bombeiros;
- Transportes, portos e aeroportos;
- Carga e descarga de animais e de géneros alimentares deterioráveis;
- Bancário e de crédito;
- Segurança privada.

As mesmas condições que determinam a definição dos serviços mínimos determinam igualmente o recurso à requisição civil, sempre que esses serviços mínimos não sejam assegurados ou se verifica um perigo concreto de esses serviços não serem assegurados.

A lei trabalha, neste particular, com três condições para a determinação dos serviços mínimos, logo, na falta destes, para o recurso à requisição civil.

Estes serviços devem ser:

- Necessários;
- Indispensáveis e
- Adequados à satisfação das necessidades sociais impreteríveis de uma comunidade.

Estes conceitos carecem de clarificação.

II - Desde logo o *conceito de necessidade*. Note-se que a lei trabalha aqui com dois conceitos de necessidade: necessidade como carência de uma comunidade e necessidade como aptidão de um serviço para satisfazer a situação de carência de uma comunidade. Quando o artigo 123º do CL fala em “empresas ou estabelecimentos que se destinem à satisfação de necessidades sociais impreteríveis” (nº. 2) está a referir-se à necessidade como situação de *carência* de uma comunidade. Porém, quando o mesmo artigo 123º fala em “serviços mínimos indispensáveis” ou necessários está a referir-se à necessidade como *aptidão* do serviço para satisfazer a situação de carência de uma determinada comunidade. No primeiro sentido *necessidade* ou *estado de necessidade* é a situação de privação de um bem com aptidão para garantir a sobrevivência, conservação ou modo de vida atual de uma determinada comunidade.

De acordo com uma certa classificação, estas necessidades podem ser *primárias*, aquelas que se reportam à garantia de sobrevivência de uma determinada comunidade (alimentar, habitar, vestir...) ou *secundárias*, aquelas que não interferem com a sobrevivência de uma comunidade, mas reduzem-lhe a qualidade de vida. Tanto umas como outras apresentam interesse para a fixação dos serviços mínimos ou fundar o recurso à requisição civil. Ou seja, a situação de carência que justifica o recurso à requisição civil, tanto pode reportar-se a *necessidades primárias*, como a *necessidades secundárias*.

Os *serviços* (serviços mínimos) são bens com aptidão para satisfazer uma necessidade. Na situação de greve esses bens caracterizam-se como *serviços*, em razão da sua ligação direta com

aqueles que os deverão realizar: os trabalhadores. Na situação de greve esses serviços se traduzem na atividade a que o trabalhador se comprometeu, pelo contrato de trabalho, a qual apresenta aptidão para satisfazer necessidades sociais impreteríveis.

Entra, todavia, em jogo o conceito de *indispensabilidade*. Sem prejudicar o exercício do direito à greve, coloca-se a necessidade de prevenir uma rutura no equilíbrio social. À satisfação de necessidades mínimas corresponde a prestação de serviços mínimos. O carácter indispensável traduz-se, portanto, no equilíbrio entre a satisfação de necessidades mínimas e a prestação de serviços mínimos. Estabelece-se, assim, uma ligação entre o *bem* - a atividade do trabalhador - e as *necessidades mínimas* de uma comunidade, reconhecendo-se a aptidão desse bem para prevenir ou fazer face a um estado de carência dessa comunidade.

Trabalha-se, portanto, com elementos pré-compreensivos: sabe-se que da recusa do trabalhador em prestar a atividade a que se comprometeu pelo contrato de trabalho resultará a privação ou diminuição de um bem apto a fazer face a esse estado de carência e, a fim de evitar o desequilíbrio social, reconhece-se que essa privação não pode ser total, sob pena de por em risco valores essenciais da vida comunitária.

A lei resolve, assim, um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à greve (privação coletiva de um bem = a atividade do trabalhador) e a satisfação de necessidades coletivas, circunscrevendo a satisfação dessas necessidades ao mínimo indispensável por forma a não comprometer o exercício do direito à greve. A lei aceita uma colisão entre os dois direitos, mas aceita,

consequentemente, uma cedência recíproca de ambos, em termos de concordância prática, de modo a permitir a compatibilização dos direitos fundamentais colidentes.

Note-se, aliás, que é assim que o sistema jurídico aborda as situações de colisão de direitos: promove uma cedência recíproca dos direitos em colisão, reduzindo o âmbito de incidência de cada um dos direitos colidentes até ao limite da zona de sobreposição (artº. 335º do CC). Assim, sem suprimir o direito à greve, limita-o para viabilizar a satisfação de necessidades sociais mínimas, seja pelo recurso à fixação de serviços mínimos, seja, em *ultima ratio*, pelo recurso à requisição civil.

De igual modo, sem suprimir o direito à satisfação de necessidades de uma comunidade, a lei limita essa satisfação ao mínimo necessário para garantir o livre exercício do direito à greve. Ambos os direitos fundamentais se exercem, mas ambos se limitam para garantir a não supressão de um ou outro.

Compreende-se, assim, que a amplitude da requisição civil tem que se deixar guiar por esta equação que corresponde à concretização do *princípio da concordância prática*.

A lei adiciona alguns elementos que deverão ser tidos em conta na busca desse equilíbrio. Não se trata de satisfazer todas as necessidades ou toda a medida das necessidades de uma determinada comunidade, mas tão só e apenas aquelas que sejam impreteríveis, entendendo-se como tais aquelas cuja satisfação não pode ser adiada para além do período da greve ou aquelas cuja não satisfação durante o período da greve envolverá para a comunidade um prejuízo irremediável ou um sacrifício inoportável.

III - Outro conceito com que a lei trabalha é o da *adequação* que tem respaldo na requisição civil de trabalhadores. Se é certo que a característica da indispensabilidade se reporta à medida dos serviços que devem ser prestados - deve tratar-se de serviços mínimos - a adequação diz respeito ao ajustamento que se deve verificar entre o serviço prestado e a satisfação das necessidades mínimas.

A adequação reporta-se a elementos intrínsecos: o serviço prestado deve acomodar-se, ajustar-se, de forma completa, à satisfação das necessidades mínimas, seja em natureza, quantidade ou qualidade. Não pode ser prestado um serviço impertinente ou desajustado às referidas necessidades, o que faz apelo a regras de boa-fé. Na verdade, assim como a lei não pode permitir fraudes no exercício do direito à greve, também aqueles que se encontram vinculados a prestar serviços mínimos devem atuar com lealdade e sentido de serviço público, sob pena de responsabilidade disciplinar e, em último caso, do recurso à requisição civil.

IV - A requisição civil tem natureza excecional. Esta excecionalidade afere-se, como já se viu, a dois títulos: do ponto de vista da situação de necessidade, cuja satisfação reclama o recurso à requisição civil: só em situações de exceção é permitido o recurso à requisição civil (artº. 2º do Decreto-lei nº. 77/90, de 10 de setembro); e bem assim do ponto de vista dos meios para prover a essas mesmas necessidades.

Ao primeiro reporta-se o artº. 14º nº. 2 do CL: deve tratar-se

de situações de guerra, desastres, incêndios, inundações, fome, tremor de terra, epidemias e epizootias violentas e em todas as circunstâncias que ponham em perigo ou ameacem por em perigo a vida ou as condições normais de existência da totalidade ou parte da população e, de um modo geral, tratar-se de necessidades sociais impreteríveis.

O segundo reporta-se aos meios de prover às referidas necessidades: só quando não seja possível prover às necessidades por recurso a meios próprios ou de terceiros, admite a lei que a Administração possa constranger alguém a entregar uma coisa ou a prestar um serviço. Na verdade, embora a situação possa ser considerada excecional, se, por meios próprios (ou com recurso a meios obtidos voluntariamente de terceiros) a Administração puder satisfazer às referidas necessidades, não preenche um dos requisitos para recorrer à requisição civil.

A jurisprudência italiana parece estabelecer um nexo de causalidade entre os dois aspetos referidos. Refere Battista Verbari que “os motivos de interesse geral que tornam legitimam a intervenção urgente da administração pública, não podem ser objeto de mera justificação formal. E remata: *Ma devono - nel procedimento - afferire alla cosa che vienne sottratta al privato: devono conformare la disciplina della cosa in relazione alle efetive finalità publike da perseguire, non possibile con gli specifici e normali poteri attribuiti alla publica amministrazione*”⁵².

⁵² Ob. loc. cit.

c. Processo

I - A requisição civil obedece a um procedimento semelhante ao adotado pela expropriação por utilidade pública. Ambas se iniciam por uma declaração de utilidade (ou necessidade pública) fundada em considerações de ordem económica e social.

Nos termos do artº. 3º do DL nº. 77/90, de 10 de setembro, “a requisição civil depende de prévio reconhecimento da sua necessidade pelo Conselho de Ministros” e “efetiva-se por portaria dos Ministros interessados” (artº. 3º nº. 2 do DL nº. 77/90, de 10 de setembro).

Importa proceder a uma avaliação separada do conteúdo de uma e outra.

II - A declaração de reconhecimento da necessidade de requisição tem sido feita por Resolução do Conselho de Ministros⁵³.

O procedimento não oferece nenhuma objeção. Efetivamente, nos termos do artº. 266º nº. 2 da Constituição da República, assumem a forma de *Resolução* os atos do Governo não abrangidos pelo disposto nos artigos 261º e 264º da Constituição e, bem assim, os atos para os quais a lei não determine outra forma”. Não tendo a lei previsto qual a forma do ato de declaração do reconhecimento e

⁵³ Cf., entre outras, a Resolução nº 1/2005, de 12 de janeiro de 2005 que autorizou a requisição civil do pessoal navegante de cabine da TACV e concretizada pela concretizada por Portaria nº 3/2005, da mesma data e Resolução do Conselho de Ministros nº. 44/2006, de 13 de dezembro que reconheceu a necessidade pública da requisição civil dos trabalhadores que integram o quadro do pessoal do Instituto Nacional de Meteorologia e Geofísica, igualmente concretizada pela Portaria conjunta dos Ministros das Infraestruturas, Transportes e Mar, Ministro da Administração interna e Ministro do Trabalho, Família e Solidariedade nº. 33/2006 da mesma data, entre outras já oportunamente mencionadas.

necessidade da requisição civil, deve-se entender que segue a forma residual dos atos normativos do Governo que é a forma de *Resolução*.

O Decreto-lei nº 77/90, de 10 de setembro não estabelece qual o conteúdo dessa declaração. Esse conteúdo obtém-se, todavia, quer do regime jurídico da requisição civil, adotado por este Decreto-lei, quer do regime constitucional adstrito ao instituto.

Este regime foi oportunamente referenciado. Prende-se com a observância dos princípios de legalidade, a adequação, a subsidiariedade... e, tratando-se da requisição de trabalhadores, com a proteção da sua pessoa e dos seus bens da personalidade.

III - O preâmbulo do DL nº. 77/90, de 10 de setembro começa por reconhecer que a requisição civil pode traduzir-se na compressão dos direitos dos cidadãos e dos agentes económicos e retoma igualmente os princípios constitucionais que governam esta matéria. Assim a declaração da necessidade pública tem que demonstrar a verificação de uma situação de emergência de extrema gravidade que põe em causa o regular funcionamento dos serviços essenciais de interesse público (preâmbulo e artº. 2º); tem que demonstrar que a situação em causa tem natureza excecional e que, portanto, justifica a medida igualmente excecional do recurso à requisição civil. A referida declaração tem que demonstrar igualmente a subsidiariedade da medida, a sua adequação e proporcionalidade.

IV - No que concerne à portaria do membro do Governo (ou despacho normativo, como demonstramos anteriormente) que concretiza a requisição civil a lei é clara quanto ao respetivo

conteúdo. Deve indicar o seu objeto e duração; a autoridade responsável pela execução da decisão; a modalidade de intervenção das forças armadas, quando tenha lugar; o regime de prestação de trabalho dos requisitados e o comando militar a que fica afeto o pessoal, quando sujeito a foro militar (artº. 3º nº. 3 do DL nº. 77/90, de 10 de setembro).

Além destes elementos, o ato normativo que contém a requisição civil deve indicar o seu âmbito geográfico, nomeadamente, se “pode ser exercida em todo o território nacional, no mar territorial com o seu leito e subsolo e na plataforma continental” (artº. 4º do DL nº. 77/90, de 10 de setembro).

V - Sendo concretizada através de um ato normativo, a requisição civil é levada ao conhecimento dos interessados, mediante publicação no Boletim Oficial. Tratando-se, porém, da requisição civil de pessoas, dada a urgência em que seja conhecida dos seus destinatários, a lei permite que a mesma seja levada ao conhecimento dos interessados através dos meios da comunicação social ou através de comunicação escrita individual assinada pelo Ministro ou Ministros que referendarem o ato normativo que contém a medida de requisição civil (artº. 8º do DL nº. 77/90, de 10 de setembro).

d. Efeitos

I - A requisição civil obriga o serviço, empresa ou pessoa visada a entregar o bem requisitado ou a prestar o serviço, sob pena de

incorrer em crime de desobediência (artº. 356º do CP). Tratando-se de requisição de trabalhadores os mesmos ficam vinculados a conservarem a sua disponibilidade a favor do gestor do serviço (que pode ser o empregador), sob pena de incorrer igualmente em crime de desobediência.

A prestação da atividade em regime de requisição civil não obedece, necessariamente, ao prescrito por lei do ponto de vista do horário de trabalho ou do regime de descanso. De igual modo, a prestação de horas extraordinárias não obedece forçosamente aos limites legais que, neste particular, podem ser ultrapassados, em nome do interesse público. Estas situações devem ser ajustadas à situação de necessidade que se pretende debelar.

II - Discute-se se um trabalhador objeto da requisição civil está ou não sujeito ao poder disciplinar do empregador. Convém distinguir a situação de serviços mínimos da situação da requisição civil.

Um trabalhador que presta trabalho em regime de serviços mínimos continua vinculado ao seu empregador. Nenhuma alteração sofre nomeadamente no que respeita à responsabilidade disciplinar. Portanto, continua sujeito ao poder disciplinar do seu empregador.

Outro tanto não se pode dizer do trabalhador em greve que tenha sido objeto de uma medida de requisição civil.

Cremos que se contradizem aqueles que defendem semelhante ponto de vista. Do mesmo passo que defendem que a fonte do poder disciplinar é o contrato de trabalho livremente celebrado, admitem a manutenção deste poder mesmo na situação de ausência de contrato. Na verdade, a requisição é uma medida de autoridade. Visa

constranger uma pessoa a entregar uma coisa ou a prestar um serviço. No caso do trabalhador consiste em constrangê-lo a prestar um serviço numa situação em que ele declarou não querer prestar. Aliás, decidiu, voluntariamente, a coberto de uma norma legal, não prestar o mesmo serviço, entrando em greve ou faltando ao cumprimento dos serviços mínimos legalmente determinados. Ora, se é o contrato de trabalho, livremente celebrado, que funda o poder disciplinar e, pela cessação do contrato de trabalho, por qualquer causa, cessa esse igualmente esse poder, então não pode subsistir o poder disciplinar do empregador na situação de requisição civil. Com efeito, a requisição civil tem por fonte a lei, ao passo que o poder disciplinar tem por fonte o contrato. Desvirtuam este entendimento aqueles que entendem que o poder disciplinar tem por fonte o contrato de trabalho livremente celebrado e do mesmo passo aceitam a existência de um poder disciplinar na situação de requisição civil.

O poder disciplinar funda-se na liberdade contratual. Por isso, cessa sempre que, por qualquer causa, cesse essa liberdade. Ora, na requisição civil não há liberdade. Há uma situação de ausência de liberdade: o trabalhador é constrangido na sua liberdade de trabalhar ou de não trabalhar. Faltando a liberdade tem que faltar igualmente o poder disciplinar.

Assim, do nosso ponto de vista o assunto tem sido mal compreendido. Tem faltado a sua recondução à fonte do poder disciplinar e bem assim à fonte do poder de requisição civil.

Como assegura Menezes Cordeiro, “a requisição civil faz nascer um vínculo entre os requisitados e o Estado. Tal vínculo tem natureza

pública, como públicas são as consequências ligadas aos direitos e deveres dele emergentes”⁵⁴. A possibilidade que o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local português admite de sujeitar as pessoas requisitadas ao poder disciplinar do Ministro a quem caiba executar a requisição⁵⁵ não deve, em caso algum, ser confundido com o poder disciplinar decorrente das relações laborais. E isto é válido ainda que esteja em causa a requisição de funcionários do Estado. Trata-se de um poder *ad hoc*, pontual e temporalmente circunscrito à requisição civil. Esse poder cessa tão logo cesse a requisição civil e faz renascer o poder disciplinar ordinário decorrente do regime estatutário ou contratual.

III - Este mesmo ponto de vista deve ser retirado do disposto no artº. 121º nº. 2 do Código Laboral quando afirma que “a suspensão do contrato de trabalho em virtude da greve não envolve a suspensão do poder disciplinar do empregador, salvo na medida em que pressuponha a efetiva prestação do trabalho”. Não se pode extrair deste preceito a ideia de que o empregador conserva o poder disciplinar mesmo na situação de requisição civil.

e. Natureza da requisição civil

I - O vínculo decorrente da requisição civil não tem natureza laboral: nem pública, mormente privada. Há uma ilusão de ótica que tem permitido uma má compreensão do assunto. O tratamento

⁵⁴ *Direito do Trabalho I*, cit., p. 866.

⁵⁵ António Menezes Cordeiro, ob. loc. cit. Cf., igualmente, Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit. Parte III, p. 510.

doutrinário do instituto tem que ser feito de forma unitária, compreendendo a requisição de bens e a requisição de serviços, sem prejuízo de se atender à dimensão dos direitos da personalidade quando se trata da requisição de pessoas.

Quem é requisitado não adquire a qualidade de trabalhador. Mediante a requisição pode até ser inserido numa organização económica, pública ou privada para desenvolver a sua atividade ao lado de trabalhadores, mas mesmo assim não adquire a qualidade de trabalhador. Nem tão pouco a de funcionário público. Trata-se tão só de uma pessoa chamada a executar um serviço por razões de necessidade pública.

II - A requisição civil tem assim a natureza jurídica de ato administrativo definitivo e executório⁵⁶. Este ato tem por objeto compelir uma pessoa a desenvolver uma atividade, em razão da sua especialidade e aptidões profissionais, por razões de necessidade e interesse público.

Como dissemos anteriormente, a requisição civil se funda em razões de solidariedade social: o membro de uma comunidade organizada não pode negar cooperar com a sua comunidade, quando esse contributo é adequado para evitar-lhe danos irreparáveis ou de difícil reparação. Aquele que nega esse contributo viola o seu dever de solidariedade social que impende sobre todos e constitui um dever jurídico. Quando essa violação é de tal ordem que põe em causa interesses superiores dessa comunidade, o membro não colaborante

⁵⁶ Cf. António Menezes Cordeiro, *Direito do Trabalho I*, cit., pp. 866, com diversas referências.

deve ser compelido a desenvolver a atividade necessária⁵⁷.

Esta coação se justifica pelo caráter multilateral do dever de solidariedade: todos os membros de uma comunidade devem trazer o seu contributo para a causa da comunidade na qual se inserem e, perante situações de vulnerabilidade social vale o princípio um por todos, todos por um. Todos estão vinculados a dar o seu contributo para evitar que um ou vários membros de uma comunidade sofram prejuízo irreparável ou de difícil reparação como consequência da ausência da cooperação de um dos seus membros.

Não pode tratar-se, todavia, de um interesse particular da empresa com a qual, nomeadamente, o trabalhador mantém uma relação laboral. Mas pode, certamente, tratar-se da satisfação de um interesse público que a atividade global da empresa visa satisfazer. Quando a omissão dessa atividade pela empresa é de molde a colocar algum membro ou grupo em situação de risco social está justificada a requisição civil.

III - Como ato administrativo, a requisição civil está, portanto, sujeito à impugnação contenciosa, nos termos da lei do contencioso administrativo. Pode, inclusivamente, ser objeto de suspensão da executividade se em torno dela se verificarem os pressupostos da tutela cautelar: *fumus boni iuris*; *periculum in mora*. Assim, uma requisição civil que abranja a totalidade dos trabalhadores em greve, para além de violar os princípios da adequação e proporcionalidade,

⁵⁷ Como assinala Pedro Romano Martinez, a constitucionalidade da requisição civil parece estar hoje ultrapassada, sendo justificada pela existência de serviços mínimos constitucionalmente garantidos - *Direito do Trabalho*, cit., pp. 1264-1265.

se configura como uma violação do direito à greve e, como tal, deve ser objeto de suspensão. O perigo daí resultante advém do facto de atingir o exercício de um direito fundamental, o que determina a suspensão da executoriedade do acto que a contém.

IV - Como ato administrativo definitivo e executório a sua impugnação ou pedido de suspensão deve ocorrer no prazo de 45 dias a contar da prática do ato (artº. 16º do Decreto-lei 14-A/83, de 22 de Março)⁵⁸. Dado, porém, que a requisição civil produz efeitos imediatos, o recurso ou o pedido de suspensão da executoriedade do acto deve ser apresentado imediatamente, sob pena de inutilidade superveniente.

⁵⁸ Atente-se ao artº 17º sobre a contagem do prazo de recurso. Conta-se a partir da publicação da decisão recorrida; se a publicação não for obrigatória, do conhecimento por escrito e por via oficial do acto de que se recorre, salvo se antes da notificação houver começo de execução do acto; da declaração de prejudicialidade do acto, no caso de impugnação de actos lesivos da administração; do termo do prazo dentro do qual a decisão devia ter sido preferida, no caso de recurso ser interposto de acto tácito.





PORTUGAL





OS RENDIMENTOS DE SUBSTITUIÇÃO NA GESTÃO DO TEMPO DE TRABALHO

REPLACEMENT INCOME IN THE MANAGEMENT OF WORKING TIME

Apelles J. B. Conceição¹

Sumário: 1. Questões de sistematização; 2. Os rendimentos de substituição; 2.1. Natureza jurídica de direitos subjectivos públicos; 2.2. Limites do sistema; 2.3. Função indemnizatória; 2.4. Pressupostos, condições e procedimentos; 2.5. Rendimentos de substituição privados de 2.º grau; 3. Rendimentos de substituição na exclusão precoce do mercado de trabalho - estatuto de transição; 3.1. Dados demográficos; 3.2. A idade; 3.3. A exclusão precoce da vida profissional - instrumentos jurídicos

Resumo:

Previamente fazemos um sintético enquadramento sistemático dos direitos sociais e dos seguros sociais, quer no universo do Direito Social, quer na segurança social portuguesa.

De seguida, fazemos uma breve aproximação ao estudo dos rendimentos indirectos ou de substituição dos rendimentos de trabalho de natureza pública nas suas dimensões de direitos subjectivos públicos, dos seus limites, funções, pressupostos e condições de atribuição, passando pela verificação dos efeitos previdenciais dos rendimentos de substituição de natureza privada de segundo grau.

Em terceiro lugar, damos nota da necessidade de ultrapassar o desajustamento do modelo base de sociedade industrial de protecção social face ao actual mercado de trabalho, dado o evidente limite conceptual dos rendimentos de substituição na situação de exclusão precoce do mercado de trabalho: trata-se de justificar a necessidade de encontrar um *estatuto de transição* ou das vicissitudes da expulsão ou abandono da vida activa, com o objectivo de garantir uma passagem para o terceiro ciclo de vida sem ambiguidades.

Abstract:

Previously we make a synthetic systematic framework of social rights and social insurance both in the universe of Social Law and portuguese social security.

¹ Advogado.

Next, we make a brief approach to the study of indirect income or replacement of income from work of a public nature in their dimensions of public subjective rights, their limits, functions, assumptions and conditions of attribution, through the verification of the social security effects of second-degree private replacement income.

Thirdly, we note the need to overcome the misadjustment of the basic model of an industrial society of social protection vis-à-vis the current labour market, given the clear conceptual limit of replacement income in the situation of early exclusion from the labour market: it is a question of justifying the need to find transitional status or the vicissitudes of expulsion or abandonment of working life, with the aim of ensuring a transition to the third life cycle without ambiguity.

Relendo Sérvulo Correia

Este texto, de algum modo, constitui uma breve e singela homenagem ao labor do Prof. Doutor Sérvulo Correia, cujos trabalhos científicos em matéria de segurança social ², de profundidade, rigor jurídico e surpreendente actualidade, continuam a servir-nos sistematicamente de suporte, pois deles fazemos ponto de partida para uma sempre frutuosa recolha de conceitos e de indispensável referência doutrinária, necessária à precisão de elementos constitutivos de institutos do seguro social.

Para além do seu incansável esforço de enquadramento científico também faz parte do seu trabalho um indisfarçável optimismo, como quando faz referência aos “frutos mais revolucionários e valiosos da

² Principais trabalhos publicados pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia em matéria de segurança social, nos anos 60 do século passado:

- *Teoria da Segurança Social*, Apontamentos das lições proferidas no Instituto de Estudos Sociais no ano lectivo 1965/66, Lisboa;
- *Reflexões sobre o Abono de Família*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 21, Junta da Acção Social, Lisboa, 1967;
- *Teoria da Relação Jurídica do Seguro Social*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968.

segurança social que é a mobilidade social “ (agora também designada de “elevador social”), que se retira de um outro texto ³ onde dá boa nota do ambiente reinante nos anos 60 quanto ao triunfalismo da segurança social durante um período de 30 anos (dos anos 40 aos anos 70 do século passado): alinhado com a expressão “trinta gloriosos” da doutrina francesa, ou dos “anos de ouro” de Sousa Ribeiro ⁴, - preciosos contributos para uma cultura de justificação e consistência do seguro social, apesar das sequelas dos derrotes, crises e ataques constantes cujos efeitos perduram.

Na verdade, entretanto, por inspiração de alguns, a crise parece ter-se instalado como estado natural da segurança social de que todos falam, mas talvez poucos entendam bem o que está em causa...

É verdade que a crise financeira e económica dos anos 90 (após a crise petrolífera de 1970) pela sua intensidade e dimensão, sacudiu os alicerces do seguro social e favoreceu os ataques ao Estado-social dos ultraliberais comandados por Milton Friedman ⁵ - de que o imposto negativo sobre o rendimento constitui um padrão de instrumento utilizável, que aliás, não esqueçamos, está presente nas condições de recursos que modulam os montantes das prestações familiares ⁶;

³ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *A Evolução dos Seguros Sociais e as Prestações Complementares*, Documento não editado (?), 1964/65. p. 12.

⁴ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 210.

⁵ ...Terão esquecido os efeitos sociais desastrosos do liberalismo selvagem do século XIX.

⁶ Nos termos do art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 176/2003, de 2 de Agosto (com alterações).

Também no regime francês: DUPEYROUX, Jean-Jacques e RUELLAN, Rolande, *Droit de la Sécurité Sociale*. Dalloz, Paris, 1998, 13ª edição, p. 199.

Curiosamente no art.º 272.º da proposta de Orçamento de 2022 (como sabemos não aprovada pela Assembleia da República) estava prevista uma nova

Também o momento actual constitui mais uma prova de resistência do sistema. Na verdade, estamos no “olho do furacão” quanto à avaliação do desempenho dos rendimentos de substituição na actual crise sanitária - perante a “exigida” onipresença do Estado em todas as circunstâncias e sectores, para além do quadro legal pré-existente, face às consequências da suspensão de actividades, nomeadamente comerciais.

...Portanto, agora sem triunfalismos...

1. Questões de sistematização

O uso da expressão segurança social por políticos e alguma doutrina tem um conteúdo e um alcance nem sempre unívocos, sendo pelo menos muito genéricos e de contornos muito pouco precisos.

Assim, embora sem a pretensão de fixar definitivamente conceitos, parece pedagogicamente adequado delimitar neste trabalho com algum rigor alguns dos principais institutos jurídicos próprios da segurança social.

1.1. A questão da autonomia dos direitos económicos, sociais e culturais face aos direitos civis e políticos

Não esquecendo a já clássica divisão dos direitos de cidadania proposta por Thomas Humphrey Marshall (1893-1981) em direitos

prestação familiar - o complemento garantia para a infância - com características do imposto negativo sobre o rendimento: intervenção fiscal para complementar as prestações familiares até determinado montante.

civis, políticos e sociais ⁷, no n.º 2 da Revista Internacional de Direito do Trabalho tentámos caracterizar e justificar a natureza e a razão da sequência histórica dos direitos fundamentais, nomeadamente os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro.

Sousa Ribeiro em obra recente ⁸ veio demonstrar a integração pela complementaridade e interpenetração destes 2 grandes grupos de direitos fundamentais, dado o seu fundamento comum na dignidade da pessoa humana, relembrando que já nos anos 40 do século passado tal era a posição muito clara por parte do presidente norte-americano Franklin Roosevelt (1882-1945) quando no seu discurso ao Congresso dos EUA, de 11 de Janeiro de 1944, afirmou: “chegámos à clara compreensão do facto de que a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança e independência económicas. Homens em necessidade não são homens livres”.

Podemos até acrescentar que, já na sequência de anterior discurso em Filadélfia em 27 de Junho de 1936, onde sublinhou que “um homem necessitado não é um homem livre”, integrando os direitos civis e políticos com os direitos económicos, sociais e culturais, em 6 de Janeiro de 1941, Roosevelt em mensagem ao Congresso dos EUA, sobre as quatro liberdades essenciais em que devia assentar o mundo futuro, a libertação da necessidade (*freedom from want*) constituía a 3ª delas.

⁷ MARSHALL, T H, *Citizenship and Social Class* (“Cidadania e Classe Social”), Cambridge at the Univerty Press, 1950, (elaborado a partir de uma conferência proferida no ano anterior).

⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*. Almedina, Coimbra, 2021, p. 36.

Aliás, como sabemos, a libertação da necessidade reaparece no ponto 6.º da Carta do Atlântico, de 14 de Agosto de 1941 ⁹.

Nada nos move contra tal entendimento, porém, o interesse em preservar a autonomia científica de cada grupo de direitos sem pôr em causa a sua fundamentação comum, mas pelas características específicas e sobretudo pela diversidade, complexidade e volume de exigências financeiras que determina, é por demais evidente.

Na verdade, a expressão económica dos direitos sociais, ou seja, a mobilização dos meios para fazer face às condições de existência das pessoas - o modo de formação de rendimentos - é um dos pontos de partida para descrever os direitos sociais em função das políticas sociais correspondentes - modelo de sociedade industrial -, conforme podemos acompanhar em fluxograma exemplarmente elaborado nos anos 80 por Jean-Claude Ray e reproduzido na página seguinte.

⁹ Conforme damos nota em CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Segurança Social. Manual Prático*, Almedina, Coimbra, 12ª edição, 2020, p. 34.

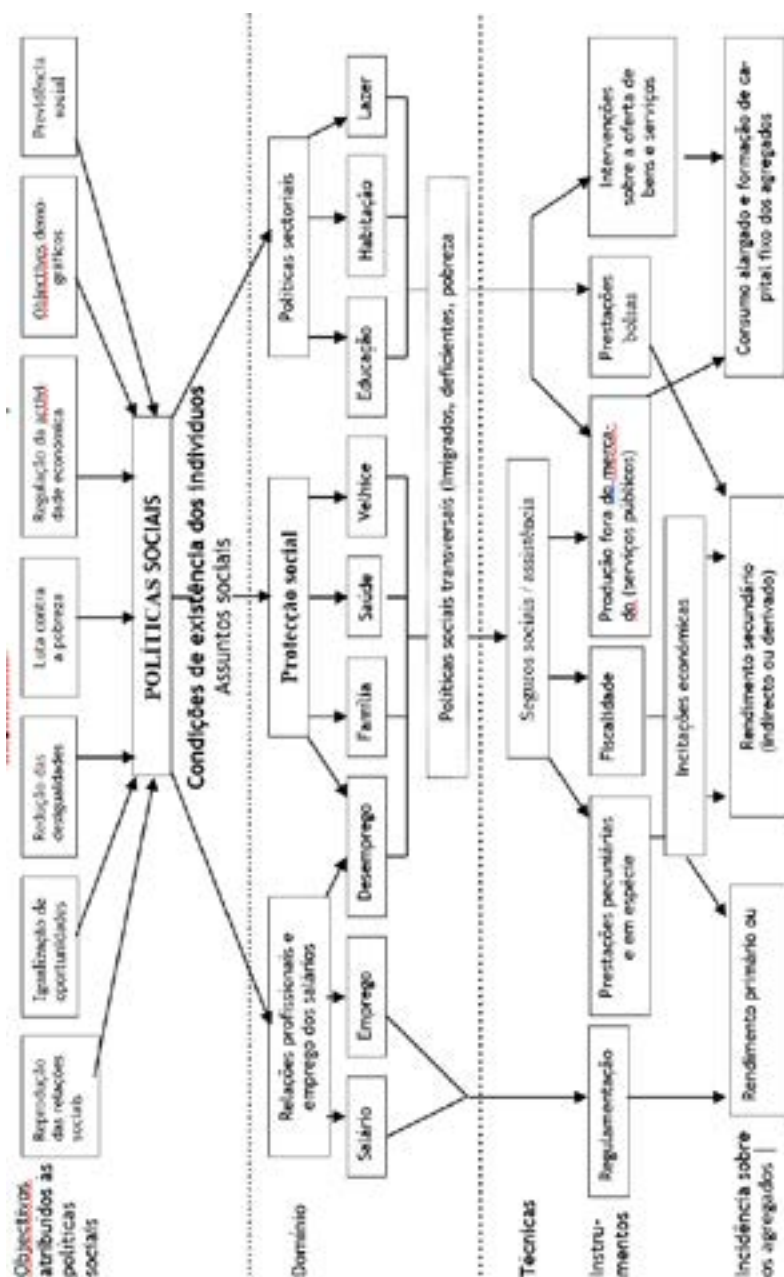
A Carta da Atlântico dispõe:

“O presidente dos Estados Unidos e o Primeiro-Ministro, sr. Churchill, que representava o Governo de Sua Majestade do Reino Unido, tendo reunido no mar, consideram conveniente dar a conhecer alguns dos princípios comuns das políticas nacionais dos seus países nos quais baseiam as suas esperanças de um futuro melhor para o Mundo.

...

6.º - Depois da destruição final da tirania nazi, esperam ver estabelecida uma paz que permita a todas as nações viverem em segurança, dentro dos limites das suas próprias fronteiras, e que proporcione a garantia de que todos os homens, em todos os territórios poderão viver as suas vidas, livres do temor e da necessidade.” (itálico nosso)

Objectivos, domínios e meios das políticas sociais ¹⁰

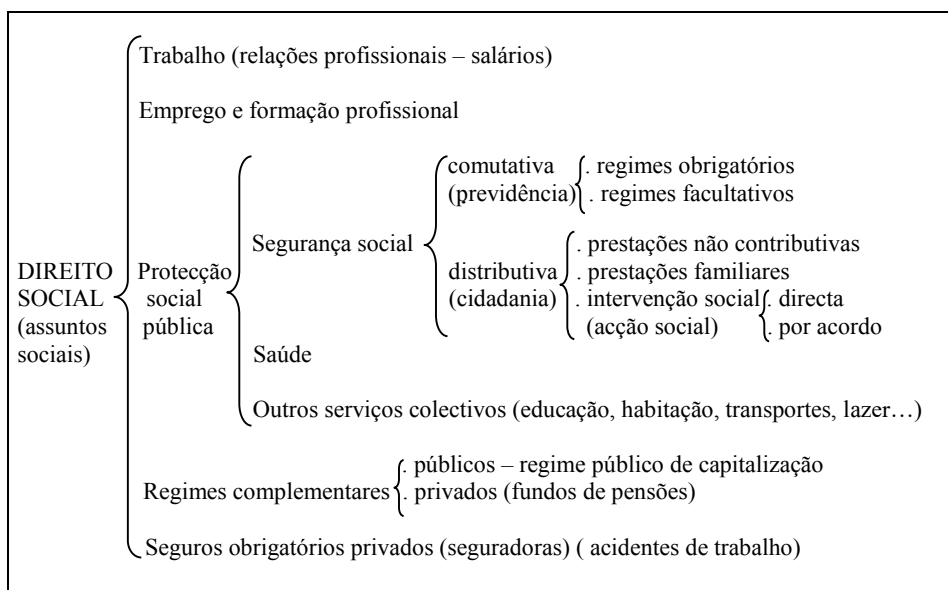


¹⁰ In RAY, Jean-Claude et alii, “Analyse Économique des Politiques Sociales”, Paris, PUF, 1988, p. 12.

1.2. A questão do âmbito e diversidade de natureza jurídica dos instrumentos de segurança social

Percebe-se que as fontes dos rendimentos derivados ou indirectos têm origem diversificada com características próprias que as separam em figuras jurídicas autónomas. Nestes termos, procurando o indispensável rigor jurídico:

a. Primeiro, sem ignorar que a organização política das questões sociais varia de Estado para Estado, devemos situar a segurança social no universo do Direito Social ¹¹, para o que temos vindo a propor o seguinte enquadramento:



¹¹ Sérvulo Correia caracteriza:

- social como “tudo o que se refere à situação das classes trabalhadoras”; e
- Direito Social como “o sistema normativo aglutinado em torno da ideia da dignificação da condição de trabalhador”.

op. cit. pp. 62 e 249, respectivamente.

Não muito diferente era a posição de Raúl Ventura que, nos anos 40 do século passado, incluía as “leis da previdência” no conjunto “Legislação social”¹².

É óbvia a imperfeição, dada a cumulação de classificações possíveis, como, por exemplo, o regime público de capitalização sendo voluntário podia bem ser alinhado com os regimes facultativos, só que aos regimes facultativos falta-lhes a predominância da complementaridade.

Também poderá ser discutível situar os seguros privados obrigatórios no âmbito do Direito Social...

E que dizer dos regimes complementares privados geridos por instituições com supervisão de serviços da Administração Directa do Estado, mas cujas questões prudenciais são submetidas a entidade reguladora própria...

b. Por sua vez, o legislador, desenvolvendo predominantemente a alínea e) do n.º 1 do art.º 59.º, os n.ºs 1 a 4 do art.º 63.º¹³, os art.ºs

¹² VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de Direito Privado*. Imprensa Portuguesa, Porto, 1944, p. 146.

¹³ “Artigo 63.º - Segurança social e solidariedade

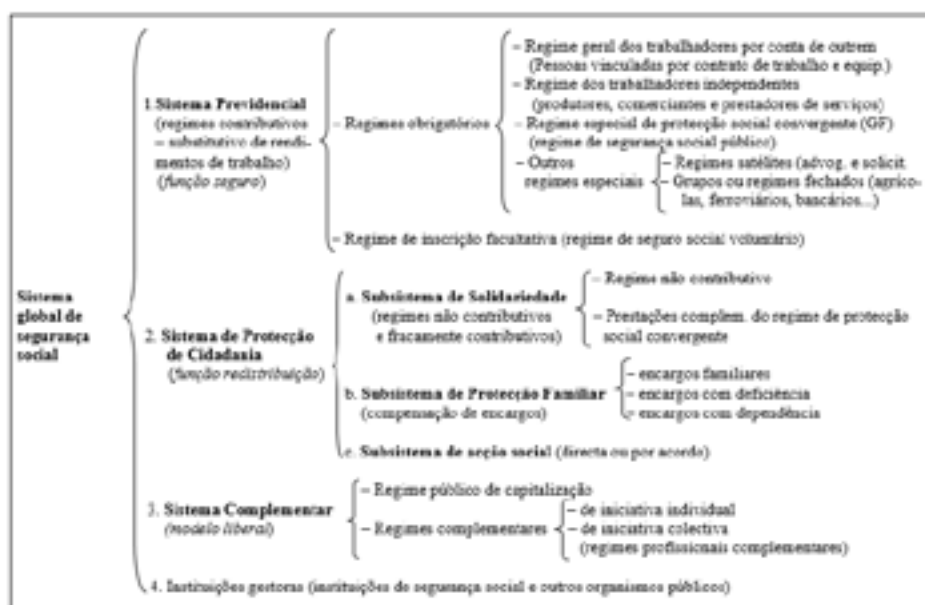
1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

4. Todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de velhice e invalidez, independentemente do sector de actividade em que tiver sido prestado.

68.º, 69.º e 72.º da Constituição da República Portuguesa, organizou normativamente o núcleo central (substancial) do sistema de segurança social português ¹⁴ em função do nível de intensidade da intervenção do Estado em 3 grandes grupos (sistemas e subsistemas), nos art.ºs 23.º a 66.º das Bases Gerais do Sistema de Segurança Social - Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro ¹⁵, nos seguintes termos:



5. O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no artigo 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º.”

¹⁴ Pela 4.ª vez.

Caracterizando sistema jurídico como um conjunto ordenado, permanente e autónomo de normas.

¹⁵ Alterada e republicada pela Lei n.º 83-A/2013, de 30 de Dezembro.

Como lei de bases tem natureza jurídica de lei de valor reforçado. Sobre esta matéria ver nomeadamente:

- MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2006. Tomo II, Anotação XIV e ss. ao art.º 112.º da CRP;
- VAZ, Maria Forte, *Entidades Contratantes em Segurança Social Inconstitucionalidade e insuficiências do sistema*, in *Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*, AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020, pp, 615-645.

c. Percebemos, assim, também que, para além das atribuições pecuniárias ou em espécie não vinculadas (subsistema de acção social), impõe-se evidenciar o que distingue os sistemas previdencial e protecção social de cidadania ¹⁶ (com atribuições sociais vinculadas); ou seja, caracterizar a dualidade de técnicas para, em função da causa, enfrentar a garantia de subsistência das pessoas dos modelos clássicos de protecção social, distanciados no tempo quanto à sua consagração - concepção comutativa / concepção distributiva (para Sérvulo Correia: tendência alimentar) - para o que propomos, sem prejuízo de um ulterior desenvolvimento da análise de cada uma das características que os distinguem, nomeadamente, quanto aos princípios tributários ¹⁷ ou a presença de sinalagma ¹⁸, a seguinte grelha de análise:

Concepção / Modelo	Bismarckiano / laborista Estado de bem-estar liberal	Beveridgiano / universalista Estado de bem-estar integral
Origem / Território físico	alemão / continental / renano séc. XIX	britânico / anglo-saxão Séc. XX
Âmbito pessoal	profissional (trabalhador)	nacional (cidadão, residente)
Fins / Objectivos / Funções	justiça comutativa / horizontal sinalagmático (<i>do ut des</i>)	justiça distributiva / vertical sem contrapartidas directas

¹⁶ Designação que Sousa Ribeiro, op. cit. p. 39, nota 69, considera deveras apropriada.

Quanto às eventualidades próprias de cada um dos sistemas V. a nossa *Legislação da Segurança Social*, Almedina, Coimbra, 2019, 7ª edição, anotações aos art.ºs 48.º e 52.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro (Lei da Segurança Social).

¹⁷ Nesta matéria ver CARDOSO, Cláudio, *A Segurança Social dos Trabalhadores Independentes e dos Advogados e Solicitadores - Algumas reflexões*. in *Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*, AAVV, AAFDL. Lisboa, 2020, pp. 453 a 473.

¹⁸ Situação legalmente prevista no art.º 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, (transcrito na nota 20) doutrinariamente tratada nos anos 60 por Sérvulo Correia, op. cit. pp. 313 e ss.

Instrumentos / Princípios tributários	- contributivo /parafiscalidade - da equivalência ou do benefício - fisionomia bilateral	- receita fiscal / impostos - da capacidade contributiva - fisionomia unilateral
Natureza das eventualidades	risco tipificado / seguro do rendimento de trabalho	estado de necessidade / com condição de recursos
Determinação das prestações	proporcionais ao rendimento perdido	uniformes / mínimos de existência
Portabilidade	personalista / exportável	territorialista
Território jurídico	Direito Previdencial seguro obrigatório (social)	Direito Fiscal / Financeiro garantia de serviços essenciais
Técnicas	seguro mutualista cálculo probabilístico / actuarial	orçamental / serviço público
Fundamentos dominantes	responsabilidade objectiva (<i>ubi commoda, ibi incommoda</i>)	equidade intervenção redistributiva
Autonomia financeira	autonomia contribuições pelos interessados	financiamento público

Na verdade, quando, por exemplo Frigling ¹⁹ lapidar e optimisticamente afirma que “o Estado-providência foi fundado sobre uma noção de responsabilidade política no sentido do *bem-estar de todos os indivíduos*. Se este conceito vingou foi em razão do clima intelectual no qual se inscreveu: um clima influenciado pela depressão económica mundial dos anos 30 e pela esperança de um futuro melhor depois da 2ª guerra mundial”, a referência está feita à amplitude universalista subjectiva (“todos os indivíduos”) e à generalidade objectiva (“Estado-providência”) - “protecção do berço até ao túmulo” (tudo para todos) - : não estamos claramente a referir-nos ao modelo de seguro social bismarckiano, geometricamente bem definido, mas ao modelo beveridgiano.

¹⁹ FRIGLING, B W et alii, *Adapting Social Security to the Emerging Needs of a Changing Society*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 1989, p 45.

De contornos pouco precisos e de fronteiras pouco definidas, este segundo modelo tem uma aptidão natural para municiar e alimentar promessas sociais genéricas, aparentemente ilimitadas, mas que, num segundo momento, quando a generosidade das intenções é confrontada com a realidade dos factos, cede frequentemente por uma desaceleração da dimensão dos projectos, face à insuficiência dos bens disponíveis para satisfazer a totalidade das necessidades previsíveis.

Mas, quando se trata de respeitar o princípio da auto-suficiência financeira dos regimes contributivos, legalmente imposta pelo art.º 54.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro (LBSS) ²⁰, não há lugar a dúvidas: é afinal a tirania do “financeiramente possível”, actuarialmente monitorizada.

2. Os rendimentos de substituição ²¹

Podemos caracterizar rendimentos de substituição como as contrapartidas pecuniárias (prestações - subsídios, pensões...), processadas e pagas por instituições de segurança social que visam a compensação do rendimento do trabalho perdido por impedimento do exercício de actividade profissional, sejam causas físicas ou económicas,

²⁰ Nos seguintes termos: “Artigo 54.º - *Princípio da contributividade*
O sistema previdencial deve ser fundamentalmente autofinanciado, tendo por base uma relação sinalagmática directa entre a obrigação legal de contribuir e o direito às prestações.”

²¹ Aplicável a todas as prestações de atribuição vinculada (também não contributivas, familiares...).

com fundamento na garantia da subsistência das pessoas / trabalhadores ²², próprio do sistema de Estado de bem-estar liberal.

Assim, como fonte de rendimento também designado rendimento social ²³ (indirecto, secundário ou derivado) por oposição ao rendimento primário de trabalho.

Façamos uma sucinta análise deste instituto, prévia à consideração da necessidade de um estatuto da transição para o 3.º ciclo da vida (prestações de desemprego...)

2.1. Natureza jurídica de direito subjectivo público

Porque não é despiciendo abordar a questão da avaliação sobre se o rendimento de substituição que, como rendimento sucedâneo de um rendimento primário ou directo, preenche os requisitos de um verdadeiro direito subjectivo público dado, nomeadamente, o facto de se tratar de direitos ligados a “dimensões fundantes do Estado - princípio da dignidade da pessoa humana, direito ao desenvolvimento da personalidade, socialidade estatal - justifica que ao legislador se imponha a observância destas dimensões fundantes no exercício da conformação legislativa” ²⁴.

Como sabemos, a melhor doutrina define direito subjectivo sinteticamente e no âmbito do Direito Civil como “o poder atribuído

²² As compensações, ditas familiares, causadas por excesso de despesas no agregado pela diferente natureza jurídica serão objecto de avaliação autónoma em futuro trabalho.

²³ Expressão utilizada por Sérvulo Correia, op. cit. p. 18.

²⁴ CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 814.

pela ordem jurídica”,²⁵ ou mais analiticamente, se preferirmos, “a faculdade, em abstracto, que cada um de nós tem, de, em harmonia com a lei, gozar e exigir dos outros o respeito de certos interesses e fins reconhecidos legítimos e tutelados pela ordem jurídica em geral; ou o poder concreto de exigir também dos outros o respeito das situações jurídicas que, quanto a nós, de qualquer modo se subjectivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de todas as consequências jurídicas que deste acto resultam, sob a forma de deveres e obrigações para os outros”²⁶.

Quanto à presença de direitos subjectivos públicos no ordenamento jurídico português já Marcello Caetano ensinava que “o Estado e as pessoas colectivas públicas são titulares de direitos públicos e privados. Os particulares têm sobretudo direitos privados, mas gozam também de direitos públicos na medida em que, sendo titulares de interesses coincidentes com os interesses públicos, recebem poderes para realizar os seus interesses de modo a que simultaneamente se cumpra o fim do Estado a que esses interesses estejam ligados”²⁷.

Após referir a posição de Francesco Carnelutti quanto à reconhecida existência de direitos subjectivos públicos, Sérvulo Correia

²⁵ PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, p 234.

Também sabemos que, quando não se trate de direitos funcionais (poderes-deveres) - caso dos seguros sociais - o titular poderá livremente abster-se de os exercer (não requerendo a prestação em causa, por exemplo). Por isso, relativamente às prestações familiares o exercício do direito é obrigatório.

²⁶ MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil - Parte Geral*, Arménio Amado, Coimbra, 1954, vol I, p. 62.

²⁷ CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1965, 7ª edição, p. 182.

parte para a sua definição como “o direito subjectivo público pode, pois, definir-se como aquele cuja prossecução pelo seu titular corresponde não só à realização de um seu fim concreto, mas directamente, também à de um fim do Estado” ²⁸.

Na verdade, “a verificação dos eventos típicos faz surgir direitos ²⁹. Automaticamente essa concretização produz a afectação jurídica de quantias pecuniárias, de coisas ou serviços determinados à consecução de um fim concreto - o da subsistência - do beneficiário ou do familiar. Esta afectação, essência do direito subjectivo traduz-se num poder de exigir tais bens e no correspondente dever de os prestar por parte das instituições” de segurança social. “Aqui o fim individual e o fim colectivo de garantir a subsistência a todos os que dependem do seu trabalho é preciso que cada um dos que pertencem a esse vasto grupo tenha direito a determinadas prestações que lhe permitam tal subsistência em condições nas quais seria de presumir uma situação de carência.”

Esclarecendo, quanto à extensão do conceito, que os direitos subjectivos públicos “não podem ser confundidos com os *interesses legítimos*, isto é, interesses individuais indirectamente protegidos em consequência de normas que se propõem garantir directamente a consecução de fins do Estado. Estes interesses não são tutelados mediante imposição de uma situação jurídica passiva a outros

²⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Teoria da Relação Jurídica do Seguro Social*, Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968, p. 275.

²⁹ “Direitos juridicamente exequíveis a prestações sociais”, CORREIA, Sérvulo, *A Evolução dos Seguros Sociais e as Prestações Complementares*, Documento não editado (?), 1964/65, p. 7.

sujeitos, mas apenas mediante uma conexão ocasional com um interesse superior”³⁰.

Casalta Nabais, por seu lado, constatando a presença de direitos subjectivos públicos nos direitos sociais e refutando o carácter meramente programático das normas constitucionais que prevêem estes direitos, afirma que “os direitos sociais constituem deveres do Estado, cujo titular é o legislador, que se concretizam: em deveres (negativos) de não pôr em causa a consagração e o conteúdo constitucional dos direitos (ou seja, o *an*, o *quid* e o *quantum* constitucional); no dever (positivo) de concretização jurídico-política, através da edição da correspondente lei, do seu conteúdo; e ainda no dever (negativo) de, uma vez concretizado o direito social, não poder revogar pura e simplesmente a respectiva lei concretizadora, nem afectar aquele nível de concretização legal que haja obtido uma clara sedimentação da consciência jurídica comunitária”³¹.

³⁰ CORREIA, Sérvulo, op. cit. p. 276.

Também, quanto à questão da extensão do conceito de direito subjectivo no âmbito do Direito Administrativo relativamente aos interesses legítimos ou interesses legalmente protegidos Tiago Serrão citando Vasco Pereira da Silva refere que “o que pode variar é o conteúdo do direito, directamente atribuído pela lei ou resultante da maior ou menor amplitude do dever a que a Administração está obrigada relativamente ao particular”, assinalando posição idêntica de Alexandra Leitão e posição oposta de Marcello Caetano e Paulo Otero - SERRÃO, Tiago, e BRITO, David Pratas, *Reflexões sobre o Regime das Garantias Administrativas e Jurisdicionais nas Bases Gerais do Sistema de Segurança Social in Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 856 e nota 82.

³¹ NABAIS, Casalta, e LAVOURAS, Matilde, *O Financiamento da Segurança Social in Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 176.

2.2. Os limites do sistema

Determinar abstractamente num sistema de protecção social qual o âmbito material (prestações a atribuir) e o âmbito pessoal (a que pessoas) exige uma adequada ponderação financeira - determinação das fontes de financiamento e dos encargos que lhe correspondem - apoiada necessariamente na função actuarial do cálculo probabilístico.

Ou seja, a elaboração de um “caderno de encargos” (presentes e futuros), o seu “cabimento financeiro”: definição dos limites de despesas previsíveis em função da receita prevista, não é dispensável relativamente aos seguros sociais.

Na verdade, quanto à questão de “tudo para todos”, Gomes Canotilho e Vital Moreira na anotação II ao art.º 63.º da Constituição da República Portuguesa ³² alertam para o facto de, na presença de um verdadeiro direito subjectivo público, “o reconhecimento de um direito não se confunde com a garantia fixa de um *standard* de existência compatível com a dignidade da pessoa humana, pois esta depende, como é óbvio, das condições sociais concretas (económicas, tecnológicas, culturais) de cada país”.

Ou, na expressão de Sousa Ribeiro, “sem que aos deveres que lhe são cometidos (aos Estados) correspondam direitos subjectivos públicos, em veste de direitos fundamentais” ³³.

Adverte, por outro lado, este autor para o facto de os níveis de protecção do Estado de bem-estar não variarem em função dos

³² CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, Vol. I, p. 814.

³³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa, op. cit. p. 10.

modos de constitucionalização muito ou pouco expressivos, pois Estados há com défice notório de implementação formal, mas uma protecção extensa e intensa de direitos sociais com estatuto de direitos fundamentais...

Ou seja, os limites dos direitos sociais nas duas vertentes funcionais: quer na sua dimensão positiva (função de uma exigência do que está por realizar - integra a questão do financeiramente possível), quer na sua dimensão negativa (função defensiva do já adquirido ou realizado - integra a questão do não retrocesso social) ³⁴, não são afectados nem pela densidade ou vastidão normativa dos dispositivos constitucionais (que podem ter natureza meramente proclamatória ou programática) nem pela natureza jurídica da posição do beneficiário perante o direito em causa, mesmo que constituam direitos subjectivos.

Mesmo teoricamente o sistema de contribuição definida implica o afastamento do sistema de benefício definido ³⁵: as prestações deverão ser tecnicamente flutuantes ao sabor da disponibilidade financeira e dos meios financeiros existentes.

2.3. Natureza e função indemnizatória ³⁶

“Uma perspectiva indemnizatória conduz a estabelecer uma relação directa entre o rendimento substituído e o rendimento de

³⁴ Matéria que merece desenvolvimento autónoma o que faremos noutro trabalho com apoio na abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional.

³⁵ Inversamente no sistema de benefício definido o que flutua é a contribuição.

³⁶ Para maior desenvolvimento V. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Teoria da Relação Jurídica do Seguro Social*. Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968, p. 249.

substituição, sendo as quotizações geralmente baseadas no rendimento assegurado.”³⁷

Na verdade, se o objectivo das prestações de seguro social é recolocar o trabalhador tendencialmente (mesmo parcialmente) na posição patrimonial anterior à verificação do evento, estamos etimologicamente a proceder a indemnização (reparação de dano anterior), acautelar o dano produzido pelo evento - em função da perda do rendimento do trabalho.

Consoante o facto determinante e a prestação em causa entram aqui várias situações prévias que vão definir concretamente o “desenho dos contornos” de todos os parâmetros da indemnização / prestação (condições, valor, duração...).

2.4. Pressupostos, condições e procedimentos da atribuição do direito

Seguimos aqui a posição de Sérvulo Correia de que o direito se constitui com a verificação dos “eventos”³⁸ exhaustivamente enumerados na lei, tendo como referência as eventualidades objecto de

³⁷ DUPEYROUX, Jean-Jacques e RUELLAN, Rolande, op. cit p. 123.

³⁸ Posição e expressão preferida por Sérvulo Correia op. cit. p. 277. Vamos preferir a expressão “eventualidade” porque foi a legalmente adoptada entre nós - art.º 52.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, nos termos seguintes: “*Artigo 52.º - Âmbito material*

1 - A protecção social regulada no presente capítulo integra as seguintes eventualidades:

...”

Como sabemos, as eventualidades foram inicialmente objecto de medidas tomadas em diplomas autónomos por Bismarck, ainda no século XIX, por impulso político embora sem ponderação dos respectivos fundamentos e sem preocupações sistemáticas.

uma primeira sistematização pela Convenção n.º 102 de OIT (norma mínima da segurança social) (1952).

No seguro social os grupos de situações determinantes dos factos constitutivos de direitos subjectivos podem dividir-se em:

i) situações de impedimento para o exercício de actividade profissional em função das causas:

- incapacidade patológica - perda ou redução da capacidade de trabalho;

. temporária - doença incapacitante ³⁹;

. permanente - invalidez;

- incapacidade fisiológica - não há capacidade de trabalho

. menoridade - ainda não trabalham (1.º ciclo da vida);

. senescência (velhice biológica) - já não trabalham (3.º ciclo da vida);

- impossibilidade de exercício por:

. velhice profissional independente de idade (obsolescência, desadequação ao posto de trabalho, não empregabilidade);

. crise de oferta no mercado de trabalho, inexistência de postos de trabalho (desemprego).

ii) situações de excesso de despesas no agregado (prestações familiares), de que, agora, não vamos tratar.

³⁹ A doença que não impede o exercício de actividade profissional (não incapacitante) não é relevante para este efeito (vg: doença com tratamento ambulatorio).

a. As questões que se colocam quanto à verificação da eventualidade agrupamo-las sob a designação de pressupostos de atribuição do direito ⁴⁰

Parte-se da definição do risco e da eventualidade que lhe corresponde como denominador comum dos diferentes seguros sociais para a determinação da prestação ressarcitória dos danos correspondentes ⁴¹:

- risco social assumido pela instituição gestora — probabilidade de verificação de facto futuro, incerto ⁴² e involuntário susceptível de produzir um dano de avaliação económica para as condições de existência do beneficiário;
- evento / acontecimento (causa) — verificação do facto legalmente previsto;
- dano / consequência — efectivo desequilíbrio económico desfavorável na esfera patrimonial do beneficiário.

Em termos de ordem prática, trata-se da verificação dos elementos que necessariamente caracterizam a eventualidade em causa para que a prestação correspondente possa ser atribuída:

- de ordem substantiva - ocorrência do facto determinante da protecção ⁴³;

⁴⁰ Caracterizam a eventualidade ou o facto determinante da protecção.

⁴¹ Genericamente nesta matéria: PASTOR, Almansa, *Derecho da la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

⁴² A incerteza - o desconhecimento sobre a produção do facto (álea) - pode ser absoluta (*incertus an e incertus quando*) ou relativa (*incertus an ou incertus quando*).

⁴³ Facto determinante da protecção - ocorrência que, contida na eventualidade tipicamente prevista no âmbito material de uma prestação que, se não for de atribuição automática (vg: o subsídio de doença certificada é de atribuição

- de ordem adjectiva ou procedimental - comprovação, verificação ou certificação formal do facto ou situação determinante da protecção ⁴⁴;

- de ordem patrimonial - existência do prejuízo: a perda ou redução do rendimento de trabalho ou acréscimo de despesa provocados pelo facto.

b. As questões que se colocam quanto à situação, perante o direito relativo ao beneficiário ou destinatário da prestação, agrupamo-las sob a designação de condições de atribuição do direito às prestações e do pagamento ⁴⁵.

Uma vez verificados todos os pressupostos relativos à ocorrência do facto determinante cuja responsabilidade tenha sido transferida para a segurança social ou por esta assumida, para que a prestação que lhe corresponde seja atribuída e paga, é necessário que o seu beneficiário ou o destinatário preencha os respectivos requisitos ou condições de acesso.

Existem, por vezes, condições que, não impedindo a atribuição do direito, condicionam, porém, o seu pagamento (caso da situação contributiva regularizada e do período de espera).

Assim, conforme as prestações próprias de cada regime, as regras aplicáveis podem compreender exigências de natureza:

automática), habilita o beneficiário, ou o seu representante legal, a desencadear os procedimentos de atribuição dessa prestação.

⁴⁴ É paradigmática na verificação e na confirmação da incapacidade temporária (doença natural, doença profissional) ou permanente (relativa ou absoluta) ou de dependência física quer o certificado de incapacidade temporária para o trabalho (CIT) quer a intervenção dos serviços de verificação de incapacidades (SVI) e, nas situações de deficiência, também, o atestado médico multiusos.

⁴⁵ Caracterizam o beneficiário e/ou o destinatário de prestações.

- previdencial - âmbito pessoal, prazo ou período de garantia, índice de profissionalidade, situação contributiva (regularizada), prazo ou período de espera;
- pessoal - idade, residência em Portugal (eventual), situação familiar, situação escolar, estado civil, capacidade física e disponibilidade para o exercício da actividade profissional;
- patrimonial (apenas para prestações familiares e não contributivas).

2.5. Rendimentos de substituição de natureza privada (de 2.º grau)

Estivemos, até aqui, a trabalhar os rendimentos de substituição públicos - geridos por entidades públicas: as instituições de segurança social - o que, aliás, é a regra relativamente às prestações de seguro social.

Porém, a presença de prestações complementares⁴⁶ de iniciativa e responsabilidade privados conduz-nos à questão da determinação do seu estatuto jurídico.

i) Podemos dividir as prestações complementares mais comuns, pagas por entidades empregadoras, quanto à extensão da cobertura, em⁴⁷:

⁴⁶ Por oposição a prestações do sistema previdencial e não no sentido proposto por LEAL, António da Silva, *Organização da Previdência*. Lições ao 3.º ano do Instituto de Estudos Sociais 1966/67, Lisboa, p. 316.

⁴⁷ Estamos, neste ponto, a desconsiderar os efeitos da avaliação da chamada “Responsabilidade Social das Empresas” (RSE), legalmente prevista no art.º 35.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, (Lei de Bases da Segurança Social), porque integrado na Secção II - Sistema de acção social do Capítulo II - Sistema de

- complementos de *prestações atribuídas pelo regime geral de segurança social*, em regra, até ao limite da remuneração líquida do trabalho; têm natureza substitutiva parcial; só substituem a parcela não suportada pela segurança social;

- “atribuição complementar” a 100%, relativamente a *prestações atribuídas e não pagas pelo regime geral de segurança social* - caso do período de espera ⁴⁸ (regra no regime geral: três dias - n.º 1 do art.º 21.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro ⁴⁹) - quando legalmente previsto (regra no subsídio de doença), representando um verdadeiro *rendimento de substituição da totalidade do rendimento perdido*.

Trata-se, neste caso, de *rendimento de substituição em 2.º grau*: valor que pretende substituir o rendimento de substituição público anterior (o subsídio).

Obviamente, a segurança social não lhes atribui natureza remuneratória - alínea b) do art.º 48.º do Código dos Regimes

protecção social de cidadania, portanto fora do âmbito deste trabalho; embora fosse útil apreciar a questão dos comportamentos ditos paternalistas por parte da entidade empregadora à luz de um mais vasto enquadramento, nomeadamente do seu interesse como instrumento de gestão de recursos humanos.

⁴⁸ Dias em que, após a atribuição do direito, o subsídio não é pago; apenas é considerado como valor equivalente à entrada de contribuições (n.º 2 do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro) - com função de *taxa moderadora* (neste caso: montante de 3/30 ou 1/10 do valor de um mês de subsídio) nos seguintes termos:

“2 - Os períodos de espera estabelecidos no artigo anterior dão lugar ao registo de remunerações por equivalência, salvo nas situações respeitantes aos trabalhadores independentes.”

⁴⁹ “Art.º 21.º - Início do pagamento

1 - O início do pagamento do subsídio de doença dos trabalhadores por conta de outrem está sujeito a um período de espera de três dias, sendo devido a partir do 4.º dia de incapacidade temporária para o trabalho.

(...)”

Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro⁵⁰, com alterações.

ii) Quanto à natureza vinculativa da atribuição de complementos são:

- de atribuição vinculada - objecto de IRCT, regulamento de empresa ou resultado de usos retributivos - há direito subjectivo (não público, claro);

- de atribuição não vinculada - por liberalidade do empregador, de atribuição unilateral e meramente ocasional - não há direito subjectivo.

Ora, é quanto à liberalidade da atribuição de um valor correspondente ao rendimento de trabalho perdido em substituição das prestações da segurança social, portanto, em 2.º grau, ligada à questão de ordem patrimonial da inexistência de prejuízo para o beneficiário e das questões que levanta, propomos a hipótese seguinte: ⁵¹.

Admitamos, sem qualquer enquadramento institucional, uma interposição aparentemente paternalista (?) ⁵² do empregador no

⁵⁰ “Artigo 48.º - Valores excluídos da base de incidência

Não integram a base de incidência contributiva, designadamente:

(...)

b) As importâncias atribuídas a título de complemento de prestações do regime geral de segurança social;

(...)”

⁵¹ Trata-se de uma situação, embora teórica, pedagogicamente relevante.

Não se trata de bizantinices (determinar “o sexo dos anjos” ou outras inutilidades) mas de testar a resistência do sistema legal consagrado, perante situações limite, detectar eventuais lacunas e propor meios de as integrar.

⁵² É bem conhecida a pouca simpatia que os empregadores nutrem por algumas iniciativas quer do Estado quer da segurança social com efeitos na gestão de recursos humanos.

procedimento de atribuição da prestação: está em causa a relevância da *liberalidade* do empregador que, perante a verificação da eventualidade, sem estar vinculado a fazê-lo, continua a garantir ao trabalhador uma prestação de valor pecuniário correspondente à sua retribuição - como se a eventualidade se não tivesse verificado, para que o trabalhador não tenha que esperar pelo processamento do subsídio (e, note-se, não pretende constituir um adiantamento do subsídio, ou seja não pretende ser reembolsado pela segurança social do valor entregue ao trabalhador - não pretende constituir-se entidade centralizadora ⁵³) substituindo, assim, totalmente o subsídio e, simultaneamente, complementando a prestação até ao valor líquido da remuneração perdida.

Ora, tal liberalidade ⁵⁴ não tem o poder de afectar o direito subjectivo público do trabalhador à prestação em causa, dado que 'direito à prestação é irrenunciável (o já referido art.º 3.º da Lei n.º

⁵³ Prática acordada entre a segurança social e as entidades empregadoras em que, nomeadamente na situação de doença, estas adiantavam o valor do subsídio para comodidade dos trabalhadores que, assim, não precisavam de estar à espera do processamento da prestação pela segurança social, recebendo posteriormente da segurança social o reembolso do valor do subsídio devido ao trabalhador. Esta prática *contra legem* violava:

- o princípio da indisponibilidade das prestações de segurança social, agora inscrito no art.º 3.º da Lei 4/2007, de 16 de Janeiro, nos seguintes termos:

“Artigo 3º - Irrenunciabilidade do direito à segurança social

São nulas as cláusulas do contrato, individual ou colectivo, pelo qual se renuncie aos direitos conferidos pela presente lei.”; e

- a regra da não cessão ou da intransmissibilidade das mesmas prestações, agora inscrita n.º 1 do art.º 72.º do mesmo diploma legal, nos seguintes termos:

Artigo 72.º - Intransmissibilidade e penhorabilidade parcial das prestações

1 - As prestações concedidas pelas instituições de segurança social são intransmissíveis.

(...)”

⁵⁴ Figura que não colhe simpatia da segurança social pelas dificuldades que coloca, o que não pode ser fundamento para entender que se trata de uma prática ilícita. Efectivamente, a situação escapa ao quadro legal previdencial consagrado e, por isso mesmo, deve ser devidamente avaliada.

4/2007, de 16 de Janeiro), porém, a supressão do dano patrimonial do trabalhador afecta necessariamente o pagamento da prestação indemnizatória, impedindo o seu pagamento por parte da instituição de segurança social; suspendendo não o direito mas apenas o pagamento do subsídio, enquanto a compressão da produção da totalidade de efeitos jurídicos do direito se mantiver.

Na verdade, em bom rigor, relativamente ao trabalhador não há qualquer alteração patrimonial com a verificação da eventualidade, o que constitui um dos pressupostos de atribuição, como vimos, e, tendo a prestação da segurança social natureza jurídica de *rendimento de substituição* não há lugar ao seu pagamento, pois embora haja, abstractamente, rendimento perdido a substituir; de facto, não se verifica qualquer dano na esfera patrimonial do trabalhador.

Quanto à questão desta prestação pecuniária poder constituir *base de incidência*, ou seja, dar lugar ao pagamento de contribuições para a segurança social - na medida em que não constitui retribuição do trabalho, conforme já referido, a resposta é claramente negativa.

Se a situação não conflitua com a atribuição do direito ao subsídio pela segurança social, porque as regras estão claramente estabelecidas, algumas questões de natureza procedimental se colocam susceptíveis de afectar os interesses dos trabalhadores, se não forem devidamente consideradas, tais como:

i) o preenchimento da declaração de remunerações relativa ao mês ou meses em que verifique a liberalidade - não há remunerações

a declarar (a zeros) mas há declarações a prestar e situações a reportar.

ii) o procedimento de *registo de remunerações* não pode ser feito nem directamente, nem por equivalência, na medida em que o pagamento da prestação que dá lugar ao registo, está suspenso.⁵⁵ (*podendo prejudicar a carreira contributiva do trabalhador, máxime quanto a prestações diferidas - pensões*).

Note-se que, relativamente a *regimes convencionais suportados por outras entidades*, o legislador, para salvaguardar os interesses do trabalhador, tem vindo a integrar normativamente a situações paralelas no regime de equivalências, como no caso do regime substitutivo do ACTV dos bancários, previsto no art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 1-A/2011, de 3 de Janeiro.⁵⁶

No caso, a equivalência da situação de “complemento a 100%”, não decorrendo directamente da lei, e se entendermos que a

⁵⁵ Nos termos do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro:

“Artigo 22.º - *Registo de equivalências*

1 - *Os períodos de concessão do subsídio de doença e de concessão provisória deste subsídio nos termos do artigo 7.º do presente diploma dão lugar ao registo de remunerações por equivalência à entrada de contribuições.*

2 - *Os períodos de espera estabelecidos no artigo anterior dão lugar ao registo de remunerações por equivalência, salvo nas situações respeitantes aos trabalhadores independentes.*”

⁵⁶ Nos seguintes termos:

“Artigo 5.º - *Equivalência à entrada de contribuições*

1 — *Os períodos de doença que determinem o pagamento de prestações ou de compensações remuneratórias, no âmbito de regime de segurança social substitutivo constantes de IRCT vigente no sector, dão lugar ao registo de remunerações no regime geral.*

2 — *O registo de remunerações a que se refere o número anterior efectua-se por equivalência à entrada de contribuições e de quotizações, pelo valor da remuneração de referência que serviria de base ao cálculo do subsídio de doença no âmbito do regime geral.*”

“generosidade” de terceiros não deve determinar qualquer desvantagem para o trabalhador, a solução pode ser encontrada na integração de caso omissio por extensão do regime do período de espera (entretanto destituído da função de taxa moderadora por compensação do seu valor, o que não afecta o direito ao regime de registo por equivalência, legalmente previsto no n.º 2 do art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, já referido), devendo, assim, o efeito de registo alargar-se por *analogia* a todo o período em causa.

Na verdade, a identidade de natureza jurídica, por efeito da uniformização de todo o período em causa a *prestações atribuídas e não pagas* - é, afinal, a “comunhão de qualidades”⁵⁷, o elemento comum ao prazo de espera (caso previsto) e de outros períodos quando suportados por terceiros (caso omissio) e poderá constituir o fundamento de uma adequada integração numa situação de analogia *legis*: a lacuna será preenchida através da aplicação analógica da regra que é aplicável ao caso análogo.

Ou seja, a regra do não pagamento da prestação atribuída não obsta à sua consideração para efeitos de registo de remunerações; melhor: o sistema, quando não garante o pagamento da prestação por interposição de terceiros, não deixa de garantir o registo de remunerações que lhe caberia.

Veja-se o tratamento normativo dos regimes convencionais suportados por outras entidades (caso dos bancários já referido).

O resultado prático desta assimilação será uma vantagem patrimonial para a segurança social correspondente ao valor do não

⁵⁷ SOUSA, Miguel Teixeira, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 402.

pagamento de rendimento de substituição (prestação) pelo período de suspensão, pois o encargo suportado pela segurança social correspondente ao valor que a equivalência determina quanto a responsabilidades em futuras prestações (corresponde à não entrada dos valores pecuniários correspondentes) pelo período de impedimento em causa, verificar-se-á sempre.

iii) Saber a quem cabe o dever de informar a segurança social ou como é obtida a informação da situação pela segurança social:

- quanto aos deveres do empregador: a informação deverá decorrer do conteúdo da declaração de remunerações do mês ou meses correspondentes;

- quanto aos deveres do trabalhador: o dever de informar a segurança social de tal recebimento, parece inquestionável perante o art.º 71.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, ⁵⁸ que estabelece o *dever geral de colaboração* por parte do beneficiário de modo a, neste caso, evitar um enriquecimento sem causa / locupletamento à custa alheia, pois a eventual presença de vantagens patrimoniais injustificadas, advenientes da produção da eventualidade ⁵⁹, não é compatível com os princípios legais aplicáveis.

⁵⁸ Nos termos seguintes:

“Artigo 71.º - Deveres do Estado e dos beneficiários

1 - Compete ao Estado garantir aos beneficiários informação periódica relativa aos seus direitos, adquiridos e em formação, designadamente em matéria de pensões.

2 - Os beneficiários têm o dever de cooperar com as instituições de segurança social, cabendo-lhes, designadamente, ser verdadeiros nas suas declarações e requerimentos e submeter-se aos exames de verificação necessários para a concessão ou manutenção das prestações a que tenham direito.”

⁵⁹ A lógica indemnizatória conduz no sentido de se entender que a indemnização não pode ser superior ao valor perdido.

Por outro lado, a utilização do artifício interpretativo de se entender não estarmos perante duas prestações de segurança social, mas de prestações de diferente natureza jurídica que escaparia à proibição de cumulação de prestações emergentes do mesmo facto, prevista no art.º 67.º da Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro) ⁶⁰, para daí retirar vantagens patrimoniais superiores ao rendimento perdido, distorcendo o princípio da não acumulação, pode colocar-nos perante uma situação de fraude à lei.

3. Rendimento de substituição na situação de exclusão precoce do mercado de trabalho

estatuto de transição de ciclo de vida

Já no n.º 2 da Revista Internacional de Direito do Trabalho fizemos referência à questão da mutação rápida e profunda do mercado de trabalho, centrados na *empregabilidade* e suas consequências.

⁶⁰ Nos seguintes termos:

“Artigo 67.º - *Acumulação de prestações*

1 - *Salvo disposição legal em contrário, não são cumuláveis entre si as prestações emergentes do mesmo facto, desde que respeitantes ao mesmo interesse protegido.*

2 - *As regras sobre acumulação de prestações pecuniárias emergentes de diferentes eventualidades são reguladas por lei, não podendo, em caso algum, resultar da sua aplicação montante inferior ao da prestação mais elevada nem excesso sobre o valor total.*

3 - *Para efeitos de acumulação de prestações pecuniárias podem ser tomadas em conta prestações concedidas por sistemas de segurança social estrangeiros, sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais aplicáveis.”*

A *ratio legis* também vai claramente no sentido de que da “indenização” da situação não pode resultar montante superior ao rendimento perdido, pois tal, como no caso de doença, estimularia absentismo não desejado - o que o legislador não pretendeu.

A adequação das *técnicas de substituição de rendimentos antes da reforma definitiva*, num cenário de não pleno emprego, o período de tempo de trabalho que imediatamente antecede a passagem à situação formal de pensionista de velhice numa *idade de transição* (dos 50 aos 60 anos de idade), mudança de ciclo de vida (do 2.º para o 3.º), cujos limites constituem uma das grandes preocupações actuais não só pelo necessário reajustamento do tempo de trabalho, mas também pelas consequências financeiras que envolve.

Nesta matéria, damos apenas nota de algumas breves coordenadas, sem prejuízo de próximos desenvolvimentos.

3.1. Dados demográficos

i) O cenário demográfico é uma das determinantes variáveis a ter em conta quando se fala em tempo de trabalho.

O envelhecimento natural da população - desequilíbrio verificável na inversão da pirâmide etária - o envelhecimento demográfico determinado pela subida da *esperança média de vida à nascença* ⁶¹, confronta-se com situações de sentido oposto: a redução da população activa.

⁶¹ Em Portugal em 2019: média de 81,1 anos (78,1 anos - homens e 83,7 anos - mulheres).

Note-se que em termos globais este valor duplicou em 2 séculos: em 1800 - 36 anos; em 1900 - 50 anos; em 2000 - 72 anos, segundo GAULIER, Xavier, *La Deuxième Carrière*. Seul, Paris, 1988, p. 238.

Abstraindo da ficção da celebração da *morte da morte*, ou do elixir da vida eterna, referido por António Alvarenga ⁶², situação extrema em que se evaporariam todas as questões: desde a esperança média de vida e factor de sustentabilidade e até a própria existência de pensão (deixaria de haver destinatários da pensão de velhice porque tecnicamente nem sequer haveria velhice), a hipótese aceitável em termos de longevidade futura próxima são 120 anos com o correspondente alongamento do tempo de trabalho.

ii) O 2º efeito a ter em conta é a constante subida da *esperança média de vida aos 65 anos* ⁶³ relevante para a duração do tempo de pagamento de pensão (relativamente a cada beneficiário durante quanto tempo são pagas pensões), como sabemos, compensada pelo factor de sustentabilidade, um factor de redução do valor da pensão.

3.2. A idade cronológica

“A idade é um fenómeno biológico socialmente manipulado e manipulável... a idade não é unicamente nem mesmo talvez principalmente um fenómeno de ordem biológica; existe um determinismo social do envelhecimento talvez mais rigoroso mesmo que o determinismo biológico” ⁶⁴

⁶² ALVARENGA, António, *Envelhecimento Populacional e Segurança Social. Uma Visão Exploratória e Prospectiva* in *Segurança Social Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 249.

⁶³ 19,69 anos (2018/2020), reduzido para 19,44 anos (2021).

O número de 2021 reflecte já o elevado número de mortes provocadas pela actual pandemia o que fará regredir a progressão da idade legal da reforma.

⁶⁴ Segundo o sociólogo P. Bourdieu, referido por GAULIER, Xavier, *La Deuxième Carrière*. Seul, Paris, 1988, p. 22.

i) Relevância da idade cronológica na atribuição das prestações de seguro social

O critério que, em regra ⁶⁵, delimita os 3 grandes grupos de destinatários de prestações específicas no seguro social (em função do exercício de actividade profissional - trabalho) é a idade: ⁶⁶

- até ao início da vida activa (regra: 16 anos ⁶⁷), *como termo final de atribuição*: idade até à qual a prestação é atribuída - *prestações derivadas* (prestações familiares, pensão de sobrevivência...) - *juventude*;

⁶⁵ Isto é, se e enquanto não ocorrerem patologias incapacitantes ou deficiências que independentemente da idade, coloquem a pessoa fora deste quadro.

⁶⁶ Correspondente às 3 fases ou etapas do ciclo de vida - *ciclo ternário da sociedade industrial* (intermediação intergeracional):

1ª fase - período da infância - o indivíduo consome sem produzir acumulando dívidas que amortizará no seu período activo - financeiramente são beneficiários líquidos;

2ª fase - o indivíduo produz mais do que consome acumulando créditos que se transformarão em pensões na idade da reforma - financeiramente são contribuintes líquidos;

3ª fase - o indivíduo consome em pensões a poupança que acumulou na fase activa - financeiramente são beneficiários líquidos.

GAULIER, Xavier, *La Deuxième Carrière*. Seul, Paris, 1988, p. 243, utiliza uma grelha diferente:

	Longevidade actual	Longevidade futura
Infância	Até aos 20 anos	Até aos 30 anos
Jovens adultos	20-40 anos	30-60 anos
Idade adulta	40-60 anos	60-100 anos
Adultos envelhecidos	60-80 anos	100-130 anos

mas também dá nota de subdivisões usadas nos EUA: os *young old* (jovens velhos) e *old old* (velhos velhos), de jovens adultos e *middle age*...

⁶⁷ Só para efeitos estatísticos, pois os jovens entram no mercado de trabalho cada vez mais tarde.

- durante a vida activa (regra: dos 17 aos 64 anos) com acesso a *prestações imediatas* correspondentes a eventualidades de duração limitada (subsídios de doença, de parentalidade...) - *idade adulta* ⁶⁸;
- depois de uma carreira contributiva mais ou menos longa (depois dos 64 anos de idade) - *prestações diferidas* e vitalícias sucedâneas de rendimento de trabalho com termo inicial na idade a partir da qual é atribuída a pensão de velhice (abandono definitivo do trabalho) por presunção de incapacidade fisiológica ⁶⁹ acrescida ou não de prestações por dependência na fase terminal da vida (custos da *longevidade*) - *velhice, reforma*.

ii) Velhice e envelhecimento ⁷⁰

A situação a partir da qual a protecção social desencadeia a atribuição das chamadas prestações diferidas, mas imediatamente antes das quais desencadeia procedimentos substitutivos de rendimentos com designações de vária ordem (desemprego, pré-reforma) que definem inequivocamente o fim do tempo de trabalho profissional,

⁶⁸ Sendo a produção dos beneficiários activos a fonte principal de financiamento de todo o ciclo vital num regime de capitalização e de constituição da carreira contributiva.

⁶⁹ Associada a toda a carreira contributiva (com densidade contributiva) cuja extensão faz variar a idade de acesso à pensão de velhice e com recurso à *totalização* de carreiras contributivas (anos com registo de remunerações com densidade contributiva) com outros regimes de protecção social por que estiveram abrangidos.

⁷⁰ Genericamente sobre esta matéria:

GAULIER, Xavier, *La Deuxième Carrière*. Seul, Paris, 1988;

PAILLAT, Paul, *Vieillesse et Vieillesse*, PUF, Paris, 1982;

DUPEYROUX, Jean-Jacques e RUELLAN, Rolande, op. cit., p. 175.

Também é inevitável a referência ao ensaio clássico sobre a velhice de BEAUVOIR, Simone de, *La Vieillesse*, Gallimard, Paris, 1970.

Para uma incursão histórica sobre a velhice no século I antes de Cristo em Roma: CÍCERO, Marco Túlio, *Da Velhice (De senectute)*, Cotovia, Lisboa.

deveria ser genericamente tratada como eventualidade velhice. Na verdade:

- a velhice biológica ou física (*senescência*) por incapacidade física constitui a última fase da vida (*old old*) ⁷¹⁻⁷²;
- a velhice profissional ou social, independente da idade mas, em regra, depois dos 60 - *young old* (jovens velhos) tem a ver com questões de empregabilidade e de desadequação aos postos de trabalho existentes, implicando redução da vida activa e do tempo de trabalho profissional ⁷³.

Cenário que se contrapõe ao “homem de Taylor”, da sociedade industrial, um atleta industrial sem problemas de competências ou de adaptação e “sem idade”.

Por outro lado, afastada que está a putativa ameaça do *poder grisalho*, por alguns tão temido, dada a força eleitoral disponível para retardar a evolução tecnológica, nomeadamente através de grupos de pressão; porém a falha de capacidade de organização terá garantido tranquilidade aos mais temerosos, pelo menos para já...

⁷¹ *morituri te salutant* (os que vão morrer saudam-te) - saudação ao imperador usada pelos gladiadores, dada a iminência da morte, quando já na arena dos circos de Roma e antes de iniciar o combate.

⁷² DUPEYROUX, Jean-Jacques e RUELLAN, Rolande, op. cit., p. 175, nota 7, sublinha o peso da velhice no desequilíbrio das contas da segurança social usando a seguinte mensagem impactante que “...o ideal seria, de um ponto de vista financeiro, o enfarte radical aos 60 anos: acaba-se a pensão e os cuidados sem fim...”

Aliás, ao mesmo nível de afirmação de forte impacto, é a que refere que “se matarmos os velhos (*old old*) 2 anos antes de morrerem, temos o problema do financiamento da segurança social resolvido (saúde incluída)”, proferida no âmbito de uma conferência cuja referência não localizámos.

Estranhamente, ou talvez não, temos um *vírus à medida das coisas...*

⁷³ Como componente do trabalho social que, como se sabe, integra o trabalho profissional, o trabalho familiar e o tempo livre.

3.3. A exclusão precoce da vida profissional - os instrumentos jurídicos

a. A redução da taxa de actividade dos assalariados idosos

Sabemos que o crescimento económico não determina por si crescimento de emprego para idosos, pois é a flexibilidade crescente dos modos de utilização de mão-de-obra que os marginaliza.

A significativa situação de rejeição e de marginalização dos assalariados idosos (de mais de 45 anos), com desvalorização da sua aptidão dadas as transformações das tecnologias, das condições de trabalho, com o fim das promoções e das possibilidades de formação e com o declínio do princípio da antiguidade (instrumentos de gestão de pessoas) são a expressão do tempo das mutações e das desqualificações.

Estas transformações profissionais também determinam consequências na vida extra-profissional dos indivíduos - problemas de adaptação: mudança de modos de vida, dos rendimentos, das actividades de tempos livres, da identidade social e da personalidade.

A mutação económica provoca assim uma situação contraditória (que se irá desenvolver com o envelhecimento demográfico da população): assiste-se a um envelhecimento profissional acelerado, no momento em que se constata um rejuvenescimento físico e psicológico geral, um alongamento da esperança média de vida à nascença e o desenvolvimento de actividades sociais múltiplas até uma idade avançada (“geração inoxidável”⁷⁴).

⁷⁴ Expressão bem conseguida retirada de CIGUREL, M, *Une Génération Inoxydable*, Pluriel, Paris, 1991.

Os desafios actuais põem em causa as definições clássicas de emprego, de carreiras, de reforma, de tempos livres e de idade, realidades estruturadas em período de crescimento e que se vão agudizando com o fim do pleno emprego e alongamento dos limites de idade.

Gerir uma vasta população que tem ainda vários decénios para viver antes de entrar na velhice biológica e de quem o sistema de produção diz não ter necessidade, não é fácil. Na verdade:

- prosseguir a rejeição da vida profissional cada vez mais cedo para, como se diz, favorecer a competitividade das empresas e o emprego dos jovens, acarreta pesadas consequências para toda a protecção social (velhice, desemprego, invalidez);

- desenvolver e organizar o tempo livre e ocupações para cada um, tendo constituído uma tendência da sociedade industrial, determinava custos financeiros e objectivos que não cabiam numa sociedade onde a ética do trabalho era predominante.

Afinal está em causa uma nova gestão de idades na empresa, na família e na sociedade, distribuindo de outra forma entre gerações o trabalho, os rendimentos, o tempo livre e a formação.

Estes problemas terão de ser avaliados num contexto intergeracional para não ameaçar a coesão social (numa perspectiva de conflitos entre gerações), pois:

- os activos continuarão a aceitar contribuir para as reformas dos inactivos cada vez mais numerosos e cada vez mais capazes de trabalhar?

- os inactivos, precocemente excluídos do trabalho assalariado, resignar-se-ão a uma diminuição progressiva e sistemática dos seus rendimentos de substituição (pré-reforma, desemprego...)?

- na vida profissional, jovens activos e assalariados idosos estarão cada vez mais em competição desigual para os empregos e as carreiras?

A resposta pública constitui uma *subversão do quadro tradicional de sociedade industrial quanto aos objectivos sociais* e um atropelo de medidas pré-existentes, predominantemente na sua concepção. Na verdade:

- as medidas de política de velhice (as pensões) servem de política de emprego (rejeição dos assalariados idosos);

- as medidas de política de desemprego (rejeição dos assalariados idosos) servem de política de velhice (desemprego definitivo como entrada para a reforma);

- as medidas de política de seguro-doença (invalidez) servem de política de desemprego e de velhice (lança na invalidez para libertar um emprego ocupado por assalariado idoso).

A confusão e a justaposição dos riscos tradicionais múltiplos, geridos de forma conjuntural, pelos resultados opostos aos pretendidos, parece implicar a reforma do conjunto do sistema a partir de novos ou diferentes riscos de uma sociedade em evolução, diferentes dos dos anos 50 do século passado (o constante prolongamento do risco velhice - dos 50 aos 80 anos actualmente) parece determinar a avaliação da necessidade de ser equacionado um desejável

prolongamento da vida activa - envolvendo, naturalmente, a questão da fixação da idade legal de reforma por velhice.

São estas novas questões com dignidade para um responsável *diálogo social* no sentido de ser obtido um necessário consenso entre entidades empregadoras, sindicatos, o Estado e os indivíduos, sem ambiguidades ou promiscuidades que distorçam o binómio mercado de trabalho / protecção social cujo equilíbrio é essencial manter.

Na verdade, a adequação das escolhas determinantes do futuro dos assalariados idosos antes do termo da vida activa reveste alguma complexidade técnica e de custos que exigem uma ponderada partilha de responsabilidades.

Note-se que os instrumentos normativos disponíveis mais comuns na nossa ordem jurídica são ambíguos, mas só deveriam apontar para causas económicas:

- i) aparentemente relativos a riscos físicos:
 - flexibilização da idade da reforma;
 - reforma antecipada - antecipação da idade legal da reforma;
 - invalidez;
- ii) assumidos como relativos a riscos económicos:
 - pré-reforma ⁷⁵;
 - *lay-off* (situação de crise empresarial);

⁷⁵ Sobre as condições da consagração entre nós da figura jurídica da pré-reforma ver CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Reforma Antecipada (privada e pública) e Sistema de Segurança Social em Portugal*, in *Emprego e Tempo de Trabalho*. Cadernos Sindicais n.º 8, Fundação Oliveira Martins, AAVV, 1986, pp 33 e ss.

- desemprego de fim de vida activa (por oposição a conjuntural)
- paradigma das prestações antecâmara da velhice biológica.⁷⁶

b. Intervenção da vontade

Quanto ao nível de intervenção da vontade dos interessados no desencadeamento dos procedimentos dos mecanismos de transição:

i) desejável a auto-exclusão - considerando que a ética do trabalho da sociedade industrial (“receber sem nada fazer” / utilidade social), embora residual deva ser respeitada. Assim, o abandono voluntário com estímulo financeiro para manutenção do nível de vida seria determinante com pensões financeiramente atractivas;

ii) hetero-exclusão (exclusão imposta), manifestamente indesejável, mas inevitável, quer:

- por limite de idade (expulsão);
- por empregabilidade - velhice profissional - desadequação ao posto de trabalho;
- por perturbação do mercado de trabalho (desemprego).

⁷⁶ Que Sérvulo Correia propunha, nos anos 60, como prestação complementar, alertando para duas questões de inquestionável actualidade:

- a portabilidade - compatibilização da continuação do seguro com a mudança de emprego;

- o efeito *boomerang* ou efeito de repercussão: “embora num plano jurídico-formal tais encargos onerem os patrões eles são integrados nos custos de produção das empresas, e assim projectados através dos preços sobre a comunidade, que tem o direito de saber a quem paga e como paga” que a doutrina francesa designa de *operação verdade* - trata-se afinal de elementos pertencentes à “*contabilidade social do país*”.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *A Evolução dos Seguros Sociais e as Prestações Complementares*. Documento não editado (?), 1964/65, p. 14.

Para uma percepção e enquadramento inicial do desemprego ver:

- SOUSA, Soeiro de, *Aspectos da Protecção Social no Desemprego* (Seguro de-semprego). Fundo de Desenvolvimento de Mão-de-obra, Lisboa, 1966.

- SOUSA, Soeiro de, *A Segurança Social e a Economia*. Fundo de Desenvolvimento de Mão-de-obra, Lisboa, 1966.

Oportunamente voltaremos a esta tema.

Bibliografia

ALVARENGA, António, *Envelhecimento Populacional e Segurança Social. Uma Visão Exploratória e Prospectiva in Segurança Social Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 239-264

BEAUVOIR, Simone de, *La Vieillesse*, Gallimard, Paris, 1970

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra Editora, Lisboa, 1965, 7ª edição

CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CARDOSO, Cláudio, *A Segurança Social dos Trabalhadores Independentes e dos Advogados e Solicitadores - Algumas reflexões*. in *Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL. Lisboa, 2020, pp. 453-473

CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Reforma Antecipada (privada e pública) e Sistema de Segurança Social em Portugal*, in *Emprego e Tempo de Trabalho*. Cadernos Sindicais n.º 8, Fundação Oliveira Martins, AAVV, 1986, pp. 33 e ss.

CONCEIÇÃO, Apelles J B, *Legislação da Segurança Social. Sistema Previdencial*. Almedina, Coimbra, 7ª edição, 2019

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Teoria da Relação Jurídica do Seguro Social*. Estudos Sociais e Corporativos n.º 27, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *A Evolução dos Seguros Sociais e as Prestações Complementares*. Documento não editado (?), 1964/65

DUPEYROUX, Jean-Jacques e RUELLAN, Rolande, *Droit de la Sécurité Sociale*. Dalloz, Paris, 1998, 13^a edição

FRIGLING, B W et alii, *Adapting Social Security to the Emerging Needs of a Changing Society*. Conselho da Europa, Estrasburgo, 1989

GAULIER, Xavier, *La Deuxième Carrière*. Seul, Paris, 1988

LEAL, António da Silva, *Organização da Previdência*. Lições ao 3.º ano do Instituto de Estudos Sociais 1966/67, Lisboa

MARSHALL, Thomas Humphrey, *Citizenship and Social Class*. Cambridge at the University Press, 1950

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, Coimbra, 2006

MONCADA, Luís Cabral de, *Lições de Direito Civil - Parte Geral*, Arménio Amado, Coimbra, 1954, vol. I

NABAIS, Casalta, e LAVOURAS, Matilde, *O Financiamento da Segurança Social in Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL. Lisboa, 2020, pp. 169-205

PASTOR, Almansa, *Derecho de la Seguridad Social*. Tecnos, Madrid, 1991

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade e ANTUNES VARELA, João de Matos, *Noções Fundamentais de Direito Civil*. Coimbra Editora, Coimbra, 1973

RAY, Jean Claude et alii, *Analyse Économique des Politiques Sociales*. PUF, Paris, 1988

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*. Almedina, Coimbra, 2021

SERRÃO, Tiago e BRITO, David Pratas, *Reflexões sobre o Regime das Garantias Administrativas e Jurisdicionais nas Bases Gerais do*

Sistema de Segurança Social in Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade. AAVV, AAFDL, Lisboa, 2020

SOUSA, Miguel Teixeira, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2019

SOUSA, Soeiro de, *Aspectos da Protecção Social no Desemprego* (Seguro desemprego). Fundo de Desenvolvimento de Mão-de-obra, Lisboa, 1966

SOUSA, Soeiro de, *A Segurança Social e a Economia*. Fundo de Desenvolvimento de Mão-de-obra, Lisboa, 1966

VAZ, Maria Forte, *Entidades Contratantes em Segurança Social Inconstitucionalidade e insuficiências do sistema*, in *Segurança Social, Sistema, Protecção, Solidariedade e Sustentabilidade*. AAVV, AAFDL. Lisboa, 2020, pp, 615-645

VENTURA, Raúl Jorge Rodrigues, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho. Estudo de Direito Privado*. Imprensa Portuguesa, Porto, 1944



UMA VISÃO CRÍTICA DOS RECENTES ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO PERÍODO EXPERIMENTAL: DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SEU ALARGAMENTO NA LEI N.º 93/2019, DE 04/09, À QUESTÃO DO ABUSO DE DIREITO NOS CASOS DE CONVERSÃO OPE LEGIS DO CONTRATO A TERMO*¹

A CRITICAL VIEW OF RECENT RULINGS IN THE SCOPE OF THE PROBATIONARY PERIOD: FROM THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ITS EXTENSION IN LAW NO. 93/2019 OF 04/09 TO THE QUESTION OF ABUSE OF RIGHT IN CASES OF CONVERSION OPE LEGIS OF THE FIXED-TERM CONTRACT

José Pedro Oliveira Pinto²

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

¹ O texto aqui apresentado corresponde, ainda que com ligeiras alterações e devidas atualizações, ao trabalho final da Pós-Graduação em Direito do Trabalho no ano letivo 2019/2020, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e ao trabalho desenvolvido na unidade curricular de Problemas Especiais de Cessação do Contrato de Trabalho no ano letivo 2020/2021, do Mestrado em Direito do Trabalho, na mesma instituição de ensino.

² Bolseiro de Investigação no Centro de Estudos e Investigação em Direito. Mestrando em Direito do Trabalho na Escola do Porto da Faculdade de Direito da

Sumário - 1. Introdução - 2. O Período Experimental no Contrato de Trabalho - 2.1. Algumas considerações acerca do Período Experimental - 2.2. A bússola do Período Experimental – a duração enquanto norteadora da precarização - 3. As alterações da Lei n.º 93/2019, de 04/09: o alargamento da duração do período experimental - 3.1. Considerações sobre a nova tipologia: a indeterminação dos conceitos - 3.2. A(des)conformidade constitucional do seu alargamento: análise do Acórdão n.º 318/2021, do Tribunal Constitucional - 4. O Abuso de Direito e o Período Experimental: os casos de conversão *ope legis* do contrato a termo - 4.1. A flutuação jurisprudencial relativa à conversão do contrato a termo - 4.2 Análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-06-2019 - 4.2.1. Factos e decisão - 4.2.2. Apreciação crítica - 5. Conclusão.

Resumo:

O presente texto visa recensear o papel da duração do período experimental enquanto bússola que norteia a admissibilidade deste instituto jurídico. Por conseguinte, focar-se-á na alteração introduzida pela Lei n.º 93/2019 de 04/09, que acrescentou um novo fator que condiciona a duração do período experimental. Olhando àqueles que exerçam trabalho indiferenciado, se forem catalogados como trabalhadores à procura do primeiro emprego ou desempregados de longa duração, verificou-se um alargamento do seu período de prova – de noventa para cento e oitenta dias no caso de celebrarem um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Para tal, teremos presente o entendimento apresentado nesta matéria pelo Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 318/2021, que introduziu a necessidade de reformular a interpretação destas normas.

Ademais, procuramos igualmente problematizar a possibilidade de invocação do abuso de direito nos casos de alargamento do período experimental, quando se observe uma situação de conversão *ope legis* do contrato a termo, apresentando uma visão crítica à posição conduzida pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 03-06-2019 (Jerónimo Freitas).

Abstract:

The present text aims to review the role of the probationary period length as the compass guiding the admissibility of this legal institute. Therefore, it will focus on the amendment introduced by Law no. 93/2019 of 04/09, which added a new factor conditioning the length of the trial period. Looking at those who perform undifferentiated work, if catalogued as workers seeking for their first job or as long-term unemployed, the aforementioned Law introduced an extension of their probationary period - from ninety to one hundred and eighty days in the circumstance they undertake an employment contract of indefinite duration. To this purpose, we will bear in mind, on this matter, the understanding presented

Universidade Católica Portuguesa. Colaborador Júnior do Observatório de Aplicação do Direito da Concorrência, Universidade Católica Portuguesa.

by the Constitutional Court in its ruling no. 318/2021, which introduced the need to reformulate the interpretation of these legal standards.

Furthermore, we will also problematize the possibility for the invocation of the mechanism of abuse of rights in cases of extension of the probationary period, namely when a situation of conversion ope legis of the fixed-term contract is observed. For this evaluation we will be presenting a critical view of the position taken by the Oporto Court of Appeal, in its judgment of 03-06-2019 (Jerónimo Freitas).

1. Introdução

O período experimental, tal como aprofundaremos, corresponde à fase inicial do contrato de trabalho, sendo que este instituto jurídico se pauta por um carácter de volatilidade e de precarização do vínculo contratual, uma vez que, durante um determinado arco temporal, poderá ocorrer uma denúncia *ad nutum*, conforme estipula o artigo 114.º do Código do Trabalho (doravante CT), que permite a rutura da relação jurídico-laboral sem necessidade de aviso prévio (em certa medida), invocação de justa causa ou pagamento de qualquer indemnização.

Desta forma, o mesmo se fixa em colisão com valores constitucionais, nomeadamente, com a garantia e segurança no emprego, consagrada no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP). À vista disso, importa problematizar com especial atenção a duração que poderá apresentar, com o fim de que a mesma seja aceitável à luz do ordenamento jurídico português e do direito da União Europeia.

Nesta senda, iremos traçar os eixos coordenadores de duas controvertidas questões jurídicas: (i) avaliação da (in)constitucionalidade da alteração introduzida pela Lei n.º 93/2019

de 04/09, concernente ao alargamento do período experimental de noventa para cento e oitenta dias, em caso de trabalho indiferenciado, se estivermos perante a categoria de trabalhadores à procura de primeiro emprego e de desempregados de longa duração, à luz do Acórdão n.º 318/2021, de 18/05 (Conselheiro Teles Pereira); (ii) problematização da extensão da duração do período experimental em casos de conversão *ope legis* do contrato a termo certo em contrato de trabalho por indeterminado, tendo como alicerce para a nossa exposição, a análise do Acórdão de 03-06-2019 (Jerónimo Freitas).

O que pretendemos identificar nesta nota introdutória é o facto de que o elemento unificador destes dois temas em matéria de período experimental é a sua interconexão com o regime da contratação a termo. Se em relação à segunda hipótese é clara a sua interligação, importa desde já destacar que, em relação à primeira, tal se atesta porque as respetivas normas surgiram como reverso da revogação do regime legal que permitia que estas duas categorias se apresentassem como causas justificativas suficientes da contratação a termo — de certo modo, antecipamos que tal raiou com o desiderato de promover a contratação destes trabalhadores e a sua inserção no mercado de trabalho, preconizando uma situação mais favorável, devido à aparente maior estabilidade que lhes traria.

2. O Período Experimental no Contrato de Trabalho

2.1. Algumas considerações acerca do período experimental

O período experimental, conforme o determinado no artigo 111.º, n.º 1 do CT, corresponde à fase inicial do contrato de trabalho e visa providenciar às partes a oportunidade de apreciarem o seu interesse na manutenção do respetivo vínculo contratual. Por conseguinte, é assegurada a “possibilidade de mutuamente se conhecerem a fim de decidirem corretamente sobre a conveniência ou não de se vincularem definitivamente”³.

Perante os obstáculos preliminares existentes ao verdadeiro conhecimento da aptidão de um trabalhador, o empregador poderá avaliá-lo em verdadeiro contexto laboral, o que se deverá revelar o mais similar possível ao cenário real da sua execução, firmando, consequentemente, conclusões sobre as suas capacidades técnicas e pessoais, não percetíveis em qualquer tipo de recrutamento. Do outro lado, o trabalhador poderá observar, por exemplo, se as condições humanas e materiais prometidas são cumpridas na prática e se o mesmo se sente confortável com as funções que desempenha⁴. Destarte, podemos concluir que a principal finalidade⁵ do período experimental, visando a vocação duradoura da relação laboral, passa por esta “certificação mútua”⁶ das valências de cada uma das partes.

³ CORREIA, Pupo, “Da Experiência no Contrato de Trabalho”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento XVIII, 1971, p. 154.

⁴ Referente às oportunidades de verificação de manutenção de interesse dos trabalhadores no período experimental, *vd.* CORREIA, Pupo, *op. cit.*, p. 155.

⁵ Para além desta função, o período experimental cumpre múltiplos objetivos, de entre os quais é pertinente mencionar algumas das suas funções secundárias — “pode servir para fixar melhor o conteúdo do contrato de trabalho, contribuir para a formação profissional do trabalhador e, ainda tornar mais rápida e expedita a contratação laboral”, GOMES, Júlio “Do uso e abuso do período experimental”, *RDES*, n.º 1 e 2, 2001, pp. 45-46. *Vd.*, ainda, ALMEIDA, Tatiana Guerra, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 39-41.

⁶ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho — Noções Básicas*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 167.

Sem embargo, se é certo que o legislador postulou uma bilateralidade que constitui uma igualdade formal para ambas as partes, a verdade é que, na prática, defendemos que é o empregador⁷ o principal interessado e beneficiado na existência do período experimental. Como defende JÚLIO GOMES, a recusa de tal aceção perpetua “a ideia de uma igualdade formal entre as partes, [o que equivale a] esquecer as condições normalmente existentes no mercado de trabalho e trair a razão de ser última do direito laboral”⁸.

Para sustentarmos a irrealidade desta simetria importa enquadrar as características da sua denúncia, que ocorre de forma praticamente livre⁹, conforme configurado no artigo 114.º, n.º 1, do CT: sem obrigatoriedade de aviso prévio (de certo modo¹⁰),

⁷ Não obstante, importa destacar que, em certos tipos de relação laboral, o período experimental revela-se como uma figura que interessa, de igual modo, a ambas partes, sendo que um dos exemplos paradigmáticos é o caso do contrato de trabalho desportivo. Nesta perspetiva, *vd.*, MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 486.

⁸ GOMES, Júlio, “Do uso e abuso...”, *cit.*, p. 41. No mesmo sentido, *vd.*, por exemplo, MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 6.ª ed., p. 267.

⁹ Releva ter em consideração, como destaca ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, que, durante este período, “a lei adota a presunção de que a cessação do contrato é determinada por inaptidão do trabalhador ou por inconveniência das condições de trabalho oferecidas pela empresa”, MONTEIRO FERNANDES, António, *Direito do Trabalho*, 19.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 269-270.

¹⁰ De acordo com o artigo 114.º, n.º 2, 3 e 4, do CT, caso o período experimental tenha durado mais de sessenta dias, recai sob o empregador (apenas em relação a este) que a denúncia do contrato se encontra dependente de um aviso prévio de, pelo menos, sete dias e, caso tenha durado mais de cento e vinte dias, deverá ser cumprido um pré-aviso de 15 dias. No entanto, a consequência do seu não cumprimento é o pagamento ao trabalhador da retribuição referente ao aviso prévio em falta. De realçar que esta solução legal para o seu incumprimento foi apenas introduzida pelo CT de 2009, sendo que, até esse momento, averiguar que mecanismo acionar face ao seu incumprimento gerou celeuma na doutrina. Sobre as alternativas argumentadas à época, *vd.*, SOARES RIBEIRO, João, “Aviso prévio na denúncia do contrato no período experimental”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 156-

desnecessidade de invocação de causa justificativa¹¹ e inexistência de indemnização. Destacamos ainda que esta declaração de denúncia não está sujeita a forma especial.

Para uma correta compreensão do nosso argumento é necessário articular esta livre denúncia com o regime de extinção do contrato de trabalho uma vez terminado o período experimental. Se a livre desvinculação por vontade unilateral do trabalhador em pouco difere da consubstanciada nesta figura¹², condicionando a mesma apenas a uma exigência de aviso prévio (que no período experimental recai apenas no empregador e nos casos já enunciados), mas que ainda assim produz sempre os seus efeitos extintivos, uma vez que o artigo 401.º do CT apenas prevê como consequência da sua inexistência o pagamento de uma indemnização, o mesmo já não se verifica se abordarmos a questão na perspetiva do empregador. Para este, os corolários do artigo 53.º da CRP obrigam a que não possa existir um ato unilateral de desvinculação que não se baseie numa causa justificativa legítima¹³.

163. Para JOÃO LEAL AMADO, “a superação destas primeiras fases do período experimental (60 dias e 120 dias) implica, pois, que o trabalhador, podendo embora ver o contrato terminar sem invocação de justa causa pelo empregador, cria já uma certa expectativa de continuidade do vínculo, tutela através da exigência de concessão do referido aviso prévio”, *op. cit.*, p. 168.

¹¹ Ainda que aquele que finda o contrato (por norma, o empregador) neste hiato temporal beneficie da desnecessidade de invocação de causa, a verdade é que a mesma se deverá encontrar interligada com as finalidades do período experimental, sob pena de assentar em razões alheias e ilegítimas (v.g. discriminação de uma trabalhadora por se encontrar em estado de gravidez).

¹² Reflexo do princípio da liberdade de trabalho, resultante do artigo 47.º da CRP.

¹³ Sobre esta ordem de razões referentes ao sistema de cessação *vd.*, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 488.

Consequentemente, “o facto de as partes se encontrarem em posições substancialmente distintas durante a vigência do contrato de trabalho após o esgotamento do período experimental”¹⁴ leva-nos a concluir que esta brecha no regime de livre denúncia abona a favor do empregador, dado ser a única oportunidade em que pode, sem invocar uma causa justificativa, denunciar o respetivo vínculo laboral, assistindo-se a uma certa facilitação da extinção desta relação apenas durante este período.

Reconhecendo o impacto exacerbado que o trabalho apresenta para o indivíduo, de forma a este conseguir alcançar a plenitude enquanto pessoa, denotando importantes repercussões ao longo da sua vida, “a conservação do emprego representa, para o trabalhador, um bem maior”¹⁵. Portanto, esta precarização do vínculo para o trabalhador¹⁶ patenteia um maior desafio à sua estabilidade; aliás, é sob a cabeça deste que recai misticamente a espada de Dâmocles, preparada para o atingir, sem motivo nem aviso, no seu momento de maior vulnerabilidade, deixando-o sem qualquer tipo de compensação de índole económica.

Não obstante, é justamente a rigidez da matéria de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador que leva a que parte da doutrina a aponte como *raison d’être* do período experimental, fazendo tanto mais sentido, quão mais restritivo for

¹⁴ ROUXINOL, Milena, “O período experimental” in AMADO, João Leal, *et alii*, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, 2019, Almedina, Coimbra, p. 286.

¹⁵ *Idem*, p. 287.

¹⁶ Em defesa desta pronunciada precarização, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “A Lei n.º 93/2019, de 4/09, e o alargamento do período experimental”, *Questões Laborais*, n.º 55, 2020, p. 65.

esse regime¹⁷, enquanto uma espécie de moeda de troca dada ao empregador pela garantia de estabilidade no emprego. Com esta liberalização, este sagra-se como uma forma de mitigar os riscos empresariais por parte do empregador, constituindo-se um instrumento de política de emprego por parte do legislador.

Relativamente à premissa estabelecida no artigo 111.º, n.º 2, na qual se estipula que neste período as partes devem comportar-se visando garantir o seu interesse na manutenção desta relação jurídica – pois apenas desta forma este instituto cumpre a sua função –, perfilhamos o entendimento de que vigora a existência de uma autonomia do dever de experiência¹⁸. Como aponta TATIANA GUERRA ALMEIDA, “a cessação da relação jurídica em causa há-de assentar num juízo negativo de adequação dos termos concretos de desenvolvimento de tal relação de trabalho [...] desta consideração resultaria, justamente, um dever de realização de experiência”¹⁹.

¹⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO defende que tal panorama restritivo do ordenamento jurídico português torna esta figura “extremamente útil para o empregador [...] como forma de fazer cessar o contrato de trabalho sem particulares condicionalismos. Em suma, desse ponto de vista, o período experimental tem funcionado como uma válvula de segurança do sistema de cessação do contrato de trabalho, para efeitos de facilitar a cessação precoce do negócio laboral”, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho – Situações Laborais Individuais*, Parte II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 224.

¹⁸ Em defesa da nossa posição, *vd.*, CORREIA, Pupo, *op. cit.*, pp. 214-215. A *contrario*, RAUL VENTURA argumentava que este direito autónomo de realizar a experiência, bem como o dever autónomo de a reivindicar, não existia, “mas simplesmente o direito de exigir a prestação de trabalho e a obrigação de prestar o trabalho”, VENTURA, Raul “O período de experiência no contrato de trabalho”, *O Direito*, n.º 4, 1961, p. 267. Contra a nossa posição, hodiernamente, *vd.*, FURTADO MARTINS, Pedro, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4.ª ed., Principia, Parede, 2019, pp. 625-626, em que o autor elenca diversas hipóteses, ainda antes do início da execução do trabalho, que podem levar uma das partes a perder o interesse na manutenção do vínculo.

¹⁹ ALMEIDA, Tatiana Guerra, *op. cit.*, p. 93.

Em consonância com este entendimento, caso ocorra uma denúncia sem a verdadeira possibilidade de demonstração das aptidões ou condições necessárias, a mesma deverá ser considerada ilícita²⁰. Igualmente, repercutirá efeitos ao nível da contagem²¹, conforme determinada no artigo 113.º do CT, valendo apenas aquando do início da sua verdadeira execução, que se deve assemelhar o mais possível àquela verificada no termo do período experimental.

Uma outra querela doutrinária sobre a qual importa indagar, embora atualmente ostente uma posição mais unânime, é a que diz respeito à natureza jurídica do período experimental²². Perante esta “floração doutrinária de extraordinário brilho”²³, defendemos estarmos diante de um único contrato de trabalho, cujo objeto contratual é justamente o mesmo, ao invés de se destacar como uma fase preliminar²⁴ do vínculo laboral. Tal enquadra-se, precisamente,

²⁰ De facto, tem sido este o raciocínio seguido pela jurisprudência. A título de exemplo, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05/02/2012, Proc. n.º 1114/09.7TTPRT. P1 (António José Ramo), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, “Se durante o período experimental de um contrato de trabalho não foi dada ao trabalhador a possibilidade de demonstrar as suas qualidades ou aptidões para o desempenho das funções para as quais foi contratado ou não tiver tido a oportunidade de efetuar a sua prestação, a cessação da relação laboral, por parte do empregador, no período experimental, constitui uma denúncia abusiva”.

²¹ Para um olhar mais atento sobre a contagem do período experimental, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “O período experimental...”, *cit.*, pp. 293-295.

²² Para uma análise detalhada atinente às várias teses em confronto, *vd.*, ALMEIDA, Tatiana Guerra, *op. cit.*, pp. 169 e ss.; GOMES, Júlio, “Do uso e abuso do período experimental”, *RDES*, n.º 3 e 4, 2001, pp. 271-274; MENEZES CORDEIRO, António, *op. cit.*, pp. 349-350

²³ CORREIA, Pupo, *op. cit.*, p. 284.

²⁴ A *contrário* da nossa posição, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER considera que apenas com o decorrer do tempo é que as partes concretizam plenamente a sua convicção de se vincularem numa relação jurídica, pelo que o período experimental não tem que se revestir, necessariamente, como o início da execução do contrato de trabalho, sendo uma figura distinta desta última. Aliás, é durante o período experimental que “se apura a situação contratual, através da vivência e muitas vezes se torna afinal eficaz o mecanismo de definição do objeto da prestação do trabalho [...] A vontade contratual, como se disse, não se exprime

como a primeira fase do seu ciclo vital. Na realidade, não estamos na presença de uma fase de cuidados pré-natais a este contrato, uma vez que a sua execução foi já encetada. Face ao exposto, podemos concluir que não se averigua esta figura como uma mera vontade de apurar interesses com o intuito da formação de uma vontade apta a produzir efeitos jurídicos, mas antes a consolidação de uma vontade precedente²⁵.

Não obstante as suas finalidades, o período experimental, conforme enuncia o 111.º, n.º 3, do CT, ao abrigo da liberdade contratual, pode ser excluído por acordo escrito entre as partes, mas já não o poderá ser feito por IRCT. Por esta última via apenas poderá ocorrer uma redução do seu período, faculdade que também poderá ser operada mediante contrato de trabalho (artigo 112.º, n.º 5)²⁶. Importa salientar que estas normas são relativamente imperativas, uma vez que as fontes supramencionadas não podem aumentar a sua duração²⁷.

apenas e definitivamente num momento alfa em que é constituída a relação de trabalho, mas desenvolve-se num procedimento experiencial, até esta ficar firme”, LOBO XAVIER, Bernardo da Gama, *et. alii.*, *Manual de Direito do Trabalho*, 3.ª ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2018, pp. 662-663.

²⁵ Em sintonia com a nossa compreensão, *vd.*, FALCÃO David/ TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 73; MENEZES LEITÃO, Luís, *op. cit.*, p. 271; RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *op. cit.*, pp. 272-273.

²⁶ “Em caso de inobservância da forma legal e porque estamos perante uma formalidade *ad substantiam*, o acordo de exclusão é inválido, continuando o contrato de trabalho a estar submetido ao período experimental previsto na lei”, FURTADO MARTINS, Pedro, *op. cit.*, pp. 631-632.

²⁷ Assim, *vd.*, MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 490; MONTEIRO, Luís Miguel, “Anotação ao artigo 112.º”, in *Código do Trabalho Anotado*, 13.ª ed. Almedina, Coimbra, 2020, p. 292.

Por último, na generalidade,²⁸, o mesmo não carece de qualquer previsão específica para que se originem os seus efeitos. Em sintonia com o descrito, defendemos que se trata de um elemento natural²⁹ do negócio jurídico³⁰.

2.2. A bússola do Período Experimental – a duração enquanto norteadora da precarização

Nesta fase inicial da execução do contrato de trabalho, a possibilidade de livre denúncia reconhecida a ambas as partes promove, como já vincado, um período de elevada precariedade para o trabalhador³¹. O trabalhador não detém qualquer tipo de

²⁸ Salvo no concernente aos contratos em comissão de serviço, caso em que o artigo 112.º, n.º 3, do CT, estipula que o período experimental depende de menção expressa, compreende-se este carácter accidental devido ao regime de cessação de comissão de serviço (artigo 163.º), que se apresenta mais flexível. Sem prejuízo, consideramos que será ilícito o período de prova nos casos de comissão de serviço interna, nas circunstâncias em que esse trabalhador já tenha esgotado um primeiro período experimental. Sobre esta questão, *vd.*, GOMES, Maria Irene, “Calcorreando o período experimental ou período de prova”, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais – Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 361-365.

²⁹ Não obstante, partilhamos a opinião de que, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, o período experimental se compatibilizaria de forma mais adequada com a realidade jurídico-constitucional se, ao invés de se brotar enquanto elemento natural do negócio jurídico, resultasse de disposição negocial, ou de IRCT. Neste sentido, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “A Lei n.º 93/2009...” *cit.*, p. 66.

³⁰ Deste modo, *vd.*, GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, pp. 486-487.

³¹ Partilhando o entendimento de GLÓRIA REBELO sobre a definição de precariedade laboral, esta consiste na “atividade humana de carácter provisório ou não duradouro, consistindo no exercício de uma função heterónoma ou na prestação de um serviço autónomo (trabalho independente), com utilidade social e valor económico, cuja estabilidade de contra condicionada quer por fatores objetivos de trabalho (v.g., dimensão e/ou robustez financeira da empresa), quer por fatores subjetivos (v.g., formas de contratação não duradouras e/ou impostas por ausência de alternativa no mercado de trabalho, como o subemprego)”, REBELO, Glória, “O contrato de trabalho a termo e o Contrato de Trabalho

estabilidade no emprego, estando sujeito, a cada dia do período experimental, a perdê-lo sem qualquer anúncio prévio. Metaforicamente, o empregador, nesta fase, assume um papel de bonecreiro dos seus trabalhadores, podendo lhes dar o uso necessário, e, de igual forma, exercer a sua aparente faculdade de os dispensar à sua mercê.

Quanto aos imperativos de cariz constitucional, importa inquirir sobre a compatibilidade do período experimental com estes, devido ao conflito iminente com o princípio da segurança no emprego (artigo 53.º da CRP). Ainda que não consideremos a figura em si mesma como inconstitucional, “é inegável que se encontra colocada no limiar da inconstitucionalidade”.³² De facto, não nos podemos olvidar de que este normativo no “seu âmbito de proteção abrange todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho”³³, já que na sua vertente negativa vigora um direito à não privação de emprego.

Face ao aludido, neste panorama temos de considerar a duração deste período como a bússola que norteia a sua legitimidade³⁴. Por esse motivo, não podendo tal incerteza apresentar um cariz *ad*

Intermitente — alterações ao Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/III, n.º 79, 2019, pp. 613-614.

³² AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 171.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada — Volume I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 711.

³⁴ Neste sentido, “a questão da duração do período experimental surge, a todas as luzes, como questão regimental verdadeiramente nuclear, como autêntica trave-mestra deste instituto”, AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 172.

*aeternum*³⁵, deverá o legislador ordinário impor uma duração máxima ao período experimental e disciplinar o mesmo³⁶.

Portanto, o *quantum* do período experimental deverá encontrar a sua justificação cumprindo as regras do princípio da proporcionalidade na sua tripla dimensão, uma vez que este é a pedra de toque do ordenamento jurídico que possibilita as restrições legais aos Diretos, Liberdades e Garantias. Partilhando o entendimento de JOÃO LEAL AMADO, acreditamos que a sua duração deverá ser o “estritamente necessário para verificar se o trabalhador possui ou não as qualidades requeridas para o desempenho do cargo para o qual foi contratado; durante esse período e apenas durante esse período”³⁷, pois este é a verdadeira bitola para o cumprimento da sua função, não devendo ser defraudado em detrimento de outros fins.

A problemática já foi escrutinada pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização preventiva, no referente à conformidade do alargamento do período experimental de noventa para cento e oitenta dias aplicável à generalidade dos trabalhadores que exercessem trabalho indiferenciado, em contraponto com os cânones da CRP. Deste modo, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de 23/12/2008 (Conselheira Maria Lúcia Amaral), o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade dessa norma, desde logo por não passar o crivo do teste da proporcionalidade, não

³⁵ A sua limitação temporal deverá ocorrer «para que a finalidade de experimentação não seja subvertida, permitindo a realização de fins alheios à sua admissibilidade legal», GOMES, Maria Irene, *op. cit.*, p. 358.

³⁶ Adotando este entendimento, *vd.*, CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República...*, *cit.*, pp. 711-712.

³⁷ AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 172.

se compatibilizando com a sua dimensão da necessidade, traduzindo-se numa restrição desproporcionada do direito fundamental à segurança no emprego, logo violando o desiderato constitucional presente nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da CRP.

Como descrito no seu aresto, defendem que o período experimental representa uma “via de respiração”³⁸ necessária no ordenamento jurídico-laboral, não merecendo, portanto, a figura em si ser alvo de censura constitucional, mas ressalvando que tal período não poderia deixar de apresentar uma duração máxima imposta pela lei, não podendo o seu prolongamento desvirtuar os valores constitucionalmente consagrados.

Na aplicação do princípio da proporcionalidade, uma espécie de peso e contrapeso dos direitos fundamentais, cumpre apenas recordar que, porquanto envolvida a restrição a um direito fundamental, a duração do período experimental deverá ser adequada, necessária e não excessiva em face dos danos potencialmente causados por este regime de livre denúncia ao trabalhador.

Na primeira das etapas, o Tribunal Constitucional aprovou a idoneidade da medida legislativa para a realização do seu fim. Não obstante, na segunda avaliação, reprovou-a na exigibilidade. Para além de aumentar em dobro o período desses trabalhadores, fazem-no coincidir com o tempo de prova dos trabalhadores qualificado, razões empíricas levaram a determinar a sua desnecessidade, com base na lógica de que o exercício de prestações de carácter de menor

³⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de 23/12, (Conselheira Maria Lúcia Amaral), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

habilitação necessária de menor tempo de avaliação, não sendo essencial o seu alargamento para proteger qualquer interesse das entidades empregadoras. Para além disso, esta tipologia de trabalhadores assume-se como um coletivo daqueles

mais carentes da proteção do Direito, por serem também eles — pela sua «fungibilidade» — os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade no emprego. Assim, qualquer medida que lhes seja destinada, e que opera no sentido do aumento da precariedade da sua situação laboral, não poderá deixar de se traduzir numa «compressão» do bem jurídico pelo artigo 53.º da Constituição.³⁹

Seguindo de perto o entendimento desta decisão unânime do Tribunal Constitucional⁴⁰, a mesma destaca que, à luz da Lei Fundamental, a estipulação da duração máxima do período experimental não poderá ser uma tomada de decisão discricionária, encoberta em políticas aparentemente promissoras de emprego e de flexibilização laboral. Este acórdão é pertinente para a análise do

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Conquanto, em prévia apreciação do Tribunal Constitucional em matéria do período experimental, já apresentamos uma diferente visão. Quanto ao DL n.º 403/91, de 16/10 que previa um tempo de prova de 60 dias para a generalidade dos trabalhadores, mas de noventa dias, se a empresa tivesse menos do que vinte trabalhadores, o Tribunal Constitucional escrutinou esta medida legislativa tendo pronunciado, no acórdão n.º 64/91, de 4/91, pela sua legitimidade, não violando o direito dos trabalhadores à segurança no emprego, nem o princípio da igualdade. Porém, ainda que apresentemos algumas reticências sobre a sua tensão com o artigo 53.º CRP (não serão sessenta dias satisfatórios para as partes apreciarem o seu interesse de manutenção do vínculo laboral, aquando do exercício de tarefas indiferenciadas?), cremos que essa destrinça, apesar de já não se encontrar vigor, não apresentava suficiente fundamentação em termos materiais, quando perspetivada no âmbito do artigo 13.º — não será, precisamente, numa empresa de menor dimensão, mais rápido e fácil, o empregador avaliar as aptidões do trabalho?

novo alargamento presente na Lei n.º 93/2019, de 4/09, embora, desta vez estejamos perante uma outra tipologia de trabalhadores, com um recorte subjetivo mais restritivo, o que levou a uma posição distinta por parte do Tribunal Constitucional no recente Acórdão n.º 318/2021, de 18/05, como nos focaremos mais detalhadamente de seguida.

Sendo certo que os direitos fundamentais se movem hoje numa *arena global*⁴¹, o direito da União Europeia apresenta importantes ressonâncias nesta figura; numa primeira linha, devemos ter em consideração o artigo 31.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que consagra que todos os trabalhadores devem ter condições de trabalho dignas; o Pilar Europeu dos Direitos Sociais estipula no artigo 5.º que a duração do período deverá ser razoável; a Diretiva n.º 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu (com o prazo de transposição até 1 de agosto de 2022), relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na UE, fixa que o período experimental deverá apresentar uma duração máxima de seis meses, apesar da exceção prescrita no Considerando 28. Mais, determina que “qualquer entrada no mercado de trabalho ou transição para um novo posto não deverá ser sinónimo de insegurança prolongada” (Considerando 27).

No seguimento do exposto, defendemos que este cheque em branco passado às partes, mas favorecendo primordialmente o

⁴¹ O Comité Europeu dos Direitos Sociais determinou, no seguimento de uma reclamação (n.º 65/2011, contra a Grécia), que um período experimental de duração de um ano violava o artigo 4.º, parágrafo 4, da CSE, por não providenciar um prazo razoável de pré-aviso no caso de cessação do emprego. Esta decisão teve repercussões na desaplicação de uma norma similar em Espanha. Sobre esta jurisprudência, ROUXINOL, Milena, “O período experimental...” *cit.*, p. 287.

empregador, necessita de fortes limites ao seu regime, sendo a duração o elemento a que incube uma maior ponderação ao legislador, de forma a não perpetuar a vulnerabilidade do vínculo precário e instável do trabalhador. Para tal, este precisará de ser reconduzido meramente ao intervalo necessário para o cumprimento da sua principal função — reiteramos, mutuamente aquilatar as suas condições e aptidões, visando a manutenção (ou não) do interesse no respetivo vínculo laboral.

Se o período experimental surgiu como a permuta necessária para aliviar o empregador que se vê confrontado com um restrito regime de cessação, a verdade é que, numa época em que a *flexissegurança* (sendo a flexibilidade o seu predominante enfoque) penetrou e se enraizou no ordenamento jurídico, assistiu-se ao surgimento de novas formas de cessação (v.g. despedimento por inadaptação), ao exponencial crescimento de modalidades (mais precárias) do contrato de trabalho, conduzindo a uma nova realidade na qual o trabalho por tempo indeterminado já mais não é a estrela polar que guia o mundo laboral.

3. As alterações da Lei n.º 93/2019, de 04/09: o alargamento da duração do período experimental

3.1. Considerações sobre a nova tipologia: a indeterminação dos conceitos

Na realidade portuguesa, a duração do período experimental encontra a sua delimitação, fundamentalmente, no artigo 112.º, n.ºs

1 e 2, do CT. Previamente à entrada da recente reforma laboral, tal duração variava em torno de dois fatores: conforme o tipo de contrato em causa e, em certa medida, do grau de complexidade da função exercida pelo trabalhador.

Em relação ao segundo critério, em contratos por tempo indeterminado, esta figura apresentava uma duração de 90 dias para a generalidade dos trabalhadores⁴²; 180 dias caso o trabalho fosse alvo de elevada complexidade técnica, pressuponha um elevado grau de responsabilidade ou para o qual fosse necessária especial qualificação e ainda no exercício de funções de confiança; e, por fim, 240 dias para pessoal de direção ou quadro superior⁴³.

Já a natureza do vínculo laboral perspectivava que, caso o contrato a termo fosse inferior a seis meses, o período experimental não poderia ultrapassar os 15 dias e, na circunstância deste contrato ter uma duração que igualasse ou superasse os 6 meses, este seria de 30 dias.

Apesar de tal enquadramento não se ter alterado com a entrada em vigor da Lei n.º 93/2019, de 4/19, a mesma introduziu uma nova tipologia que viu alargar a sua duração. Em caso de contrato de trabalho por tempo indeterminado, na circunstância de exercício de funções comuns, os trabalhadores à procura de primeiro emprego e

⁴² JOÃO LEAL AMADO apresenta dúvidas sobre a admissibilidade de um período experimental de 90 dias para estes trabalhadores indiferenciados; “Já algo duvidoso se mostra, a meu ver, o período de 90 dias estabelecido no CT. Três meses sem estabilidade no emprego, sem proteção face a um despedimento discricionário e imotivado, a pretexto de avaliar o desempenho profissional de um trabalhador indiferenciado? Parece excessivo.”, AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 173.

⁴³ Para um panorama geral sobre a concretização destes conceitos indeterminados, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “O período experimental...” *cit.*, pp. 289; MONTEIRO, Luís Miguel, *op. cit.*, pp. 288-289.

desempregados de longa duração, por apenas serem catalogados neste grupo, vislumbraram o alargamento do seu período experimental de 90 (período que englobava todos os trabalhadores prestadores de funções ordinárias) para 180 dias (artigo 112.º, n.º 1, b), *iii*).

Resultado do acordo em concertação social, esta medida legislativa deve ser escrutinada de forma interligada com outra que fora operada na mesma reforma laboral: a revogação do 140.º, n.º 4, alínea b), do CT, conforme escrito pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, que previa esta precisa categorização como fundamento autónomo justificativo para a contratação a termo — como aponta MILENA ROUXINOL, esta alteração apresenta-se “como o (re)verso da medalha face ao mencionado alargamento do período experimental para aquelas categorias de trabalhadores”⁴⁴. Tal medida assenta numa razão de índole político-legislativa. Em boa verdade, “em nome da segurança no emprego e combate à precariedade, abre uma janela (de oportunidade) de uma livre denúncia por parte do empregador”⁴⁵ — mas atrevemo-nos a ir mais longe; em sintonia com JOÃO LEAL AMADO, o legislador pode ter fechado uma porta à precariedade, mas abriu-lhe uma grande janela com vista para o longo e profundo mar da incerteza e instabilidade.⁴⁶

Antes de tecer ao pormenor as nossas considerações sobre o oximoro manifestado na Projeto-lei n.º 136/XIII, é de elevada pertinência comparar a perspetiva doutrinal e jurisprudencial sobre

⁴⁴ ROUXINOL, Milena, “A Lei n.º 93/2009...” *cit.*, p. 69.

⁴⁵ QUINTAS, Paula/QUINTAS, Hélder, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 234.

⁴⁶ AMADO, João Leal, *op. cit.*, p. 174.

o preenchimento destes conceitos indeterminados, a propósito dos quais comenta JOÃO REIS que o “regime é obscuro [uma vez que] a lei não define o que é um trabalhador à procura de primeiro emprego nem um desempregado de longa duração”⁴⁷.

Face à lacuna do legislador laboral que nunca determinou estes conceitos na sistemática do CT, nem o fez agora para efeitos de aplicação da nova norma⁴⁸, somos obrigados a recorrer a definições apontadas em legislação distinta, especialmente direccionadas para uma perspectiva de promoção de emprego através de apoios de cariz financeiro e o pagamento total ou parcial de contribuições para a Segurança Social, que visam a contratação destes trabalhadores por tempo indeterminado.

Hodiernamente, esta legislação resplandece no Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21/06 (complementado pela Portaria n.º 112-A/2019, de 12/04 e a Portaria n.º 34/2017, de 18/01, alterada pela Portaria n.º 95/2019, de 29/03). Como não se poderia deixar de antever, esta hermética conceptualização já gerara um intenso celeuma entre a doutrina e a jurisprudência aquando da promulgação destas categorias como causas justificativas em si do contrato a termo.

Em relação aos trabalhadores à procura de primeiro emprego, que na verdade são mencionados como jovens à procura de primeiro emprego neste Decreto-Lei (artigo 4.º, alínea a)), a jurisprudência

⁴⁷ REIS, João, “Reforma de 2019: algumas observações”, *Questões Laborais*, n.º 55, 2020, p. 34.

⁴⁸ Como reflete PAULA QUINTAS “igualmente se repudia a oportunidade perdida de introdução no articulado do Código do Trabalho, dos conceitos indicados, facto que não só não entendemos, como lamentamos”, QUINTAS, Paula, “Súmula do entendimento jurisprudencial dos conceitos *trabalhador à procura de primeiro emprego e desempregado de longa (ou muita longa) duração*”, *Prontuário do Direito do Trabalho*, Vol. I, 2020, p. 368.

não tem transposto para a esfera laboral o requisito etário (que é determinado como *as pessoas com idade até aos 30 anos*). O entendimento jurisprudencial determina que se enquadra nesta categoria todo aquele que nunca celebrou um contrato de trabalho por tempo indeterminado⁴⁹.

A respetiva interpretação não apenas criou no âmbito da contratação a termo⁵⁰ casos de precarização, como também lidera um caminho que desemboca numa grande abrangência de trabalhadores neste alargamento do período experimental, apesar da atenuante desenvolvida pelo Acórdão n.º 318/2021, do Tribunal Constitucional, em determinar que trabalhadores que anteriormente tenham realizado contratos a termo por um período igual ou superior a 90 dias com outros empregadores, não poderão ser incluídos no preenchimento do conceito de trabalhadores que estejam à procura do primeiro emprego.

Cientes de que a premissa e objetivos do Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21/06 não visam a estabilidade do trabalhador, mas antes apoiam a sua contratação, o que apresenta uma situação

⁴⁹ Fazendo-se valer à época de outros Decretos-Lei (DL n.º 257/86, de 27/08, DL n.º 89/95, DL n.º 34/96, de 18/04), o Supremo Tribunal de Justiça determinará esta interpretação em diversos acórdãos. *Vd.*, a título de exemplo, «trabalhador à procura de primeiro emprego é aquele que nunca foi contratado por tempo indeterminado» (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07/12/2005); mais neste sentido — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2007 (Sousa Grandão). A maioria dos tribunais inferiores têm seguido a mesma orientação: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/10/2012 (Paula Maria Roberto), Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 18/04/2013 (José Feteira), entre outros. *Vd.*, o enunciado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.04.2004 (Ferreira da Costa), «considera-se trabalhador à procura de primeiro emprego aquele que, independentemente da idade, nunca exerceu atividade por conta de outrem por tempo indeterminado».

⁵⁰ Sobre estas questões, *vd.*, NUNES VICENTE, Joana, “A Lei n.º 93/2019, de 4/9 e a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo”, *Questões Laborais*, n.º 55, 2020, pp. 114-115.

jurídica bem distinta, não deixamos de compreender um entendimento oposto daquele seguido pela maioria da jurisprudência. Esta situação pode levar a realidades hiperbolizadas (mas reais) de que um trabalhador que tenha trabalhado por conta própria seja sempre considerado trabalhador à procura de primeiro emprego⁵¹. Não nos parece que esta interpretação apresente sentido na dimensão do alargamento do período experimental, cuja função é testar as suas aptidões no exercício das suas funções; mesmo que considerássemos que o empregador necessitaria de mais tempo para analisar uma pessoa com pouca ou nenhuma experiência profissional para o exercício de um trabalho indiferenciado, o problema desta conceção é que pode englobar no todo um elevado número de trabalhadores que contam já com uma extensa prática profissional (v.g. trabalhadores a recibos verdes, bolseiros de investigação, entre outros).

Todavia, convém salientar que certas (ainda que escassas) decisões de tribunais apontam numa direção que nos parece mais sustentável, como por exemplo, a elencada pelo Tribunal de Relação

⁵¹ Sobre os perigos desta interpretação surgiram importantes conclusões em Declarações de Voto ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, de 22/09/2010. *Vd.*, em termos ilustrativos, a posição do Conselheiro CARLOS CADILHA, «como sustenta a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça, conduz na prática a uma situação de precarização extrema, permitindo que trabalhadores que tenham permanecido em regime de contrato a termo durante uma grande parte da sua vida ativa continue a ser considerados, para os efeitos previstos naquela disposição, como trabalhadores à procura do primeiro emprego. Nesse plano, a solução legal envolve uma violação do direito à segurança no emprego, constitucionalmente consagrado (artigo 53.º da CRP), na medida em que se entenda que o respetivo âmbito de proteção abrange, não apenas o direito a não ser despedido sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, mas também todas as situações que se traduzam em injustificada precariedade da relação de trabalho (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, p. 711)».

de Lisboa, no seu acórdão de 2/06/2004 (Maria João Romba), que determinava que, para o preenchimento deste conceito, deveriam ser considerados aqueles que tivessem exercido atividade profissional subordinada ou autónoma por um período, seguido ou interpolado, superior a seis meses.

Relativamente ao desempregado de longa duração, o respetivo Decreto-Lei (artigo 4.º, alínea b)) e a orientação jurisprudencial apontam que é aquele que, estando inscrito em centro de emprego, está desempregado há mais de um ano⁵².

Não nos parece que seja adequada a interpretação com base em normas que visam uma maior abrangência, por precisamente a sua razão de ser pretender abarcar um maior número de trabalhadores, dado resultar em seu benefício, quando *in casu*, pela natureza vulnerável do período experimental, estamos perante uma restrição da segurança no emprego, que promove a sua precariedade. Uma norma que visa a abrangência em benefício dos trabalhadores não poderá ser aplicada em situações nas quais essa aceção prejudica notavelmente os mesmos⁵³.

A presente moeda de troca que analisamos⁵⁴ surgiu, conforme enunciado pela Proposta de Lei n.º 136/XIII, com o intuito de

⁵² Quanto às flutuações destas noções, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “A Lei n.º 93/2009...” *cit.*, p. 73.

⁵³ Nesta perspetiva, em esteira com o defendido por JOÃO REIS, «Não se pode aplicar uma noção ou categoria jurídica fora da razão que a inspira[...] Uma interpretação jurídica destas não tem conforto legal, é constitucionalmente inimiga da segurança no sempre, e não parece ser eticamente sustentável», *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ Importa só mencionar que a presente reforma legislativa introduziu no 140.º, n.º 4, alínea b), do CT um novo conceito como causa de admissibilidade do contrato a termo: o desempregado de muito longa duração. Mais uma vez, o legislador não definiu este conceito na esfera laboral, pelo que, uma vez mais deveremos atender ao Decreto-Lei n.º 72/2017, de 21/06, que considera que este

promover a contratação sem termo de trabalhadores à procura de primeiro emprego e de desempregados de longa duração e estimular a sua inserção no mercado de trabalho de forma mais estável do que a que resultaria da sua contratação em regime de contrato de trabalho a termo.

Em contraponto com o regime anterior, a verdade é que, de certa forma, a contratação a termo pelo menos determinava uma maior certeza e estabilidade: sabia-se a sua índole de duração desde o início, a estipulação do número máximo de renovações, o mecanismo da conversão *ope legis* nos casos de uso abusivo desta modalidade contratual, a existência de aviso prévio, a existência de compensação por caducidade do contrato⁵⁵, enfim, uma

é o “desempregado com 45 anos de idade ou mais que, à data do contrato, esteja disponível para o trabalho e inscrito no Centro de Emprego há 25 meses.” — cremos, porém, que uma vez mais, a jurisprudência tomará em consideração o elemento etário dessa definição. Contudo, apresentamos esta nova norma uma vez que, apesar de o legislador não ter mencionado expressamente o conceito de desempregado de muito longa duração no âmbito do período experimental, com base no *ratio* da norma, cremos que estes estão, naturalmente, enquadrados nos desempregados de longa duração para efeito de 180 dias de período experimental. Desta forma, estes trabalhadores são alvo de uma dupla precarização que se revelará danosa na sua estabilidade: tanto podem enfrentar um longo período experimental num contrato celebrado por tempo indeterminado, como podem, por mera causa automática de se integrarem nesse conceito, serem causa justificativa para celebrar um contrato de trabalho a termo.

⁵⁵ Em matéria de compensação no caso de caducidade de contratação a termo importa mencionar que a Lei n.º 93/2019, de 4 de setembro, introduziu uma nova redação ao artigo 344.º, n.º 2, do CT, que prevê, “em caso de caducidade do contrato de trabalho a termo certo por verificação do seu termo, o trabalhador direito a compensação [...] salvo se a caducidade decorrer de declaração do trabalhador”, ao invés da redação originária de 2019, que determinava tal compensação apenas “em caso de caducidade do contrato de trabalho a termo decorrente de declaração do empregador”. Perante esta última enunciação era possível, através de uma interpretação literal, retirar a conclusão de que a respetiva compensação pecuniária era devida apenas nos casos nos quais a comunicação de caducidade fosse declarada pelo empregador e que a mesma não teria lugar se fosse efetuada pelo empregador. De facto, essa redação da lei

regulamentação mais vasta. No caso do período experimental, ainda que este no futuro possa vir a dar lugar um contrato mais estável, por ser por tempo indeterminado, a verdade é que submetemos esses trabalhadores a seis longos meses em que (praticamente) tudo é permitido para a cessação do vínculo laboral que os une a qualquer momento.

Foi ainda apontado que o uso do contrato a prazo se possa vir a revelar, por diversas vezes, como um “falso período experimental”, panorama que seria urgente solucionar. Não obstante, parece-nos que o diametralmente oposto é que poderá vir a ocorrer e de forma mais nefasta para os trabalhadores, isto é, um período experimental disfarçado de contrato a termo⁵⁶. Para mais, num momento de breve reflexão sobre a atualidade, esta norma foi introduzida numa época que se viria a deslumbrar de ênfase da precariedade para o trabalhador, devido à atual situação pandémica. Decerto, muitos foram aqueles que com o augúrio da estabilidade se viram (e verão)

levantava dúvidas se haveria direito a compensação na circunstância particular do evento em que as partes tivessem inserido no contrato a termo uma cláusula de caducidade automática (cfr. artigo 149.º, n.º 1, do CT). Todavia, a nova redação dissipou as dúvidas declaradas, desde logo pelo teor literal da norma, que pressupõe que apenas não haverá direito a compensação quando a caducidade decorra de declaração do trabalhador. Portanto, no caso de cláusula automática de não renovação, a respetiva caducidade deriva da vontade declarada pelas duas partes — uma solução que apresenta uma maior segurança jurídica para estes trabalhadores.

⁵⁶ Neste sentido, seguimos de perto, ainda que noutro contexto, a reflexão de CLÁUDIA VAZ PÓVOA, «o legislador traria para o mundo laboral o risco de uma maior precariedade da relação laboral, permitindo assim aos empregadores contratarem sem termo por períodos de 180 dias, sem necessidade de recurso ao contrato a termo, para o qual não teriam à partida justificação em termos de necessidade temporária e sem necessidade de justificação da cessação contratual, por ocorrência na vigência do período experimental», VAZ PÓVOA, Cláudia, “A boa fé na formação do contrato de trabalho e o regime do período experimental” in *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 46.

sem qualquer vínculo laboral ao abrigo do regime de livre denúncia do período experimental.

3.2. A (des)conformidade constitucional do seu alargamento: análise do Acórdão n.º 318/2021

A 18 de maio de 2021, em sede de fiscalização abstrata, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a constitucionalidade de um conjunto de normas resultantes da reforma laboral operada pela Lei n.º 93/2019, de 04/09. Na matéria em apreço, determinou que se vislumbrava inconstitucional a norma que alargava o período experimental de trabalho indiferenciado para 180 dias no caso de trabalhadores à procura do primeiro emprego, quando estes já tenham sido anteriormente contratados, com termo, por outros empregadores por um período igual ou superior a 90 dias, com base numa argumentação assente no princípio da igualdade (cfr. artigo 13.º da CRP)⁵⁷; e declarou a não inconstitucionalidade da norma do 112.º, n.º 1, alínea b), subalínea iii), do CT, do mesmo alargamento em relação a desempregados de longa duração.

⁵⁷ “Vale isto, pois, pela existência de violação do princípio da igualdade, enquanto proibição do arbítrio, ao sujeitar esses trabalhadores ao mesmo período experimental alargado que se aplica aos trabalhadores sem qualquer experiência relativamente à atividade concretamente em causa, porque quanto aos 90 dias o *tertium comparationis* relevante já não é o conhecimento mútuo das partes no contexto de uma relação laboral, como nos primeiros 90 dias, mas a existência de um mínimo de experiência profissional respeitante a uma dada atividade. Desse ponto de vista, o tratamento igual das duas classes de sujeitos ou grupos sociais — trabalhadores inexperientes, por um lado, e trabalhadores com experiência, por outro — acaba por nos aparecer como arbitrária”, Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18/05/2021, n.º 318/2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

Se em relação à primeira posição apresentamos o nosso entendimento em linha com o Tribunal Constitucional, ainda que defendendo que a mesma peca pelo seu alcance reduzido, o mesmo já não podemos afirmar no referente à segunda decisão⁵⁸. De facto, como tem sido já explorado ao longo deste texto, consideramos que a medida de alargamento aplicada a estes dois casos específicos viola os princípios constitucionais⁵⁹ consagrados no artigo 53.º, 58.º e ainda no artigo 13.º, que prevê o princípio da igualdade, uma vez que as categorias *in casu* para o exercício das mesmas funções são alvo de um período experimental com o dobro da duração daquela aplicada aos demais.

Em primeiro lugar, antes de procedermos à nossa análise da aplicação do princípio da proporcionalidade neste caso em contraponto com a ponderação feita pelo Tribunal Constitucional, importa expor considerações gerais sobre o valor da segurança do emprego no ordenamento jurídico-constitucional.

O artigo 53.º beneficia do regime dos Direitos, Liberdades e Garantias e de aplicabilidade direta não só face às entidades públicas, como às entidades privadas, conforme estipulado no artigo 18.º, n.º 1. Como evidencia JORGE MIRANDA, “a garantia da segurança no emprego, à semelhança dos direitos fundamentais dos

⁵⁸ Desde já, destacamos que nos encontramos em plena sintonia com as Declarações de Voto do Juiz Conselheiro José João Abrantes e da Juíza Conselheira Mariana Canotilho.

⁵⁹ Na mesma ponderação que a nossa encontramos grande parte da doutrina. Não obstante, *a contrario*, LUÍS MIGUEL MONTEIRO entende que a razão de ser da medida e as suas consequências não violam de forma excessivamente restritiva o artigo 53.º, pelo que poderá ser concedido o beneplácito constitucional ao alargamento do período experimental. Para uma análise mais detalhada da sua argumentação, *vd., op. cit.*, pp. 285-288.

trabalhadores em geral, implica naturalmente a compressão, no domínio das relações laborais, da autonomia privada, da liberdade empresarial e de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁶⁰ Em clara articulação com o artigo 58.º, a verdade é que

nela está ainda incluída — e não pode deixar de estar — uma outra «estrutura subjetiva», que pode ser genericamente tida como um direito à possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve. Tal implica a necessária evitação, por parte do Estado em geral e do legislador em particular, de situações injustificadas de precariedade de emprego.⁶¹

Logo, no sentido deste artigo, não está unicamente consagrada a proibição de despedimentos ilícitos. Em bom rigor, como salienta a Juíza Conselheira Mariana Canotilho,

O Direito à segurança no emprego, plasmado no artigo 53.º, n.º 1, da Constituição [...] impõe-lhe [ao legislador] uma postura proactiva no sentido da proteção dos trabalhadores, estando, por isso, neste campo, fortemente limitada a sua margem de apreciação [...] De forma alguma é constitucionalmente admissível que o legislador ordinário desenhe políticas pública de “incentivo à contratação sem termo” à custa do direito fundamental à segurança no emprego, como se o direito ao trabalho (consagrado no artigo 58.º da CRP) pudesse ser

⁶⁰ MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, Constituição da República Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 501.

⁶¹ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 23/12/2008, n.º 632/2008, de 23/12, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

compreendido *em oposição* ao — e não *em associação com* —, o direito à segurança no emprego.⁶²

Conquanto, uma vez diante de uma situação de colisão, estas são resolvidas de acordo com a doutrina constitucional, através da aplicação do princípio da concordância prática. Trata-se de um método que impõe a ponderação dos bens jus-fundamentais em conflito no caso concreto, de forma a se evitar ao máximo o sacrifício de cada um deles, preservando assim a Constituição e respeitando-se um critério de proporcionalidade. Este exercício diversifica face às diferentes conjunturas, pois a forma como cada direito é afetado no que toca à sua intensidade ou modo é variável.

Nesta tarefa de harmonização de direitos, o sacrifício de cada um destes deve ser adequado e necessário, e a escolha pela forma final de harmonização deverá ser a que menos comprimir cada um dos valores constitucionais em questão (proporcionalidade em sentido estrito); ficam assim cumpridos os três requisitos do princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁶³, a restrição de um direito fundamental, para além de dever ser exigida para a salvaguarda de um outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido, deve ser apta para o efeito e limitar-se à medida necessária para alcançar esse objetivo. A restrição não deve aniquilar o direito em causa atingindo o seu conteúdo essencial, isto é, a sua utilidade constitucional.

⁶² Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18/05/2021, n.º 318/2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, *op. cit.*, pp. 388 e ss.

Mais, como observou o Conselheiro JOAQUIM SOARES RIBEIRO na sua declaração de voto ao já mencionado Acórdão n.º 388/2010, do Tribunal Constitucional,

admitimos que assim é [o facto de que mais vale um emprego precário do que nenhum emprego] no plano do cálculo pessoal de utilidades de cada trabalhador forçado a optar, dentro da alternativa descrita. Mas o utilitarismo das preferências individuais ou de um grupo social não pode servir de critério de valoração *normativa*, muito menos de um juízo de validade constitucional.⁶⁴

Por conseguinte, passemos à primeira avaliação, a adequação. Deveras, visando a plenitude do emprego e a integração destas categorias no mercado de trabalho e, consequentemente, uma diminuição do desemprego, o legislador terá de pensar, em nosso entendimento, nos efeitos indiretos de tal medida no sentido macro do mercado laboral. Como evidenciou JOAQUIM SOARES RIBEIRO, no respeitante à possibilidade de contratação a termo (contudo aplicando-se numa lógica *mutatis mutandis* ao alargamento do período experimental) destas duas categorias, ainda que esta pudesse levar à sua melhor absorção,

tudo o indica, em proporção significativa, não pelo aumento, mas por uma simples deslocação da oferta de trabalho [...] Não é realista pensar que a procura preferencial destes trabalhadores

⁶⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 13/10/2020, n.º 388/2010, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Sobre esta e outras considerações a ter em perspetiva, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “A Lei n.º 93/2009...” *cit.*, p. 77.

não tem reflexos numa menor procura dos restantes, a não serem tomadas outras medidas que nada têm a ver com a agora em apreciação⁶⁵.

Não obstante, não foi essa argumentação que foi conduzida pelo Tribunal Constitucional no seu recente acórdão,

Neste quadro terá de reconhecer-se que o objetivo de influenciar o comportamento dos empregadores na formação das suas opções de emprego, através de alguma ampliação do fator tempo no período inicial de aferição das características de quem se pretende contratar [...] expectavelmente apresentava (e continua a apresentar) aptidão para “puxar”, no acesso ao mercado laboral, trabalhadores à procura de primeiro emprego e desempregados de longa duração para a esfera da contratação sem termo, com impacto positivo na política de emprego pretendida implementar [...] Há razões consistentes para crer que a medida poderá incentivar, porventura moderadamente, a contratação num quadro mais estável de categorias de trabalhadores que têm experimentado maior dificuldade na inserção no mercado de trabalho⁶⁶.

Ademais, de forma sumária, o Tribunal Constitucional considerou que estas normas passavam com distinção o crivo do teste da

⁶⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 13/10/2020, n.º 388/2010, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18/05/2021, n.º 318/2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

necessidade, por entenderem não existirem soluções menos restritivas para visar o fim pretendido de maior integração destes grupos vulneráveis no mercado de trabalho e que tal se revela proporcional por reconhecerem que o *status quo* é melhor que a realidade anteriormente postulada, aquela de que estes trabalhadores se encontravam num círculo vicioso. Aliás, toda a sua argumentação baseia-se no facto de que o alargamento do período experimental assenta no «*empurrãozinho*» necessário para o estímulo económico e de maior possível estabilidade, com o fim de se atingir a contratação sem termo destes trabalhadores no sector laboral. Ou seja, a presente decisão acomoda uma premissa de “*precariedade construtiva*, da qual resultarão, alegadamente ganhos, quer para os próprios trabalhadores — cuja fragilidade, fundada nessa mesma precariedade, os tornará, parece, *mais empregáveis* —, quer para a sociedade em geral”⁶⁷.

Por conseguinte, a nosso ver, mesmo que considerássemos idónea a proposta, é de realçar que a delimitação dos sujeitos deverá ser rigorosa e precisará de se associar a uma (des)correspondência destes com os demais para que se admita um tratamento diferenciado.

Porém, precisamente neste ponto, como já explicado, existe uma imprecisão sobre a conceptualização destes dois grupos: se fosse expectável que um tratamento de aparente discriminação positiva levasse a uma compensação ou neutralização dos danos intrínsecos à sua condição, na realidade, este alargamento do período

⁶⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 18/05/2021, n.º 318/2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

experimental produz o efeito oposto — o da vulnerabilidade e fragilidade do vínculo do trabalhador. Nesta senda, não cremos que exista qualquer especificidade intrínseca a estes trabalhadores que demonstre que um período experimental com o dobro da duração para as mesmas funções (e indiferenciadas) seja legítimo, mormente quando é uma solução que castra a estabilidade no emprego, promovendo em escalada a precariedade. A alegada prematuridade ou “falta de treino” desses trabalhadores, ainda que pudesse levar à necessidade de um tempo mais longo de observação, nunca precisaria de um intervalo duplicado: um período de 180 dias é excessivo.

De facto, apesar da interpretação atenuante do Tribunal Constitucional em relação aos trabalhadores à procura do primeiro emprego, a verdade é que muitos outros profissionais que continuam a preencher este conceito indeterminado, apresentam uma longa experiência profissional, como é o caso, por exemplo, dos prestadores de serviços. Especialmente, o mesmo se pode entender em relação ao desempregado de longa duração, que apesar de estar (pelo menos há 12 meses) nessa circunstância, pode ter um prévio longo percurso profissional para o qual não necessite, em comparação com os seus pares, de um maior período probatório. Pense-se, por exemplo, na hipótese de um operário têxtil que trabalhou na área durante 20 anos junto de outro empregador e após o fim desse vínculo contratual ficou desempregado durante 14 meses. Quando novamente contratado por um novo empregador, ainda que novamente no sector têxtil, este profissional com uma vasta experiência, terá um período experimental com o dobro de

duração dos seus pares, mesmo que estes, por outras circunstâncias, estejam menos enraizados no mercado laboral (v.g. um trabalhador com experiência profissional de 1 ano e que esteve em condição de desemprego apenas 2 meses)⁶⁸.

Face ao exposto, consideramos que esta medida não se revela idónea ou adequada na persecução do seu objetivo, pelo que a restrição ao direito fundamental *in casu* não se revela legítima.

Ademais, atrevemo-nos a ir mais longe, ao determinar que tais normais vão contra os propósitos do elencado no artigo 6.º da Diretiva 2000/78/CE, do Conselho, de 27/11, isto é, defendemos que estamos perante uma discriminação indireta⁶⁹ face a esta dupla categorização. Ainda que a norma seja aparentemente neutra, entendemos que é produzida uma discriminação injustificada com fundamento na idade; apesar de a interpretação dos conceitos não tomar em consideração o cariz etário, dados empíricos mostram que a maioria dos trabalhadores à procura do primeiro emprego são jovens e, do outro lado da moeda, cerca de metade dos desempregados de longa duração em Portugal tem uma idade superior a 45 anos, pelo que, ainda que na esfera oposta, estas

⁶⁸ Inclusive uma situação deste tipo demonstra a incoerência da decisão do Tribunal Constitucional, se por um lado é inconstitucional aplicar um período experimental de 180 dias para trabalho indiferenciado, a um trabalhador que já tenha exercido pelo menos 90 dias de trabalho com vínculo jurídico-laboral a termo, por se considerar que este apresenta experiência suficiente, que não justifica a situação desigual junto dos seus pares; por outro, um trabalhador com 30 anos de experiência profissional, mas que se encontra desempregado há 12 meses e 2 dias, já terá um período experimental de 180 dias para trabalho indiferenciado.

⁶⁹ Para uma explicação mais detalhada da discriminação indireta, *vd.*, MESTRE, Bruno, *Direito Antidiscriminação – Uma perspetiva europeia e comparada*, Vida Económica, Porto, 2020, pp. 64 e ss. E sobre a discriminação em razão da idade, *vd.*, pp. 157 e ss.

categorias discriminam em função da idade⁷⁰, de pessoas mais jovens (no primeiro caso) e de pessoas com uma idade mais avançada na segunda hipótese. Além do mais, precisamente por essa sua condição etária, já se deparam com inúmeras dificuldades no acesso ao mercado de trabalho, mas que encontram agora um novo desafio à sua estabilidade. Apesar do objetivo, de que quando findar o período experimental este vínculo dará lugar a uma relação duradoura, a verdade é que não há certeza que tal possa vir a ocorrer, pelo que uma maior limitação do uso de uma forma de precariedade (modalidade de contrato de trabalho a termo) não poderá dar lugar a outra. Como referido no ponto anterior, a verdade é que o regime do período experimental, pelas suas características, se reveste de uma maior desproteção quando comparado com o regime da contratação a termo.

Por fim, cremos que esta não é a medida que menos fere a segurança no emprego, de forma a salvaguardar a liberdade empresarial, e aquela que confere aos trabalhadores a sua estável inserção no mercado de trabalho. Como afirmava a Conselheira CATARINA SARMENTO E CASTRO, em declaração de voto no Acórdão n.º 388/2010, aplicando o mesmo raciocínio a esta nova circunstância,

estas constituem medidas de política de emprego que poderiam ser substituídas por outras menos gravosas. Também não creio que colham razões como as do incentivo ao primeiro emprego, quando é possível encontrar outras formas menos onerosas de o

⁷⁰ PALMA RAMALHO considera que no caso dos desempregados de longa duração existe uma discriminação direta com base na situação económica mais desfavorecida que apresenta, *vd.*, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *op. cit.*, p. 216.

fazer. É, até, paradoxal que para se incentivar o emprego dos que se encontram nesta situação, se opte por deixá-los mais vulneráveis ao procurar protegê-los.⁷¹

Tendo em conta o argumentado, defendemos que este alargamento é desproporcional, desde logo, por apresentar uma adequação insólita, uma fraca indispensabilidade e por não ser a medida que menos lesa os corolários constitucionais. A procura por uma menor precariedade não poderá ser alcançada com base numa premissa que poderá aumentá-la ainda mais. De certo modo, metaforicamente, a esta categoria de trabalhadores é aplicado o mesmo castigo que a *Sísifo* – tal como este carregava a pedra até ao cume da montanha e esta caía, estes trabalhadores, quando perto de conseguirem atingir estabilidade, deparam-se com uma nova medida que a pode retirar a qualquer momento⁷².

4. O Abuso de Direito e o Período Experimental: os casos de conversão *ope legis* do contrato a termo

Face ao exposto inicialmente, propomo-nos neste seguimento, tendo em consideração a jurisprudência contraditória entre si, analisar uma questão controversa respeitante a esta matéria: em

⁷¹ Acórdão do Tribunal Constitucional, de 13/10/2020, n.º 388/2010, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁷² Apresentando uma atitude similar à nossa sobre a decisão do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021, *vd.* AMADO, JOÃO LEAL/ROUXINOL, MILENA, “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela Lei n.º 93/2019 – um olhar sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2021, n.º 4030, pp. 29-53.

casos de conversão *ope legis* do contrato a termo certo em contratos de trabalho por tempo indeterminado, deverá a duração do período experimental ser alargada? Antecipamos desde já a nossa resposta, que entendemos que deverá ser negativa, consubstanciando esta prática numa situação de abuso de direito.

Para tal exposição temática, teceremos as nossas considerações à luz de um recente acórdão do Tribunal da Relação do Porto, o acórdão de 03-06-2019 (Jerónimo Freitas)⁷³. Em primeiro lugar, apresentaremos breves nótulas sobre o abuso de direito e a sua articulação com o período experimental, assim como os desenvolvimentos jurisprudenciais neste sentido. De seguida, de forma sintética exporemos os factos deste acórdão e a decisão do Tribunal (contrária à nossa posição), procurando, num terceiro momento, apresentar a nossa opinião crítica em relação ao caso em apreço.

4.1. A flutuação jurisprudencial relativa à conversão do contrato a termo

Em primeiro lugar, importa avançar com uma conceptualização relativa ao abuso de direito. Perante um agente que possua algum direito (elemento obrigatório), esta figura de criação jurisprudencial francesa representa a conduta que, independentemente do *animus* daquele que abusa do direito, excede os limites impostos pela lei ao

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-06-2019, processo n.º 2558/18.9T8PRT.P1, (Jerónimo Freitas), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

respetivo exercício⁷⁴. A sua estipulação normativa encontra-se no artigo 334.º do Código Civil (doravante CC).

No âmbito da matéria que analisaremos, importa, desde já, salientar a premissa sobre o papel do princípio da Boa Fé neste contexto. Conforme avançado por CLÁUDIA VAZ PÓVOA, “o princípio da Boa Fé poderá funcionar neste campo como um mecanismo de controlo da atuação das partes, que será a válvula de respiração do sistema quanto ao funcionamento regular e apropriado do regime do período experimental”⁷⁵, sendo tal perceção essencial para se evitar um uso abusivo do período experimental, que extravase a sua finalidade, mormente, em relação à discricionariedade e ao direito ao silêncio do empregador na sua denúncia⁷⁶. Generalizando, o grupo de casos em que se vislumbra uma maior atuação abusiva são referentes a denúncias motivadas por razões de índole discriminatória (v.g. estado de gravidez⁷⁷) ou em circunstâncias nas

⁷⁴ Cfr. PRATA, Ana, “Comentário ao artigo 334.º do Código Civil”, in *Código Civil Anotado*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 440-441.

⁷⁵ VAZ PÓVOA, Cláudia, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ Tomando as palavras de MENEZES LEITÃO, “pode haver, porém, abuso de direito na denúncia pelo empregador (artigo 334.º CC), uma vez que o seu poder de denunciar o contrato não se pode considerar arbitrário sendo antes um poder discricionário, que se justifica pelo facto de a experiência não ter comprovado a adequação do trabalhador”, MENEZES LEITÃO, Luís, *op. cit.*, p. 270. Em sintonia, PEDRO ROMANO MARTINEZ menciona que “a liberdade de desvinculação está relacionada com a razão de ser do período experimental, daí que poderá não ser lícita a denúncia motivada por causas estranhas ao contrato de trabalho”, MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 486.

⁷⁷ Sem embargo, salientamos a introdução do n.º 5 do artigo 114.º do CT pela Lei n.º 93/2019 de 4 de setembro, que prevê a obrigação do empregador comunicar à Comissão de Igualdade no Trabalho e Emprego a denúncia em período experimental de um contrato de trabalho que abranja uma trabalhadora grávida, puerpera ou lactante. Todavia, cremos que o legislador pecou em conduzir a sua não realização apenas a uma situação de contraordenação grave, mas podendo a denúncia vigorar.

quais o trabalhador nunca chegou efetivamente a exercer as funções para as quais foi contratado.

Outro cenário, sobre o qual nos debruçaremos de forma mais aprofundada, é a situação em que ocorre uma conversão de um contrato a termo (*ab initio* ou superveniente) em contrato por tempo indeterminado, conforme os ditames do artigo 147.º do CT⁷⁸, colocando-se a pertinente questão de saber se deverá ser associado (ou não) o correspondente alargamento do período experimental.

Destarte, em relação a este tópico tem-se assistido a uma flutuação jurisprudencial⁷⁹. Por um lado, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-02-2005⁸⁰, o Tribunal entendeu que um contrato de trabalho celebrado a termo por um ano, que em virtude de negociação após uma greve fora transformado, por acordo, em contrato sem termo, uma denúncia dentro do hiato temporal ao abrigo do alargamento do período experimental não se circunscreve a uma prática de abuso de direito, mesmo que o primeiro período experimental já tenha passado e que a denúncia tenha sido passado poucos dias do respetivo acordo (26 dias). O Tribunal fundamentou que o abuso de direito não se pode basear em meras conjecturas, mas antes em factos.

⁷⁸ De acordo com NUNES VICENTE, em relação aos requisitos materiais e formas do contrato a termo resolutivo, “a falta de preenchimento de qualquer destes requisitos, material ou formal, terá, em princípio, o mesmo efeito: recondução do contrato ao modelo *standard*, considerando-se que aquela será um negócio jurídico sem termo, de duração indeterminada”, NUNES VICENTE, Joana, “Modalidades de contrato de trabalho, in *Direito do Trabalho — Relação Individual*, (Almedina, Coimbra, 2019, p. 369.

⁷⁹ Para uma análise sobre o enquadramento desta flutuação jurisprudencial, *vd.*, ROUXINOL, Milena, “O período experimental...” *cit.*, pp. 301-302.

⁸⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02-02-2005, Processo n.º 0453430, (Sousa Peixoto), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

Por conseguinte, deverá ocorrer o alargamento do período experimental (ainda que com o devido desconto do tempo que já passou desde o início da relação laboral), visto que a decisão de manter sob a sua égide um trabalhador num contrato a termo certo é diferente de optar pela manutenção de um trabalhador com um vínculo por tempo indeterminado. Por esse motivo é que precisamente um contrato por tempo indeterminado apresenta um período experimental de duração mais longa.

No mesmo sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 201/2002⁸¹, perante um caso no qual foi aplicado o período experimental comum num quadro em que o empregador não apusera a assinatura no documento que formalizava o contrato a termo e consequentemente se verificou a conversão *ope legis* do contrato, pelo não preenchimento do requisito formal, perspetivou que tal aplicação não era inconstitucional à luz do artigo 53.º da CRP⁸².

Já noutros acórdãos, quando o período experimental do contrato a termo certo já tinha sido ultrapassado, mas em que não se após a assinatura da entidade patronal no contrato de trabalho a termo certo⁸³, violando, portanto, os requisitos formais desta modalidade de contrato de trabalho⁸⁴, ou ainda quando, por acordo, ao fim de

⁸¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 201/02, 06-05-2002, Processo n.º 440/2001, (Conselheira Maria Fernanda Palma), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁸² Salientamos que ao longo da nossa pesquisa comprovamos não existir nenhum acórdão mais recente do Tribunal Constitucional, no âmbito de uma fiscalização sucessiva concreta, que abordasse esta matéria.

⁸³ Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 08-10-2008, processo n.º 5996/2008-4, (José Feteira), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁴ JÚLIO GOMES recorda o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-05-1995, em que “entendeu-se que um contrato a termo, verbalmente celebrado, se convertia em contrato sem termo, seria abusivo por parte do empregador invocar

cinco meses, o contrato de trabalho a termo certo foi convertido a contrato por tempo indeterminado⁸⁵, a invocação de denúncia do contrato ao abrigo de um alargamento do período experimental incorre em abuso de direito, mais especificamente, na modalidade de *venire contra factum proprium*⁸⁶.

Conquanto, no caso que analisaremos, não estamos perante uma inobservância formal, mas sim, diante a falta de preenchimento de um requisito material, a existência de um motivo justificativo para a contratação a termo⁸⁷ (cfr. artigo 140.º do CT e 141.º, n.º 1, alínea e) e n.º 3, do CT). Por conseguinte e, apesar da modalidade de abuso de direito invocado pelo trabalhador no caso em apreço ter sido a de *venire contra factum proprium*, apesar de compreender o porquê de esta ter sido chamada à colação, cremos, que na realidade, nesta

a seu favor a não redução a escrito e pretender denunciar o contrato no período experimental mais amplo”, GOMES, Júlio, “Do uso e abuso...” *cit.*, p. 253.

⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 12-05-2004, Processo n.º 606/2004-4, (Ferreira Marques), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁶ MENEZES CORDEIRO define esta modalidade do abuso de direito, como a tradução “do exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”, MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 742. Já ANA PRATA salienta que “dir-se-á, que na conceção objetivista da norma, as hipóteses de *venire contra factum proprium* estão muitas vezes na base da recusa da alegabilidade do vício formal, pois se trata tipicamente de casos em que o sujeito pretende prevalecer-se da nulidade formal, quando foi ele a recusar a observância da forma legal”, PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 443.

Sobre esta modalidade de abuso de direito, o Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 12-11-2013, Processo n.º 1464/11.2TBGRD-A.C1.S, (Nuno Camareira), disponível em <http://www.dgsi.pt/> determina que “são pressupostos desta modalidade de abuso do direito - *venire contra factum proprium* - os seguintes: a existência dum comportamento anterior do agente suscetível de basear uma situação objetiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas (anterior e atual) ao agente; a boa fé do lesado (confiante); a existência dum investimento de confiança, traduzido no desenvolvimento duma atividade com base no *factum proprium*; o nexo causal entre a situação objetiva de confiança e o investimento que nela assentou”.

⁸⁷ Em vista a uma análise sobre as situações em que poderá ser celebrado um contrato de trabalho a termo, *vd.*, NUNES VICENTE, Joana, *op. cit.*, pp. 369-375.

situação, vislumbramos uma modalidade de abuso de direito *tu quoque*, em que se identifica “abuso para evitar que o infrator da norma beneficie dessa inobservância”⁸⁸.

Na realidade, o empregador, ao celebrar um contrato a termo sem motivo justificativo, cuja consequência é a conversão *ope legis* em contrato sem termo, estaria a beneficiar dessa inobservância ao ser-lhe concedida a possibilidade de denunciar o contrato em período experimental, sem causa justificativa, aviso prévio, e, mais importante neste caso, sem compensação económica, cujo regime se lhe afigura mais conveniente que o da caducidade do contrato de trabalho a termo. Concluímos, afirmando que conceder esse exercício permitiria ao empregador retirar um benefício do seu próprio facto ilícito, como abordaremos de seguida.

4.2. Análise do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-06-2019

4.2.1. Factos e decisão

Destaquemos, sumariamente, os factos que envolvem o acórdão em apreço e a decisão do Tribunal da Relação do Porto. O

⁸⁸ PRATA, Ana, *op. cit.*, p. 443. De acordo com MENEZES CORDEIRO esta fórmula, “traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuída”, MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé...cit.*, p. 837.

Todavia, como o mesmo autor avança entre a modalidade *tu quoque* e a de *venire contra factum proprium* existem diversas semelhanças, existindo até parte da doutrina que considere a primeira como um subtipo da segunda. Sobre esta similitude e pequenas diferenças, *vd.*, MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé...cit.*, p. 843.

trabalhador celebrou um contrato de trabalho a termo certo com a sua entidade empregadora. Na realidade, uma das cláusulas do contrato fixava um período experimental inferior ao previsto na lei⁸⁹, estipulando que o mesmo seria de quinze dias, apesar deste contrato a termo certo ter uma duração superior a seis meses. Todavia, após sessenta dias de duração do contrato de trabalho, numa ação inspetiva da Autoridade para as Condições de Trabalho, esta entidade considerou inválido o termo aposto por falta de justificação, verificando-se, conseqüentemente, uma conversão *ope legis* deste contrato para um contrato a tempo indeterminado (cfr. artigo 147.º do CT). Após uns dias, o empregador denunciou o contrato de trabalho, sem aviso prévio, sem invocação de justa causa e sem proceder ao pagamento de uma indemnização, uma vez que o contrato estaria ainda dentro do limite do período experimental.

Neste caso, o Tribunal da Relação do Porto considerou que em situações desta índole, o período experimental deverá ser alargado, passando a ser aplicado o novo período experimental estabelecido na lei para a situação de contrato por tempo indeterminado, com a ressalva de que haverá que levar em conta o tempo (dias) de trabalho já executado, contando a partir do início da prestação do trabalhador (cfr. artigo 113.º/1 CT). Em relação a tal denúncia ser considerada (ou não) abusiva, deverá exigir-se “um abuso nítido, isto é, o titular do direito deve ter excedido manifestamente esses limites impostos ao seu exercício”, considerando que meramente a sua invocação não consubstancia que tenha atuado em abuso de direito. Por

⁸⁹ Conforme o artigo 112.º, n.º 5, a duração do período experimental por ser reduzido, quer por acordo escrito entra as partes (como verificamos no caso em apreço), quer por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho.

consequente, o Tribunal indica que incumbia ao trabalhador (o autor), conforme as regras gerais de repartição do ónus da prova, alegar e demonstrar os factos necessários para que se pudesse concluir nesse sentido (342.º CC), fundamentação que não conseguiu comprovar.

4.2.2. Apreciação crítica

Desde logo, apresentamos um entendimento diferente do Tribunal da Relação do Porto, ao considerar que não se deverá afigurar um alargamento do período experimental em virtude da conversão *ope legis* do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado. Esta nossa posição prende-se, essencialmente, com os seguintes argumentos: (i) comprometimento do efeito sancionatório da conversão⁹⁰; (ii) ao contrário do sufragado pelo Tribunal Constitucional, cremos que um contrato que apresenta, de certa forma, dois períodos experimentais, violaria os pressupostos do artigo 53.º da CRP⁹¹.

Partindo da premissa invocada de acordo com JÚLIO GOMES, “a resposta não pode limitar-se a um raciocínio meramente formal”⁹², isto é, não é apenas porque o contrato se converteu em contrato por tempo indeterminado, que automaticamente se aplicam todas as regras que regem esta modalidade de contrato de trabalho.

Para expormos o nosso primeiro ponto, importa enquadrar, sinteticamente, o motivo pelo qual o ordenamento jurídico

⁹⁰ Cfr. GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho...cit.*, p. 496.

⁹¹ Cfr. FALCÃO, David/TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *op. cit.*, p. 76.

⁹² GOMES, Júlio, “Do uso e abuso...” *cit.*, p. 252.

português apresenta uma regulação restritiva do contrato de trabalho a termo resolutivo. Esta cautela em relação a este regime deve-se ao facto de esta flexibilidade contratual entrar em atrito direto com os preceitos constitucionais do artigo 53.º da CRP (princípio da segurança no emprego), em articulação com o artigo 58.º deste instrumento jurídico. Não está unicamente consagrada a proibição de despedimentos ilícitos, como uma obrigação positiva de o legislador não permitir o aumento de precariedade que coloque em causa a estabilidade do vínculo laboral. Portanto, ainda que admissível à luz do ordenamento jurídico português, esta modalidade contratual enraíza uma certa precariedade na vida do trabalhador⁹³.

O enunciado anteriormente é a causa pela qual o legislador impôs a necessidade de existir um motivo justificativo⁹⁴ para se celebrar um contrato sem termo. Consequentemente, uma fraude a tal (deixar o trabalho numa situação mais precária sem fundamento) tem como resultado a conversão *ope legis* do contrato em contrato *standard*, isto é, sem termo, de forma a garantir a estabilidade do trabalhador que não teve verdadeiramente poder negocial, mas

⁹³ O porquê de tal consequência é explicado por JOANA NUNES VICENTE, “Ora, o contrato de trabalho a termo contende necessariamente, por sua própria natureza, com a garantia da segurança no emprego, nesta sua dimensão mais ampla, justamente por instituir uma situação de precariedade laboral, já que o trabalhador sabe, de antemão, que o contrário irá cessar em virtude da verificação de um determinado acontecimento ao qual as partes subordinam a extinção do vínculo. Mas mais, como o modo natural de cessação do contrato de trabalho a termo consiste na verificação do termo, estamos perante uma modalidade contratual que atribui aos empregadores a faculdade de fazer cessar a relação de trabalho de forma não fundamentada ou não motivada”, NUNES VICENTE, Joana, *op. cit.*, p. 366.

⁹⁴ Desta forma, “o direito à segurança no emprego pressupõe assim que, em princípio a relação de trabalho é temporalmente indeterminada, só podendo ficar sujeita a prazo quando houver razões que o exijam e pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”, CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 711.

também, sancionar o empregador pela sua má-fé contratual, pelo uso abusivo desta modalidade.

Ora, permitir que a entidade empregadora pudesse beneficiar do seu comportamento ilícito, através da possibilidade de denúncia face a um alargamento do período experimental, seria precarizar duplamente o trabalhador — não só esteve com um vínculo precário injustificadamente, como a consequência seguinte é ter um hiato temporal de contrato de trabalho ainda mais precário⁹⁵, após lhe ter sido fechada uma porta de vínculo precário devido à atuação culposa do empregador, paradoxalmente, deslumbrando uma vista para uma grande janela de precariedade. Mais, permitir tal conceção frustra a própria intenção do legislador, da conversão manifestar um efeito sancionatório, como adverte JÚLIO GOMES, “ironicamente, escapará até ao pagamento da compensação pela caducidade do contrato a termo! Curioso prémio atribuído”⁹⁶. A verdade é que tal entendimento leva a uma verdadeira fraude à lei: não só permite que

⁹⁵ Para sustentarmos a nossa argumentação podemos aplicar *mutatis mutandis* a já defendida lógica de maior precarização do conjunto de trabalhadores que viram a duração do seu período experimental alargado em contraponto com o contrato a termo, quando em virtude da reforma laboral, como reverso do facto de ser considerado trabalhador à procura de primeiro empregado e desempregado de longa duração já não mais ser causa justificativa de contratação a termo. Ou seja, ainda que o contrato a termo prefigure uma circunstância de precariedade, quando comparado com o período experimental, permitindo-nos o oxímoro, é uma precariedade mais estável — é uma figura com uma regulamentação mais rigorosa, em situação de caducidade o trabalhador tem direito a compensação e, quando é um contrato a termo certo, o trabalhador sabe o período durante o qual tem aquele vínculo laboral, existe uma estipulação do número máximo de renovações, a existência de aviso prévio, enfim, uma regulamentação mais vasta. No caso do período experimental, ainda que este no futuro possa vir a dar lugar um contrato mais estável, por ser por tempo indeterminado, a verdade é durante tal a incerteza é o predominante. Defendendo este entendimento, vd., ROUXINOL, Milena “A Lei n.º 93/2009...” *cit.*, pp. 70-71.

⁹⁶ GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho...cit.*, p. 497.

não seja paga a compensação, como permite o hipotético cenário em que um trabalhador, sem receber a mesma, possa trabalhar ainda durante mais tempo do que aquele que figurava no contrato a termo (v.g. um trabalhador que se enquadre no conceito de desempregado de longa duração e tenha inicialmente celebrado um contrato a termo certo por quatro meses, sem causa justificativa, poderá, após a conversão, trabalhar cento e oitenta dias ao abrigo do período experimental e ver o seu contrato denunciado sem aviso prévio, sem justificação e sem compensação económico) – sem dúvida, uma manutenção do trabalhador que se revela mais benéfica para o empregador.

Ademais, importa ter em consideração que no processo de conversão do contrato não se forma propriamente um novo contrato de trabalho, simplesmente, a cláusula acessória do termo deixa de vigorar⁹⁷.

Perante o já aludido, cremos ter demonstrado o porquê de considerarmos que tal não se coaduna com os imperativos de cariz constitucional, nomeadamente, tendo em consideração a sua dupla valência que visa a estabilidade, não se articula com tal permitir que um “castigo” ao empregador por precarizar o trabalhador possa levar a uma maior precarização, sem violar o princípio da segurança do empregado.

Por fim, numa leitura sistemática e abrangente do CT, através de uma interpretação teleológica, somos conduzidos a concluir que o legislador, ao longo de várias normas (v.g. 123.º, n.º 3 e 129.º, n.º 1, alínea j), do CT) teve uma preocupação em que o princípio da boa-

⁹⁷ Cfr. FALCÃO, David/TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *op. cit.*, p. 75.

fé fosse o farol que guiasse a relação laboral, de forma que a má-fé (nomeadamente do empregador) não levasse a atos considerados abusivos. Portanto, um entendimento que contenda o princípio da Boa Fé no âmbito do período experimental, vai contra, em nosso entender, ao propósito e aos objetivos do CT, em que a Boa Fé é um dos princípios orientadores do Direito do Trabalho.

5. Conclusão

Após a análise de duas questões que se prendem com a duração do período experimental concluímos que esta figura jurídica, devido às características da sua livre denúncia, apresenta um atrito com os valores constitucionalmente consagrados de segurança e estabilidade no emprego, pelo que a sua duração deverá ser a bússola que orienta a sua licitude.

No que toca à primeira questão em apreço, desde já defendemos que o alargamento da duração do período experimental a trabalhadores à procura do primeiro emprego e desempregados de longa duração carece de um preenchimento destes conceitos no ordenamento jurídico laboral. Ademais, conforme exposto, no nosso entender, a medida em causa, como reverso da moeda da revogação desta tipologia de trabalhadores como causa justificativa suficiente dos contratos a termo, tem como consequência uma forma de precariedade e fragilidade do vínculo ainda mais notória. Por conseguinte, não acompanhamos a posição do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 318/2021, uma vez que consideramos

esta norma violadora dos artigos 53.º, 58.º e 13.º da Constituição da República Portuguesa.

Em relação à segunda questão analisada, perante o controvertido cenário, afirmamos uma posição contrária à defendida pelo Tribunal da Relação do Porto, não só por considerarmos que não deverá ser alargado o período experimental, em função de uma conversão *ope legis* de contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, mas também por não partilharmos o entendimento de que tal prática de denúncia não seja identificada como abuso de direito na modalidade *tu quoque*.

Nesta senda, perante a flutuação jurisprudencial e por considerarmos que a defesa dos Tribunais de tal entendimento constitui um beneplácito à violação dos princípios constitucionais, somos conduzidos a concluir que estamos perante uma lacuna no ordenamento jurídico laboral. Desta forma, sustentamos que, no plano de direito a constituir, o legislador deveria explicitamente determinar que perante a operação em apreço, consagrar-se-á apenas a duração do período experimental acordada aquando da celebração do contrato por termo certo. Tal avanço legislativo permitiria dirimir os perigos de proteção da segurança jurídica que o problema suscita face ao entendimento díspar que provoca.

Mormente, permitiria também uma maior efetivação da estabilidade do trabalhador que se depara com esta circunstância. A verdade é que o abuso de direito é de difícil prova e impingir o ónus ao trabalhador de ter que comprovar que a atuação do empregador foi abusiva naquele contexto assume-se complicada. Ainda para mais, no período experimental, em que o empregador não tem de

apresentar nenhuma causa justificativa, será complexo demonstrar que não foi em virtude da finalidade deste instituto (averiguar o interesse de manutenção do vínculo), mas antes um comportamento abusivo que ocorreu meramente devida à conversão *ope legis*, aproveitando o empregador a sua sanção para sancionar o trabalhador.

Bibliografia

ALMEIDA, TATIANA GUERRA, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2007.

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Almedina, Coimbra, 2019, 3.^a ed.

AMADO, JOÃO LEAL/ROUXINOL, MILENA, “Sobre a (des)conformidade constitucional do alargamento do período experimental pela Lei n.º 93/2019 - um olhar sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 318/2021”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2021, n.º 4030, pp. 29-53.

CANOTILHO, J. J. GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 4.^a ed.

CORREIA, PUPO, “Da Experiência no Contrato de Trabalho”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 1971, Suplemento XVIII, pp. 149-324.

FALCÃO, DAVID/TOMÁS, SÉRGIO TENREIRO, *Lições de Direito do Trabalho – A Relação Individual de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 7.^a ed.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 19.^a ed.

FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, Parede, 2019, 4.^a ed.

GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOMES, JÚLIO, “Do uso e abuso do período experimental”, *RDES*, 2001, n.º 1 e 2, pp. 37-74 e n.º 3 e 4, pp. 245-276.

GOMES, MARIA IRENE, “Calcorreando o período experimental ou período de prova”, in *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais – Volume I*, coord. REIS, JOÃO / AMADO, JOÃO LEAL / FERNANDES, LIBERAL / REDINHA, REGINA (coord.) Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 349-365.

LOBO XAVIER, BERNARDO DA GAMA, *et. alii.*, *Manual de Direito do Trabalho*, Rei dos Livros, Lisboa, 2018, 3.^a ed.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 9.^a ed.

MIRANDA, JORGE/MEDEIROS, RUI, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Direito do Trabalho – II – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

MENEZES LEITÃO, LUÍS, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2019, 6.^a ed.

MESTRE, BRUNO, *Direito Antidiscriminação – Uma perspetiva europeia e comparada*, Vida Económica, Porto, 2020.

MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, “Anotação artigo 111.º, 112.º, 113.º e 114.º”, in MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *et. alii.*, *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Coimbra, 2020, 13.ª ed., pp. 282-295.

PÓVOA, CLÁUDIA VAZ, “A boa-fé na formação do contrato de trabalho e o regime do período experimental” in *Estudos de Direito do Trabalho*, org. FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 7-88.

PRATA, ANA, “Comentário ao artigo 334.º do Código Civil”, in *Código Civil Anotado*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 440-443.

QUINTAS, PAULA, “Súmula do entendimento jurisprudencial dos conceitos *trabalhador à procura de primeiro emprego e desempregado de longa (ou muita longa) duração*”, *Prontuário do Direito do Trabalho*, Vol. I, 2020, pp. 357-368.

QUINTAS, PAULA/QUINTAS, HÉLDER, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2020, 5.ª ed.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2019, 7.ª ed.

REBELO, Glória, “O contrato de trabalho a termo e o Contrato de Trabalho Intermitente – alterações ao Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III/IIII, n.º 79, 2019, pp. 611-637.

REIS, JOÃO, “Reforma de 2019: algumas observações”, *Questões Laborais*, 2020, n.º 55, pp. 17-39.

ROUXINOL, MILENA, “A Lei n.º 93/2019, de 4/09, e o alargamento do período experimental”, *Questões Laborais*, 2020, n.º 55, pp. 63-85.

ROUXINOL, MILENA, “O período experimental”, in AMADO, João Leal, *et alii*, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 285-302.

SOARES RIBEIRO, JOÃO, “Aviso prévio na denúncia do contrato no período experimental”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, coord. MOREIRA, António José, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 140-163.

VICENTE, JOANA NUNES, “A Lei n.º 93/2019, de 4/9 e a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo”, *Questões Laborais*, 2020, n.º 55, pp. 105-124.

VICENTE, JOANA NUNES, “Modalidades de contrato de trabalho”, in AMADO, JOÃO LEAL, *et alii*, *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Almedina, Coimbra, 2019.

VENTURA, RAUL, “O período de experiência no contrato de trabalho”, in *O Direito*, 1961, n.º 4, pp. 247-280.





DA COMISSÃO DE SERVIÇO SUJEITA A TERMO RESOLUTIVO*

SERVICE COMMISSION WITH A RESOLUTIVE TERM

Maria Leonor Ruivo

Sumário: 1. Regime especial da comissão de serviço; 1.1. Requisitos materiais e formais da comissão de serviço; 1.2. Cessação da comissão de serviço; 2. Admissibilidade de aposição de termo no contrato de comissão de serviço; 2.1. A comissão de serviço sujeita a termo resolutivo nos termos dos artigos 139.º e ss. do CT; 2.2. A comissão de serviço sujeita a termo resolutivo comum; 3. Posição adotada; 4. Bibliografia.

Resumo:

A comissão de serviço encontra-se expressamente regulada nos artigos 161.º e seguintes do Código do Trabalho. Estes artigos têm um alcance muito restrito quanto aos aspetos de regime que regulam, nada prevendo em relação à compatibilidade da comissão de serviço com a aposição de termo resolutivo, tanto nos casos de termo resolutivo previsto nos artigos 139.º e seguintes do Código do Trabalho, como nos casos de termo resolutivo comum, previsto no artigo 278.º do Código Civil. O presente artigo, após a apresentação do regime especial da comissão de serviço, visa explorar ambas as possibilidades e a sua admissibilidade face ao regime legal vigente.

Abstract:

The service commission is regulated in articles 161 and following of the Labor Code. These articles have a limited scope regarding the aspects they regulate, providing nothing regarding the compatibility of the service commission with the affixing of a resolute term, both in cases of resolute term provided for in articles 139 and following of the Labor Code and in the cases of the regular resolute term provided for in article 278.º of the Civil Code. The present paper, after describing the special legal rules that govern the service commission, aims to explore both possibilities and their admissibility under the current legal system.

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

1. Regime especial da comissão de serviço

1.1. Requisitos materiais e formais da comissão de serviço

A comissão de serviço encontra-se disciplinada nos artigos 161.º a 164.º do CT¹, dispondo o n.º 1 do artigo 161.º do CT, na redação introduzida pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, que podem ser exercidos em comissão de serviço os seguintes cargos: (i) de

¹ Sobre a introdução da figura da comissão de serviço no âmbito do contrato individual de trabalho, cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da constitucionalidade das comissões de serviços laborais: parecer", cit., pp. 135-142; FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, "Irreversibilidade de estatuto dirigente e comissão de serviço - Anotação ao acórdão do STJ de 6 de julho de 2005", cit., pp. 611 e ss; e JORGE LEITE, "Comissão de serviço", cit., p. 155. Para uma análise mais detalhada, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 85 e ss. Refira-se que a comissão de serviço continua a desempenhar um papel central no âmbito dos contratos de trabalho em funções públicas, encontrando-se prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 6.º e no artigo 9.º da LGTFP; em particular, estabelece o n.º 1 do artigo 9.º da LGTFP que o vínculo de emprego público constitui-se por comissão de serviço no caso de cargos não inseridos em carreiras, designadamente cargos dirigentes (al. a), sendo aqui necessário atentar no disposto na Lei n.º 2/2004, que aprova o Estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado) e, no caso de funções exercidas com vista à aquisição de formação específica, habilitação académica ou título profissional por trabalhador com vínculo de emprego público por tempo indeterminado (al. b)).

administração ou equivalente^{2/3}, (ii) de direção ou chefia diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou

² Consideram-se cargos de administração ou equivalente aqueles cujo “conteúdo funcional implica um elevado grau de autonomia e responsabilidade”, importando, “em princípio, o exercício de poderes de direção e de autoridade delegados pelo empregador (...) e o desempenho, em regra, de funções dirigidas ao complexo organizativo-geográfico da empresa” (IRENE FERREIRA GOMES, “A comissão de serviço à luz do Código do Trabalho” cit., pp. 619-620; e, da mesma Autora, “A Comissão de Serviço”, cit., pp. 370-371, referindo que “a sua concretização é feita casuisticamente (...) [verificando] se o cargo exige uma especial relação de confiança e se o seu conteúdo implica um elevado grau de autonomia e responsabilidade”, independentemente de “qualquer «rótulo» do cargo em causa”). Sobre os conceitos de cargos de administração ou equivalente, ver ainda PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 528-530. Refira-se ainda que o Decreto-Lei n.º 404/91 previa ainda, no n.º 2 do artigo 1.º, a exclusão do âmbito material da comissão de serviço dos “cargos de chefia directa e todos os outros cargos hierárquicos que não envolvam coordenação de outras chefias, salvo tratando-se de dirigente máximo de estabelecimento com um número de trabalhadores não superior a 20, desde que, neste caso, envolva capacidade de gestão e chefia directamente dependentes da Administração”; sobre a eliminação deste número e louvando a alteração, MARIA IRENE GOMES, “A Comissão de Serviço”, cit., pp. 372-373.

³ No que respeita à possibilidade de exercício de funções de administração por comissão de trabalho, tem-se colocado a questão de determinar quais os cargos de administração concretamente visados pelo artigo 161.º do CT, em particular, se podem os administradores de sociedades anónimas exercer as respetivas funções em regime de comissão de trabalho. O quesito em apreço tem na sua base o disposto no artigo 398.º, n.º 1, do CSC, de acordo com o qual “durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador”. A primeira questão que se coloca respeita ao âmbito de aplicação do artigo em apreço: se este visa proibir a cumulação de vínculos (vínculo laboral e vínculo de administrador de sociedade) ou se versa sobre a própria qualificação do vínculo de administrador: considerando que o n.º 1 do artigo 398.º do CSC apenas incide sobre a (im)possibilidade de cumular funções de trabalhador e administrador, mas concluindo que o administrador de sociedade anónima não está sujeito a subordinação jurídica, cf. JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 395-98. Também ALEXANDRA MARQUES SEQUEIRA, “Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviço: laboral - a profissionalização dos administradores?”, cit., pp. 39-58, considera que o artigo 398.º do CSC não responde à questão da concreta qualificação do vínculo do administrador societário, muito embora chegue a conclusão diversa da propugnada pelo Autor citado, considerando que a presença de subordinação jurídica terá de

ser apreciada casuisticamente, não existindo uma incompatibilidade *ab initio* entre o exercício de funções de administrador em regime de comissão de serviço (no mesmo sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 411 e ss). No sentido de que os administradores de sociedades não podem exercer funções em regime de comissão de serviço, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 699 e 344-354; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 195; MARIA IRENE GOMES, "Os cargos de direção no Direito do Trabalho Português", cit., p. 45, nota 18 e, da mesma Autora, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 137 e ss, em especial, pp. 159 e ss; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 222; DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Comentado*, cit., pp. 425-426; PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 644-5, excluindo que o administrador de sociedade anónima exerça funções em regime de comissão de serviço, aplica o artigo 161.º do CT aos gerentes das sociedades por quotas, na medida em que não lhes será aplicável o disposto no artigo 398.º CSC; também JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 398-401, admite que o gestor de sociedade por quotas pode exercer as respetivas funções ao abrigo de um vínculo laboral, consoante a percentagem da sua quota na sociedade gerida; realçamos ainda o entendimento de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 413, que, não obstante admita que tanto o cargo de administrador de sociedade anónima como o cargo de gerente de sociedade por quotas possam ser exercidos mediante comissão de serviço, considera que "não existem diferenças estruturais entre aqueles cargos" que legitimem um tratamento diferenciado dos cargos diretivos dos diferentes tipos societários. A segunda questão que se coloca neste âmbito prende-se com a inconstitucionalidade do artigo 398.º, n.º 2, do CSC, considerando ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., p. 659, que a referida norma não padece de inconstitucionalidade orgânica, na medida em que se trata de uma disposição materialmente comercial, "que apenas visa evitar que se contorne a proibição do artigo 398.º/1".

equivalente⁴; (iii) funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos⁵; bem como (iv) funções cuja natureza suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos e funções de chefia, desde que tal possibilidade resulte de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho⁶. Podemos,

⁴ O artigo 161.º do CT2009 corresponde ao artigo 244.º do CT2003, o qual, por um lado, não previa a possibilidade de exercício de funções de chefia em regime de comissão de serviço, mas, por outro, não requeria que os cargos de direção fossem *diretamente* dependentes da administração, exigindo apenas que fossem dependentes da administração. Por isso, considera MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 194, que foi restringido o âmbito de aplicação dos cargos que podem ser exercidos em regime de comissão, em particular, no que respeita a funções de chefia e direção de segunda linha. Julgamos que também será este o entendimento propugnado por MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço à luz do Código do Trabalho”, cit., p. 620, ao considerar que a remoção do vocábulo *diretamente* (operada com o CT 2003) tinha tido um impacto no âmbito de aplicação do regime de comissão de serviço, na medida em que o tinha estendido para além dos trabalhadores que ocupavam “o lugar de “cúpula” na organização empresarial”. Para apurar se um determinado cargo se considera diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente, deverá atentar-se no elenco de categorias em vigor na empresa, sendo que “a análise do conteúdo funcional das categorias em que se encontram classificados os trabalhadores e do relacionamento entre aquelas, constituirá, em última análise, o critério de decisão da admissibilidade do recurso ao regime da comissão de serviço” (LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 415).

⁵ Sobre a amplitude do conceito “funções de secretariado pessoal”, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 645-646, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 183 e ss, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 415, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 755, considerando o Autor que não é necessário que o trabalhador que exerça funções de secretariado pessoal o faça em relação a um cargo igualmente ocupado via comissão de serviço, entendimento partilhado por MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 189 e ss.

⁶ Apenas com a 3.ª alteração ao CT se admitiu, na parte final do artigo em apreço, a possibilidade de, por IRCT, se prever o exercício em comissão de serviço de funções de chefia (independentemente de se tratar de cargo dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente). Refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 222, que nos casos de exercício de funções de chefia prevista por IRCT, é igualmente dispensada a presença de uma

assim, identificar dois traços fundamentais na admissibilidade de celebração de acordo de comissão de serviço: a verificação de um pressuposto material, que corresponde à existência de uma especial relação de confiança e, como consequência da fragilidade inerente a essa confiança, a transitoriedade no exercício das funções⁷.

especial relação de confiança, considerando que o “princípio que assim aflora é o de que o exercício de funções de chefia - sejam elas quais forem - é, por natureza, “não categorial”, precário, dependente das contingências da organização e das conveniências da gestão em cada momento” (entendimento expressamente defendido por LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 416, e que nos parece igualmente propugnado por PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 643 e 647). Contra, considerando que a todos os cargos previstos no artigo 161.º do CT está subjacente “um particular laço fiduciário”, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., p. 120 e, do mesmo Autor, “Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável”, cit., p. 173, referindo “trata-se, pois, necessariamente, de relações de trabalho marcadas por um particular laço fiduciário”; JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., p. 470; e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., pp. 195-196. Refira-se ainda que, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, do CT, não será possível a intervenção do contrato de trabalho na ampliação das situações em que é admissível a celebração de contrato de comissão, circunstância que se justifica na medida em que “a intervenção do ente coletivo (associação sindical) é a única que assegura a não proliferação artificial de cargos suscetíveis de serem exercidos em comissão de serviço (...), e postula um consenso coletivo em torno do que possa ser considerado “relação especial de confiança” (ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, “As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho”, cit., p. 613, nota 7). MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 200-201, questiona ainda a constitucionalidade de celebrar comissões de serviço externas quando estejam em causa cargos “de mera confiança”, afirmando a autora que, quanto a estes trabalhadores é “legítimo consagrar mecanismos que permitam o cessar das funções de «confiança» mas entende-se que esses mecanismos não devem representar a perda automática do emprego”.

⁷ É ainda identificada como característica adicional da comissão de serviço a reversibilidade de funções, sendo que, de facto, nos casos de comissão de serviço interna e de comissão de serviço externa com garantia de emprego, o retorno do trabalhador à categoria de origem ou à categoria prevista no contrato de comissão de serviço constitui um desvio à garantia de irredutibilidade da categoria, prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 129.º do CT. Todavia, trata-se de uma característica eventual, na medida em que, nas comissões de serviço sem garantia de emprego,

A não verificação de qualquer destes pressupostos suscita a questão sensível de determinar a consequência jurídica aplicável. De acordo com o entendimento propugnado, a não verificação do elemento material previsto no artigo 161.º do CT apenas conduz à nulidade da respetiva cláusula acessória⁸ (artigo 294.º do CC), procedendo-se, subsequentemente, à redução do contrato, nos termos do artigo 121.º do CT⁹. Ou seja, no caso de comissão de trabalho interna ou externa com garantia de emprego, o trabalhador adquire o direito a exercer a categoria abrangida pela comissão de serviço, não retornando à anterior ou a outra prevista no contrato¹⁰;

não ocorre a referida reversibilidade de funções, cessando o vínculo laboral com a cessação da comissão de serviço - o que estará em causa, como se verá *infra*, será um desvio à segurança no emprego prevista no artigo 53.º da CRP (neste sentido, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 642-643), parecendo-nos mais adequado identificar como traço característico (uniforme) a transitoriedade do exercício de funções (assim, JOANA NUNES VICENTE, *A invalidade parcial do contrato de trabalho*, cit., p. 309, afirmando que “o que singulariza esta figura é o exercício transitório de certas funções”; ver também MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço”, cit., p. 366).

⁸ Sobre a comissão de serviço como cláusula acessória, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 120-121.

⁹ Tem-se questionado, a propósito da aplicação do artigo 121.º do CT, se é sempre relevante a vontade hipotética das partes (prevista no n.º 1 do artigo 121.º do CT, *in fine*, “salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada”) ou se, pelo contrário, tem prevalência aplicativa a solução plasmada no n.º 2 do artigo 121.º do CT, promovendo-se deste modo a substituição da norma inválida (quando possível), independentemente da vontade hipotética das partes. Considerando que, em caso de invalidade de cláusula contratual por contrariedade a normas imperativas, “a lei prescinde do recurso à vontade hipotética ou conjetural das partes”, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., pp. 164-165; em sentido diverso, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, cit., pp. 407-408. Sobre a eventual relevância do conteúdo da norma imperativa contrariada pelo contrato de trabalho (conteúdo perceptivo vs proibitivo) para a aplicação do regime do n.º 2 do artigo 121.º do CT, MADEIRA DE BRITO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., anotação ao artigo 121.º CT.

¹⁰ Sobre os diferentes entendimentos na jurisprudência, designadamente, sobre aqueles que negam ao trabalhador o direito a manter a categoria exercida ao abrigo da comissão de serviço e a inerente retribuição, JOANA NUNES VICENTE,

no caso de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, considera-se celebrado um contrato de trabalho comum para o desempenho das funções acordadas^{11/12}.

É frequente traçar-se a distinção entre a comissão de serviço interna e externa¹³. A comissão de serviço diz-se interna quando é celebrada com um trabalhador que já se encontra ao serviço da

A invalidade parcial do contrato de trabalho, cit., pp. 332 e ss, referindo que o limite temporal do *ius variandi* previsto no artigo 120.º do CT "poderia funcionar, a nosso ver, como o marco temporal a partir do qual o trabalhador alcançaria o direito à nova categoria profissional" (p. 342), critério que não surge referido em JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 475-476. Ainda sobre a questão, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 212-214.

¹¹ Aplicando esta solução aos casos de comissão de serviço não compreendida nas funções previstas no artigo 161.º do CT ou em IRCT, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., p. 120 e, do mesmo Autor, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", cit., p. 174; ver também, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 197, considerando que solução idêntica será de aplicar na eventualidade de "desaparecerem os fundamentos objetivos justificativos do regime da comissão de serviço externa, mas o trabalhador continuar, sem mais, ao serviço do empregador em novas funções".

¹² Este entendimento não é, todavia, unânime, surgindo outra doutrina que considera que, no caso da comissão externa sem garantia de emprego, a não verificação do requisito material previsto no artigo 161.º do CT afetaria a validade de todo o contrato, o qual seria totalmente nulo (sobre este entendimento, embora não o acompanhando, JOANA NUNES VICENTE, *A invalidade parcial do contrato de trabalho*, cit., pp. 320 e ss, aplicando a Autora, *op. cit.*, pp. 331-332, o artigo 164.º, n.º 2, analogicamente). Ainda sobre a questão, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 208-212, mas aplicando o 121.º, n.º 2, do CT, havendo "manutenção forçada do contrato de trabalho, sem possibilidade de afastamento pela vontade hipotética das partes".

¹³ Sobre a distinção, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 642-643. Ilustrando as possíveis (e diversas) terminologias, distinguindo entre comissão de serviço "em sentido técnico" (tipicamente denominada comissão de serviço interna) e comissão de serviço em sentido amplo (que corresponde à comissão de serviço externa), JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., p. 120, e JORGE LEITE, "Comissão de serviço", cit., pp. 153-154; MARIA IRENE GOMES "Cláusula de permanência, comissão de serviço e suspensão do contrato de trabalho - três institutos de difícil articulação?", cit., pp. 540-541 refere-se também, a par de comissão de serviço externo e interno, a comissão de serviço imprópria e própria, respetivamente.

entidade empregadora (artigo 162.º, n.º 1, 1.ª parte), verificando-se uma modificação temporária das funções exercidas¹⁴. Diferentemente, estamos perante um contrato de comissão de serviço externa quando se contrate um novo trabalhador para o exercício das funções previstas no contrato de comissão de serviço (artigo 162.º, n.º 1, *in fine*); neste âmbito, cumpre ainda distinguir entre comissões de serviço externa sem garantia de emprego (caso em que, finda a comissão de serviço, cessa o vínculo laboral) e comissões de serviço externas com garantia de emprego (cuja cessação não determina a extinção da relação laboral entre trabalhador e empregador, passando aquele a exercer as funções previstas no contrato de comissão de serviço)¹⁵.

¹⁴ Tem sido discutida a natureza dos efeitos da celebração de contrato de comissão de serviço quando se trate de comissão de serviço interna, em particular, se está em causa uma *modificação* do vínculo laboral ou se corresponde à *suspensão* do vínculo laboral e celebração de um novo contrato. Considerando que se trata de uma modificação (objetiva) do contrato de trabalho originário, cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., pp. 191 e 204-206, sustentando o referido entendimento na comunicabilidade verificada entre o exercício da comissão de serviço e o vínculo originário, evidenciada nos artigos 162.º, n.º 5, do CT e 164.º, n.º 1, al. a), do CT, como ainda na repercussão de eventuais ilícitos disciplinares verificados no exercício da comissão de serviço no vínculo laboral originário (construção que seria dificultada caso se considerasse este último suspenso). Considerando igualmente que está em causa uma modificação do vínculo laboral, ver ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 221, JORGE LEITE, "Comissão de serviço", cit., p. 154, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 654, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 753, nota 1877.

¹⁵ Cf. artigo 162.º, n.º 2, do CT. Na eventualidade de as partes não estipularem expressamente, no contrato de comissão de serviço, as funções a ser exercidas pelo trabalhador em comissão de serviço externa após a respetiva cessação, considera-se que foi celebrada uma comissão de serviço externa sem garantia de emprego. Este regime difere, assim, do que resultava do Decreto-Lei n.º 404/91, na medida em que o regime supletivo aí previsto estabelecia que "no caso de ter sido contratado para o efeito, [o trabalhador tem direito] à colocação na categoria constante do acordo, salvo se, neste, as partes tiverem convencionado a extinção do contrato com a cessação da comissão de serviço" (alínea a) do n.º 3 do artigo

O contrato de comissão de serviço está sujeito a forma escrita, constituindo uma exceção à liberdade de forma prevista no artigo 110.º do CT, bem como deve conter os elementos identificados no n.º 3 do artigo 162.º do CT; enquanto os elementos previstos nas alíneas a) e b) são obrigatórios (identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes e indicação do cargo ou funções a desempenhar, com menção expressa do regime de comissão de serviço, respetivamente), os elementos constantes das alíneas c) e d) dependerão da natureza da comissão de serviço em causa, aplicando-se a alínea c) à comissão de serviço interna (sendo necessário identificar a atividade que exerce, bem como, sendo diversa, a que vai exercer após cessar a comissão) e a alínea d) à comissão de serviço com garantia de emprego (exigindo-se a identificação da atividade que vai exercer após cessar a comissão). Caso o acordo de comissão de serviço não seja formalizado por escrito ou não indique o cargo ou funções a desempenhar, com menção expressa do regime de comissão de serviço, “não se considera em regime de comissão de serviço o contrato” celebrado (n.º 4 do artigo 162.º do CT)^{16/17}, pelo que o trabalhador adquire o direito à categoria que se encontra a

4.º do Decreto-Lei 404/91). Sobre a alteração, MARIA IRENE GOMES, “A Comissão de Serviço”, cit., pp. 367-368.

¹⁶ Sublinhe-se assim que, não sendo o contrato de comissão de serviço uma modalidade obrigatória de exercício dos cargos mencionados no artigo 161.º, o empregador, “tem de, se se pretender uma incumbência reversível”, celebrar um contrato de comissão de serviço que respeite os requisitos legais (ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, “As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho”, cit., p. 623).

¹⁷ MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço”, cit., p. 376, nota 8, questiona ainda se a nulidade será suscetível de ser invocada por qualquer uma das partes (nulidade típica) ou se apenas o trabalhador tem o direito de invocar a nulidade da cláusula da comissão de serviço e, conseqüentemente, impor a eternização do exercício de funções visado na comissão (nulidade atípica), sem, todavia, tomar posição definitiva.

exercer ao abrigo da comissão de serviço e, no caso de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, considera-se que foi celebrado contrato de trabalho comum, sendo que a denúncia por parte do empregador “será suscetível de ser qualificada como um despedimento ilícito, com as consequências inerentes”¹⁸.

1.2. Cessação da comissão de serviço

Estabelece o n.º 1 do artigo 163.º do CT que qualquer das partes pode pôr termo à comissão de serviço, mediante aviso prévio por escrito, com a antecedência mínima de 30 (caso a comissão tenha durado até dois anos) ou 60 dias (caso aquela tenha durado por período superior a dois anos), acrescentando o n.º 2 do mesmo artigo que a falta de pré-aviso apenas constitui a parte faltosa na obrigação de indemnizar a contraparte nos termos do artigo 401.º do CT, não obstante à produção do efeito extintivo da comissão de serviço¹⁹. Esta corresponde à grande particularidade da comissão de serviço e que permite a sua construção como uma forma de flexibilização da contratação no domínio laboral, subtraindo-se assim à tutela da alínea e) do n.º 1 do artigo 129.º do CT (no caso de comissão de serviço interna e externa com garantia de emprego, podendo o trabalhador, finda a comissão de serviço, exercer categoria inferior à que exercia durante a comissão) ou à do artigo 53.º da CRP, igualmente prevista no artigo 338.º do CT, (no caso da comissão de serviço externa sem garantia de emprego, sendo que a extinção da

¹⁸ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 649.

¹⁹ O n.º 2 do artigo 163.º do CT não tinha paralelo no CT2003; sobre o regime então aplicável, cfr. MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço”, cit., p. 377.

comissão de serviço determina a extinção do vínculo laboral, independentemente de justa causa)²⁰.

A distinção entre as diferentes modalidades de comissão de serviço é particularmente relevante para efeitos de determinação dos efeitos da cessação da comissão de serviço.

No caso de comissão de serviço interna, tem aplicação o regime previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, designadamente, o trabalhador volta a exercer a atividade desempenhada antes da comissão de serviço ou a correspondente à categoria a que tenha sido promovido²¹, ou aquela que as partes convencionaram que o trabalhador passaria a exercer finda a comissão, caso seja diversa da exercida pelo trabalhador aquando da celebração do contrato de comissão de serviço²²; adicionalmente, nos termos da alínea b) do

²⁰ Sobre o contributo da comissão de serviço na flexibilização das relações de trabalho, cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 192; MARIA IRENE GOMES, "A comissão de serviço à luz do Código do Trabalho", cit., pp. 614-5. Sobre a articulação do artigo 53.º da CRP com as necessidades de flexibilização, JOÃO LEAL AMADO, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", cit., pp. 170-171.

²¹ Conforme resulta do n.º 5 do artigo 162.º do CT, "o tempo de serviço prestado em regime de comissão de serviço conta para efeitos de antiguidade do trabalhador como se tivesse sido prestado na categoria de que este é titular". Como refere LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 422, encontram-se aqui abrangidos promoções automáticas e aumentos salariais.

²² Refira-se, todavia, que as funções que as partes convencionaram que o trabalhador passaria a exercer finda a comissão, caso sejam diversas das exercidas pelo trabalhador aquando da celebração do contrato de comissão de serviço, têm de respeitar o disposto no artigo 119.º do CT, não podendo o trabalhador ir desempenhar funções inferiores às que exercia antes de celebrada a comissão (MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 229-223).

LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 422, parece considerar que no caso de trabalhador já antes vinculado à empresa (comissão interna), "da parte inicial da alínea a) parece decorrer a possibilidade do contrato de comissão de serviço associar ao termo desta a cessação da relação de trabalho, com ou sem previsão

de cláusula compensatória", considerando, todavia, que nestes casos, "a regulamentação exposta representa a admissão expressa de estipulação revogatória do contrato de trabalho, sujeita às correspondentes regras gerais, exceto a que impõe termo certo ao acordo revogatório". Em primeiro lugar, consideramos que a utilização da expressão "caso se mantenha ao serviço da empresa" visa apenas sinalizar quais as modalidades de comissão de serviço a que se refere (comissão interna e externa com garantia de emprego, por oposição à comissão externa sem garantia de emprego), sendo que, nestes casos, o contrato poderá ou não manter-se, consoante o trabalhador exerça o direito de resolução previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º, pelo que a utilização da expressão "caso se mantenha ao serviço da empresa" prende-se com o facto de serem atribuídas ao trabalhador "uma de duas possibilidades: ou o trabalhador se mantém na empresa (...) ou o trabalhador não quer manter-se na empresa e, então, nesse caso, pode resolver o contrato de trabalho nos 30 dias seguintes à decisão do empregador que ponha termo à comissão de serviço, com direito a uma indemnização (MARIA IRENE GOMES, "Cláusula de Permanência, Comissão de Serviço e Suspensão do Contrato de Trabalho - Três institutos de difícil articulação?", cit., pp. 540-541, nota 12, e, da mesma Autora, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 127-128).

Em todo o caso, *ab initio*, concordamos que nada obstará a que as partes incluíssem um acordo revogatório no acordo de comissão de serviço, desde que sujeito aos requisitos dos artigos 349.º e 350.º do CT. Todavia, numa análise posterior, essa possibilidade apenas nos parece de sufragar na medida em que, à imagem do propugnado por JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., pp. 358-361, se considerasse que o prazo para que o trabalhador faça cessar o acordo de revogação ("até ao sétimo dia seguinte à data da respetiva celebração", n.º 1 do artigo 350.º do CT, *in fine*) "deveria ser contado a partir do dia seguinte à data de produção de efeitos do acordo revogatório, independentemente da data em que este acordo fosse celebrado", ou seja, sete dias após a cessação do contrato de trabalho subjacente à comissão de serviço (entendimento que *de iure condendo* acompanhamos, muito embora *de iure condito* se revele uma interpretação de difícil articulação com a letra do n.º 1 do artigo 350.º do CT - como refere Autor, parecendo assim deixar à escolha das partes (p. 360 e nota 373) - e com a evolução histórica do preceito - cfr., por exemplo, ROMANO MARTINEZ, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 831-832; não sendo esse o entendimento adotado, refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 757, o regime da revogação não conferiria tutela adequada aos trabalhadores, sendo que "estaria assim criada a solução mágica para afastar muitos trabalhadores: oferecer-se-lhes-ia o engodo de uma comissão de serviço (...) e associar-se-ia à cessação da comissão a cessação do contrato de trabalho como "mera formalidade, é claro..."). Mesmo nessa eventualidade, a possibilidade de as partes afastarem o direito de cessação do acordo de revogação (artigo 350.º, n.º 4, do CT), já de duvidosa bondade só por si (BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 761-762), levantaria acrescidas dificuldades no caso *sub judice*. Independentemente das dificuldades relativas às limitações do direito de arrendimento previsto no n.º 1 do artigo 350.º do CT,

artigo 164.º do CT, o trabalhador tem direito a resolver o contrato de trabalho nos 30 dias seguintes à decisão que ponha termo à comissão de serviço, recebendo uma compensação calculada nos termos do artigo 366.º do CT²³ (correspondente a 12 dias de

consideramos que não é possível sustentar a admissibilidade de acordo revogatório previsto no acordo de comissão de serviço, na medida em que (i) não nos parece possível dispensar o requisito da indicação "do início da produção dos respetivos efeitos", uma vez que a ausência de conhecimento, por parte do trabalhador, da data em que se produzem os efeitos revogatórios conduz a que o concreto conteúdo e alcance do mesmo seja indeterminável (no momento em que se vincula à revogação), podendo o vínculo em comissão de serviço manter-se por um mês ou por vários anos (não é desde logo conhecido o momento em que uma das partes denunciará o vínculo), o que conduziria à sua nulidade nos termos do artigo 280.º do CT (sobre a nulidade do acordo revogatório como consequência da preterição da forma e formalidades impostas por lei, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *op. cit.*, pp. 757-758); (ii) mesmo tratando-se de um contrato a termo certo, o direito previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT e a imperatividade que lhe está associada (artigo 164.º, n.º 2) abona no sentido de o legislador querer garantir ao trabalhador que este decide se quer manter ou não o vínculo em momento contemporâneo da comunicação da cessação da comissão. No sentido da inadmissibilidade de associar à comissão de serviço interna a extinção do vínculo laboral, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 650, nota 24, e 668-669.

²³ *A contrario*, nos casos em que a iniciativa da cessação da comissão de serviço seja do trabalhador, o trabalhador não beneficia deste regime especial de resolução com compensação (considerando que se trata efetivamente de um "caso especial de resolução do contrato de trabalho com justa causa por iniciativa do trabalhador" - e não de denúncia - MARIA IRENE GOMES, "A comissão de serviço", cit., p. 377, nota 9; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 537, nota 664, considera igualmente que se trata de "um caso de resolução do contrato com justa causa pelo trabalhador"), podendo apenas fazer cessar o contrato de acordo com as regras gerais da denúncia (ou seja, sem direito a indemnização), muito embora possa apresentar simultaneamente a denúncia da comissão de serviço (artigo 163.º) e a denúncia do contrato de trabalho (artigo 400.º e ss). Refere MARIA IRENE GOMES, *op. cit.*, p. 378, que a resolução deverá ser comunicada à outra parte por escrito, à semelhança do disposto no atual 395.º, n.º 1, do CT. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 700, critica a solução consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT "pois contraria o pressuposto comum de a resolução invocada pelo trabalhador com causas objetivas não implicar pagamento de compensação (arts. 394.º, n.º 3, e 396.º, n.º 1, do CT) e afasta-se da solução prescrita na alínea seguinte, onde se estatui que a compensação só é devida caso a comissão de serviço cesse por iniciativa do empregador". LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 423, considera ainda

retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sendo que a antiguidade inclui o trabalho prestado antes e durante a comissão de serviço (comissão de serviço interna) ou somente o trabalho prestado ao abrigo da comissão de serviço (comissão de serviço externa com garantia de emprego)). Para efeitos de apurar o valor da retribuição a considerar para o cálculo da compensação - i.e., se a retribuição correspondente à categoria que iria exercer finda a comissão de serviço ou se a retribuição que percebia em virtude do exercício da comissão, e que poderá ser superior - acompanhamos aqui integralmente o entendimento que considera que o valor da retribuição base a que se refere o artigo 366.º, n.º 1, do CT, corresponde à retribuição que o trabalhador iria auferir finda a comissão de serviço, pois "o trabalhador resolve o contrato de trabalho na configuração que o mesmo tem após o fim da comissão de serviço"²⁴.

No caso de comissão de serviço com garantia de emprego, é igualmente aplicável ao trabalhador o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, tendo o trabalhador direito a exercer as funções previstas no contrato de comissão de serviço e a resolver o

que o prazo de 30 dias deve contar-se da data em que a denúncia da comissão produz os seus efeitos (e o trabalhador passa a exercer as funções que anteriormente exercia ou outras que estejam previstas no acordo de comissão de serviço), na medida em que só a partir desse momento é que o trabalhador poderá efetivamente apreciar o impacto da mudança ("desatualização técnica, obsolescência do conhecimento, inversão da relação de hierarquia, perda de importância sócio profissional").

²⁴ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 657-658, chamando a atenção para jurisprudência diversa presente no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 391/12.0TTCSC.L1-4. (JERÓNIMO FREITAS), de 26/06/2013, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

contrato nos 30 dias seguintes à decisão que ponha termo à comissão de serviço, com a inerente indemnização.

Diversamente, tratando-se de cessação de comissão de serviço sem garantia de emprego, terá aplicação o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, tendo o trabalhador, nos casos em que a cessação seja da iniciativa do empregador, direito à indemnização prevista no artigo 366.º do CT, correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, tendo como base de cálculo a retribuição percebida durante o exercício da comissão de serviço²⁵. Diferentemente, tratando-se de cessação da iniciativa do trabalhador, tem-se considerado que este não tem direito a qualquer compensação em virtude da cessação do vínculo²⁶.

Como refere a doutrina, na comissão de serviço externa sem garantia de emprego "aquilo que temos é um trabalhador que pode ser livremente despedido pelo empregador, através da simples via da denúncia imotivada da comissão de serviço"²⁷, assim colocando potencialmente em causa o disposto no artigo 53.º da CRP, que, sob a epígrafe "segurança no emprego", prevê que "é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou

²⁵ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 658;

²⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 700; PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 653, com referências ao regime anterior; LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 424; MARIA IRENE GOMES, "A comissão de serviço", cit., p. 379, embora com algumas dúvidas.

²⁷ JOÃO LEAL AMADO, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", cit., p. 175.

ideológicos”²⁸. O Tribunal Constitucional, todavia, não se pronunciou pela inconstitucionalidade da comissão de serviço externa sem garantia de emprego nos Acórdãos n.º 64/91, de 11 de Abril²⁹, e n.º 338/2010, de 22 de Setembro³⁰, que manteve o entendimento propugnado anteriormente. Não obstante, as decisões

²⁸ Sobre a tutela constitucional em matéria de cessação do contrato de trabalho, com mais indicações, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., pp. 742-750, e LUÍS GONÇALVES DA SILVA e SARA LEITÃO, *Direito Constitucional do Trabalho Comparado*, cit., pp. 176 e ss.

²⁹ Acórdão em que fora solicitada a apreciação preventiva de constitucionalidade de todas as normas do decreto 302/V, da Assembleia da República, referente à «autorização legislativa sobre o regime jurídico do trabalho de menores, das férias, do trabalho em comissão de serviço, do período experimental, da duração do trabalho e da cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador e de salários em atraso». De acordo com o acórdão n.º 64/91, “basta ao Tribunal reconhecer que, nestes casos, há fundamento material para um regime de cessação do contrato, restrito ao contrato ou acordo de comissão de serviço, que o fará terminar com a cessação da relação de confiança considerada essencial. Nestes casos, a quebra de relação fiduciária torna absolutamente impossível o serviço comissionado, como se de impossibilidade objectiva se tratasse, não tendo sentido falar-se de derrogação de normas inderrogáveis a este propósito. Assim se conclui que, para todas estas hipóteses, não vale o princípio de segurança do emprego consagrado no artigo 53.º da Constituição”. Todavia, chamamos a atenção para a declaração de voto de ARMINDO RIBEIRO MENDES, que considerou que a admissibilidade da comissão de serviço sem garantia de emprego chegava ao “ponto de precarizar totalmente a relação de trabalho nesta matéria, admitindo os despedimentos arbitrários ou *ad nutum*. Como foi posto em evidência no debate parlamentar, cria-se uma nova causa de despedimento, que faz renascer a solução do pacote laboral de 1988, que previa como justa causa o despedimento por meras razões de confiança”; pronunciando-se também pela sua inconstitucionalidade, ANTERO ALVES MONTEIRO DINIS, escrevendo “equivale a permitir que as partes acordem na faculdade de o empregador poder, a todo o tempo, despedir sem justa causa o trabalhador, acarretando assim a sua inconstitucionalidade por afrontamento do disposto no artigo 53.º da Constituição”. Refira-se ainda que MÁRIO DE BRITO, na sua declaração de voto, considera igualmente que a comissão de serviço sem garantia de emprego seria inconstitucional, qualificando-a como um “despedimento por acordo do trabalhador”.

³⁰ Também neste Acórdão a pronuncia de não inconstitucionalidade da previsão de comissão de serviço externa sem garantia de emprego não foi unanimemente acompanhada, sublinhando-se a declaração de voto de MARIA JOÃO ANTUNES, por considerar que estaria em causa a “cessação livre e não motivada da relação laboral”.

jurisprudenciais mencionadas convergirem na solução adotada, sublinhe-se que a questão não está inequivocamente encerrada, encontrando-se ainda doutrina que contesta a compatibilidade da comissão de serviço sem garantia de emprego com o artigo 53.º da CRP³¹.

³¹ Assim, criticando os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 64/91 e 338/2010, JOÃO LEAL AMADO, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", cit., pp. 178-180, afirmando o Autor que "é mesmo a componente mais importante da segurança no emprego, a proibição do despedimento sem justa causa, que está posta em xeque...", tratando-se de uma restrição de um direito fundamental dos trabalhadores que não obedece aos ditames do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo" face ao objetivo de "permitir o desempenho, em moldes flexíveis, de certas funções que requerem uma acentuada confiança entre ambos os sujeitos do contrato de trabalho". Pronunciando-se igualmente no sentido da inconstitucionalidade da comissão de serviço externa sem garantia de emprego, ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, "As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho", cit., p. 235, e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., pp. 753-754; ver também JORGE LEITE, "Comissão de serviço", cit., que, criticando o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 64/91 (nota 10, pp. 157-158), refere que a comissão de serviço, que "começou por se apresentar como um expediente razoável para ultrapassar algumas dificuldades resultantes do art. 53.º da CRP, pode acabar por se traduzir numa espécie de «Cavalo de Tróia» da garantia constitucional da segurança no emprego" (p. 159). Referia BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., 2018, p. 506, que se tratava de um "regime mais frágil e que provoca dúvidas", mas sem concluir definitivamente, sendo que na 4.ª edição, de 2020, pp. 487-488, parece afastar as referidas dúvidas, considerando que "não são situações que lesem os trabalhadores". Também JOANA NUNES VICENTE, *A invalidade parcial do contrato de trabalho*, cit., realça que o regime legal tem de passar pelo crivo da proporcionalidade, sendo que a mesma autora adota um discurso mais assertivo em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 478-479. Considerando que o entendimento sufragado pelo Tribunal Constitucional "é plenamente compatível com o pluralismo interno do Direito do Trabalho", PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 650-652, nota 26; no mesmo sentido, pronunciando-se pela não verificação de uma inconstitucionalidade, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da constitucionalidade das comissões de serviços laborais: parecer", cit., pp. 144-148, considerando que não estamos perante uma situação "equiparável a um despedimento sem justa causa, uma vez que, *ab initio* e estruturalmente corresponde ao desenlace normal duma situação transitória". Ver ainda MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., pp. 201-202. Em qualquer caso, consideramos, no seguimento de determinada doutrina citada, que diferentemente do entendimento do Tribunal

De facto, nos casos em que a cessação da comissão de serviço determine automaticamente a cessação do vínculo laboral, estamos perante a consagração da denúncia *ad nutum*. Tal não significa, no entanto, que se considere que o exercício do direito de denúncia unilateral seja ilimitado, muito embora se possa questionar quais os concretos contornos do exercício lícito do direito - em particular, se: a) se procede a uma delimitação negativa do direito de denúncia, considerando ilícita, por abusiva, a denúncia "assente em fatores de discriminação repudiados pelo sistema"³²; ou b) se deveremos proceder a uma delimitação positiva do âmbito do direito de denúncia, considerando que apenas será lícita a denúncia que se compreenda na finalidade específica para que foi consagrada no CT, i.e., para fazer cessar o exercício de funções a que subjaz uma especial relação de confiança quando se verifique uma quebra do laço fiduciário. Face ao disposto no artigo 163.º do CT, tem sido adotado o primeiro entendimento.

Constitucional, o artigo 53.º da CRP é aplicável à comissão de serviço, sendo que importa apurar se a restrição a este artigo respeita o princípio da proporcionalidade.

³² LUÍS MIGUEL MONTEIRO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 421, sublinhando JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 756, que serão "extremamente raros e excepcionais os casos em que se pode pretender que a denúncia por qualquer uma das partes seja contrária à boa fé". No mesmo sentido, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 652, referindo que apenas se pode apreciar o exercício abusivo da liberdade de denúncia, mas que tal não implica a "limitação dos motivos admitidos para que o empregador denuncie a comissão de serviço a situações de quebra de confiança". Sobre a denúncia livre no CT, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 938.

2. Admissibilidade de aposição de termo no contrato de comissão de serviço

Analísado o regime especial da comissão de serviço nos seus traços gerais, importa agora atentar na possibilidade de aposição de um termo no contrato de comissão de serviço, questão que não é incontroversa nem inconsequente.

Não é incontroversa, desde logo, no que respeita à compatibilidade do regime da comissão de serviço com o regime do termo resolutivo, problema que se coloca em diferentes termos consoante nos estejamos a referir ao termo especialmente previsto no contexto laboral (artigos 139.º e seguintes do CT), ou ao termo resolutivo comum, previsto no artigo 278.º do CC. Não é também inconsequente na medida em que, admitindo-se a aposição de um termo resolutivo à comissão de serviço, tratando-se de um termo fixado em conformidade com o disposto nos artigos 139.º e seguintes do CT, a sua verificação determinaria a aplicação do disposto no artigo 344.º e 345.º ao invés do regime previsto nos artigos 163.º e 164.º do CT; diferentemente, tratando-se de um termo resolutivo comum, a regra seria no sentido da caducidade automática e da não produção de consequências compensatórias, afastando a aplicação dos referidos artigos 163.º e 164.º do CT.

Deste modo, importa equacionar as duas hipóteses avançadas e tomar posição quanto à sua admissibilidade face ao direito constituído.

2.1. A comissão de serviço sujeita a termo resolutivo nos termos do artigo 139.º e ss. do CT

Como refere a doutrina, a comissão de serviço tradicional "sugere, desde logo, a ideia de *preenchimento transitório de um lugar* (note-se: de preenchimento transitório de um lugar permanente)"³³, sendo que a questão que ora se coloca prende-se com o regime aplicável em casos de preenchimento transitório de um lugar temporário (ou temporariamente disponível)³⁴.

Embora tanto a comissão de serviço como o contrato a termo partilhem a característica da transitoriedade, o fundamento subjacente a tal transitoriedade é distinto: no primeiro caso, a transitoriedade justifica-se pelo exercício de funções que requerem uma relação especial de confiança, enquanto no segundo caso é a disponibilidade do posto de trabalho que se revela temporária³⁵.

³³ JOÃO LEAL AMADO, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", cit., p. 173. No mesmo sentido, JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., p. 469.

³⁴ JORGE LEITE, "Comissão de serviço", cit., p. 153, nota 1, refere mesmo "nisso se distingue do contrato a prazo, modalidade contratual cuja precariedade é determinada pelo carácter transitório da correspondente necessidade e não pelo tipo de funções".

³⁵ A doutrina tende a considerar que os fundamentos para a celebração de contrato a termo previstos no n.º 4 do artigo 140.º do CT não correspondem a "necessidades temporárias" da empresa (n.º 1 do artigo 140.º do CT), mas antes a necessidades permanentes (MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 88; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., p. 81). Todavia, para o que releva no presente caso, analisaremos a questão da perspetiva do regime-regra dos artigos 140.º, n.ºs 1 a 3. Sobre a distinção entre os fundamentos mencionados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 140.º do CT e no n.º 4 do mesmo artigo, entre outros, JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 369-376 e 401-407, respetivamente.

Estabelece o n.º 1 do artigo 140.º do CT que “o contrato de trabalho a termo resolutivo só pode ser celebrado para a satisfação de necessidades temporárias, objetivamente definidas pela entidade empregadora e apenas pelo período estritamente necessário à satisfação dessas necessidades”, elencando, de modo exemplificativo, diversas necessidades temporárias que fundamentam a celebração de contrato a termo certo no seu n.º 2 e, de modo taxativo, as necessidades temporárias que fundamentam a celebração de contrato a termo incerto no seu n.º 3³⁶.

Por esse motivo, parece-nos *ab initio* possível que, em determinadas circunstâncias, o contrato de trabalho em comissão de serviço seja duplamente transitório (pense-se, por exemplo, no caso de trabalhador que celebra um contrato de comissão de serviço tendo em vista substituir um outro que exerce funções de direção, caso em que o posto de trabalho apenas estará temporariamente disponível - até ao regresso do trabalhador -, e, por outro lado, a manutenção do vínculo ou da categoria, durante esse período, está dependente da manutenção da relação especial de confiança)³⁷.

³⁶ Sobre o regime do contrato a termo previsto nos artigos 139.º e ss do CT, entre outros, cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 735 e ss; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., pp. 53 e ss; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., pp. 75 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 684 e ss. JOANA NUNES VICENTE, em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 369 e ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 517 e ss; LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 358 e ss.

³⁷ No mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., p. 196, muito embora refira que “na prática, esta solução é desaconselhável, não só por ser desnecessária (já que a comissão de serviço pode cessar a todo o tempo), mas sobretudo porque o regime restritivo do

Todavia, como refere a doutrina, a admissibilidade de aposição de termo resolutivo à comissão de serviço “coloca muito mais problemas do que aqueles que pretende resolver”³⁸, na medida em que cria diversas dificuldades de articulação de regimes. Pondo, para já, de lado os problemas colocados pela aplicação conjunta do disposto nos artigos 161.º e seguintes com o previsto nos artigos 139.º e seguintes, consideramos que o primeiro aspeto que importa analisar prende-se com as diferenças que resultam da aplicação de um ou do outro regime, sendo que, em termos práticos, a aposição de termo à comissão de serviço não é - novamente em abstrato - totalmente isenta de vantagens para o empregador ou para o trabalhador.

contrato a termo não se coaduna com a figura, muito mais maleável, da comissão de serviço”. Refira-se ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 171/11.OTTPDL.L1-4, de 07/03/2012, que embora tenha considerado que é inadmissível a introdução de prazo no contrato de comissão de serviço, afirmou que “mesmo que se admita a aposição de tal termo ao contrato de comissão de serviço, a mesma tem que obedecer aos ditames e restrições do regime do contrato de trabalho a termo certo”, previstos nos artigos 139.º e ss. Contra, pronunciando-se pela inadmissibilidade de sujeição do contrato de comissão de serviço ao termo previsto nos artigos 139.º e ss, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 663 e 664, mais afirmando que “na medida em que as restrições que a lei coloca ao contrato de trabalho a termo não se afiguram compatíveis com a liberdade de desvinculação que caracteriza esta modalidade especial de contrato de trabalho”, mais acrescentando que “a exigência de uma motivação para a limitação temporal da duração do contrato de trabalho (...) vista como decorrência do princípio constitucional da segurança no emprego que aqui não tem aplicação - , não faria sentido quando se concede às partes a liberdade de, a qualquer momento e sem terem de o justificar, promoverem o fim da relação contratual por acto unilateral”. Por sua vez, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., pp. 244-247, parece recusar a aplicação cumulativa dos dois regimes, surgindo como regimes de funcionamento alternativo. DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Comentado*, cit., p. 428, admite também que “as partes acordar que o exercício de cargo ou funções em comissão de serviço durará, em princípio, durante determinado período de tempo”, embora nada diga em relação ao regime aplicável a essa estipulação de vigência limitada.

³⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., p. 196.

Tanto no caso de comissão de serviço interna como externa, de acordo com o disposto nos artigos 163.º e 164.º do CT, a denúncia da comissão de serviço deve ser precedida de um pré-aviso de 30 (caso a comissão de serviço tenha durado até dois anos) ou 60 dias (caso tenha durado dois anos ou mais), sendo o seu incumprimento compensado nos termos do artigo 401.º do CT; por sua vez, em caso de caducidade motivada pela verificação do termo, tratando-se de contrato a termo certo sem cláusula de não renovação, o empregador tem de comunicar a caducidade 15 ou oito dias antes de o prazo expirar (artigo 344.º, n.º 1, do CT)³⁹, e, no caso de contrato a termo incerto, tem de comunicar a caducidade do contrato com a antecedência mínima de sete, 30 ou 60 dias conforme o contrato tenha durado até seis meses, de seis meses a dois anos ou por período superior (artigo 345.º, n.º 1, do CT).

Por sua vez, tratando-se de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, importa começar por realçar que o regime legal do contrato a termo prevê um regime compensatório mais benéfico para o trabalhador do que aquele que resulta do artigo 164.º, n.º 1, alínea c), do CT, por dois motivos: (i) em primeiro lugar,

³⁹ Sobre a necessidade de comunicação da caducidade nos casos em que seja aposta cláusula de não renovação, considerando que o contrato caduca automaticamente, sem necessidade de comunicação, LUÍS MIGUEL MONTEIRO/PEDRO MADEIRA DE BRITO, em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 391-392, afirmando que, na medida em que a cláusula de não renovação "elimina a dúvida sobre o seu prosseguimento [do contrato] e concedendo ao trabalhador mais tempo na busca de posto de trabalho alternativo", o interesse que impõe o aviso prévio "está acautelado na contratação, pelo que é desnecessária outra comunicação"; Ver também, na mesma obra, anotação de PEDRO ROMANO MARTINEZ ao artigo 344.º, pp. 817-818; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 60; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, cit., p. 90.

o artigo 164.º, n.º 1, alínea c), do CT, limita o direito à compensação aos casos em que a denúncia provenha de iniciativa do empregador, solução mais restritiva do que a prevista para a caducidade do contrato a termo certo (artigo 344.º, n.º 2, do CT, em que apenas se exclui a compensação em caso de iniciativa do trabalhador⁴⁰), e do que o regime aplicável à caducidade do contrato a termo incerto, em que a compensação é devida em virtude da caducidade do contrato, independentemente da parte que proceda à respetiva comunicação; (ii) em segundo lugar, os montantes da indemnização são também eles distintos, na medida em que o regime aplicável à cessação da comissão de serviço determina que a indemnização é calculada nos termos do artigo 366.º (estabelecendo o n.º 1 do artigo 366.º do CT que o trabalhador tem direito a compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade), enquanto a compensação em virtude da caducidade do contrato a termo, muito embora seja igualmente calculada nos

⁴⁰ Após as alterações introduzidas pela Lei n.º 93/2019, o n.º 2 do artigo 344.º do CT passou a prever que "o trabalhador tem direito a compensação (...), salvo se a caducidade decorrer de declaração do trabalhador". No regime anterior, estabelecia este mesmo artigo que "Em caso de caducidade de contrato de trabalho a termo certo decorrente de declaração do empregador (...)", pelo que a doutrina debatia sobre se a compensação seria igualmente devida nos casos em que fosse aposta uma cláusula de não renovação do contrato a termo, tendo em conta que, nesses casos, não haveria uma "declaração de empregador" (sobre a questão, com indicação da doutrina então vigente, CLÁUDIA MADALENO, "Compensação pela cessação de contrato a termo", cit., pp. 281-286. Com a modificação operada pela Lei n.º 93/2019, o artigo 344.º passou a excluir apenas os casos em que a caducidade seja provocada pelo trabalhador, assim parecendo abranger os demais (em que seja causada pelo empregador ou decorra automaticamente do funcionamento de cláusula de não renovação). Sobre o impacto da alteração de 2019, JOANA NUNES VICENTE em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., pp. 418-421, com menções aos entendimentos anteriores na nota 99.

termos do artigo 366.º, pode corresponder a 18 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (em caso de contrato a termo certo - artigo 344.º, n.º 2, do CT - e em caso de contrato a termo incerto, no que respeita aos três primeiros anos de duração do contrato, percebendo o correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano subsequente - artigo 345.º, n.ºs 4 e 5, do CT).

Tratando-se de comissão de serviço interna ou externa com garantia de emprego, cessando a comissão de serviço por caducidade em virtude da verificação do termo estabelecido de acordo com o disposto nos artigos 139.º e seguintes do CT, não se encontra (naturalmente) previsto nos artigos 344.º e 345.º um direito de resolução semelhante ao que consta da alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, o que se poderá revelar vantajoso para o empregador, na medida em que a não aplicação desta alínea redundaria na exclusão da possibilidade de o trabalhador resolver o vínculo com compensação.

Verificadas as diferenças entre os regimes em apreço e as potenciais vantagens na aposição de um termo resolutivo (nos termos dos artigos 139.º e seguintes do CT) a uma comissão de serviço, importa analisar os concretos problemas que se colocam a propósito de aplicação cumulativa dos dois regimes, os quais respeitam, desde logo, ao alcance da autonomia dos dois fundamentos de transitoriedade, motivo pelo qual consideramos que a análise da admissibilidade da aposição de termo à comissão de serviço dependerá da distinção entre *o modelo de total autonomia* entre os

fundamentos de instabilidade da comissão de serviço e o *modelo de autonomia parcial* entre os fundamentos de instabilidade.

Começando pelo *modelo de total autonomia* entre os fundamentos de instabilidade da comissão, embora teoricamente nos pareça possível traçar a distinção entre os dois regimes cuja aplicação seria convocada, sendo que a determinação do regime aplicável à cessação do vínculo dependeria da causa subjacente à respetiva cessação (tratando-se de um caso em que se verificou o termo, seria de aplicar o regime previsto no artigo 344.º e 345.º do CT; tratando-se de um caso em que foi exercido o direito de denúncia, o empregador teria de se desvincular e compensar o trabalhador nos termos do artigo 164.º do CT⁴¹), na prática a distinção não é tão linear. De facto, na medida em que o empregador pode denunciar a comissão de serviço sem necessidade de fundamentar essa decisão (e estando vedada apenas em situações muito excecionais), nada obstará a que o empregador denunciase o vínculo antes da produção dos efeitos da verificação do termo, deste modo evitando a aplicação do regime de compensação previsto no artigo 344.º e 345.º do CT. Dito de outro modo, caso se considere que a aposição do termo não afeta o direito de denúncia imotivada da comissão, na verdade o que se está a permitir é que seja conferida

⁴¹ E, de facto, há uma certa coincidência entre as finalidades da compensação por caducidade no contrato a termo e a compensação por denúncia na comissão de serviço, se considerarmos que a caducidade no contrato a termo tem como objetivo compensá-lo pela natureza precária do seu vínculo (sobre as diferentes teses relativas às finalidades da compensação prevista nos artigos 344.º e 345.º do CT, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 524-525, considerando que "a compensação surge assim como uma contrapartida da extinção da relação laboral por parte da entidade patronal, cuja ameaça esteve sempre presente em consequência da celebração de uma relação laboral precária").

às partes a possibilidade de *escolherem* qual o regime de cessação que consideram mais vantajoso, o que conduziria à existência de uma espécie de fundamento de instabilidade "de reserva" (considerando-se que a cláusula do contrato a termo era nula, manter-se-ia a instabilidade do vínculo através do regime dos artigos 163.º e 164.º; considerando-se que a cláusula da comissão de serviço era nula, manter-se-ia a instabilidade do vínculo através do regime do contrato a termo).

Vejamos.

Se considerarmos que a aposição de termo não afeta o regular funcionamento do regime dos artigos 161.º e seguintes (isto é, que a denúncia prevista no artigo 163.º do CT compreende a possibilidade de fazer cessar o contrato por qualquer motivo não abusivo, incluindo motivos relacionados com a verificação do termo ou de outros que - por coincidência! - se manifestem na proximidade da verificação do termo), na verdade o que sucederia seria que ao empregador passaria a ser fornecida uma escolha económica na cessação do contrato, no caso da comissão externa sem garantia de emprego, comparar o custo (económico e/ou de gestão) de um pré-aviso potencialmente inferior mas associado a uma compensação superior *versus* um pré-aviso superior mas associado a uma compensação inferior. Tratando-se de comissão de serviço interna ou externa com garantia de emprego, essa escolha seria entre: um pré-aviso potencialmente inferior, mas associado à compensação dos artigos 344.º e 345.º do CT (relativamente ao acréscimo na retribuição do trabalhador durante o exercício da comissão⁴²) *versus*

⁴² Ver *infra*.

um pré-aviso potencialmente superior, mas que conferiria ao trabalhador o direito de resolver o contrato com direito a compensação.

Adicionalmente, as traves-mestras do regime do contrato a termo não seriam, aqui, providas de qualquer sentido aplicativo. Com efeito, na medida em que o contrato a termo é um mecanismo que introduz um desvio artigo 53.º da CRP, o seu funcionamento está sujeito a apertadas restrições substanciais, formais e temporais. Neste contexto, o artigo 147.º do CT assume um papel central no regime da contratação a termo, estabelecendo o seu n.º 1 que se considera *sem termo* o contrato de trabalho: em que a estipulação de termo tenha por fim iludir as disposições que regulam o contrato sem termo (alínea a), o contrato seja celebrado fora dos casos previstos nos n.ºs 1, 3 ou 4 do artigo 140.º (alínea b), em que falte a redução a escrito, a identificação ou a assinatura das partes, ou, simultaneamente, as datas de celebração do contrato e de início do trabalho, bem como aquele em que se omitam ou sejam insuficientes as referências ao termo e ao motivo justificativo (alínea c) e o contrato celebrado em violação do disposto no n.º 1 do artigo 143.º (alínea d). Por sua vez, de acordo com o n.º 2 do artigo 147.º do CT, *converte-se em contrato de trabalho sem termo*: aquele cuja renovação tenha sido feita em violação do disposto no artigo 149.º (alínea a), aquele em que seja excedido o prazo de duração ou o número de renovações a que se refere o artigo seguinte (alínea b) e o celebrado a termo incerto, quando o trabalhador permaneça em atividade após a data de caducidade indicada na comunicação do

empregador ou, na falta desta, decorridos 15 dias após a verificação do termo (alínea c).

Em particular, o problema que se coloca é o seguinte: tratando-se de uma comissão de serviço a termo que incumpra os requisitos formais e temporais previstos nos artigos 140.º e seguintes do CT, qual o alcance da tutela jurídica conferida ao trabalhador? Poderá a invalidade do termo ter consequências em relação à transitoriedade que decorre do carácter fiduciário da categoria ocupada pelo trabalhador? Se sufragarmos uma *total autonomia* entre os fundamentos de instabilidade da comissão, os vícios que afetassem um deles não privariam de justificação a manutenção do outro.

Exemplificando com os casos de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, na medida em que se verifica uma concorrência de fundamentos de transitoriedade do vínculo, a potencial estabilidade que a perda de um dos fundamentos da transitoriedade importaria não determinaria a eliminação da tutela conferida pelo outro fundamento. Dito de outro modo, ainda que o empregador não respeitasse um dos requisitos formais do contrato a termo ou os limites temporais do mesmo, a *ratio* que preside à atribuição do direito de livre denúncia ao empregador perante comissões de serviço manter-se-ia imperturbada, uma vez que os fundamentos de transitoriedade funcionam de forma autónoma - o regime do artigo 147.º do CT visa sancionar o empregador pelo recurso ilícito a uma modalidade de contrato que põe em causa o princípio constitucional da segurança no emprego mas, todavia, nos casos em que foi celebrada uma comissão de serviço, o referido

princípio já foi afastado em virtude das funções ocupadas pelo trabalhador⁴³.

Pelo exposto, consideramos que se verifica, efetivamente, uma incompatibilidade entre a comissão de serviço e o contrato a termo caso se trate de um modelo de total autonomia entre estes regimes. Ironicamente, o modelo de total autonomia acaba por redundar numa potencial alternatividade entre a cessação por caducidade e por denúncia (em que a primeira surge consumida pela segunda), sendo que, adicionalmente, priva de utilidade certas disposições tidas por essenciais na composição do contrato a termo (isto é, seria contraditório impor múltiplos limites e condicionamentos à aposição do termo para depois considerar o seu incumprimento irrelevante face à manutenção da possibilidade de denunciar a comissão sem qualquer necessidade de motivação)⁴⁴.

Olhando agora para aquele que apelidámos de *modelo de autonomia parcial* entre fundamentos de instabilidade, a grande diferença face ao modelo de autonomia total respeitaria ao efeito restritivo que a aposição de um termo acarretaria para a denúncia livre prevista no artigo 163.º do CT. Só deste modo seria possível apurar qual dos regimes de transitoriedade estava a ser invocado (e

⁴³ O inverso seria, assim, igualmente verdadeiro: o incumprimento dos requisitos legais impostos nos artigos 161.º e 162.º do CT (que determinaria que se considerasse que tinha sido celebrado um contrato de trabalho comum para a categoria visada pela comissão), não obstará a que se mantivesse a instabilidade do vínculo decorrente da manutenção dos fundamentos que presidiam à transitoriedade da disponibilidade do posto de trabalho.

⁴⁴ Como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., p. 196, "não faz sentido, neste caso, aplicar as sanções de conversão do contrato a termo em contrato por tempo indeterminado, no caso de uma comissão de serviço deficientemente motivada ou que tenha durado para além do prazo estipulado, porque o contrato pode sempre ser denunciado".

qual o regime de cessação a aplicar ao trabalhador), decisão que nos parece ser viável e que, de facto, resolveria (parcialmente) o problema colocado. Dizemos parcialmente porque, se considerarmos que a denúncia prevista no artigo 163.º do CT, em virtude da aposição do termo, passa a ter de ser fundamentada na quebra da especial relação de confiança, coloca-se a dificuldade de apurar quais seriam os fundamentos admissíveis para o efeito, em particular tendo em conta que, salvo melhor opinião, o que "está em jogo é uma confiança pessoal ou uma fidúcia subjetiva"⁴⁵, pelo que à medida que nos aproximamos de uma objetivação da relação de especial confiança, menos relevância estamos a conferir ao fundamento que justifica o regime especial da comissão de serviço⁴⁶.

Em todo o caso, admitindo que é efetivamente possível, sem perder a subjetividade subjacente à manutenção da especial relação de confiança, limitar o âmbito, exigir e sindicar a motivação da denúncia prevista no artigo 163.º do CT, já nos parece ser possível obter um maior grau de compatibilidade entre a comissão de serviço e a cláusula que estabelece um termo resolutivo, pois já seria possível apurar qual o fundamento cessação que estaria a ser invocado pelas partes aquando da cessação do vínculo.

Vejamos.

Cessando o contrato pela verificação do termo e tratando-se de uma comissão de serviço externa sem garantia de emprego, seria aplicável o disposto nos artigos 344.º e 345.º do CT, percebendo o

⁴⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, cit., p. 756.

⁴⁶ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., p. 196, refere que "também não faz sentido impedir a denúncia da comissão antes de decorrido o prazo, porque isso contraria a essência da figura", não sendo claro se abrange igualmente a restrição da denúncia.

trabalhador uma compensação superior à que receberia por aplicação da alínea c) do n.º 1 do artigo 164.º do CT.

Relativamente ao regime da cessação no caso de comissão interna ou externa com garantia de emprego, não nos parece particularmente adequado aplicar o disposto nos artigos 344.º e 345.º nos casos em que o trabalhador mantenha um vínculo laboral (embora noutra categoria) pois não só não se encontra preenchido o âmbito de aplicação material do artigo (não há caducidade de um *contrato*, mas somente de uma *cláusula* do contrato), como o legislador, em sede própria (alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT) já valorou a situação, tendo considerado que a perda da categoria, nestes casos, não atribuiria, só por si, o direito a uma compensação, mas o direito a resolver o contrato de trabalho com compensação na sequência da denúncia do empregador. Todavia, na medida em que as partes *escolheram* submeter a comissão de serviço ao regime do contrato a termo, consideramos que será de aplicar as regras previstas nos artigos 344.º e 345.º sobre o valor da diferença da retribuição que o trabalhador recebia com o exercício da comissão e a que vai perceber com as funções a desempenhar finda a comissão.

Olhando agora para a questão da preservação dos elementos essenciais do regime do contrato a termo, coloca-se a questão de determinar se através deste modelo é possível atribuir utilidade prática aos mesmos. E a resposta é, parece-nos, parcialmente positiva. No que respeita ao incumprimento de requisitos formais e materiais do contrato a termo, consideramos que o seu incumprimento não permite, a nosso ver, a aquisição da categoria (no caso de comissão de serviço interna ou externa com garantia de

emprego)⁴⁷ nem o aparecimento de um contrato por tempo indeterminado (no caso da comissão de serviço externa), mas levaria à consolidação da restrição das limitações impostas à denúncia (ou seja, a verificação da nulidade na aposição do termo não reporia a possibilidade de denúncia imotivada). Todavia, tratando-se de um incumprimento dos requisitos temporais, a questão já se coloca em termos diversos, uma vez que nestes casos a manutenção da restrição imposta à denúncia corresponderia à eliminação do efeito extintivo (*in casu*, extintivo da comissão de serviço) associado à aposição do termo, pelo que se teria de aplicar o regime geral do artigo 147.º, n.º 2, do CT, e o incumprimento das regras temporais do regime do termo determinariam a caducidade do mesmo, sendo que a manutenção do trabalhador determinaria a aquisição da categoria (e do posto de trabalho, sendo comissão externa sem garantia de emprego)⁴⁸.

Consideramos que a tentativa de conciliação das disposições do CT que regulam o contrato a termo com a comissão de serviço revelam como é difícil admitir com segurança o funcionamento do disposto nos artigos 140.º e seguintes, pois o contrato a termo, nesta modalidade, acaba por assumir uma finalidade contrária à que

⁴⁷ Solução diversa surge propugnada em MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Volume IV, cit., p. 196, que apenas admite a contração a termo no contexto da comissão de serviço na comissão interna com a finalidade de facilitar a aquisição da categoria.

⁴⁸ Não nos parece que haja aqui uma incompatibilidade com o regime de comissão de serviço, na medida em que a sua adoção é, também, uma *escolha* das partes, que podem escolher celebrar um contrato de trabalho comum - *escolhendo* celebrar uma comissão de serviço e, adicionalmente, *escolhendo* apor um termo à vigência da comissão de serviço, a caducidade da comissão determinaria que a continuação de exercício de funções corresponderia à manutenção do contrato nas funções objeto da comissão de serviço *para além* da sua duração (da comissão de serviço), já não estando sob a alçada do seu regime especial.

presidiu à sua consagração no CT. O regime do contrato a termo surge no CT como uma forma de flexibilizar a contratação de trabalhadores verificados determinados pressupostos materiais, isto é, surge como um fator de instabilidade perante o princípio da segurança no emprego. As normas legais aplicáveis estão, desta forma, orientadas para diminuir o impacto dessa flexibilização nas garantias do trabalhador através do recurso ao regime da transformação em contrato por tempo indeterminado. Todavia, no caso de inserção de um termo resolutivo celebrado de acordo com os artigos 140.º e seguintes, estamos a pedir a um regime pensado como fundamento de instabilidade de um contrato tipicamente estável (o contrato por tempo indeterminado) que funcione como um mecanismo de estabilidade de um contrato que se revela ainda mais instável (a comissão de serviço), mas sem que possa, para o efeito, usufruir totalmente das formas de tutela concebidas pelo legislador.

Não se trata, na nossa perspetiva, de uma incompatibilidade genética entre os regimes, mas sim dos custos que essa articulação importa para a segurança jurídica e para a preservação da teleologia dos regimes em causa. Conforme resultou do exposto *supra*, a proposta de articulação avançada destes dois institutos (e que fazemos com grandes dúvidas) tornaria o intérprete num verdadeiro *Doutor Frankenstein* que, pegando em diferentes partes dos regimes legais, aproveitando umas normas, deixando outras de fora, adaptando soluções jurídicas aqui e ali, construiria uma criatura jurídica irreconhecível.

Pelo exposto, acompanhamos a doutrina que recusa a possibilidade de apor um termo resolutivo laboral à comissão de

serviço, na medida em que as cedências necessárias para compatibilizar os regimes jurídicos levam à sua descaracterização recíproca e à excessiva (e, em grande medida, fictícia) compartimentalização dos regimes.

2.2. A comissão de serviço sujeita a termo resolutivo comum

Questão diversa da *supra* enunciada prende-se com a possibilidade de as partes, aquando da celebração da comissão de serviço, estabelecerem *ab initio*, por escrito⁴⁹, a sua vigência por período determinado, sem qualquer associação a um dos motivos justificativos do artigo 140.º do CT. O Código não oferece, de forma expressa, qualquer resposta à questão colocada, o que se compreende na medida em que a aposição de um termo, tendo em conta o regime regra da limitação da cessação do contrato por iniciativa do empregador, apenas excecionalmente poderia ser admitida face ao princípio da segurança no emprego (artigo 53.º da CRP, acolhido no artigo 338.º do CT, que prevê a proibição do despedimento sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos). Por outro lado, embora a caducidade decorrente da verificação do termo esteja expressamente prevista como causa de cessação do contrato de trabalho (artigos 340.º, alínea a), e 343.º, alínea a)), o regime legal não pode simplesmente ser importado para a comissão de serviço: em primeiro lugar, a caducidade prevista nos artigos 344.º e 345.º do CT está pensada para os casos de contratos

⁴⁹ Exigindo a forma escrita para esta cláusula, MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., p. 234, entendimento que acompanhamos.

a termo celebrados ao abrigo dos artigos 140.º e seguintes⁵⁰, e, em segundo lugar, na medida em que o disposto naqueles artigos se refere à cessação do contrato e sendo que a cessação da comissão de serviço só implicará a cessação do contrato de trabalho nos casos de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, não abrange (pelo menos diretamente) as demais modalidades de comissão de serviço.

Assinalando desde já as diferenças essenciais entre a caducidade decorrente da verificação de um termo laboral e a caducidade comum, enquanto esta tem funcionamento automático e não determina a atribuição de compensação ao trabalhador decorrente da sua verificação, a caducidade no contexto laboral importaria dois desvios de verificação tendencial: a caducidade careceria, por regra, de comunicação à outra parte e, em certos casos, poderia estar na origem da produção de outros efeitos (como sejam os compensatórios)⁵¹. Tratando-se de uma modalidade de termo resolutivo comum inserida num contexto laboral, perguntamos então qual o regime a que estaria sujeita a caducidade da comissão por verificação do termo.

A questão que então se coloca a propósito da possibilidade de aposição de um termo à comissão de serviço não se prende, assim, somente com a sua admissibilidade em abstrato, mas com a

⁵⁰ Sobre as dificuldades na aplicação do regime geral laboral do contrato a termo previsto no CT a outras situações especiais de contratação laboral a termo, cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., pp. 93-94.

⁵¹ Sobre os efeitos associados à caducidade comum e à caducidade no contexto laboral, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, cit., pp. 762-763, considerando que a caducidade no contexto laboral não opera *ipso iure* (p. 764).

determinação do regime a que estaria sujeito e a compatibilidade desse regime com o disposto nas normas legais aplicáveis.

A propósito da sua admissibilidade, começamos por destacar o paralelo que pode ser tecido com a comissão de serviço celebrada ao abrigo da LGTFP, a qual é inclusivamente em regra constituída por tempo determinado (com prazo)^{52/53}.

Este paralelo aponta no sentido de inexistir uma incompatibilidade de princípio entre a aposição de um termo resolutivo em sentido técnico a uma comissão de serviço, muito embora, em termos de regime, a sua importação não seja possível. E, de facto, reiteramos, na medida em que se adote uma conceção

⁵² De acordo com a informação da DGAEP, disponível em <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=1C0E206D-81CD-43E9-9D88-2F307E7230F7>, embora sem dados estatísticos demonstrativos da afirmação. Assim, de acordo com o disposto no estatuto do pessoal dirigente dos serviços e organismos da administração central, regional e local do Estado (aprovado pela Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro, doravante "EPD"), o regime regra é que a comissão de serviço têm a duração inicial de cinco anos no caso de exercício de cargos de direção superior (n.º 12 do artigo 19.º do EDP, sendo que podem celebrar esta comissão trabalhadores "vinculados ou não à Administração Pública", nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do EDP) e de três anos no caso de cargos de direção intermédia (n.º 9 do artigo 21.º do EDP, "de entre trabalhadores em funções públicas contratados ou designados por tempo indeterminado", conforme estabelece o n.º 1 do artigo 20.º do EDP), estando sujeitas a renovação nos termos dos artigos 22.º e 23.º do EDP, respetivamente. De acordo com o artigo 25.º do EDP, a comissão de serviço cessa, entre outras, pelo seu termo (alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º do EDP), nos casos em que esta não seja renovada (n.º 1 do artigo 24.º do EDP *ex vi* alínea a) do n.º 1 do artigo 25.º do EDP, *in fine*). Refere FRANCISCO PIMENTEL, *Estatuto jurídico do trabalhador em funções públicas*, cit., p. 56, que a extinção da comissão de serviço abrangida pela LGTFP pode ocorrer por denúncia ou por caducidade.

⁵³ LUÍS MIGUEL MONTEIRO em ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 424-425, refere a aposição de termo na comissão de serviço é "prática frequente", embora não tome posição concreta sobre a sua admissibilidade, apenas referindo que a mesma "tem sido admitida", alertando PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 663, e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, cit., p. 196, para a prática em IRCT.

ampla da liberdade de denúncia, não estando esta sujeita a outros limites que não os decorrentes do abuso de direito, nada obsta a que as partes, em teoria, possam regular a duração da comissão⁵⁴. Importa, todavia, sublinhar que há diferentes formas de conceber os efeitos do termo sobre a comissão de serviço, sendo possível considerar que a aposição de um termo se refere a um termo em *sentido estrito ou técnico que provoca a caducidade automática da comissão*, combinada ou não com a limitação da denúncia, bem como considerar que o termo aposto é *meramente indicativo*. Vejamos.

Começando pela tese que propugna que é possível às partes inserirem na comissão de serviço um *termo comum em sentido estrito*, importa distinguir entre: (i) a possibilidade de admitir que a aposição de termo resolutivo restringe a liberdade de denúncia e (ii) a possibilidade de considerar que a aposição de termo não pode restringir a denúncia livre.

Principiando pela hipótese de *termo comum em sentido estrito com restrição da liberdade de denúncia*⁵⁵, importa destacar, desde logo, que a comissão de serviço não é uma modalidade contratual

⁵⁴ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 662-663.

⁵⁵ Embora PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 662, refira que a restrição do âmbito da denúncia é apenas o regime subsidiário nos contratos de duração limitada, podendo as partes "validamente atribuir a faculdade de qualquer delas denunciar o contrato, promovendo a cessação antecipada, normalmente mediante a concessão de um aviso prévio, mas sem necessidade de motivação", julgamos que o autor apenas tece estas considerações a propósito do regime geral dos contratos de duração limitada, e não a propósito dos potenciais efeitos da aposição de um termo a uma comissão de serviço (o que parece ser corroborado na p. 665, quando o autor refere "a estipulação de um termo resolutivo na comissão de serviço sem garantia de emprego tem como consequência a estabilização do vínculo e o inerente afastamento da faculdade de denúncia imotivada", entendimento que mantém a propósito da comissão de serviço com garantia de emprego, nas pp. 665-666).

obrigatória em virtude do preenchimento do artigo 161.º do CT, antes correspondendo a uma opção das partes. Nesta medida, se as partes, estando verificados os requisitos materiais, podem optar por adotar o regime da denúncia livre da comissão ou o regime geral (com a necessidade de invocação de justa causa para a resolução do vínculo pelo empregador e com a tutela plena da categoria), poderão igualmente adotar um regime de denúncia da comissão intermédio, restringindo o direito de livre denúncia aos casos em que esta tenha como motivação a quebra da especial relação de confiança⁵⁶. Embora neste caso esteja em aberto a possibilidade de aplicação o regime

⁵⁶ Sobre a possibilidade de restrição do regime da denúncia imotivada, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., p. 663, refere que "afigura-se defensável consentir a aposição de um termo ao contrato de trabalho em comissão de serviço, pois não se vê motivo para a exclusão de estipulações sobre a duração da relação laboral quando a lei concede ampla e quase irrestrita liberdade de desvinculação a ambas as partes". Todavia, na p. 665, parece-nos que o autor afasta totalmente a denúncia imotivada, quando afirma que a aposição de termo "tem como consequência a estabilização do vínculo e o inerente afastamento da faculdade de denúncia imotivada mediante a concessão de simples aviso prévio", pelo que "caso o empregador ponha fim à relação contratual antes do final do prazo contratado fica obrigado a pagar a totalidade das retribuições vincendas", apenas ressalvando "a possibilidade de ambas as partes utilizarem os meios de desvinculação comuns que pressuponham a existência de um motivo justificativo, nos termos gerais". Conforme deixámos subentendido *supra*, não nos parece admissível que o termo tenha como finalidade o afastamento total do direito de denúncia, na medida em que esta se deve manter nos casos em que tenha subjacente uma motivação finalisticamente associada à teleologia do regime especial da comissão de serviço. Solução diversa já nos parece incompatível com o regime da comissão de serviço, na medida em que corresponderia a uma desconexão total entre o funcionamento da vigência da comissão e os motivos que justificam o seu regime especial. Se é afastada a denúncia nesses casos simplesmente porque foi aposto um termo, então onde está a importância da especial relação de confiança? Refere ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 171/11.0TTPDL.L1-4, de 07/03/2012, "compagina-se dificilmente uma relação de estreita e particular confiança com um termo certo (ou mesmo incerto) - é possível predeterminar no tempo a duração dessa confiança qualificada, que é como quem diz, é concebível as partes contratarem, logo no início da comissão de serviço, no sentido dessa confiança só se ir manter ao longo do prazo combinado?".

comum da caducidade, o mesmo já não podemos dizer nos casos de hipótese de *termo comum em sentido estrito sem restrição da liberdade de denúncia*, em que consideramos que não é possível propugnar a produção de efeitos típicos associados à caducidade comum (caducidade automática, sem necessidade de compensação). Entendimento diverso levaria a que a introdução de um termo (em sentido estrito) na comissão de serviço potenciase a manipulação do regime da cessação aplicável, não tendo a sua vigência qualquer efeito quanto à instabilidade do vínculo: na perspetiva do trabalhador o vínculo continuaria a poder cessar a qualquer momento por iniciativa do empregador, mas a verificação do termo levaria à inaplicabilidade direta da tutela conferida nos artigos 163.º e 164.º do CT, convocando-se a regra da caducidade automática e da desnecessidade de compensação pela cessação do vínculo (ou de atribuição do direito de resolução do vínculo com compensação); dito de outro modo, estar-se-ia a alterar, em sentido menos favorável, o regime jurídico aplicável ao trabalhador sem alterar a situação jurídica em que se encontrava⁵⁷.

⁵⁷ O facto de se tratar de um regime menos favorável não impediria, *per si*, a intervenção de IRCT, apenas a do contrato de trabalho, visto que apenas este está condicionado à maior favorabilidade do convencionado face ao regime legal (n.º 4 do artigo 3.º do CT); por sua vez, o IRCT pode, por regra, tratando-se de normas supletivas, afastar o regime legal em sentido mais ou menos favorável, com exceção das matérias previstas no artigo 3.º, n.º 3, do CT, que apenas admitem o seu afastamento em sentido mais favorável, e os casos em que a própria norma (expressa ou interpretativamente) limite o âmbito de intervenção por IRCT (artigo 3.º, n.º 1, *in fine*, do CT). Ora, à primeira vista, os limites impostos à regulação por IRCT que se encontram plasmados no n.º 2 do artigo 164.º do CT apenas se aplicariam às situações em que a cessação da comissão de serviço resulte de denúncia, não se aplicando a outras causas de cessação (como é o caso da caducidade), nem impedindo o seu funcionamento (aliás, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 3867/13.9TTLSB.L1-4, de 13/07/2016, que considerou - e bem - ser aplicável à comissão de serviço o regime da caducidade por impossibilidade, afirmando que os artigos 163.º e 164.º do CT

Todavia, embora nos pareça que o ponto de partida é, assim, distinto (havendo liberdade de denúncia, não é *ab initio* possível aplicar o regime da caducidade comum; limitando o direito de denúncia livre, seria *ab initio* possível aplicar o regime da caducidade comum), consideramos que o ponto de chegada será sensivelmente o mesmo.

No âmbito destas modalidades de termo resolutivo (comum, por oposição ao laboral), as questões que se colocam no âmbito da harmonização do regime geral do funcionamento do termo e da caducidade decorrente da sua verificação com o regime especial de cessação da comissão de serviço, regulado nos artigos 163.º e 164.º do CT, em particular, no que respeita (i) à necessidade de aviso prévio (n.º 1 do artigo 164.º do CT); (ii) à compensação devida nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 164.º do CT; e (iii) ao direito à resolução do contrato de trabalho, com compensação, nos casos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT.

Relativamente à (i) necessidade de pré-aviso, consideramos que, sendo apostado um termo resolutivo certo à comissão de serviço, uma

"regulam os termos da denúncia do contrato de comissão de serviço, mas esta não constitui a única forma de cessação deste contrato, aplicando-se-lhe também as demais modalidades de cessação do contrato de trabalho. Entre essas causas pode ocorrer a impossibilidade de o trabalhador exercer o trabalho objecto da comissão de serviço (...), não havendo lugar à obrigação de formular pré-aviso ou de o trabalhador receber a correspondente indemnização, por a cessação do contrato ser alheia a vontade do empregador"). Ou seja, admitir que a caducidade da comissão de serviço (sem garantia de emprego) não acarrete o pagamento de qualquer compensação não corresponde a um afastamento direto do regime previsto no artigo 164.º do CT, pois não se está a incidir *diretamente* sobre o regime da denúncia, mas sobre uma outra forma de cessação. Todavia, porque consideramos que a admissibilidade da aposição de um termo resolutivo (fora do âmbito do termo laboral) é ainda uma manifestação da liberdade de denúncia prevista no artigo 163.º e 164.º do CT, pelos motivos que se irão expor (cfr. *infra* texto), a intervenção de IRCT está vedada na medida em que teria como resultado contornar os limites estabelecidos pelo artigo 164.º, n.º 2, do CT.

das finalidades prosseguidas pela necessidade de pré-aviso perderia a sua razão de ser, designadamente, a que visa conferir à contraparte um determinado período de adaptação à alteração anunciada, quer essa alteração seja a perda de emprego, quer seja a transição para a categoria anteriormente desempenhada ou a que se encontre prevista no contrato de comissão de serviço. Em todo o caso, manter-se-ia a preocupação em conferir à situação jurídica do trabalhador determinado nível de segurança, na medida em que, sem prejuízo da caducidade automática da comissão de serviço, se o trabalhador continuasse a prestar a sua atividade, a mesma passaria a desenvolver-se ao abrigo de um contrato de trabalho por tempo indeterminado (no caso de comissão de serviço externa sem garantia de emprego) ou conferiria ao trabalhador o direito à categoria objeto da comissão (nos demais casos).

Julgamos que podem aqui ser invocados os diferentes argumentos que têm presidido ao debate sobre a necessidade de comunicação da caducidade no caso de contratos a termo resolutivo (previstos nos artigos 139.º e seguintes), em que esteja prevista uma cláusula de não renovação⁵⁸, tendo-se entendido que não seria necessária comunicação adicional, produzindo-se a caducidade de

⁵⁸ Que seria o regime supletivo no caso de aposição de um termo resolutivo comum, na medida em que não estaria sujeito à regra especial que prevê como regime supletivo a renovação automática do contrato a termo certo (149.º, n.ºs 1 e 2, do CT). Sobre a fundamentação que subjaz à supletividade da renovação automática, refere JOANA NUNES VICENTE em JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, cit., p. 411, que visa "facilitar a manutenção da relação laboral, dificultando, em certa medida, a extinção do vínculo laboral, o que traduz, em última análise, mais uma projeção do princípio da estabilidade no emprego".

modo automático⁵⁹, pelo que se, admite, no contrato a termo certo, a possibilidade de afastamento do aviso-prévio do artigo 163.º do CT, proibição que não estaria vedada pelo n.º 2 do artigo 164.º do CT, na medida em que a sua finalidade estaria assegurada através da indicação do termo certo. Tratando-se de comissão de serviço sujeita a termo incerto ou que cesse em virtude de denúncia de alguma das partes, mantém-se a necessidade de cumprir o pré-aviso do artigo 163.º do CT.

Relativamente ao ponto (ii), no âmbito da comissão de serviço externa sem garantia de emprego, importa apurar o destino da compensação devida nos casos em que a comissão de serviço "cesse por iniciativa do empregador que não corresponda a despedimento por facto imputável ao trabalhador" (nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 164.º do CT), não abrangendo, *ab initio*, os casos de caducidade automática por verificação do termo. Julgamos que o ponto de partida será apurar que interesses visa esta compensação acautelar e de que modo a aposição de um termo os prejudicaria (ou não). Na medida em que a compensação apenas é devida quando a denúncia provenha de iniciativa do empregador, fica afastada a possibilidade de a referida compensação ter como finalidade acautelar a perda de emprego, *per si*, por parte do trabalhador, na medida em que a cessação da comissão de serviço externa sem garantia de emprego determina a cessação do vínculo laboral, independentemente da parte que tem a iniciativa de denúncia. Por outro lado, também não tem como finalidade compensar o trabalhador pela simples incerteza do *momento* em que será

⁵⁹ Ver *supra* nota 38.

exercido o direito de denúncia, pois o pré-aviso tem precisamente como finalidade acorrer a essa preocupação. Consideramos antes que a compensação prevista neste artigo visa compensar o trabalhador pela ampla discricionariedade admitida no que respeita ao motivo que determinou a cessação da comissão⁶⁰, independentemente da prática, pelo trabalhador, de qualquer ato merecedor de censura do empregador - sendo a iniciativa de cessação da comissão do trabalhador, então justifica-se que o mesmo não tenha direito a compensação, na medida em que a mesma se encontra na sua esfera de controlo; por outras palavras, o empregador não usufruiu do benefício que o legislador lhe conferiu através da atribuição do direito de denúncia livre, motivo pelo qual não terá que compensar o trabalhador pela perda de emprego ou mudança de categoria.

Ora, admitindo-se a aposição de um termo resolutivo na comissão de serviço (fora do âmbito do artigo 140.º do CT), na medida em que a comissão de serviço já poderia cessar por qualquer motivo (não abusivo) tido por relevante por qualquer das partes, consideramos que a aposição do termo corresponde a uma manifestação da discricionariedade na cessação da comissão que o legislador atribuiu ao empregador: se o empregador apenas pudesse cessar o vínculo mediante motivo justificativo, não se colocaria a possibilidade de as partes acordarem um termo resolutivo não compreendido no artigo 140.º do CT, pelo que a mera admissibilidade do termo constitui uma forma - ainda que indireta - de o *empregador* beneficiar do regime

⁶⁰ De facto, visando a comissão de serviço ocupar funções relativamente às quais é necessária a presença de uma especial confiança no trabalhador, a sua perda não carece de qualquer prática ilícita por parte do trabalhador, bastando uma modificação subjetiva na perspetiva que o empregador tem relativamente às características específicas do trabalhador.

da denúncia *ad nutum*, motivo pelo qual, a admitir-se a caducidade automática da comissão, sempre será devida a compensação prevista na alínea c) do artigo 164.º do CT⁶¹.

A propósito do aspeto referido em (iii), relativo ao direito à resolução, com compensação, nos casos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, em caso de caducidade automática da comissão de serviço, consideramos que semelhante argumentação deve ser tida em conta, na medida em que o direito de resolução com compensação apenas é conferido como reação à decisão do *empregador* que ponha termo à comissão de serviço⁶².

Tomando em consideração a hipótese de termo em sentido técnico com limitação do direito de denúncia, cessando o contrato antes da verificação do termo por motivo não afeto à especial relação de confiança, tem-se igualmente preconizado que é aplicável o regime da denúncia ilícita, sendo devido o pagamento, de uma indemnização pelo empregador, tendo como o limite mínimo o

⁶¹ E se, por um lado, é verdade que o termo, conforme propugnámos, poderia ter como consequência restringir a discricionariedade da denúncia durante o funcionamento do termo e aumentar a estabilidade do vínculo, esta restrição não se confunde com a sua eliminação. Em sentido diverso se parece pronunciar PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 664-665, que, embora refira que "questão diversa é saber se, através da estipulação do termo, não se estará a consentir um resultado que a lei parece não permitir, afastando (...) a própria compensação que lhe está associada", refere de seguida "sem prejuízo de melhor análise, propendemos para considerar que a estipulação de um termo resolutivo na comissão de serviço sem garantia de emprego tem como consequência a estabilização do vínculo e inerente afastamento da faculdade de denúncia imotivada mediante a concessão de simples aviso prévio", considerando que a compensação ocorrerá em caso de denúncia antecipada da comissão.

⁶² Contra, PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 665-666.

montante que o trabalhador perceberia até à cessação da comissão⁶³ ou outro que fosse acordado pelas partes. Acompanhamos aqui este entendimento, pois consideramos que não será de aplicar o regime legal do despedimento ilícito, mas antes o regime resultante do incumprimento de uma cláusula contratual que restringia convencionalmente um direito legal (à denúncia livre). Por sua vez, limitação semelhante não pode ser imposta ao trabalhador, na medida em que tal solução contrariaria a liberdade de trabalho deste, mantendo-se a aplicação do disposto no artigo 163.º do CT, podendo assim fazer cessar a comissão de serviço sem necessidade de fundamentação antes da verificação do termo, estando apenas obrigado a apresentar aviso prévio por escrito, com a antecedência mínima de 30 ou 60 dias, consoante a comissão tenha durado, respetivamente, até dois anos ou período superior⁶⁴.

⁶³ PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, cit., pp. 656, embora, como referido em nota *supra*, nos pareça que o autor considerará ilícita toda a denúncia anterior à verificação do termo.

⁶⁴ Não se exclui a possibilidade de, no âmbito da comissão de serviço, limitar o direito à denúncia do trabalhador; todavia, tal exclusão sempre deveria ter subjacente uma ponderação de valores dignos de tutela. MARIA IRENE GOMES, em "Cláusula de Permanência, Comissão de Serviço e Suspensão do Contrato de Trabalho - Três institutos de difícil articulação?", cit., pp. 542 e ss, considera que é possível limitar o direito de denúncia do trabalhador nos casos de comissão de serviço, referindo-se aos casos em que estejam verificados os pressupostos para a fixação de um pacto de permanência de acordo com os requisitos previstos no artigo 137.º do CT. Todavia, em *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., p. 234, parece admitir que as partes fixem que a desvinculação antecipada determina o pagamento de uma indemnização previamente acordada, aplicando, todavia, como limite, o previsto no artigo 400.º, n.º 2, do CT, de acordo com o qual "o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho e o contrato de trabalho podem aumentar o prazo de aviso prévio até seis meses, relativamente a trabalhador que ocupe cargo de administração ou direcção, ou com funções de representação ou de responsabilidade", entendimento que acompanhamos na medida em que as partes o convencionem expressamente.

Tratando-se de termo em sentido técnico sem limitação do direito de denúncia, pergunta-se se a cessação antecipada da comissão em virtude do exercício da denúncia acarretaria consequências indemnizatórias pela cessação antecipada da comissão ou se apenas as previstas no artigo 164.º do CT⁶⁵. Tendemos a considerar que o termo está vocacionado para, supletivamente e quando aposto à comissão de serviço, produzir um efeito estabilizador, pelo que a denúncia imotivada da comissão antes da verificação do termo determinaria igualmente a compensação do trabalhador nos termos mencionados no parágrafo anterior. Este direito à compensação, salvo melhor opinião, poderá ser afastado pelas partes mediante convenção expressa, sendo que, nessa eventualidade, se aplica integralmente o disposto nos artigos 163.º e 164.º do CT e, independentemente do cumprimento do pré-aviso, opera a caducidade do contrato e o trabalhador, se mantido em funções, adquire o direito à categoria ou ao posto de trabalho⁶⁶.

A possibilidade de, cessando a comissão pela verificação do termo, o trabalhador se manter ao serviço do empregador e a exercer as funções para as quais fora celebrada a comissão de serviço não se restringe aos casos de termo sem limitação do direito de denúncia,

⁶⁵ MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., p. 234, quando admite a aposição de termo resolutivo desde que não limite a denúncia, parece admitir igualmente que o termo possa ou não produzir efeito estabilizador.

⁶⁶ Note-se que, diferentemente do propugnado *supra*, relativamente à aposição de um termo certo laboral (artigo 139.º e ss do CT), nestes casos já admitimos que a aposição de termo não restrinja a liberdade de denúncia, uma vez que o regime da cessação que aplicamos é o mesmo. A única diferença (e que não é certamente irrelevante) será a caducidade automática do contrato, mas não há o risco de aproveitamento indevido do regime da caducidade, pois o custo de desencadear a caducidade e de denunciar o contrato é o mesmo.

mas a todos os casos em que seja aposto um termo à comissão de serviço.

No caso de comissão de serviço externa sem garantia de emprego, tendo em conta que a caducidade opera automaticamente, continuando o trabalhador a exercer as mesmas funções, teremos de considerar que foi celebrado um novo contrato de trabalho comum, por tempo indeterminado, para o exercício das funções anteriormente abrangidas pela comissão de serviço, justificando-se a aplicação do disposto no n.º 5 do artigo 162.º do CT, mantendo o trabalhador a sua antiguidade; tratando-se de comissão interna ou externa com garantia de emprego, o trabalhador adquire o direito à categoria⁶⁷. Se, mantendo-se a relação de especial confiança entre as partes, estas pretenderem evitar a caducidade do contrato poderão, antes da caducidade, acordar a sua renovação (pelo mesmo ou por outro período, não se impondo qualquer limite de renovações) ou revogar a cláusula acessória que estabeleceu o termo (restabelecendo-se a denúncia livre, nos termos do artigo 163.º do CT).

Do exposto resulta que, na prática, as diferenças entre a comissão de serviço sujeita termo certo com limitação da denúncia

⁶⁷ MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., p. 234, considera que a verificação do termo teria como consequência o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 164.º, não caducando o contrato; e que, no caso da comissão externa sem garantia, a aposição do termo apenas faria caducar a comissão de serviço, mas não teria o virtuosismo de fazer cessar o contrato de trabalho subjacente, o qual cessaria como consequência do fim da comissão de serviço, pelo que se manteria aplicável o disposto no artigo 164.º, n.º 1, alínea c). A autora nada refere relativamente ao direito de resolução conferido pela alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º do CT, nem à (des)necessidade de respeitar o pré-aviso previsto no artigo 163.º do CT.

e sem limitação da denúncia seriam simplesmente: o número de situações em que se exige o pagamento de uma indemnização ou de outra compensação em virtude da cessação antecipada da comissão, designadamente, se é devida em todos os casos de denúncia antecipada ou somente quando não seja motivada na quebra da especial relação de confiança. Tendemos a considerar que, no silêncio das partes, se considera que ocorreu uma restrição do âmbito do direito de denúncia, por nos parecer que é a solução que melhor se adequa à *ratio* do direito de denúncia imotivada, sendo que, havendo um motivo associado à especial relação de confiança, não é devida compensação.

Atentando agora nos artigos que preveem a imperatividade do regime da comissão de serviço, verificamos que, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 164.º do CT, os prazos previstos no artigo 163.º (de pré-aviso) e o valor da indemnização a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 164.º podem ser aumentados por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou contrato de trabalho⁶⁸. Embora a solução proposta determine o afastamento dos prazos de pré-aviso estabelecidos no artigo 163.º do CT quando a cessação do contrato de trabalho decorra da sua caducidade por verificação do termo certo, consideramos que, neste caso, (i) em bom rigor não se trata de uma cessação por denúncia; (ii) em qualquer caso, a teleologia do preceito está respeitada.

⁶⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 701, considera, a respeito da imperatividade do regime da cessação da comissão de serviço, que "não vale a regra da imperatividade constante do art. 339.º do CT, pelo que algumas das soluções podem ser alteradas por acordo das partes, principalmente quando em sentido mais favorável ao trabalhador (p. ex., conferir indemnização em caso de termo da comissão de serviço ainda que o vínculo não cesse)".

Considerando agora a tese que propugna que é possível às partes inserirem na comissão de serviço um *termo comum em sentido meramente indicativo*⁶⁹, entendimento propugnado pela nossa jurisprudência, de acordo com o qual a aposição de um termo seria *meramente indicativa*, referindo que “a admitir tal aposição de um limite temporal ao vínculo jurídico resultante da comissão de serviço, afigura-se-nos que a faculdade de denúncia em qualquer altura por qualquer uma das partes (...) confere a tal prazo uma natureza meramente indicativa ou instrumental (e não juridicamente vinculativa, por forma a consentir a sua caducidade, nos termos do artigo 343.º, alínea a) do Código do Trabalho”. Assim, “tal termo, ainda que juridicamente concebível, não dispensa a concretização da denúncia reclamada pelo artigo 163.º do citado diploma legal (isto é, tal denúncia tem de ser sempre efectuada, desde que a comissão de serviço não se extinga por outra das vias legalmente admitidas)”, tendo o trabalhador “direito a receber a indemnização calculada nos termos do artigo 366.º do Código do Trabalho de 2009”⁷⁰. Deste modo, a aposição de um termo resolutivo à comissão não produziria efeitos jurídicos⁷¹.

⁶⁹ MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, cit., p. 232.

⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 171/11.0TTPDL.L1-4, de 07/03/2012.

⁷¹ Em todo o caso, note-se que se tratava de um caso em que a denúncia antes do referido termo não teria “mais consequências (...) para além das previstas no artigo 163.º, número 2” (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 171/11.0TTPDL.L1-4, de 07/03/2012), ou seja, em que o termo não teria uma utilidade estabilizadora.

3. Posição adotada

Do exposto *supra* resulta, no nosso entendimento, que não é possível a aposição de um termo resolutivo laboral (previsto e regulado pelos artigos 139.º e seguintes do CT) à comissão de serviço, quer se considere que os dois fundamentos de transitoriedade têm plena autonomia entre si (a aposição de termo não restringiria a denúncia imotivada, caso em que as disposições que caracterizam o contrato a termo seriam, na prática, irrelevantes, sendo o seu incumprimento inconsequente), quer se considere que entre os dois fundamentos existe apenas uma autonomia parcial (a aposição de termo restringiria a denúncia imotivada, caso em que, embora fosse possível atribuir algum sentido útil às normas do contrato a termo, a conciliação entre os dois regimes resultaria de uma tarefa significativamente criativa do interprete, com grave prejuízo para a segurança jurídica). Também de um ponto de vista prático, e embora se admita que a cumulação dos regimes possa importar potenciais vantagens para ambas as partes, na medida em que o regime de pré-aviso e de compensação difere consoante a comissão de serviço cesse por caducidade (artigos 344.º e 345.º) ou por denúncia (artigos 163.º e 164.º)⁷², a incerteza jurídica que rodearia a determinação do concreto regime jurídico aplicável torna igualmente pouco atrativa a possibilidade de aposição de termo resolutivo previsto nos artigos 139.º e ss à comissão de serviço.

⁷² Cfr. texto *supra*.

Relativamente ao termo resolutivo comum, consideramos ser possível a sua inclusão numa comissão de serviço, por escrito, sendo que a sua aposição teria como regime *supletivo*:

(i) a dispensa do pré-aviso previsto no artigo 163.º do CT (exceto no caso de termo incerto ou de aposição de cláusula de renovação automática da comissão), sem prejuízo de as partes poderem prever a necessidade de apresentarem sempre pré-aviso, não estando a sua duração, no caso de contrato a termo certo sem cláusula de renovação, sujeita aos limites do artigo 163.º do CT;

(ii) a dispensa de comunicação da caducidade, produzindo-se esta de forma automática (exceto no caso de aposição de cláusula de renovação automática da comissão), sem prejuízo de as partes preverem a obrigação de comunicação a qual, todavia, não obstará à produção de efeitos da caducidade;

(iii) em caso de continuação de exercício da comissão de serviço após a verificação do termo (e sem que a cláusula seja revogada pelas partes ou seja acordada a renovação), o trabalhador adquire o direito à categoria que exercia durante a comissão (no caso de comissão interna ou externa com garantia de emprego) ou ao próprio posto de trabalho (no caso de comissão externa sem garantia de emprego), o que não consideramos suscetível de afastamento, na medida em que nos parece o único enquadramento possível tendo em conta a caducidade da comissão;

(iv) a cessação antecipada da comissão pode ser efetuada mediante a invocação de perda do laço fiduciário, sendo que, sendo imotivada, o empregador terá de compensar o trabalhador pelas retribuições perdidas (ou outro montante convencionado) -

consideramos aqui que as partes podem estabelecer que se mantém a denúncia imotivada a qualquer momento e, inclusivamente, afastar o direito a compensação do trabalhador mas, nesse último caso, aplica-se integralmente o regime dos artigos 163.º e 164.º do CT, sendo que o incumprimento do termo tem as consequências referidas no ponto anterior.

(v) mantém-se a aplicação do regime previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CT.

Finalmente, admitimos ainda que as partes fixem na comissão um termo meramente indicativo, mas nesse caso deve ficar explícito na comissão de serviço que a sua verificação não produz a caducidade da comissão.

4. Bibliografia:

ALEXANDRA MARQUES SEQUEIRA, "Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviço: laboral - a profissionalização dos administradores?" in *Revista de direito*, Maia, a.5 n.1(Jan.-Jun. 2007), pp. 39-58;

ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, "As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho", *Questões laborais*, ano 10, n.º 22 (2003), pp. 224-236;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Da constitucionalidade das comissões de serviços laborais: parecer", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano XXXIII, n.ºs 1-2 (Jan.-Jun. 1991), pp. 129-148;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho*, II, Almedina, 2019;

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 19.^a edição, Almedina, 2019;

BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Rei dos Livros, 2020;

CLÁUDIA MADALENO, "Compensação pela cessação de contrato a termo", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, ano LV n.ºs 1-4 (jan.-dez. 2014), pp. 275-307;

DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Comentado*, 4.^a edição, Almedina, 2020;

FILIPPE FRAÚSTO DA SILVA, "Irreversibilidade de estatuto dirigente e comissão de serviço - Anotação ao acórdão do STJ de 6 de julho de 2005", *Vinte Anos de Questões Laborais*, Coimbra Editora, pp. 597-624;

FRANCISCO PIMENTEL, *Estatuto jurídico do trabalhador em funções públicas*, Almedina, 2018;

JOANA NUNES VICENTE, *A invalidade parcial do contrato de trabalho*, Gestlegal, 2017;

JOÃO LEAL AMADO, "Comissão de serviço e segurança no emprego: uma dupla inconciliável", *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, ano 140, n.º 3966 (Jan.-Fev. 2011), pp.170-180;

JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho: noções básicas*, 2.^a edição, Almedina, 2018;

JOÃO LEAL AMADO, MILENA SILVA ROUXINOL, JOANA NUNES VICENTE, CATARINA GOMES SANTOS e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do trabalho - Relação Individual*, Almedina, 2019;

JORGE LEITE, "Comissão de serviço", *Questões Laborais*, ano 7, n.º 16 (2000), pp. 152-161.

JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.^a edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004;

JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra Editora, 2007;

LUÍS GONÇALVES DA SILVA e SARA LEITÃO, *Direito Constitucional do Trabalho Comparado*, AAFDL - Imprensa FDUL, 2021.

LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 7.^a edição, Almedina, 2021;

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV, Almedina, 2019;

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, Almedina, 2019;

MARIA IRENE GOMES, "A Comissão de Serviço", *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, pp. 365-380;

MARIA IRENE GOMES, "Cláusula de Permanência, Comissão de Serviço e Suspensão do Contrato de Trabalho - Três institutos de difícil articulação?", *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 535-556;

MARIA IRENE GOMES, "Os cargos de direção no Direito do Trabalho Português", *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, pp. 37-48;

MARIA IRENE GOMES, “A comissão de serviço à luz do Código do Trabalho”, in *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2004, pp. 613-630;

MARIA IRENE GOMES, “Principais aspectos do regime jurídico do trabalho exercido em comissão de serviço” in *Estudos de direito do trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina, 2004, pp. 241-265;

MARIA IRENE GOMES, *O dirigente no Direito do Trabalho*, Tese de Doutoramento em Direito, policopiado, 2012.

PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*, 4.^a edição, Príncípia, 2017;

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.^a edição, Almedina, 2019;

ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 13^a Edição, Almedina, 2020.



OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO POR INICIATIVA DO JOGADOR PROFISSIONAL DE FUTEBOL*

THE EFFECTS OF THE TERMINATION OF THE SPORTING EMPLOYMENT CONTRACT BY INITIATIVE OF A PROFESSIONAL FOOTBALL PLAYER

Pedro Almeida¹

Sumário: Resumo/Abstract - 1. Considerações prévias e objeto - 2. A responsabilidade pela cessação contratual - 3. A responsabilização do jogador pela resolução sem justa causa e as “cláusulas de rescisão” - 4. A responsabilidade solidária do terceiro cúmplice - 5. Vínculo desportivo e sanções desportivas - 6. Conclusão - Bibliografia - Doutrina - Jurisprudência.

Resumo:

O presente texto incide sobre alguns dos efeitos que poderão emergir da resolução (com invocação de justa causa) do contrato de trabalho desportivo por iniciativa do praticante desportivo no contexto do futebol profissional em Portugal. Tendo por base de análise a Lei n.º 54/2017, e com atenção ao disposto em sede regulamentar e de contratação coletiva neste âmbito, colocamos o foco na responsabilidade pela cessação contratual e na possibilidade de aplicação de sanções desportivas aos jogadores por uma eventual desvinculação indevida.

Abstract:

The present study focuses on some of the effects that could emerge from the termination of a sporting employment contract (invoking just cause) by initiative of a sportsman in the context of professional football in Portugal. Basing our

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

¹ Mestre em Direito da Empresa pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

analysis on the Law No. 54/2017, while also paying attention to what's established in sporting regulations and collective bargaining agreements in this particular sphere, we put the spotlight on the compensation for the breach of contract, as well as on the possibility of imposing sporting sanctions to the players for an undue termination of the sporting employment contract.

1. Considerações prévias e objeto

O contrato de trabalho desportivo que vincula um praticante desportivo a uma entidade empregadora desportiva² é, como se sabe, um contrato sujeito a regime jurídico especial. Esse regime especial, plasmado atualmente na Lei n.º 54/2017, de 14 de julho (doravante “RJCTD”)³, e que foi antecedido pela Lei n.º 28/98, de 26 de junho, e pelo Decreto-Lei n.º 305/95, de 18 de novembro, justifica-se pelas especificidades que a atividade desportiva comporta, e pelo facto de algumas das normas previstas no Código do Trabalho (doravante “CT”) se apresentarem insuficientes e/ou desadequadas para regular as relações laborais que neste setor de atividade se desenvolvem, nomeadamente a relação de trabalho entre o praticante e um clube.

Neste texto, cingir-nos-emos à realidade do futebol profissional em Portugal⁴, realidade para a qual o RJCTD parece, de resto,

² O conceito de contrato de trabalho desportivo que utilizaremos neste estudo é uma referência ao contrato de trabalho do praticante desportivo, não obstante o mesmo seja suscetível de abranger os contratos de trabalho de outros agentes desportivos, tais como treinadores ou árbitros.

³ Que regula, a par do contrato de trabalho do praticante desportivo, também o contrato de formação desportiva e o contrato de representação ou intermediação.

⁴ Nesse sentido, devemos alertar que as referências aos jogadores profissionais de futebol devem aqui ser entendidas como circunscritas aos jogadores que participam nas competições profissionais de futebol que estão sob a alçada da Liga Portuguesa de Futebol Profissional (doravante “LPFP” ou “Liga Portugal”).

particularmente direcionado, não obstante este diploma legislativo seja aplicável no âmbito de diferentes modalidades desportivas.

O RJCTD reflete muitas das especificidades que caracterizam o trabalho no futebol, sendo fundamental tê-las sempre presentes no momento de interpretar as soluções adotadas pelo legislador.

De entre essas especificidades, interessa-nos relevar essencialmente, no âmbito deste estudo, as seguintes: por um lado, a natureza efémera da profissão de jogador profissional de futebol, caracterizada por ser uma atividade profissional sobremaneira associada à capacidade física do trabalhador; e, por outro lado, a lógica muito peculiar em que assenta o próprio setor de atividade que é o desporto profissional, particularmente o futebol profissional. O futebol profissional, mais do que um espetáculo, caracteriza-se por ser um espaço de competição. O sucesso da indústria, a captação de adeptos, de investidores ou parceiros financeiros, e de patrocinadores, exige um certo nível de concorrência, imprevisibilidade de resultados e equilíbrio competitivo entre os vários clubes participantes nas competições desportivas. Gera-se, dessa forma, uma relação de interdependência entre os concorrentes, o que diferencia esta indústria de outros setores económicos⁵.

Estas duas características do trabalho no desporto moldam várias das opções seguidas pelo legislador no RJCTD, compreendendo-se que, à necessidade de tutela do trabalhador, já tradicional no Direito

⁵ “(...) na economia busca-se eliminar o concorrente, enquanto no desporto o time precisa do concorrente ou adversário.”, como nos ensina Álvaro Melo Filho, “Especificidade do desporto: projeções jurídicas”, *Desporto & Direito*, Ano VI, n.º 17, 2009, pp. 257-267, p. 260.

Laboral, se junte, no contexto desportivo, a primordialidade de salvaguardar os interesses da competição e da indústria.

Nesse sentido, determina-se, por exemplo, que o contrato de trabalho do praticante desportivo seja necessariamente celebrado a termo, não podendo ter duração inferior a uma época desportiva nem superior a cinco épocas desportivas, como disposto no artigo 9.º, n.º 1, do RJCTD⁶. Estabelece-se aqui um desvio à regra geral de celebração de contratos de trabalho por tempo indeterminado consagrada no CT, e, dessa forma, através da imposição do trabalho a termo, normalmente associado à precariedade do emprego, verifica-se, no âmbito desportivo, uma restrição da segurança no emprego, garantia constitucional inscrita no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”) a favor dos trabalhadores.

Paralelamente, o praticante desportivo vê a sua liberdade de trabalho (na dimensão de liberdade de desvinculação) restringida pela não consagração da figura da livre e imotivada denúncia do contrato entre as formas de cessação contratual (no artigo 23.º do RJCTD), impondo-se, como tal, a celebração de contratos de trabalho a termo resolutivo e estabilizador. Estabelece-se assim um novo desvio ao regime do CT, onde prevalece a faculdade de o trabalhador denunciar o contrato de forma lícita a qualquer momento, desde que com respeito pelo prazo de aviso prévio⁷.

Esta característica de maior estabilidade/previsibilidade, que se pretende atribuir às relações laborais no desporto, significa que as

⁶ Salvo as exceções previstas no n.º 2 do mesmo artigo, nas quais se permite a celebração de contratos com duração inferior a uma época desportiva.

⁷ Artigos 340.º, alínea h), e 400.º do CT.

partes ficam, em princípio, adstritas ao cumprimento do contrato até ao seu termo, e que o praticante só se pode desvincular antecipadamente, de forma lícita e unilateral, em duas situações: se tal possibilidade estiver expressamente prevista no contrato de trabalho desportivo, mediante a estipulação de uma “cláusula de rescisão” (artigos 23.º, n.º 1, alínea g), e 25.º, ambos do RJCTD); ou perante a verificação de justa causa que fundamente a resolução do contrato por sua iniciativa (artigo 23.º, n.º 1, alínea d), do RJCTD).

Perante o que vimos expondo, facilmente se compreende que a figura da resolução contratual com justa causa por iniciativa do trabalhador assume no contexto desportivo uma enorme relevância. Para um trabalhador que vê a sua posição contratual enfraquecida, nomeadamente pela restrição que é feita à sua liberdade de desvinculação, este mecanismo de cessação contratual apresenta-se como o único que lhe possibilita, de forma verdadeiramente unilateral, isto é, sem o consentimento prévio e expresso da entidade empregadora desportiva, libertar-se daquela relação laboral.

Considerando a importância central deste instituto no âmbito laboral-desportivo, interessa, pois, indagar sobre quais os efeitos que poderão resultar de uma cessação contratual com invocação de justa causa por iniciativa de um jogador profissional de futebol em Portugal⁸. Para tal, atenderemos ao que vem consagrado no já referido RJCTD, mas também ao disposto em sede de contratação

⁸ Por razões de economia de espaço, deixaremos de parte a matéria do regime de compensação a título de formação ou valorização a que o clube desportivo poderá ter direito nestas situações, de acordo com o disposto no artigo 19.º, n.º 2, do RJCTD.

coletiva⁹ e às normas de âmbito associativo no futebol profissional em Portugal (junto da LPFP), não ignorando algumas disposições dos regulamentos da FIFA nesta matéria.

2. A responsabilidade pela cessação contratual

Confrontados com uma situação como a que aqui pretendemos analisar, isto é, perante a resolução do contrato de trabalho desportivo com invocação de justa causa por um jogador profissional de futebol, colocam-se dois cenários: a procedência da justa causa invocada e a consequente licitude da resolução contratual pelo jogador; ou a improcedência da justa causa alegada e respetiva ilicitude da rutura do contrato.

Com a verificação de cada um destes cenários de incumprimento contratual, pelo jogador que resolve o contrato sem justa causa, ou pela entidade empregadora desportiva cuja conduta originou a verificação da justa causa de resolução na perspetiva do jogador¹⁰, surge a necessidade de tutelar diferentes interesses, desde logo ressarcindo a parte lesada pelos danos sofridos em resultado de tal incumprimento e da cessação contratual *ante tempus*.

⁹ No contrato coletivo de trabalho (doravante “CCT”) celebrado entre a LPFP e o Sindicato de Jogadores de Futebol Profissional (doravante “SJPF”). Este CCT foi publicado primeiramente no Boletim do Trabalho e Emprego (doravante “BTE”), 1.ª série, n.º 33, a 08/09/1999, tendo desde então sido alvo de diversas alterações, a mais recente publicada no BTE, n.º 30, de 15/08/2018.

¹⁰ Sublinhe-se, a este propósito, que o legislador, no RJCTD, reduziu a justa causa, tanto para efeitos de resolução pelo praticante desportivo, como para o despedimento promovido pelo empregador, às situações de justa causa subjetiva, exigindo a verificação de um “(...) incumprimento contratual grave e culposos que torne praticamente impossível a subsistência da relação laboral desportiva”, como se retira do disposto no n.º 3 do artigo 23.º, do RJCTD.

Haverá então que atender ao regime de responsabilidade por cessação do contrato de trabalho desportivo previsto no artigo 24.º do RJCTD, que estabelece, no seu n.º 1, que “(...) a parte que der causa à cessação ou que a haja promovido indevidamente deve indemnizar a contraparte pelo valor das retribuições que ao praticante desportivo seriam devidas se o contrato de trabalho tivesse cessado no seu termo”. Significa isto que, perante a invocação de justa causa para resolução contratual pelo jogador, a efetiva existência da justa causa acarretará para o clube a obrigação de indemnizar o jogador no valor correspondente às retribuições vincendas. E que, no cenário oposto, sendo a justa causa questionada pelo clube, declarada insubsistente e, como tal, a desvinculação do jogador seja considerada ilícita, este terá de indemnizar a entidade empregadora nos mesmos termos.

O montante das retribuições vincendas surge aqui como o valor pecuniário que cobre o período de “frustração contratual”¹¹, consubstanciando uma base automática de indemnização a pagar por uma das partes, sem necessidade de demonstração da existência de danos. Trata-se, no fundo, de reconhecer que a prematura cessação do contrato acarreta um mínimo de danos em relação aos quais a parte lesada tem necessariamente de ser ressarcida.

Mas o legislador não se ficou por aqui no novo RJCTD. Assim, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º daquele diploma, determina-se que a parte que atuou indevidamente poderá ficar obrigada a ressarcir a contraparte num montante superior ao das retribuições vincendas,

¹¹ João Leal Amado, *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 149 e 150.

“(…) sempre que a parte lesada comprove que sofreu danos de montante mais elevado”.

Ao reconhecer que, em alguns casos, o valor das retribuições vincendas não será suficiente para cobrir a totalidade dos danos sofridos pela parte lesada, e que todos esses danos são merecedores de reparação, o legislador consagrou aqui um princípio de reparação integral do dano semelhante ao previsto, para as obrigações em geral, nos artigos 562.º e seguintes do Código Civil (doravante “CC”).

A adoção do princípio da reparação integral do dano no RJCTD significa um desvio significativo face ao que vinha previsto no diploma que lhe antecedeu, a Lei n.º 28/98, onde se estabelecia, no artigo 27.º, n.º 1, o valor das retribuições vincendas como um limite máximo, e não um limite mínimo, de indemnização a atribuir ao jogador ou ao clube (consoante quem desse razão à cessação ou quem a tivesse promovido indevidamente). O regime consagrado na Lei n.º 28/98 resultava até duplamente penalizador para a parte lesada, na medida em que, associando o limite indemnizatório máximo aos danos efetivamente sofridos, deixava o direito à indemnização dependente da demonstração desses danos. Mais do que isso, aquela disposição da Lei n.º 28/98 constituía uma injustificável especialidade face à regra geral que vigora no CT nesta matéria desde 2003¹², segundo a qual o valor correspondente às retribuições vincendas representa o valor mínimo de indemnização

¹² Primeiro no artigo 443.º, n.º 3, da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, e, atualmente, após a revisão operada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, no artigo 396.º, n.º 4, do CT.

devida ao trabalhador que resolve um contrato de trabalho a termo com justa causa¹³.

A opção assumida pelo legislador no atual RJCTD parece-nos de salutar. Fixa-se um mínimo de indemnização que sempre terá de ser pago à parte lesada, dispensando-a do ónus de alegar e provar os danos sofridos como facto constitutivo do direito à indemnização. Para além disso, e pensando mais concretamente na situação que serve de objeto neste estudo, permite-se que o jogador possa vir a ser ressarcido, por exemplo, por eventuais danos não patrimoniais sofridos em virtude da atuação do clube que motivou e justificou a sua desvinculação. Ou que, em sentido contrário, o clube possa ser ressarcido por, em virtude de uma cessação contratual indevida, sem justa causa procedente, por iniciativa do jogador, ter perdido um importante ativo do seu projeto desportivo, com as consequências de natureza desportiva e/ou financeira que daí poderão advir, desde logo quando tal rutura contratual ocorra durante a época desportiva¹⁴.

¹³ A este propósito, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 199/2009, de 28/04/2009, Processo n.º 910/08, <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, aquele tribunal julgou como «(...) inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição, a norma do artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, na dimensão em que prevê que a indemnização devida, em caso de rescisão com justa causa por iniciativa do praticante desportivo, “não pode exceder o valor das retribuições que ao praticante seriam devidas se o contrato de trabalho tivesse cessado no seu termo”», considerando não se verificarem razões objetivas decorrentes das especificidades da relação laboral desportiva que justificassem uma diferença tão significativa em regime de indemnização entre o estabelecido no artigo 27.º, n.º 1, da Lei n.º 28/98, e o regime previsto para a indemnização ao trabalhador que resolve o contrato com justa causa nos termos do CT.

¹⁴ Apontando estas vantagens do novo regime de responsabilidade pela cessação contratual no RJCTD vide João Leal Amado, *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., p. 150.

Adicionalmente, se a limitação de responsabilidade instituída pela Lei n.º 28/98 poderia significar uma vantagem para o jogador obrigado a indemnizar o clube lesado por uma resolução indevida do contrato, a mesma constituía, em certa medida, um convite à cessação indevida pelo praticante, em especial nos últimos meses do contrato (quando a indemnização, exclusivamente vinculada ao valor das retribuições vincendas, seria de montante mais reduzido)¹⁵.

Este regime, plasmado na Lei n.º 28/98, mostrava-se, assim, desadequado face aos ideais de proteção da competição desportiva e de controlo do mercado concorrencial que estão subjacentes ao fenómeno do desporto profissional. Numa indústria que requer um certo equilíbrio entre os vários clubes participantes, e que suscita a criação de mecanismos de proteção dos clubes menos poderosos financeiramente, aquela opção legislativa de limitação da responsabilidade do jogador era contraproducente. Apresentava-se, ainda, especialmente desajustada para a realidade do futebol profissional em Portugal, que é marcada, como se sabe, por uma grande disparidade na capacidade de investimento entre os vários clubes nacionais, e por um menor potencial financeiro de todos os clubes portugueses face a um conjunto significativo de clubes que operam no plano internacional.

A nova solução do legislador nesta matéria vai, de resto, de encontro à vontade que tem sido expressa pelos próprios agentes desportivos no futebol profissional em Portugal. Em sede de

¹⁵ Sobre a maior vulnerabilidade da estabilidade contratual nos últimos meses do contrato *vide* Pedro Romano Martinez, “As cláusulas de rescisão nos contratos de trabalho desportivo”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LV, n.º 1-4, 2014, pp. 81-126, p. 115.

contratação coletiva, ainda na vigência da Lei n.º 28/98, já se estabelecia, no CCT negociado entre a LPFP e o SJPF, um princípio de reparação integral do dano em termos muito semelhantes ao que é consagrado no novo RJCTD. A mesma lógica, assente na existência de uma base de indemnização automática que representa um limite mínimo indemnizatório, continua inscrita no referido CCT aplicável aos futebolistas profissionais, como se pode observar nas cláusulas 48.^a e 50.^a atualmente em vigor.

3. A responsabilização do jogador pela resolução sem justa causa e as “cláusulas de rescisão”

Em matéria de responsabilidade pela cessação do contrato de trabalho desportivo por um jogador de futebol profissional, há um cenário hipotético particularmente interessante de analisar. Imagine-se a situação em que um jogador, cujo contrato que o vincula a um clube desportivo contém uma “cláusula de rescisão”, invoca justa causa para a cessação contratual, e que, posteriormente, essa justa causa vem a ser declarada insubsistente, resultando na ilicitude da desvinculação.

Coloca-se a questão de saber se, perante esta situação, a indemnização devida ao clube lesado pela rutura do contrato deverá ser estabelecida com base no regime de responsabilidade das partes previsto no artigo 24.º do RJCTD, ou se, em alternativa, a indemnização deverá corresponder ao montante previsto na

“cláusula de rescisão” estipulada ao abrigo do disposto no artigo 25.º do RJCTD, como defende João Leal Amado¹⁶.

A consagração de “cláusulas de rescisão” nos contratos de trabalho de praticantes desportivos é, de há vários anos a esta parte, uma realidade sobejamente conhecida por todos, particularmente no contexto do futebol profissional. A existência dessas cláusulas, quase sempre com referência a valores monetários na ordem das dezenas (e até centenas) de milhões de euros, é trazida a público com frequência aquando da celebração de contratos de trabalho entre clubes e jogadores, ou noticiada nos meios de comunicação social no contexto do alegado interesse de um determinado clube na contratação de um jogador sob contrato com outro clube.

Na ausência de uma expressa consagração legal destas “cláusulas de rescisão”, assistiu-se durante muitos anos a uma intensa discussão doutrinária em volta da sua natureza jurídica. A doutrina dividia-se, de forma particularmente acentuada, entre os que consideravam as “cláusulas de rescisão” como sendo verdadeiras cláusulas penais, e os que as equiparavam a uma multa penitencial. Uma divergência de opinião que assentava, essencialmente, em diferentes perspetivas quanto à verdadeira motivação das partes para a estipulação de uma tal cláusula.

Assim surge, por exemplo, João Leal Amado, que, perante a tendência de convencionar “cláusulas de rescisão” de montantes exorbitantes, sem aparente conexão lógica com o valor de mercado do jogador, e/ou desproporcionais relativamente aos danos prevíveis

¹⁶ João Leal Amado, *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., pp. 152 e 153.

decorrentes de uma desvinculação sem justa causa pelo jogador, equiparou-as a cláusulas penais em sentido estrito, considerando que tais cláusulas de montante proibitivo assumiam para o clube um duplo objetivo: “(...) i) garantir o integral cumprimento do contrato por banda do praticante; ii) reservar para si um papel incontornável na eventual transferência do praticante desportivo *medio tempore*”, realizando uma verdadeira “blindagem do contrato”, e constituindo dessa forma uma “(...) medida coercitiva tendente à satisfação do interesse do credor/empregador”¹⁷.

Em sentido contrário, António Pinto Monteiro rejeitou tal equiparação da “cláusula de rescisão” à cláusula penal, afirmando que “Não é juridicamente correta essa identificação nem corresponde à intencionalidade das partes ao estipularem uma ou outra figura” e que, do que aqui se trata «(...) é de uma multa penitencial, de um “dinheiro de arrependimento”, que permite ao devedor - neste caso ao praticante desportivo - desvincular-se licitamente do contrato celebrado, sem com isso sofrer quaisquer outras consequências, seja de que ordem forem.»¹⁸. Em termos semelhantes, Albino Mendes Batista defendeu não existir uma coincidência entre as figuras da “cláusula de rescisão” e da cláusula penal, na medida em que, com as “cláusulas de rescisão”, o clube estaria a autorizar previamente a desvinculação do praticante

¹⁷ João Leal Amado, *Vinculação versus Liberdade - O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 310 e ss.

¹⁸ António Pinto Monteiro, “Sobre as cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano CXXXV, n.º 3934, 2005, pp. 5-26, pp. 22 e 23.

desportivo, não se verificando qualquer proximidade com o incumprimento contratual¹⁹.

Perante este cenário de intensa discussão doutrinária, e a evidente necessidade de intervenção legislativa nesta matéria, é de aplaudir que, no artigo 25.º do novo RJCTD, se tenha dado, finalmente, cobertura legal à figura das “cláusulas de rescisão”. Este reconhecimento das “cláusulas de rescisão” na lei seguiu, de resto, o exemplo da solução que foi adotada em sede de contratação coletiva no futebol profissional, como se pode verificar pela cláusula 46.^a do CCT celebrado entre LPFP e SJPF.

No referido artigo 25.º do RJCTD estipula-se que “As partes no contrato de trabalho desportivo podem estipular o direito de o praticante fazer cessar unilateralmente e sem justa causa o contrato em vigor, mediante o pagamento à entidade empregadora de uma indemnização fixada para o efeito” (n.º 1), e que, “O montante convencionado pelas partes pode ser objeto de redução pelo tribunal, de acordo com a equidade, se for manifestamente

¹⁹ Albino Mendes Batista, “Breve apontamento sobre as cláusulas de rescisão”, *Revista do Ministério Público*, Ano XXIII, n.º 91, 2002, pp. 141-147, pp. 145 e 146.

No mesmo sentido vide Lúcio Miguel Correia, “O preço da responsabilidade pela rutura contratual de um contrato de trabalho desportivo”, *Lusitana - Revista de Direito*, n.º 10, 2012, pp. 139-165, p. 160, referindo-se às “cláusulas de rescisão” como “cláusulas liberatórias ou desvinculatórias”, através das quais se confere ao praticante desportivo a opção “(...) de escolher entre o cumprimento integral do contrato ou a cessação antecipada do mesmo, mediante o pagamento de um preço previamente acordado, que constitui condição de eficácia do acto contratualmente previsto (...)”.

Aproximando-se destas posições, mas chegando mais longe na qualificação jurídica das “cláusulas de rescisão”, Luís Paulo Relógio, “Cláusulas de rescisão - natureza jurídica”, *1.º Congresso Internacional sobre o Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Desportivo*, 2018, pp. 161-176, pp. 166 e ss, entende que estas são “(...) pura e simplesmente, condições resolutivas, enquadráveis no regime do art. 270.º do Código Civil e, como tal, deverão ser consequentemente tratadas nos seus efeitos e consequências, face à licitude do ato resolutivo (...)”.

excessivo, designadamente tendo em conta o período de execução já decorrido” (n.º 2).

Não nos parece que restem dúvidas de que o legislador reconheceu as “cláusulas de rescisão” enquanto multas penitenciais, e inequivocamente afastou qualquer equiparação às cláusulas penais²⁰. Não só porque inscreveu aquela modalidade de rutura contratual no elenco das formas de cessação do contrato de trabalho desportivo (artigo 23.º, n.º 1, alínea g), do RJCTD), mas também porque se refere, no artigo 25.º, n.º 1, à denúncia do contrato nestes termos como sendo um “direito” contratualmente atribuído ao praticante desportivo, ainda que sempre mediante o pagamento à entidade empregadora de uma compensação fixada para o efeito.

De facto, entendemos que as “cláusulas de rescisão” tendem a ser concebidas como um veículo para a lícita desvinculação do jogador, muito mais do que um instrumento contratual relacionado com o cenário de incumprimento que está associado às cláusulas penais, que se destinam a “(...) reforçar o cumprimento do contrato e a não permitir a (...) desvinculação (...)”²¹.

Cremos que, de resto, a tomada de posição do legislador, no sentido de afastar as “cláusulas de rescisão” de qualquer

²⁰ No mesmo sentido, João Leal Amado em *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., pp. 153 e ss. O autor, ainda que mantenha o entendimento sobre os objetivos tipo das “cláusulas de rescisão”, reconhece que, face ao disposto no artigo 25.º do RJCTD em vigor desde 2017, estas são concebidas como “autênticas multas penitenciais e não como cláusulas penais”.

²¹ João Zenha Martins, “Cláusulas de Rescisão”, *Vida Judiciária*, n.º 204, 2017, pp. 36 e 37. O autor alerta ainda para o facto de a palavra “indenização” utilizada pelo legislador no artigo 25.º do RJCTD ser questionável, visto que “(...) por princípio só haverá indenização se houver uma obrigação incumprida (...)”, entendendo que se trata antes de uma contrapartida em sentido técnico. Opinião que partilhamos.

equiparação a cláusulas penais, é particularmente adequada à realidade do futebol profissional em Portugal. Na verdade, entender que as “cláusulas de rescisão” visam reforçar o cumprimento do contrato (como normalmente sucede com as cláusulas penais), seria supor que os clubes têm interesse ou possibilidade de manter o jogador nos seus quadros a médio-longo prazo, o que, invariavelmente, não é o que acontece na prática. Como sabemos, e como já adiantámos, a realidade do futebol profissional em Portugal é caracterizada pela existência de um grande desequilíbrio de potencial financeiro entre os clubes nacionais, e de uma desvantagem generalizada dos clubes nacionais comparativamente a certos clubes no plano internacional que dispõem de mais recursos. É igualmente conhecida a necessidade que os clubes nacionais têm de realizar receitas extraordinárias através da valorização e transferência de jogadores. A continuidade dos jogadores, particularmente daqueles que se valorizam desportivamente de forma mais acentuada, não é, em muitos casos, viável a médio-longo prazo, não só pela já referida necessidade de os clubes realizarem receitas extraordinárias com a transferência de jogadores, mas também por não lhes ser possível oferecer aos jogadores as mesmas condições de índole profissional que são apresentadas por outros clubes nacionais ou estrangeiros, tanto do ponto de vista dos projetos desportivos, como na componente financeira.

Assim, o que os clubes portugueses tendem a pretender com a estipulação de “cláusulas de rescisão” não é propriamente compelir os jogadores ao cumprimento do contrato, e muito menos fixar antecipadamente uma indemnização pelos danos resultantes de um

eventual incumprimento contratual. Pretendem, isso sim, como refere Carlos Vítor Silva Batista, «(...) conquistar trunfos para futuras e eventuais negociações tendo em vista a transferência do atleta, permitindo a “cláusula de rescisão” que, para esse intuito, o clube consiga elevar a fasquia por antecipação (...)»²², sendo, de resto, muito raros os casos em que os jogadores se desvinculam acionando uma tal cláusula e procedendo ao pagamento do montante nela previsto.

Pelo que vimos dizendo, olhando para as “cláusulas de rescisão” como verdadeiras cláusulas liberatórias, que não se confundem com cláusulas penais, não podemos concordar que o valor monetário inscrito nas mesmas seja considerado como o montante indemnizatório (ainda que eventualmente reduzido pelo tribunal, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 25.º do RJCTD) a pagar pelo jogador quando este invoque justa causa para resolver o contrato, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea d), do RJCTD, e a justa causa venha a ser declarada improcedente, como sugere João Leal Amado.

É certo que se poderia argumentar no sentido de que o resultado a que potencialmente conduz uma cláusula penal é o mesmo a que conduzirá uma “cláusula de rescisão”, isto é, o ressarcimento do empregador que vê o jogador desvincular-se. No entanto, estamos aqui perante figuras significativamente distintas, que espelham diferentes vontades das partes.

²² Carlos Vítor Silva Batista, *“Cláusulas de rescisão” no contrato de trabalho desportivo*, Dissertação de Mestrado em Direito - Especialidade em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2012, pp. 46 e 47

A “cláusula de rescisão”, tal como aqui a entendemos, e como vem reconhecida no novo RJCTD, enquanto mecanismo de libertação contratual ao serviço do jogador, não está, de resto, em muitos casos, talhada para cobrir situações de incumprimento contratual como o que ocorre na resolução do contrato com uma justa causa declarada insubsistente. Veja-se que não é tão raro assim que, na negociação e estipulação destas cláusulas, as partes convençionem que um tal direito de desvinculação só poderá ser exercido em determinados períodos temporais, nomeadamente durante as “janelas de transferências”, e quase sempre apontando para a “janela de transferência” que se abre no final da época desportiva e que coincide com o período anual de inatividade competitiva dos clubes. Ora, estas cláusulas, até pelo acabámos de dizer, não têm em conta, nomeadamente, os danos desportivos e financeiros que podem resultar de uma desvinculação do jogador no decorrer da época desportiva. Ou, dizendo de outra forma, quando negoceiam a cláusula, as partes até consideram os efeitos nefastos que a perda do jogador durante a época desportiva poderá acarretar para o clube, daí que o exercício de tal direito de rutura unilateral seja limitado ao período de inatividade competitiva da entidade empregadora desportiva, mas o concreto valor estipulado na cláusula não refletirá o prejuízo, desportivo e financeiro, causado por uma desvinculação do jogador durante a temporada desportiva. Isto porque, as partes, ao estabelecerem a cláusula nestes termos, não preveem a cessação contratual fora daqueles períodos temporais de inatividade.

Compreendemos algumas das vantagens de uma visão sistemática como a sustentada por João Leal Amado, no sentido de condenar o jogador que indevidamente resolve o contrato, invocando uma justa causa insubsistente, pelo valor estipulado na “cláusula de rescisão”, nomeadamente o facto de, dessa forma, se escusar a parte lesada, neste caso o clube, à difícil tarefa de demonstração dos danos sofridos que superem o montante correspondente às retribuições vincendas, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, do RJCTD. No entanto, essa não é a função das cláusulas contratuais que o legislador expressamente consagrou no artigo 25.º do RJCTD.

Como tal, confrontados com uma desvinculação ilícita do jogador, em resultado da resolução do contrato de trabalho desportivo com invocação de uma justa causa improcedente, parece-nos que a solução mais justa e adequada será a de seguir a aplicação do regime de responsabilidade estabelecido no artigo 24.º do RJCTD. Afirmar o contrário será, a nosso ver, e por princípio, fixar uma vontade que não terá sido a das partes no momento de estipular a “cláusula de rescisão”.

4. A responsabilidade solidária do terceiro cúmplice

A rutura do contrato de trabalho desportivo provocada por um jogador profissional de futebol, com invocação de justa causa, desencadeará obrigações indemnizatórias para o sujeito contratual que atuou indevidamente, nos termos que vimos referindo. No entanto, em alguns casos, e mais concretamente na situação em que a justa causa alegada pelo jogador é insubsistente, a

responsabilidade pela cessação do contrato poderá alastrar-se e atingir terceiros, ou, dito de outra forma, um terceiro cúmplice.

A eventual existência de uma eficácia externa das obrigações tem sido, ao longo dos tempos, um tema que tem gerado grande discussão junto da doutrina e da jurisprudência no âmbito do Direito das Obrigações. A esse propósito, e perante a ocorrência de uma situação de lesão de direitos de crédito, têm sido desenvolvidas diversas teorias. Desde a doutrina clássica, que se apoia no princípio da relatividade para recusar a responsabilização de terceiros por uma situação de incumprimento contratual, passando pelos que defendem essa responsabilização com base na existência de uma eficácia externa das obrigações, até aos que sustentam que, em situações mais gravosas, se deve admitir a responsabilização de um terceiro perante o credor com recurso à figura do abuso de direito, esta continua a ser, afinal, uma questão controversa²³.

No contexto de tal controvérsia, a consagração da doutrina do terceiro cúmplice no âmbito do trabalho desportivo não pode deixar de ser considerada uma das mais relevantes intervenções do legislador no novo RJCTD. Assim, nos termos do artigo 26.º deste diploma, estabelece-se a possibilidade de responsabilizar, solidariamente com o jogador, um clube terceiro, pela rutura unilateral do contrato provocada pelo praticante desportivo sem justa causa.

²³ Para um estudo mais aprofundado sobre este tema *vide*, por exemplo, Eduardo Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2003; Rita Amaral Cabral, “A Tutela Delitual do Direito de Crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, 2001, pp. 1025-1053; e António Menezes Cordeiro, “Eficácia externa dos créditos e abuso do direito”, *O Direito*, Ano CXLI, n.º 1, 2009, pp. 29-108.

O clube terceiro aqui responsabilizado será o novo clube do jogador, o clube com o qual este venha a celebrar um contrato de trabalho desportivo na sequência da sua ilícita desvinculação da anterior entidade empregadora desportiva. Trata-se de um mecanismo de responsabilidade solidária na esteira do previsto no CC²⁴, e que constitui uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos e dos direitos obrigacionais (que resulta do artigo 406.º, n.º 2, do CC)²⁵.

A responsabilidade solidária é aqui estabelecida com base numa presunção: a presunção de que o clube com o qual o jogador venha a celebrar novo contrato de trabalho, desempenhou, de forma direta ou indireta (por exemplo, através de intermediários ou empresários desportivos), um papel determinante na cessação antecipada e indevida do anterior contrato pelo jogador (artigo 26.º, n.º 1, do RJCTD). Uma presunção que é, ainda assim, ilidível, podendo ser afastada pelo clube terceiro.

Em todo o caso, ilidir uma presunção desta natureza não se perspetiva tarefa fácil para o clube terceiro, atendendo à dificuldade de demonstrar a sua não cumplicidade nestas situações. Não sendo este bem-sucedido, tal significará a sua responsabilização, solidariamente com o jogador, pela indemnização a pagar, nos termos do artigo 24.º do RJCTD, ao clube lesado (26.º, n.º 2, do RJCTD)²⁶.

²⁴ Atente-se, a este propósito, ao disposto no n.º 1 do artigo 497.º, e no artigo 512.º do CC.

²⁵ Recorde-se que o regime de solidariedade só se aplica quando tal resulte da própria lei ou da vontade das partes, como consta do artigo 513.º do CC.

²⁶ Nas palavras de João Leal Amado em *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., p. 160, “À responsabilidade contratual do praticante desportivo somar-se-á, pois, a responsabilidade extracontratual do

Instituir no plano legal (no RJCTD) a responsabilização do terceiro cúmplice neste âmbito é uma opção que se compreende e se justifica.

Compreende-se na medida em que alinha a realidade nacional com as práticas que já vinham sendo seguidas no plano internacional e regulamentar do futebol, nomeadamente junto da FIFA. Efetivamente, se o anterior regime jurídico aplicável ao contrato de trabalho desportivo (a Lei n.º 28/98) não fazia qualquer referência a um instituto desta natureza, e se o mesmo sucede, estranhamente, até aos dias de hoje, com o CCT celebrado entre LPFP e SJPF, a responsabilização solidária do clube que atua como terceiro cúmplice já tem consagração no Regulamento do Estatuto e Transferência de Jogadores (doravante “RETJ”) da FIFA, estando prevista no seu artigo 17.º, n.º 2²⁷.

Por outro lado, a responsabilização do terceiro cúmplice nestes casos, e nestes termos, também se mostra, a nosso ver, plenamente justificada. Atendendo à especificidade da relação laboral desportiva e, particularmente, à peculiaridade da indústria do futebol profissional, caracterizada por uma lógica de competição-

terceiro cúmplice que perturbou e inviabilizou o normal desenvolvimento daquela relação jurídico-laboral”.

²⁷ O regime instituído no RETJ da FIFA apresenta, ainda assim, uma significativa diferença face ao consagrado no RJCTD. É que, se neste último diploma se estabelece uma presunção ilidível de influência do clube terceiro na desvinculação do praticante desportivo, no âmbito do regulamento da FIFA tem-se entendido que “(...) esta é uma responsabilidade objetiva que não admite prova em contrário, sendo irrelevante o facto de o novo clube fazer prova de que nada fez para induzir o praticante desportivo à quebra contratual”, como explica Patrícia Franco, “A cumplicidade na cessação do contrato de trabalho desportivo”, *Revista de Direito do Desporto*, n.º 1, 2019, pp. 39-88, p. 64.

cooperação entre os clubes²⁸, a criação de mecanismos restritivos da liberdade dos seus intervenientes é fundamental. Essa restrição verifica-se, como já vimos, em relação à liberdade de trabalho dos jogadores, e é estabelecida também, por via deste instituto da responsabilidade solidária, relativamente à liberdade concorrencial das entidades empregadoras desportivas²⁹. Uma restrição à concorrência que é especialmente necessária considerando a realidade do futebol profissional em Portugal, que, sendo caracterizada por uma grande discrepância de potencial financeiro entre os chamados “três grandes” e os restantes clubes, exige uma maior premência na construção de mecanismos de proteção aos clubes menos poderosos. A ameaça de responsabilização de clubes terceiros, nos termos previstos no artigo 26.º do RJCTD, com base na presunção aí estabelecida, poderá funcionar, para os clubes, como um importante fator dissuasor de comportamentos de aliciamento e de indução á rutura contratual de jogadores vinculados a clubes concorrentes.

Adicionalmente, na medida em que passam a existir dois devedores (o jogador e o clube terceiro, que se presume que interveio de forma censurável na cessação contratual indevidamente promovida por aquele), e considerando o efeito extintivo comum da obrigação enquanto característica das obrigações solidárias³⁰, a

²⁸ João Leal Amado em *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., p. 161.

²⁹ João Leal Amado em *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., p. 163.

³⁰ Artigos 512.º, n.º 1, e 523.º, do CC.

responsabilização do terceiro cúmplice, plasmada no RJCTD, garantirá também uma maior tutela do clube lesado³¹.

Por fim, há que fazer uma observação relativamente ao que vem disposto no n.º 3 e no n.º 4 do artigo 26.º do RJCTD.

Não será de estranhar que, na maioria dos casos, havendo lugar à responsabilização do clube terceiro nos termos do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 26.º, acabe por ser este a assumir todo o encargo indemnizatório que resulte da improcedência da justa causa invocada pelo jogador para a desvinculação do seu anterior clube. Ainda assim, o legislador estabeleceu neste âmbito um regime de direito de regresso entre os convedores, como é típico nas obrigações solidárias.

No n.º 3 do artigo 26.º do RJCTD, determina-se que, quando seja o clube terceiro a assumir a totalidade da indemnização, este terá direito de regresso face ao jogador relativamente ao montante das retribuições vincendas, devido ao clube lesado nos termos do artigo 24.º, n.º 1. Por outro lado, de acordo com o estabelecido no artigo 26.º, n.º 4, nos casos em que seja o jogador a satisfazer todo o crédito, este terá direito de regresso face ao seu novo clube relativamente à parte da indemnização que exceda o valor das retribuições vincendas, isto é, o montante que seja devido quando o clube lesado demonstre a existência de danos adicionais, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º, do RJCTD.

A distribuição dos encargos indemnizatórios nestes termos é, a nosso ver, bastante questionável. A tentativa de associar

³¹ Neste sentido vide Patrícia Franco, “A cumplicidade na cessação do contrato de trabalho desportivo”, cit., p. 83; e João Leal Amado em *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, cit., p. 160.

determinados danos à responsabilidade exclusiva do clube terceiro, conferindo ao praticante desportivo um direito de regresso relativamente à parcela da indemnização que supere o montante das retribuições vincendas, cai por terra perante a realidade de que um jogador que se desvincule sem justa causa e que, por exemplo, ponha um ponto final à sua carreira de futebolista, não desencadeando assim a responsabilização de terceiro (porque o terceiro neste caso não existe), poderá também ele estar sujeito ao pagamento de uma indemnização que ultrapasse o valor previsto no artigo 24.º, n.º 1, bastando para tal que o clube lesado faça prova de danos acrescidos. Utilizando um outro exemplo, mas ainda no mesmo sentido, pense-se na situação em que o clube terceiro consiga afastar a presunção de cumplicidade na indevida rutura contratual do jogador face à sua anterior entidade empregadora desportiva. Nestas situações, o clube terceiro ficará isento de responsabilidade e será o jogador, exclusivamente, a ter de indemnizar o clube lesado. Uma tal indemnização, a pagar pelo jogador nestas circunstâncias, abrangerá todos os danos, inclusive aqueles que não são cobertos pelo montante mínimo correspondente ao valor das retribuições vincendas e que sejam demonstrados pelo seu anterior clube.

Por aqui se percebe, a nosso ver, o despropósito da forma como o legislador procede à divisão dos encargos indemnizatórios entre praticante desportivo e clube terceiro, através da regra relativa ao direito de regresso prevista no artigo 26.º do RJCTD. Parece-nos que seria mais adequado que o direito de regresso operasse aqui de forma

igualitária, responsabilizando-se cada um dos devedores por metade do valor indemnizatório final³².

5. Vínculo desportivo e sanções desportivas

A relação laboral entre um clube desportivo e um jogador profissional de futebol assume, como já se percebeu, contornos que a diferenciam das demais relações de trabalho. Outro dos elementos distintivos, e relevante em matéria de efeitos da cessação contratual, é o facto de os clubes, e consequentemente os jogadores, desenvolverem a sua atividade desportiva no âmbito de competições desportivas organizadas por entes terceiros: as federações desportivas e as ligas profissionais³³.

Disto resulta que, paralelamente ao vínculo laboral que se constitui com a celebração de qualquer contrato de trabalho, no âmbito do desporto surja também um vínculo desportivo, enquanto manifestação daquela ligação laboral para efeitos de habilitação do jogador a tomar parte nas competições desportivas ao serviço de determinado clube. Nesse sentido, e como se pode retirar do artigo 7.º, n.º 1, do RJCTD, assim como da cláusula 8.ª do CCT celebrado

³² Também neste sentido, apontando ainda alguns exemplos de como a solução contida no RJCTD pode levar a situações pouco compreensíveis, *vide* Patrícia Franco, “A cumplicidade na cessação do contrato de trabalho desportivo”, cit., pp. 83 e 84.

³³ Entidades desportivas que exercem poderes públicos, nomeadamente de natureza regulamentar e disciplinar, no âmbito do desporto, por delegação do Estado (no caso das federações desportivas) e/ou por delegação das próprias federações desportivas (no caso das ligas profissionais). Para um estudo mais aprofundado sobre as funções e relações entre estas entidades *vide* Marta Portocarrero, “As Ligas Profissionais e as relações com as Federações Desportivas”, *Direito do Desporto*, 2017, pp. 85-96.

entre o SJPF e a LPFP, a participação do jogador nas competições profissionais de futebol em Portugal estará sempre dependente do registo prévio do seu contrato junto da Federação Portuguesa de Futebol (doravante “FPF”) e da LPFP. Ressalve-se, no entanto, que este ato de registo não tem um efeito constitutivo, uma vez que a ausência de registo não determina a invalidade do contrato de trabalho desportivo, que sempre produzirá efeitos *inter partes*. O registo tem somente um efeito declarativo, para fins desportivos, como que certificando a relação laboral entre jogador e clube junto das entidades desportivas responsáveis pela organização, regulação e regulamentação das competições³⁴.

A distinção entre vínculo laboral e vínculo desportivo é extraordinariamente relevante para a temática dos efeitos da cessação do contrato de trabalho, na medida em que se tornou prática habitual no contexto do futebol profissional, e por via dos regulamentos daquelas entidades desportivas, a previsão de sanções de carácter desportivo aos jogadores, nomeadamente àqueles que resolvam o contrato sem justa causa, impedindo-os de participar nas competições desportivas ao serviço de um clube terceiro durante um determinado período de tempo.

No caso concreto do futebol profissional em Portugal, este tipo de prática regulamentar pode observar-se através de uma consulta ao Regulamento das Competições Organizadas pela Liga Portugal (doravante “RCOLP”), onde, no artigo 79.º, entre um conjunto de situações suscetíveis de determinar o impedimento de participação

³⁴ João Leal Amado, “Contrato de Trabalho Desportivo: Da Desvinculação Laboral à Desvinculação Desportiva”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, 2018, pp. 345-366, p. 346.

do jogador nas provas desportivas, e a negação do registo de novos contratos, se estabelece que “Ficam automaticamente impedidos de registar novos contratos os jogadores que hajam rescindido, unilateralmente, o seu contrato de trabalho ou contrato de formação sem justa causa ou os mesmos sejam feitos cessar pelos clubes, com justa causa” (n.º 20), e que “O impedimento produz efeitos até ao termo do contrato rescindido, salvo se o clube declarar que se acha totalmente ressarcido dos danos causados com a rescisão” (n.º 21)³⁵.

Para lá destas disposições de natureza regulamentar, veja-se que, no CCT negociado entre LPFP e SJPF, aplicável aos jogadores profissionais de futebol, se determina, na cláusula 52.^a, n.º 1, que a participação de um jogador em competições oficiais ao serviço de um clube terceiro, na mesma temporada desportiva em que cessou um contrato de trabalho desportivo, “(...) depende do reconhecimento da sua desvinculação desportiva nos termos deste CCT ou do acordo do clube”. O reconhecimento desta desvinculação desportiva realizar-se-á, de acordo com o previsto no CCT, por intervenção de uma Comissão Arbitral Paritária e/ou da própria LPFP.

³⁵ A própria FIFA, enquanto organismo máximo de regulação do futebol a nível internacional, prevê no artigo 17.º, n.º 3, do seu RETJ, a possibilidade de aplicação de sanções desportivas aos jogadores que resolvam o contrato de trabalho sem justa causa, ainda que em termos diferentes dos estabelecidos pela Liga Portugal. No âmbito da FIFA, a interdição temporária será de quatro meses, podendo chegar aos seis meses em caso de verificação de circunstâncias agravantes, limitando-se a aplicação destas sanções aos casos em que a rutura contratual ocorra dentro do “período protegido” do contrato. O “período protegido” é, de acordo com as definições iniciais do RETJ, “a period of three entire seasons or three years, whichever comes first, following the entry into force of a contract, where such contract is concluded prior to the 28th birthday of the professional, or two entire seasons or two years, whichever comes first, following the entry into force of a contract, where such contract is concluded after the 28th birthday of the professional”.

Neste contexto, confrontados com disposições regulamentares e normas emergentes do direito coletivo como estas, é inevitável que se olhe para o disposto no artigo 27.º, n.º 3, do RJCTD, onde se estabelece que “O vínculo desportivo tem natureza acessória em relação ao vínculo contratual e extingue-se com a comunicação prevista no presente artigo, podendo ser registado novo contrato nos termos gerais”, com grande atenção. A leitura desta norma do RJCTD não nos deixa dúvidas. Ao afirmar a natureza acessória do vínculo desportivo face ao vínculo laboral, o legislador deixa claro que, extinguindo-se este último laço, seja de que forma for, a comunicação dessa cessação contratual, feita nos termos do artigo 27.º, n.º 1, às entidades competentes pelo registo do contrato para efeitos desportivos, que serão, para o futebol profissional, a FPF e a LPFP, dá lugar à extinção do vínculo desportivo.

Esta disposição do RJCTD é extremamente significativa no momento de apurar os efeitos decorrentes de uma extinção do contrato de trabalho desportivo, nomeadamente no âmbito do futebol profissional em Portugal. Em resultado desta norma, parece que, na perspetiva da lei, deixou de ser possível que sejam erguidos limites à prossecução futura da atividade desportiva do jogador em razão da forma como o vínculo laboral com o clube tenha cessado, não sendo admissível a existência de impedimentos ao registo de um novo contrato de trabalho do jogador, com um clube terceiro, com base numa alegada não-desvinculação desportiva decorrente da ilícita cessação do anterior contrato.

Esta norma legal vem confirmar, no plano legislativo, uma ideia que já havia sido sustentada pelo Supremo Tribunal de Justiça

(doravante “STJ”) em 2007. Nessa altura, em acórdão relativo ao “Caso Zé-Tó”³⁶, o STJ declarou como nula a cláusula 52.^a, n.º 1, do CCT celebrado entre SJPF e LPFP, que já então vinha redigida em termos semelhantes aos que constam da sua redação atual. Como fundamento para a decisão de nulidade daquela cláusula convencional, o STJ defendeu que, ao se fazer depender a participação do jogador em competição desportiva de um reconhecimento da justa causa de resolução (ou de acordo do clube em relação ao qual o jogador se desvinculou naqueles termos), restringe-se a liberdade de exercício da profissão, um princípio com guarida constitucional no artigo 47.º, n.º 1, da CRP. No mesmo acórdão, o STJ afirmou ainda que, na medida em que este artigo 47.º da CRP se insere no regime dos direitos, liberdades e garantias, a sua restrição está sujeita a reserva de lei restrita (165.º, n.º 1, alínea b), da CRP), sendo a regulação destas matérias da competência exclusiva da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo.

No mesmo sentido, mas referindo-se ao disposto no artigo 79.º, n.os 20 e 21, do RCOLP, João Leal Amado defende que, ao estabelecerem os efeitos de uma cessação contratual, determinando que, por exemplo, de uma resolução sem justa causa por iniciativa do jogador, ou de um despedimento com justa causa, resulte para o jogador um eventual impedimento temporário de prestar a sua atividade profissional ao serviço de outro clube, as instituições desportivas (como serão a FPF e a LPFP no plano nacional) estarão já

³⁶ Acórdão do STJ, de 07/03/2007, Processo n.º 06S1541, <http://www.dgsi.pt/>.

a atuar fora dos poderes de regulamentação e auto-organização que lhe foram conferidos³⁷.

Em sentido contrário, alguma doutrina tem entendido que normas regulamentares como as do artigo 79.º, n.os 20 e 21, do RCOLP, estabelecendo “sanções de carácter desportivo e no domínio do vínculo desportivo”, não regulam a cessação contratual do jogador nem estabelecem os efeitos da mesma³⁸, e que não constituem sequer uma limitação à liberdade de trabalho dos jogadores “(...) desde logo, porque os jogadores são livres de celebrar novos contratos - o que está em causa é o impedimento de participarem nas competições organizadas pela LPFP.”³⁹.

Da nossa parte, ainda que reconheçamos a diferenciação teórica (e até prática) entre os vínculos laboral e desportivo, cremos que não se pode ignorar o carácter de dependência de um em relação ao outro. A liberdade do jogador para desenvolver a sua atividade, que é, ao fim e ao cabo, a participação na competição desportiva, depende, não só da constituição de um vínculo laboral, mas também, e subsequentemente, da verificação do vínculo desportivo que emerge de um registo válido do contrato de trabalho junto das instâncias desportivas. Como tal, parece-nos evidente que normas regulamentares ou convencionais como as que aqui referimos

³⁷ João Leal Amado, “Contrato de Trabalho Desportivo: Da Desvinculação Laboral à Desvinculação Desportiva”, cit. pp. 347 a 350.

³⁸ Lúcio Miguel Correia, “A Cessação do contrato de trabalho desportivo de acordo com a Lei nº 54/2017, de 14 de junho”, *1.º Congresso internacional sobre o regime jurídico do contrato de trabalho desportivo*, 2018, pp. 119-160, pp. 150 e 151.

³⁹ Sónia Carneiro / Paulo Mariz Rozeira / Amândio Novais, “A Cessação do Contrato de Trabalho Desportivo por Iniciativa do Praticante Desportivo: O caso do Futebol Profissional”, *1.º Congresso Internacional sobre o Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Desportivo*, 2018, pp. 229-251, p. 245.

impactam efetivamente a situação laboral presente e futura dos jogadores, restringindo a sua liberdade de trabalho. Até porque, em muitos casos, será previsível que um determinado clube terceiro não esteja muito interessado em celebrar um contrato de trabalho com um jogador que não poderá vir a utilizar em competição durante um certo período de tempo.

Não discutimos que impedimentos de registo de novos contratos nos termos que aqui vimos referindo possam ter motivações de natureza desportiva, nomeadamente no sentido de “(...) promoção e defesa intransigente da integridade das competições profissionais de futebol (...)”⁴⁰, mas essas sanções terão repercussões, diretas ou indiretas, na esfera laboral do praticante. Diferente será perante uma situação em que, por exemplo, ao abrigo dos regulamentos de disciplina da federação desportiva, o jogador seja suspenso por um determinado número de jogos como consequência de lhe ter sido mostrado um cartão vermelho no decorrer de um jogo de futebol. Aí sim, estamos no âmbito estritamente desportivo, de aplicação das regras do jogo, dentro do poder de regulamentação e disciplina que cabe às federações desportivas e ligas profissionais.

A partir do momento em que as sanções são aplicadas perante a verificação de determinados comportamentos dos jogadores na esfera da sua relação laboral (atitude justificativa de despedimento com justa causa ou a resolução pelo jogador de forma ilícita, como disposto no artigo 79.º, n.º 20, do RCOLP), parece-nos indiscutível que o que aí se faz é estabelecer o impedimento de participação nas

⁴⁰, Sónia Carneiro *et al.*, “A Cessação do Contrato de Trabalho Desportivo por Iniciativa do Praticante Desportivo: O caso do Futebol Profissional”, cit., p. 244.

competições desportivas como um efeito decorrente da rutura contratual naqueles termos⁴¹.

De resto, não ignoramos algumas das críticas que têm sido apontadas à solução contida no artigo 27.º, n.º 3, do RJCTD. De facto, a aplicação de sanções de natureza desportiva aos jogadores, tais como as consagradas pelo artigo 79.º, n.os 20 e 21, do RCOLP, assim como as que poderiam resultar de um mecanismo de reconhecimento de desvinculação desportiva como o que vem previsto no CCT celebrado entre a LPFP e o SJPF, são suscetíveis de constituir medidas eficazes na tutela de alguns valores que no âmbito do desporto profissional se pretendem salvaguardar. Referimo-nos a valores como a estabilidade contratual, a defesa da continuidade e integridade da competição, ou a proteção dos clubes menos pujantes financeiramente face às investidas de clubes terceiros, dissuadindo comportamentos de incitação à desvinculação do jogador (particularmente nos últimos meses do contrato).

Também é correto dizer-se que, como refere Lúcio Miguel Correia⁴², a especificidade do desporto profissional, do funcionamento das suas competições e do seu mercado, impõe que se estabeleçam certas restrições à liberdade das partes envolvidas, nomeadamente no que toca à liberdade de desvinculação do trabalhador. De resto, a liberdade de desvinculação do jogador já é restringida pelo facto de este, contrariamente ao trabalhador comum, não ter a faculdade de denunciar o contrato (salvo se tal

⁴¹ João Leal Amado, “Contrato de Trabalho Desportivo: Da Desvinculação Laboral à Desvinculação Desportiva”, cit., p. 363.

⁴² Lúcio Miguel Correia, “A Cessação do contrato de trabalho desportivo de acordo com a Lei nº 54/2017, de 14 de junho”, p. 155.

possibilidade for prevista pelas partes através de uma “cláusula de rescisão”). A liberdade de trabalho do praticante desportivo é também restringida pela obrigatoriedade, prevista na lei, de registo do contrato junto das federações desportivas (artigo 7.º, n.º 1, do RJCTD), e pelo facto de esse registo se realizar nos termos estabelecidos pelas federações ao abrigo dos seus poderes regulamentares (artigo 7.º, n.º 2).

A questão que se coloca é a de saber até que ponto se pode insistir em invocar a defesa de interesses coletivos de cariz desportivo para restringir ainda mais os direitos dos praticantes desportivos, que não deixam de ser, no caso dos jogadores profissionais de futebol, trabalhadores por conta de outrem. Tudo passa, no fundo, por encontrar um equilíbrio entre a proteção da competição e a tutela do trabalhador.

A nosso ver, a consagração de um princípio de reparação integral do dano, tal como o que vem plasmado no artigo 24.º do RJCTD, já protege, em parte, a competição e os clubes envolvidos, funcionando como fator de dissuasão de desvinculações *ante tempus*. O mesmo se pode dizer relativamente ao regime de responsabilização solidária do terceiro cúmplice constante do artigo 26.º do mesmo diploma legislativo⁴³.

⁴³ Ainda a propósito da possibilidade de responsabilização de um terceiro cúmplice, o Regulamento de Disciplina das Competições organizadas pela Liga Portugal (doravante “RDCOLP”) e o RETJ da FIFA, preveem, nos artigos 85.º e 17.º, n.º 4, respetivamente, a possibilidade de aplicação de sanções desportivas aos clubes terceiros que, de alguma forma, induzam um jogador sob contrato a cessá-lo sem justa causa. Em ambas disposições regulamentares estabelece-se esta responsabilidade de terceiro com base na presunção de que o novo clube ao qual o jogador se vinculou influenciou, direta ou indiretamente, a quebra contratual sem justa causa. Não sendo a presunção afastada, cairá sobre o clube terceiro uma sanção sob a forma de impedimento de registo de novos contratos de jogadores

Perante isto, parece-nos que seria excessivo que, à obrigação indemnizatória que recairá sobre um jogador que resolva o contrato sem justa causa, com reparação integral do dano, se lhe some uma inibição, mesmo que temporária, de desenvolver a sua atividade profissional ao serviço de outro clube. E essa excessividade será ainda mais notória perante uma interdição como a do artigo 79º, n.os 20 e 21, do RCOLP, por todo o tempo que restava ao contrato entretanto cessado, particularmente quando a rutura se dê nos primeiros anos de vigência de longos contratos.

Potenciais cenários como este contribuem para que consideremos que, ponderados os diferentes interesses em jogo, a posição que o legislador assumiu no n.º 3 do artigo 27.º do RJCTD, é positiva. E é-o porque esclarece na lei algo que já resultava do plano constitucional: a ilegalidade de normas regulamentares e disposições convencionais tais como as previstas no RCOLP e no CCT celebrado entre a LPFP e o SJPF, que impedem o registo de novos contratos de trabalho como consequência da cessação contratual. Sanções essas que se apresentam, seguramente em alguns casos, demasiado penalizadoras para o trabalhador.

por um número de períodos de inscrição - no caso do artigo 85.º do RCOLP será entre um e dois períodos de inscrição por cada jogador aliciado, e no caso do RETJ da FIFA serão “(...) two entire and consecutive registration periods (...)”.

Diga-se que, ainda nos termos do artigo 17.º, n.º 4, do RETJ da FIFA, a mesma sanção desportiva aplicar-se-á também ao clube cuja conduta motivou a resolução com justa causa pelo praticante desportivo, acrescendo à obrigação indemnizatória que tal incumprimento gerará para aquele clube.

6. Conclusão

Neste texto propusemo-nos a averiguar quais os efeitos que decorrerão de uma cessação do contrato de trabalho desportivo promovida por um jogador profissional de futebol que invoca justa causa. Em jeito de síntese, podemos afirmar que os efeitos decorrentes de uma rutura contratual realizada nestes termos em Portugal se verificam, essencialmente, no plano indemnizatório.

Dependendo da procedência ou insubsistência da justa causa alegada para a resolução, e, conseqüentemente, da licitude ou ilicitude da desvinculação, jogador ou clube terão direito a ser ressarcidos. Consagra-se, no novo RJCTD, um princípio de reparação integral do dano, com uma base mínima e automática de indemnização no valor das retribuições vincendas, dando-se à parte lesada a possibilidade de reclamar uma indemnização de montante mais elevado, sempre e quando comprove ter sofridos danos acrescidos (artigo 24.º, n.os 1 e 2, do RJCTD). Uma solução legislativa que consagra um princípio que já vinha sendo adotado nesta matéria em sede de contratação coletiva no futebol profissional em Portugal.

No que toca à fixação da indemnização devida nestas situações, defendemos que, considerando a natureza das “cláusulas de rescisão”, hoje expressamente distinguidas da figura da cláusula penal, o valor monetário inscrito numa dessas cláusulas, convencionadas ao abrigo do artigo 25.º do RJCTD, não deverá, por princípio, representar o montante indemnizatório devido ao clube lesado no caso em que a justa causa invocada pelo jogador para a desvinculação venha a ser declarada insubsistente. Um

entendimento contrário significaria, a nosso ver, desconsiderar o facto de as “cláusulas de rescisão”, e os valores monetários nelas plasmados, particularmente no contexto do futebol profissional em Portugal, tenderem a expressar diferentes interesses das duas partes, não refletindo, necessariamente, os prejuízos do empregador que estão na base da indispensabilidade de desencadear mecanismos de indemnização por uma cessação sem justa causa não convencionada.

Em alguns casos, e, mais concretamente, quando seja o clube a aparecer na posição de credor, em função da declaração de improcedência da justa causa invocada pelo jogador para a demissão, há a possibilidade de responsabilizar, solidariamente com o praticante, um clube terceiro, o clube com o qual o jogador celebre um novo contrato de trabalho na sequência da sua ilícita desvinculação. A doutrina do terceiro cúmplice, consagrada no artigo 26.º do novo RJCTD, sendo uma exceção ao princípio da relatividade das obrigações, é estabelecida neste âmbito com base na presunção de que o novo clube do jogador influenciou, direta ou indiretamente, na rutura ilícita do contrato anterior, ainda que tal presunção seja ilidível. Não sendo a presunção afastada, clube e jogador responderão, a título de responsabilidade solidária, na indemnização devida ao clube lesado.

Ainda no âmbito da análise a este regime de responsabilidade solidária, mostrámos a nossa discordância relativamente à forma como o legislador concebeu o instituto do direito de regresso entre convedores, parecendo-nos que teria sido mais adequado que se tivesse seguido uma fórmula igualitária, responsabilizando jogador e

clube terceiro na mesma proporção. Ainda assim, de acordo com o que vem estabelecido no artigo 26.º do RJCTD, o clube terceiro que assuma a totalidade do encargo indemnizatório terá direito de regresso sobre o jogador relativamente ao valor das retribuições vincendas, que sempre será devido ao clube lesado nos termos do artigo 24.º, n.º 1 do RJCTD. Já se for o jogador a proceder ao pagamento da indemnização em toda a sua extensão, este terá direito de regresso sobre o clube terceiro na parte que exceda o valor das retribuições vincendas, e que poderá ser devido perante a demonstração de danos acrescidos pelo clube lesado.

Nestas notas conclusivas começámos por afirmar que os efeitos de uma cessação contratual originada pela invocação de justa causa pelo jogador ocorrem, essencialmente, no plano indemnizatório. E assim é, pelo menos na perspetiva do praticante desportivo. Com o artigo 27.º, n.º 3, do novo RJCTD, o legislador declarou a natureza acessória do vínculo desportivo face ao vínculo laboral, acrescentando que o vínculo desportivo se extingue com a comunicação da cessação do vínculo de trabalho às entidades competentes pelo registo dos contratos para efeitos desportivos, podendo sempre ser registado novo contrato. E ao fazê-lo, ditou, a nosso ver, uma espécie de sentença de morte a todas as sanções desportivas, de origem regulamentar ou convencional, que pudessem ser aplicadas pelas federações desportivas aos jogadores em consequência da cessação do contrato de trabalho desportivo, mesmo quando a rutura contratual ocorra de forma indevida. Assim, normas regulamentares como a do artigo 79.º, n.os 20 e 21, do RCOLP, ou disposições convencionais como a cláusula 52.^a do CCT

celebrado entre LPFP e SJPF, que já eram de constitucionalidade duvidosa, apresentam-se agora desconformes com o próprio RJCTD. Se o vínculo desportivo cessa com a comunicação da extinção do vínculo laboral, por exemplo, no caso do futebol profissional, à LPFP e à FPF, não há espaço para qualquer intervenção das entidades desportivas que seja suscetível de culminar numa decisão de não reconhecimento da desvinculação desportiva do jogador, ou no impedimento de registo propriamente dito com o mesmo fundamento.

No plano das sanções desportivas poderá haver lugar, isso sim, à punição do clube terceiro que, direta ou indiretamente, incite um jogador de outro clube a cessar, ilicitamente, o seu contrato de trabalho desportivo sem justa causa. De acordo com o previsto no artigo 85.º do RDCOLP, o aliciamento de jogadores nestes termos resultará na aplicação de uma sanção ao clube terceiro sob a forma de impedimento de registo de novos contratos de jogadores entre um e dois períodos de inscrição, por cada jogador aliciado. Também aqui presume-se a cumplicidade do novo clube na rutura contratual ilícita provocada pelo jogador, ainda tal presunção seja ilidível (artigo 85.º, n.º 3, do RDCOLP).

Bibliografia

Doutrina

Amado, João Leal, *Vinculação versus Liberdade - O processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho Desportivo - Lei n.º 54/2017, de 14 de julho - Anotada*, Almedina, Coimbra, 2017;

Amado, João Leal, “Contrato de Trabalho Desportivo: Da Desvinculação Laboral à Desvinculação Desportiva”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 1, 2018, pp. 345-366.

Baptista, Albino Mendes, “Breve apontamento sobre as cláusulas de rescisão”, *Revista do Ministério Público*, Ano XXIII, n.º 91, 2002, pp. 141-147.

Batista, Carlos Vítor Silva, “Cláusulas de rescisão” no contrato de trabalho desportivo”, Dissertação de Mestrado em Direito - Especialidade em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2012.

Cabral, Rita Amaral, “A Tutela Delitual do Direito de Crédito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, 2001, pp. 1025-1053.

Carneiro, Sónia / Rozeira, Paulo Mariz / Novais, Amândio, “A Cessação do Contrato de Trabalho Desportivo por Iniciativa do Praticante Desportivo: O caso do Futebol Profissional”, *1.º Congresso Internacional sobre o Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Desportivo*, 2018, pp. 229-251.

Cordeiro, António Menezes, “Eficácia externa dos créditos e abuso do direito”, *O Direito*, Ano CXLI, n.º 1, 2009, pp. 29-108.

Correia, Lúcio Miguel, “O preço da responsabilidade pela rutura contratual de um contrato de trabalho desportivo”, *Lusíada - Revista de Direito*, n.º 10, 2012, pp. 139-165;

Correia, Lúcio Miguel, “A Cessação do contrato de trabalho desportivo de acordo com a Lei n.º 54/2017, de 14 de junho”, *1.º Congresso internacional sobre o regime jurídico do contrato de trabalho desportivo*, 2018, pp. 119-160.

Filho, Álvaro Melo, “Especificidade do desporto: projeções jurídicas”, *Desporto & Direito*, Ano VI, n.º 17, 2009, pp. 257-267.

Franco, Patrícia, “A cumplicidade na cessação do contrato de trabalho desportivo”, *Revista de Direito do Desporto*, n.º 1, 2019, pp. 39-88.

Júnior, Eduardo Santos, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2003.

Martinez, Pedro Romano, “As cláusulas de rescisão nos contratos de trabalho desportivo”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LV, n.º 1-4, 2014, pp. 81-126.

Martins, João Zenha, “Cláusulas de Rescisão”, *Vida Judiciária*, n.º 204, 2017, pp. 36 e 37.

Monteiro, António Pinto, “Sobre as cláusulas de rescisão dos jogadores de futebol”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano CXXXV, n.º 3934, 2005, pp. 5-26.

Portocarrero, Marta, “As Ligas Profissionais e as relações com as Federações Desportivas”, *Direito do Desporto*, 2017, pp. 85-96.

Relógio, Luís Paulo, “Cláusulas de rescisão - natureza jurídica”,
1.º Congresso Internacional sobre o Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Desportivo, 2018, pp. 161-176.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 199/2009, de 28/04/2009,
Processo n.º 910/08.

Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 07/03/2007, Processo
n.º 06S1541.





O TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS E A PRESUNÇÃO DE LABORALIDADE

WORK IN DIGITAL PLATFORMS AND THE LABOUR PRESUMPTION

Teresa Coelho Moreira*

Sumário: 1. Introdução; 2. O trabalho através das plataformas digitais; 3. Conclusões.

Resumo:

O trabalho nas plataformas digitais tem aumentado imenso nos últimos anos e levantam-se várias questões relacionadas com diversos assuntos. Neste artigo pretendemos analisar a criação de uma presunção de laboralidade como uma possível solução para regulamentar vários dos problemas que têm vindo a ser estudados.

Abstract:

The work in digital platforms has increased and continued expanding in size in recent years and a number of questions are raised related to different issues. In this article we intend to analyse the creation of a labour presumption as a possible solution to regulate several of the problems that have been studied.

1. Introdução

Após uma revolução agrícola, uma revolução industrial e uma revolução informática onde o papel cimeiro é ocupado pelo computador, hoje estamos perante uma verdadeira revolução

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Coordenadora científica do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021* tmoreira@direito.uminho.pt.

digital, associada à internet, ao *cloud computing* e a novas formas de prestar trabalho. Com esta surge também o denominado trabalho digital na economia colaborativa, em plataformas digitais, e um novo tipo de trabalhador o que origina um novo tipo de subordinação reforçada por “um espaço sem distâncias e um tempo sem demoras”¹.

Surge, assim, um novo sistema de trabalho com o advento da *sharing economy* ou *economia colaborativa*, que gera um espaço de confluência entre as mudanças no trabalho, na economia global, e as geradas naquele pela digitalização desta. E, apesar de implicarem grandes promessas de desenvolvimento, também provocam muitos desafios que requerem uma atuação proativa de empresas, governos, indivíduos e trabalhadores.

Esta economia partilhada ou colaborativa na noção apresentada pela Comissão Europeia em 2 de junho de 2016, no Documento *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, refere-se a “modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares. São três as categorias de intervenientes na economia colaborativa: (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências — podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica («pares») ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional («prestadores de serviços

¹ JEAN-EMMANUEL RAY, « Qualité de vie et travail de demain », in *Droit Social*, n.º 2, 2015, p. 148.

profissionais»); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que – através de uma plataforma em linha – ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas («plataformas colaborativas»). Por via de regra, as transações na economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade, podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos”².

A economia colaborativa gera novas oportunidades, para todos, podendo dar um importante contributo para a criação de empregos, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento, desde que seja devidamente incentivada e desenvolvida de forma responsável. Contudo, como também salienta a Comissão Europeia, há vários problemas. Desde logo, a economia colaborativa levanta frequentemente questões no que diz respeito à aplicação dos quadros jurídicos em vigor, diluindo a tradicional distinção entre consumidor e fornecedor, trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, prestação de serviços profissionais e não profissionais.

Há que ter em atenção, também, que se o aparecimento desta economia se baseia em mudanças tecnológicas, ela não é uma consequência nem direta, nem exclusiva delas, sendo mais o *produto final* de várias tendências que incluem estratégias de produção, a globalização, a promoção do *empreendedorismo* e do trabalho independente e o desenvolvimento das tecnologias digitais. Ela é a

² Ver, também, OCDE, *New Forms of Work in the Digital Economy*, 2016, assim como BIEGOŃ, KOWALSKY e SCHUSTER, *Schöne Neue Arbeitswelt? - Wie eine Antwort der EU auf die Plattformökonomie aussehen könnte*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017, pp. 5 e ss..

manifestação pioneira das grandes transformações que estão a acontecer no trabalho³.

Ora, sob este conceito amplo denominado de *sharing economy*, aparecem as plataformas digitais através da internet. Surgem com um *discurso amável* e atual do que oferecem, que se une, por seu lado, aos novos hábitos digitais das pessoas, à falta de oportunidades, por vezes, no mercado tradicional e a um enorme *marketing* que converte muitas pessoas em *empreendedores*, donos do seu próprio tempo e destino, mesmo que, na verdade, esse tempo e esse destino estejam nas mãos de grandes empresas internacionais.

A expansão das plataformas digitais e, atualmente, há uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples, como entrega de alimentação, até atividades mais complexas, como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas. Por outro lado, mesmo aquelas que estão bem sedimentadas no mercado quase que se reinventam todos os dias ou variam a sua aplicação de país para país.

2. O trabalho através de plataformas digitais

2.1. Nesta economia colaborativa, surge então o *Crowdwork*, que pode ser quer o *crowdwork online*, quer o *crowdwork offline*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *online* e oferecidas globalmente. Assim, há atividades que podem ser *oferecidas* de forma global, e outras há

³ Ver, para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 28.

que exigem uma execução local. Nas primeiras, qualquer pessoa, em qualquer local do mundo, pode realizá-las; nas segundas, isso já não é possível.

No *crowdwork online*, as atividades prestadas, que são uma espécie de *face oculta da lua*, porque não se conhece a realidade de muitas pessoas que trabalham desta forma, podem ser extremamente repetitivas, monótonas sem que, muitas vezes, as pessoas tenham conhecimento do que estão realmente a fazer porque não têm acesso aos produtos finais, o que pode levantar questões, desde logo, relacionadas, *inter alia*, com problemas éticos. Por outro lado, algumas destas plataformas usam, por vezes, como forma de pagamento, vales de videojogos da própria empresa, o que já levantou a questão do eventual trabalho infantil e a proibição da retribuição ser feita através desta forma, bastando para tal ter em consideração a Convenção número 95 da OIT.

Nestes casos, a concorrência é verdadeiramente global, e pode original uma *race to the bottom*. Estas atividades, normalmente oferecidas através da *cloud*, podem incluir tarefas mal pagas, também chamadas de *microtarefas*, assim como grandes tarefas, a serem divididas em pequenas, para tornar mais simples e mais barata. Exemplos destas plataformas são a *Amazon Mechanical Turk* e a *Clickworker*. Contudo as tarefas podem exigir uma elevada qualificação não significando isto que sejam bem pagas porque, como a concorrência é verdadeiramente global, a remuneração pode ser parca ou, até, inexistente, devido à cláusula de satisfação do cliente. Acresce que, estas tarefas também são muito mal pagas porque não se tem em consideração o tempo que os trabalhadores

têm de estar disponíveis *online*, nem o tempo que têm de estar à procura de uma tarefa. Acresce, ainda, um outro problema e que é a da sua permanente disponibilidade em termos temporais porque, como trabalham *online* e com fusos horários diferentes dos utilizadores, têm prazos muito curtos para cumprir, tendo de responder imediatamente. Assim, a aparente flexibilidade destas formas de prestar trabalho também necessita de ser repensada, havendo, inequivocamente, um enorme controlo.

Existem, ainda, outras atividades, o denominado *crowdwork offline* ou *work on demand via apps* que exigem uma presença física e, por isso, a concorrência não é global, embora se levantem também várias questões e violação de regras de Direito do Trabalho pois o trabalho é realizado à *chamada*, denominado *on demand work*, originando um incremento da força de trabalho *just-in-time*, e de que o exemplo mais conhecido é o da *Uber* enquanto plataforma digital relacionada com os transportes. Há, também, plataformas digitais associadas a serviços domésticos, desde limpeza, mudanças a *bricolage*. Nestes últimos, o trabalhador da plataforma normalmente entra em contacto direto com o utilizador.

Em qualquer destas formas de prestar trabalho há muitos períodos de tempo não retribuídos, como o tempo de espera, que pode ser muito dependendo da plataforma.

Nas duas situações referidas também há horários completamente irregulares, com permanência constante do trabalhador *online*, como

de permanente disponibilidade, sendo que há alturas de *zero hours* e outras de *rush hours*⁴.

As condições de trabalho são, na maior parte dos casos, extremamente precárias, pois recebem muito pouco e sob a fórmula de *pay as you go, just in time*, são despedidos quando já não servem, vítimas de uma feroz competitividade entre os *aspirantes* a emprego. Por outro lado, vivem vidas laborais curtas e segmentadas, desprovidas de qualquer tutela, com condições de trabalho extremamente instáveis e com uma baixíssima qualidade de vida.

Claro que esta divisão é muito importante do ponto de vista do Direito a aplicar porque a segunda modalidade é mais fácil de enquadrar nos meios tradicionais de resolução previstos na lei do que a primeira, permitindo maior controlo dos trabalhadores, sobretudo quando se trata de atividades concretas⁵.

2.2. Atendendo a tudo isto a OIT⁶ recomenda que exista “um desenvolvimento de um sistema de governação internacional para plataformas de trabalho digitais que estabeleça e exija que as plataformas (e clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas”. Na verdade, várias das tarefas realizadas através das

⁴ Vide ALOISI, “Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of On-Demand/Gig Economy Platforms”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, n.º 3, 2016, p. 662, assim como JANINE BERG, “Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, n.º 3, 2016, pp. 557 e ss., e VALERIO DE STEFANO, “The Rise of the “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the “Gig-Economy”, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, n.º 3, 2016, p. 480.

⁵ Ver, para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, *op. cit.*, pp. 38 e ss..

⁶ *Trabalhar para um Futuro Melhor*, Genebra, 2019, p. 46.

plataformas digitais implicam um contacto direto com os clientes e esta situação pode trazer elementos acrescidos ao nível de riscos laborais, referidos pela própria OIT, podendo agravar o *stress* laboral ou o síndrome de *burnout*.

Não se questiona, claramente, que podem existir vantagens nestas formas de prestar trabalho, nomeadamente a de uma melhor conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar, ou a possibilidade de melhoria de vida que promovem, mas não pode deixar de ter-se em atenção os inúmeros perigos que as mesmas comportam.

Crê-se que não pode, nem deve esquecer-se o que está contemplado no artigo 1.º da Declaração de Filadélfia - “o trabalho não é uma mercadoria” -, que possa ser vendida nos mercados ao preço mais baixo; os trabalhadores são seres humanos com direitos, necessidades e aspirações, não permitindo uma coisificação da pessoa humana e uma dissociação do trabalhador da prestação de trabalho. Aliás, o Papa Francisco, na Encíclica *Laudato Si* também defende o mesmo quando escreve que “Não se deve procurar que o progresso tecnológico substitua cada vez mais o trabalho humano: procedendo assim, a humanidade prejudicar-se-ia a si mesma”, acrescentando que “a orientação da economia favoreceu um tipo de progresso tecnológico cuja finalidade é reduzir os custos de produção com base na diminuição dos postos de trabalho, que são substituídos por máquinas. É mais um exemplo de como a ação do homem se pode voltar contra si mesmo. A diminuição dos postos de trabalho «tem também um impacto negativo no plano económico com a progressiva corrosão do “capital social”, isto é, daquele conjunto de relações de

confiança, de credibilidade, de respeito das regras, indispensável em qualquer convivência civil». Em suma, «*os custos humanos são sempre também custos económicos*, e as disfunções económicas acarretam sempre também custos humanos». Renunciar a investir nas pessoas para se obter maior receita imediata é um péssimo negócio para a sociedade”. E a pandemia veio agravar ainda mais esta situação⁷.

Quando nestas plataformas se esquece uma das máximas que originou o surgimento do Direito do Trabalho como ramo do Direito autónomo e que é a de que o trabalho não é separável da pessoa que o presta, e que não existe trabalho, mas só existem as pessoas que trabalham, não estaremos a regredir aos inícios da revolução industrial? É caso para perguntar se este trabalho, mercantilizado com base no pagamento da tarefa à peça, com retribuições extremamente baixas, que não cumprem os limiares mínimos

⁷ 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 encontramos-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»”.

relacionados com um trabalho decente, onde não há direito à segurança social, ou a assistência na doença, com eventual trabalho infantil, em que os trabalhadores são sujeitos a discriminação, e sem qualquer respeito por direitos coletivos, assim como sem respeito pelos direitos fundamentais, não implica o retorno aos *bons velhos tempos* da igualdade meramente formal em que valia a máxima *qui dit contractuel dit juste?*

Diria até que, de certa forma, o trabalho digital faz-nos lembrar um *Back to the Future* porque recorda-nos TAYLOR, com o seu *Scientific Management* e o controlo automático, ADAM SMITH, com a sua divisão e organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes, e um retornar para os primeiros tempos da industrialização antes do surgimento do Direito do Trabalho, através da falta de proteção social e uma elevada precarização e discriminação realizada à distância, por algoritmos relacionados com a inteligência artificial. Na verdade, numa economia que é verdadeiramente mundial, o velho *trabalho escravo* por vezes transformou-se, por uma mera alteração de palavras, na *atividade colaborativa*, gerando dois mundos no trabalho. No caso deste tipo de trabalho, por vezes, a competição a nível global, os baixos salários que tornam impossível que estas atividades sejam a principal fonte de rendimento, e a deslocalização do local de trabalho, origina situações de autênticos *escravos digitais* a trabalharem nas *sweatshops*, agora *virtuais*⁸.

⁸ Neste sentido JEAN-EMMANUEL RAY, “Qualité de vie ...”, cit., p. 149. Ver, ainda, MARTIN RISAK *Fair Working Conditions for Platform Workers - Possible Regulatory Approaches at the EU Level*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017, p. 3 e FLORIAN A. SCHMIDT, *Digital Labour Markets in the Platform Economy - Mapping*

Consideramos que, para a maior parte dos trabalhadores destas plataformas, as condições de trabalho são más, independentemente do tipo de trabalho que é prestado. A falta de sindicatos, de união entre estes trabalhadores, o oligopólio de certas plataformas relativamente à entrega de determinados produtos, e uma constante insegurança económica, assim como de discussão entre as partes, faz com que o que a remuneração seja muito baixa, sobretudo quando o trabalho é feito na *cloud*, onde a competição é verdadeiramente global e onde a escolha se baseia em avaliações que são ou podem ser discriminatórias e que colocam os trabalhadores num estado de *período experimental permanente*, restringindo, também, a sua possibilidade de escolha porque permanecem ligados a uma plataforma em particular⁹.

Secundando JEAN-EMMANUEL RAY¹⁰, falar-se aqui de um sistema colaborativo é um pouco exagerado porque a concorrência é total, mundial e mesmo cruel. Existe uma divisão do trabalho inimaginável, mesmo para TAYLOR com o seu *Scientific Management*, que permite um controlo total direto e à distância, espacial e temporal.

2.3. Parece-nos, assim, que esta atividade nas plataformas tem de ser *desmercantilizada*, aplicando os princípios fundamentais em matéria de Direito do Trabalho e de privacidade e não discriminação. Os empregadores/plataformas determinam todas as condições de

the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2017, p. 9.

⁹ Cf. MARTIN RISAK, *op. cit.*, p. 4, e WILLEM PIETER DE GROEN e ILARIA MASELLI, *The Impact of the Collaborative Economy on the Labour Market*, CEPS Special Report, n.º 138, 2016, pp. 22 e ss..

¹⁰ Última *op. cit.*, p. 154.

trabalho num universo que é denominado de *app as the boss*, numa espécie de *Master and Servant* onde temos as plataformas digitais, os trabalhadores e os clientes. Os trabalhadores são facilmente substituídos por outros, porque muitos necessitam do trabalho e este não requer especiais qualificações, sujeitando-se, por isso, às condições que lhes são impostas. Contudo, muitas vezes a linguagem que estas plataformas utilizam para captar clientes é extremamente apelativa¹¹, *mascarando* a dura realidade das pessoas que para elas trabalham, onde muitas vezes o progresso técnico não liberta, bem pelo contrário, já que há novas tecnologias que originam um estado de quase permanente submissão, bastando lembrar a constante geolocalização a que estes trabalhadores estão sujeitos, tornando realidade o fantasma de uma sociedade de controlo total, ou quase total. Na verdade, as plataformas digitais apresentam-se como novas, mas em muitas situações existe uma acentuada falta de transparência, o que não pode ocorrer. Grande parte desta economia colaborativa é *invisível* e é imperioso saber como funciona, se existe e quem é o empregador, onde está e como dirige.

¹¹ Exemplos de linguagem: Seja o seu próprio empregador; Seja dono do seu tempo; Faça exercício enquanto trabalha (no caso dos riders); Trabalhe apenas quando quiser; Sem escritório e sem empregador.

Outra máxima muito difundida e que cativa bastantes pessoas no que concerne à Uber, por exemplo, assenta na garantia de segurança, tanto para os passageiros, como para os motoristas, utilizando *slogans* como Uber: uma viagem na qual você pode confiar; garantimos a sua segurança através do nosso GPS; ou Uber: Drive Safe. No caso da Foodora, pode ver-se “*Did you ever wonder why so many 'pink bikers' are riding around Berlin? Well, we know why! They all love to have a super flexible job, earn good money and be their own boss, which is exactly why they already joined the Foodora network*”, ou, no caso da Deliveroo, “*You decide when to work. Working with Deliveroo gives you flexibility and independence. And by being self-employed, you enjoy the advantages of working to your own availability*”.

Quem trabalha para uma plataforma digital não pode negociar as condições de trabalho. Simplesmente limita-se a aceitá-las ou a recusá-las. E é este desequilíbrio entre as partes que é o causador de todos os riscos e que origina, *inter alia*, os baixos rendimentos, o excesso de flexibilidade, a não contenção dos tempos de trabalho, e a transferência dos riscos inerentes do empregador para o trabalhador.

Ora, perante esta situação, uma das questões que assume uma enorme importância é a da qualificação das relações existentes entre quem presta a atividade nas plataformas digitais e estas.

2.4. A questão da qualificação assume uma enorme importância no trabalho na era digital através das próprias plataformas digitais porque elas próprias tentam não ser abrangidas pelas regras do Direito do Trabalho, invocando, muitas vezes, serem meras *intermediárias tecnológicas* e, em muitas delas, nos contratos celebrados, estabelece-se esta natureza, chegando a impor uma terminologia própria e inventada, disfarçando a realidade da situação, utilizando uma linguagem própria para tentar fugir a este regime. Recorrem a expressões como, *inter alia*, *turks*, *riders*, *slashers*, *coworkers*, colaboradores e empreendedores, para disfarçar situações de verdadeiro trabalho subordinado em muitas situações.

2.4.1. Assim, para responder a esta questão, consideramos essencial, em primeiro lugar, atender à razão de ser do Direito do Trabalho e por que surgiu a necessidade de proteção do trabalhador

— e esta está relacionada com a situação de especial vulnerabilidade de uma das partes relativamente à outra, que resulta quer da diferença contratual que existe porque uma tem o poder de dar ordens, instruções e a outra tem de obedecer, quer ainda porque as partes não têm o mesmo poder negocial.

Ora, face ao que referimos anteriormente, será que estas razões não se mantêm hoje em dia para o caso das pessoas que trabalham nas plataformas digitais? Se no século XIX os trabalhadores faziam fila à porta das fábricas à espera de obter trabalho, que era diário e sem qualquer respeito pelos tempos de trabalho, e existia, nas palavras de MARX, o “exército industrial de reserva”, hoje em dia, nas plataformas digitais, não estamos perante um novo tipo de *proletariado*, e um *exército de precários*? Atualmente, as pessoas não são contratadas ao dia mas por tarefa, tarefa esta que pode levar segundos ou minutos a ser realizada, mas em que as pessoas têm de estar sempre *online* para conseguirem obtê-la, não sabendo se no minuto seguinte ao seu termo se ainda terão direito a receber algo ou não, tendo um exército de *mão de obra virtual* e verdadeiramente mundial que é muito mais perigoso, deixando os trabalhadores numa horrífica situação de precariedade e de extrema insegurança. Por trás da aparente novidade, escondem-se *velhas questões*, como o caso de transporte de pessoas ou de produtos, e, mesmo, de formas antigas de organizações de trabalho.

No modelo *taylorista* e, mais tarde, no modelo *fordista*, já existiam pessoas que eram pagos à peça, por vezes muito especializada, *autónomas* na fixação dos seus horários, por vezes proprietários dos seus próprios instrumentos de trabalho, e, no

entanto, colocados numa enorme posição de submissão e de grande fragilidade.

Por outro lado, esta espécie de trabalho *just-in-time*, que exige o redimensionamento constante dos trabalhadores, não é nada de novo, apesar de ter-se alterado a sua intensidade. No Direito do Trabalho *clássico*, esta adaptação das circunstâncias é considerada como uma necessidade legítima por parte do empregador, existindo para tal mecanismos de flexibilidade interna e externa, quer através da possibilidade de contratação a termo, quer de despedimento por razões objetivos, por exemplo.

Na verdade, este tipo de trabalho, dependente, mas também submisso, mesmo que com alguma autonomia organizacional temporal e espacial, nunca cessou totalmente e, por isso, não há assim tanto de *novo* no trabalho das plataformas digitais. Por outro lado, há mais de *moderno* no nosso Direito do Trabalho do que por vezes se defende.

Tal como com a Revolução Industrial, a principal inovação nestas novas formas de prestar trabalho não foi tecnológica, mas sim ideológica, baseada nos *oligarcas* da internet que são uma espécie de *face oculta* que pretendem impor os seus interesses perante os Estados.

Na verdade, a narrativa destas formas de prestar trabalho, deste trabalho na era digital, como uma *terra de grandes oportunidades*, revela toda a sua inconsistência quando tem de elaborar uma explicação razoável para os fenómenos sociais que o movem. Muitas destas relações não são diferentes das tradicionais e, por isso, devem reclassificar-se utilizando os paradigmas do Direito do Trabalho e

com as garantias jurídicas e laborais correspondentes.

Os empregadores/plataformas determinam todas as condições de trabalho num universo que é denominado de *app as the boss*, numa espécie de *Master and Servers* onde temos as plataformas digitais, os trabalhadores, os *Robots*, a inteligência artificial e o trabalho. Os trabalhadores são facilmente substituídos por outros porque necessitam do trabalho, sujeitando-se às condições que lhes são impostas¹².

Consideramos que a proteção do Direito do Trabalho, a ideia do contrato de trabalho, o critério da condição social do trabalhador, a noção jurídica de subordinação jurídica que o suporta, mantém, atualmente, apesar de alterações nas formas de trabalhar, pertinência e atualidade, sobretudo neste mundo do trabalho onde predominam as tecnologias, a avaliação permanente e sanções *automáticas* feitas por algoritmos. Os trabalhadores de plataformas não estão fora desta subordinação. Eles estão, parece-nos, particularmente sujeitos a ela, conforme aliás foi decidido, e bem quanto a nós, por vários Tribunais¹³.

Estas novas formas de prestar trabalho, pela sua originalidade, nalguns aspetos desafiam os quadros tracionais do Direito do

¹² Os trabalhadores continuam a trabalhar sem qualquer respeito pelos tempos de trabalho até obterem o mínimo de subsistência, não podendo deixar de atender que as retribuições baixas que auferem impedem que exista capacidade de compra na sociedade, perpetuando, desta forma, uma espiral negativa de decréscimo e de desemprego. Daí o aspeto para nós extremamente importante do novo art. 199.º - A do CT e em colocar o acento tónico do lado do empregador - dever de abstenção de contacto, e não do lado do empregador, tornando Portugal o primeiro país a tratar a questão, e quanto a nós muito bem (e que também constava do Livro Verde) nesta ótica.

¹³ Para maiores desenvolvimentos sobre esta temática cf. TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na...*, cit., pp. 74 e ss..

Trabalho, numa espécie de *something old, something new*, colocando-o à prova, tendo de demonstrar que é capaz de proteger os trabalhadores, de evitar a criação de uma *subcategoria* dos mesmos, mais frágeis e menos protegidos.

O papel do Direito do Trabalho deve ser o de reivindicar ser um *baluarte* de quem presta atividade perante uma verdadeira desigualdade de poder negocial, sobretudo porque tem de ter-se em atenção que quando se registam nas plataformas, os trabalhadores demonstram que estão disponíveis para trabalhar e, embora teoricamente, não haja uma obrigação para aceitar as tarefas que lhe são dirigidas, as avaliações são realizadas de acordo também com o número de tarefas que aceitam, o que coloca os trabalhadores sob pressão de terem de aceitar o maior número possível de atividades, a que acresce o baixo rendimento que auferem por cada uma. Ora esta realidade coloca a liberdade de aceitação numa perspetiva completamente diferente e vê-se como não há, na maioria dos casos, uma verdadeira liberdade.

2.4.2. Claro que se reconhece a dificuldade de, em muitas situações, se aferir o carácter laboral ou não de algumas atividades uma vez que, regra geral, de acordo com o art. 342.º do CC, o ónus da prova da existência do contrato de trabalho recairia sobre o trabalhador, que tinha de provar a existência de retribuição, da prestação de uma atividade e dos factos que habilitassem o tribunal a concluir pela presença de subordinação jurídica. E, nos casos de dúvida, era muito frequente o recurso jurisprudencial ao chamado *método indiciário*, para conseguir decidir sobre a (in)existência de

um contrato de trabalho. Para tal, o tribunal recorria a vários elementos indiciários como forma de testar a existência de uma situação de autonomia ou de subordinação na prestação de trabalho. Para tentar facilitar a prova, e seguindo a Recomendação n.º 198 da OIT, o legislador português estabeleceu no art. 12.º do Código do Trabalho uma presunção da existência de contrato de trabalho, uma *presunção de laboralidade*. Esta presunção visa combater a dissimulação ilícita de relações de trabalho.

Segundo o atual art. 12.º basta que estejam preenchidos dois dos requisitos nele enunciados para que se presuma a existência de contrato de trabalho, cabendo à contraparte a prova em sentido contrário. Note-se, contudo, que é uma presunção *iuris tantum*, nos termos do art. 350.º do CC, pelo que nada impede que o beneficiário da atividade consiga provar que não se trata de um contrato de trabalho.

Contudo, esta presunção, apesar de ser positiva, foi perspetivada para as relações de trabalho *típicas*, para as relações de trabalho na era *pré digital*. Para as novas formas de prestar trabalho, para o trabalho nas plataformas digitais, para o trabalho na era digital, novos desafios surgiram e para os quais, porventura, a atual presunção de laboralidade constante do CT não consegue dar resposta satisfatória. Na verdade, os indícios que constam da presunção do art. 12.º são como que umas *lentes* que auxiliam a encontrar a laboralidade dos contratos, mas se continuar a atender-se a estes indícios em sentido estrito e com as *lentes* do século passado, pode ter-se alguma dificuldade em identificar trabalhadores no século XXI. Sem dúvida há a necessidade de ou de

atualizar os índices de subordinação jurídica vertidos no art. 12.º do CT, índices estes, porventura, adequados para o trabalho do séc. XX, mas já não para o trabalho do séc. XXI e da era digital em que, agora, todos vivem e muitos trabalham, enriquecendo a presunção do art. 12.º, incluindo outros índices que facilitem a inversão do ónus da prova, v.g., dando relevo ao facto de a plataforma usar uma imagem de marca no mercado que a identifica, de a plataforma fixar os preços para o trabalho nele efetuado ou estabelecer limites máximos e mínimos ao mesmo, de a plataforma processar o pagamento entre os seus utilizadores e os trabalhadores, de a plataforma utilizar sistemas de geolocalização para seguir quem presta a atividade, de fornecer aos seus utilizadores a avaliação ou o *rating* dos seus trabalhadores, de a plataforma ter uma reputação *online*, de aferir-se quem é o proprietário da informação, da capacidade de crescimento do negócio e mesmo do *Know-how*. Ou, outra opção, é a de criar uma presunção própria para o trabalho através das plataformas digitais, já que o problema é que, muitas vezes, é difícil para quem presta a atividade ter acesso a estas informações e fazer prova em tribunal. Assim, esta presunção ilidível da existência de um contrato de trabalho entre a plataforma e o trabalhador, para tentar facilitar o ónus da prova e diminuir a enorme disparidade contratual entre as partes e mastodôntica dificuldade de acesso à informação por parte do trabalhador, desde que, claro, se estivesse perante certo tipo de plataformas onde há um pagamento, parece-nos a melhor solução. Plataformas voluntárias, onde existe verdadeira *sharing economy*, não poderiam ser abrangidas por esta situação.

Na verdade, toda a questão da presunção surgiu para uma relação bilateral, o que origina problemas aquando da análise do trabalho nas plataformas digitais, uma vez que aqui há uma relação onde intervêm três partes. A visão tradicional do contrato de trabalho tentaria ver cada uma das microtarefas como uma relação contratual independente. Mas não pode ser dessa forma. A dependência económica dos trabalhadores nas plataformas não pode ser avaliada pela soma de vários contratos individuais. É, claramente, muito mais do que isso, já que eles estão interrelacionados, havendo que ter-se em atenção o contexto mais amplo e os efeitos económicos das plataformas digitais.

Atendendo a tudo isto, que não é *coisa pouca*, e às novas formas de prestar trabalho em geral, importa reconhecer a inadequação da presunção de laboralidade, nos moldes atualmente estabelecidos pelo CT, para enfrentar os problemas emergentes das novas formas de trabalhar através de plataformas digitais. Fatores como, *inter alia*, a propriedade dos equipamentos e instrumentos de trabalho, a existência de um horário de trabalho determinado pelo beneficiário da atividade e o pagamento de uma retribuição certa, são indícios clássicos de subordinação jurídica, mas são indícios escassamente operacionais para enfrentar os novos tipos de dependência resultantes da prestação de serviços para uma determinada empresa, via plataformas¹⁴.

¹⁴ Sobre toda a questão da presunção de laboralidade cf. TERESA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 71 e ss. e JOÃO LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA “A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções”, in *PDT*, 2019 - I, assim como “La loi sur les plateformes de transport et le contrat de travail au Portugal: sujets, relations et présomptions”, in *Regards interdisciplinaires sur le travail de plateforme*, Editions Teseo, França, no prelo.

2.4.3. A este nível é importante referir várias iniciativas que já foram realizadas quer a nível da UE, quer a nível de alguns Estados Membros, assim como o que consta no *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, uma Proposta de Lei, assim como um Projeto de Lei.

2.4.3.1. É importante começar por referir a consulta da Comissão Europeia aos parceiros sociais sobre *Proteger as pessoas que trabalham nas plataformas*. A Comissão lançou a primeira fase de consulta dos parceiros sociais a 24 de fevereiro de 2021 a 7 de abril de 2021 e que visou avaliar a forma de melhorar as condições de trabalho das pessoas que trabalham a partir de plataformas digitais pois o trabalho nas plataformas está a desenvolver-se rapidamente na UE e a disseminar-se por um número cada vez maior de setores empresariais, tendo a vantagem de proporcionar maior flexibilidade, oportunidades de emprego e receitas adicionais nomeadamente para as pessoas que tenham mais dificuldade em entrar no mercado de trabalho tradicional. No entanto, certos tipos de trabalho em plataformas digitais estão também associados a condições de trabalho precárias, que se refletem na falta de transparência e previsibilidade das disposições contratuais, em desafios em matéria de saúde e segurança e no acesso insuficiente à proteção social. Considerou, ainda, que existiam outros desafios relacionados com o trabalho das plataformas que incluíam a sua dimensão transfronteiriça e a questão da gestão algorítmica, tendo identificado as seguintes áreas: a qualificação contratual; as condições de trabalho; o acesso à proteção social; o acesso à representação e à negociação coletiva; dimensão transfronteiriça

das plataforma digitais (incluindo contribuições para a segurança social e impostos); a gestão realizada por algoritmos; e a formação e as oportunidades profissionais para pessoas que trabalham através de plataformas digitais.

Com base nas respostas recebidas, a Comissão concluiu que era necessária uma nova ação da UE para garantir normas laborais e direitos básicos às pessoas que trabalham em plataformas digitais e lançou uma segunda fase de consultas de 15 de junho de 2021 a 15 de setembro no que diz respeito a: facilitar a classificação de situação profissional e o acesso aos direitos laborais e de proteção social.

A etapa seguinte foi a apresentação de uma proposta pela Comissão Europeia até finais de 2021 que, aliás, faz parte do Plano de Ação da Comissão Europeia para implementar o Pilar Europeu dos Direitos Sociais adotado no dia 4 de março de 2021.

A ETUC respondeu nesta segunda fase e apelou para que a Comissão propusesse uma “diretiva ambiciosa” com base no artigo 153.º, n.º 2, do TFUE, que estabelecesse uma presunção ilidível de relação de trabalho em que o ónus da prova deveria ser suportado pela empresa, isto é, a plataforma, sublinhando que “ Uma presunção de relação de trabalho com a inversão do ónus da prova (do trabalhador para o empregador) não afetará o modelo de negócios das empresas de plataforma que operam com trabalhadores genuinamente independentes”¹⁵.

¹⁵ Vide TERESA COELHO MOREIRA, “O Trabalho nas plataformas digitais”, in *Revista LTR Legislação do Trabalho*, Ano 85, julho 2021, pp. 777 e ss..

Também o mesmo foi defendido pelo Grupo Parlamentar SD do Parlamento Europeu num documento sobre *A social agenda for digital work - Shaping the platform economy in Europe* onde defendia que “A inversão do ónus da prova de uma relação de trabalho. Se o trabalho em plataformas envolve a prestação de serviços, deve considerar-se que existe uma relação de trabalho com a plataforma. Este pressuposto legal pode ser ilidido pela plataforma que dispõe de todas as informações relevantes do trabalhador e do destinatário dos serviços prestados. A classificação dos trabalhadores na economia de plataforma com base na primazia dos fatos e não na sua aparência ostensiva ou nos termos e condições definidos pelas plataformas deve acontecer. São necessários critérios claros para identificar as relações de trabalho no mundo digital do trabalho, como a definição de níveis de remuneração, controlos de qualidade no que diz respeito aos resultados do trabalho, a elaboração de classificações, o tratamento da comunicação entre destinatários, etc. para fornecer orientações para Estados-Membros aplicarem as suas definições nacionais.”

Também o mesmo foi defendido pelo EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE¹⁶ onde consideraram que, a nível nacional, a regulamentação poderia melhorar a proteção dos trabalhadores da plataforma ao introduzir uma presunção legal de que os trabalhadores da plataforma são trabalhadores e para que os trabalhadores da plataforma sejam classificados como independentes, o ónus da prova deve ser colocado na plataforma.

¹⁶ *The definition of worker in the platform economy Exploring workers' risks and regulatory solutions Report*, setembro de 2021.

No mesmo sentido, a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de setembro de 2021, sobre condições de trabalho justas, direitos e proteção social para os trabalhadores das plataformas - novas formas de emprego associadas ao desenvolvimento digital (2019/2186(INI)), defendeu o mesmo, quer no Considerando 5 ao estabelecer que “considerando que uma presunção ilidível de uma relação de trabalho facilitaria a correta classificação dos trabalhadores de plataformas, em combinação com a inversão do ónus da prova, o que significa que, quando os trabalhadores contestam a classificação do seu estatuto profissional em processos judiciais ou administrativos, cabe à parte que se alega ser o empregador provar que não existe relação de trabalho, de acordo com as definições nacionais estabelecidas na legislação ou nas convenções coletivas de trabalho do respetivo Estado-Membro”, quer instando a Comissão Europeia “com o objetivo de facilitar a correta classificação dos trabalhadores de plataformas, a introduzir na sua próxima proposta uma presunção ilidível de uma relação de trabalho para os trabalhadores de plataformas, em conformidade com as definições nacionais estabelecidas na legislação ou nas convenções coletivas de trabalho dos Estados-Membros, combinada com a inversão do ónus da prova e, eventualmente, medidas adicionais”.

Tendo tudo isto em atenção a Comissão Europeia apresentou no dia 9 de dezembro de 2021 uma proposta de Diretiva intitulada *improving working conditions in platform work*, e onde, no art. 4.º, ficou expressamente consagrada a existência de uma presunção ilidível da existência de um contrato de trabalho, com a seguinte redação:

Article 4

Legal presumption

1. *The contractual relationship between a digital labour platform that controls, within the meaning of paragraph 2, the performance of work and a person performing platform work through that platform shall be legally presumed to be an employment relationship. To that effect, Member States shall establish a framework of measures, in accordance with their national legal and judicial systems.*

The legal presumption shall apply in all relevant administrative and legal proceedings. Competent authorities verifying compliance with or enforcing relevant legislation shall be able to rely on that presumption.

2. *Controlling the performance of work within the meaning of paragraph 1 shall be understood as fulfilling at least two of the following:*

(a) effectively determining, or setting upper limits for the level of remuneration;

(b) requiring the person performing platform work to respect specific binding rules with regard to appearance, conduct towards the recipient of the service or performance of the work;

(c) supervising the performance of work or verifying the quality of the results of the work including by electronic means;

(d) effectively restricting the freedom, including through sanctions, to organise one's work, in particular the discretion to choose one's working hours or periods of absence, to accept or to refuse tasks or to use subcontractors or substitutes;

(e) effectively restricting the possibility to build a client base or to perform work for any third party.

3. *Member States shall take supporting measures to ensure the effective implementation of the legal presumption referred to in paragraph 1 while taking into account the impact on start-ups, avoiding capturing the genuine self-employed and supporting the sustainable growth of digital labour platforms. In particular they shall:*

(a) ensure that information on the application of the legal presumption is made publicly available in a clear, comprehensive and easily accessible way;

(b) develop guidance for digital labour platforms, persons performing platform work and social partners to understand and implement the legal presumption including on the procedures for rebutting it in accordance with Article 5;

(c) develop guidance for enforcement authorities to proactively target and pursue non-compliant digital labour platforms;

(d) strengthen the controls and field inspections conducted by labour inspectorates or the bodies responsible for the enforcement of labour law, while ensuring that such controls and inspections are proportionate and non-discriminatory.

4. With regard to contractual relationships entered into before and still ongoing on the date set out in Article 21(1), the legal presumption referred to in paragraph 1 shall only apply to the period starting from that date.

Este parece-nos ser, sem dúvida, o caminho a seguir. A consagração de presunções de laboralidade, ilidíveis¹⁷, mas que auxiliam quem trabalha nas plataformas digitais, representa, quanto a nós, a forma como deve ser regulamentado este tipo de trabalho.

Aliás, toda esta Proposta de Diretiva nos parece muito importante e constitui, sem dúvida, um passo muito significativo na regulamentação do trabalho nas plataformas digitais, não apenas pela consagração desta presunção mas, também, por toda a regulamentação da gestão algorítmica com um capítulo próprio sobre a mesma - capítulo III -, consagrando o controlo e a supervisão humanas sobre as decisões algorítmicas, assim como o dever de consulta e informação dos representantes dos trabalhadores de plataformas, e defendendo a transparência das plataformas - capítulo IV.

Cremos que, efetivamente, a Comissão apresentou uma Proposta *ambiciosa*, muito positiva, e esperamos que realmente se mantenha assim ou, a sofrer alterações, que seja em sentido ainda mais positivo.

¹⁷ Veja-se o art. 5.º da Proposta.

2.4.3.2. No ordenamento jurídico espanhol, muito recentemente, a Ley 12/2021, de 28 de setembro, *por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*, que converteu em lei o Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo estabelece uma presunção legal nas plataformas digitais de entrega (mas não nas de transporte, nem nas que trabalham em crowdwork online), segundo a qual, *“Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”*. Este art. 8.1 do ET refere-se à existência de uma presunção jurídica de laboralidade do contrato estabelecendo que

“1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”.

Ora, se por um lado poderia parecer difícil a prova destes elementos todos nas plataformas digitais, há jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça Espanhol sobre a mesma, sobretudo o acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 25 de

setembro de 2020 que considerou como verdadeiros contratos de trabalho todos os contratos dos entregadores da Glovo¹⁸.

2.4.3.3. O *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021* traça uma linha de rumo na qual nos revemos e que consideramos que deve ser seguida até atendendo à Diretiva 2019/1152, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, Diretiva que consagra no considerando 8 que “A determinação da existência de uma relação de trabalho deve basear-se nos factos relativos à prestação efetiva de trabalho e não no modo como as partes descrevem a relação” e que já estava na Recomendação n.º 198 da OIT que abordava a questão da primazia dos factos. Com efeito, no *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021* pode ler-se, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais: “Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital”.

¹⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre esta decisão veja-se JOÃO LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA, *A Glovo, os Riders/Estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: Another Brick in the wall?*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020/2, e TERESA COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na...*, cit., pp. 86 e ss..

Cremos que estes pontos devem ser registados, sublinhados e aplaudidos: criar uma presunção de laboralidade, adaptada às novas formas de prestar trabalho via *apps*; sublinhar que o facto de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios ou não estar sujeito a certos deveres inerentes à relação laboral tradicional não obsta, por si só, à existência de trabalho subordinado; e, *last but not least*, afirmar que poderá existir uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital, sem a presença de um terceiro ente, ao jeito de um qualquer “operador de TVDE” — tudo isto nos parece corresponder a premissas muito acertadas e promissoras na abordagem destas questões¹⁹.

2.4.3.4. No dia 29 de outubro de 2021 foi publicado no BTE, uma *Proposta de Lei que procede à alteração da legislação laboral no âmbito da agenda do trabalho digno* que estabelece um novo art., o art. 12.º- A, com a seguinte redação:

1- *Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre o prestador de atividade e o operador de plataforma digital, se verificarem algumas das características identificadas em cada um dos seguintes âmbitos:*

a) *Na relação entre o operador de plataforma digital e o prestador de atividade:*

i) *O operador de plataforma digital fixa a retribuição para o trabalho efetuado na mesma ou estabelece limites máximos e mínimos para aquela;*

¹⁹ Uma outra linha de política traçada no *Livro Verde* consiste em “avaliar e rever, de modo mais global, o enquadramento legal aplicável às plataformas, em particular as que operam no transporte de passageiros”, o que pode prenunciar uma revisão da Lei n.º 45/2018 — coisa, a nosso ver, inteiramente justificada e muito desejável.

ii) O operador de plataforma digital controla em tempo real a atividade realizada pelo prestador da atividade, nomeadamente através de um sistema de geolocalização contínuo e de uma gestão algorítmica;

iii) O operador de plataforma digital exerce poderes laborais sobre o prestador da atividade, nomeadamente o poder disciplinar;

IV) O operador de plataforma digital pode excluir o prestador de futuras atividades via plataforma, através da desativação da conta quando considere que este tem uma avaliação insuficiente; O prestador de atividade não pode subcontratar ou fazer-se substituir por outrem perante o operador sem o conhecimento deste;

b) Na relação entre o prestador de atividade e o utilizador dos serviços:

i) O operador fixa o preço pago pelo utilizador para a atividade realizada pelo prestador de serviço;

ii) O operador de plataforma digital processa o pagamento entre os utilizadores e o prestador de atividade das plataformas;

iii) O prestador de atividade não atua em nome próprio, antes presta a sua atividade inserido na organização do operador de plataforma digital e sob a marca que o mesmo utiliza no mercado;

iv) A comunicação entre os utilizadores e prestador de atividade é realizada e gerida exclusivamente pelo operador de plataforma digital; v) O operador de plataforma digital controla a qualidade do trabalho e dos resultados atingidos pelo prestador da atividade e fornece aos seus utilizadores a avaliação ou o rating dos mesmos.

2- A presunção prevista no número 1 pode ser ilidida nos termos gerais, nomeadamente, se o operador de plataforma digital fizer prova que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo e direção e poder disciplinar de quem o contrata.

3- Nos casos em que se considere a existência de contrato de trabalho, apenas se aplicam as normas previstas no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada.

Sem dúvida que esta redação nos parece positiva até porque chama a atenção para um aspeto que é muitas vezes referido pelas plataformas como impedindo a aplicação das regras de Direito do Trabalho e que é a inaplicabilidade de vários aspetos das relações de

trabalho ditas clássicas com estas novas formas de prestar trabalho²⁰. Daí a redação deste n.º 3. Conforme fomos vendo com a evolução do Direito do Trabalho, ele tem suficiente maleabilidade e flexibilidade para responder a estas situações e não aplicar certos aspetos e criar outros²¹.

Sabemos que se trata apenas de uma Proposta, mas esperamos que se crie uma presunção de laboralidade deste tipo ou através da forma que está na Proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia porque de uma coisa temos a certeza. Sem dúvida não temos nas plataformas digitais um trabalhador do século XIX, ou até do século XX, mas com toda a certeza que, em inúmeras situações, temos um trabalhador do século XXI. Temos um trabalhador subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

3. Conclusões

Em suma, cremos que tudo estará, pois, em o Direito do Trabalho acolher estes novos prestadores de serviços via plataformas no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral próprio e ajustado às características

²⁰ Veja-se o estudo realizado pela Copenhagen Economics, *The value of flexible work*, 2021, realizado por solicitação da *Delivery Platforms Europe*, que refere, mais uma vez, que com a aplicabilidade dos regimes do Direito do Trabalho, remover-se-ia até cerca de 250000 *riders* de aceder a este trabalho porque deixaria de ser flexível.

²¹ Deve dizer-se, ainda que o BE apresentou um projeto de lei N.º 992/XIV/3.^a que visa regular o trabalho em plataformas digitais, onde estabelece também uma presunção da existência de contrato de trabalho - arts. 192.º - B e 192.º - C.

destas novas formas de prestar serviços. Mas, sublinhamos, um regime laboral.

Se estas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma *terra de grandes oportunidades*, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse — ou que este deixasse que se construísse — um muro conceptual e mantivesse aqueles que trabalham através de plataformas do lado de fora, do outro lado do muro. E o estabelecimento de uma presunção de laboralidade é um passo fundamental para a criação desta terra sem muros.

Vila Nova de Gaia, dezembro de 2021





TIMOR





OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA UNIVERSALIDADE E DA IGUALDADE NO CONTEXTO DA LEI DO TRABALHO 4/2012 DE 21 DE FEVEREIRO

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF UNIVERSALITY AND EQUALITY IN
THE CONTEXT OF LABOR LAW 4/2012 OF 21 FEBRUARY*

Maria Ângela Carrascalão*

Sumário: Introdução - I PARTE: Os Direitos Fundamentais; O princípio da universalidade e igualdade na Constituição da República Democrática de Timor-Leste; O direito ao trabalho na constituição timorense. - II PARTE: Os Princípios Fundamentais da Lei do Trabalho N.º 4 /2012 de 21 de Fevereiro; O princípio da proporcionalidade como ponto de partida para a efetivação da discriminação positiva nos regimes especiais de proteção no trabalho; A proteção da maternidade e da paternidade; A igualdade salarial entre o homem e a mulher. - Considerações finais.

Resumo:

Neste artigo pretendemos fazer uma breve análise a um aspeto fundamental da Lei do Trabalho de Timor-Leste no que concerne ao princípio da igualdade face à importância do direito ao trabalho e do trabalho em Estados considerados frágeis ou em vias de desenvolvimento - como sucede em Timor-Leste ao qual acresce a circunstância de ser um Estado pós-conflito - e do percurso para responder aos desafios deste milénio dominados pela globalização económica em que se impõe a consolidação da democracia ainda em aprendizagem em alguns desses Estados.

Fazemo-lo outrossim com o propósito de compreender que a globalização económica e social do mundo atual obriga a um esforço de adaptação, de constante evolução dos Estados e, nos países pequenos e menos desenvolvidos como Timor-Leste, a um esforço ousado, arriscado até, de crescimento económico, de

* Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosae (UNTL). Docente da Faculdade de Direito da UNTL.

democratização das instituições bem como da necessidade de ultrapassar o estágio de mera sobrevivência com a adoção de regras que se fortalecem no quadro de organizações de vocação global e regional propugnadoras obrigatoriamente dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

As dificuldades com que se deparam os pequenos Estados num caminho longo para acompanhar o desenvolvimento social, económico e político dos Estados mais desenvolvidos são enormes e de cariz diverso nem sempre possível de alcançar, uma vez que, para responder aos desafios externos urge, simultaneamente, colmatar as fragilidades internas.

No caso de Timor-Leste, significa que a construção do Estado tem de fazer-se mediante o total acatamento dos princípios constitucionais, do respeito pelos direitos fundamentais a par do empenhamento timorense pela sua inclusão no mundo moderno, democrático e globalizado.

Devido à extensão da Lei do Trabalho, circunscrevemo-nos ao articulado mais substancialmente relacionado ou derivado dos direitos fundamentais consignados na Constituição de Timor-Leste, designadamente com a concretização na lei dos princípios da universalidade e igualdade, essencial para a consolidação do Estado de Direito enquanto Estado de direitos fundamentais, com total respeito pela dignidade da pessoa humana. Tendo ainda em atenção o alargamento do conceito de direitos inerentes à pessoa humana a uma vasta e diversa panóplia de direitos - embora alertados para uma “verdadeira debilitação ou adulteração da “fundamentalidade” do próprio conceito de direito fundamental” a que se refere Paulo Otero¹ - registamos, em particular, no que concerne ao trabalho, os direitos de determinadas categorias de indivíduos e, nesse contexto destacamos os direitos da mulher.

Abstract:

In this article we intend to make a brief analysis of a fundamental aspect of the Labor Law of Timor-Leste regarding the principle of equality in face of the importance of the right to work and work in States considered fragile or developing - as in Timor-Leste to which is added the circumstance of being a post-conflict state - and the path to respond to the challenges of this millennium dominated by economic globalization, which imposes the consolidation of democracy still being learned in some of these states.

We also do it with the purpose of understanding that the economic and social globalization of the world today requires an effort of adaptation, of constant evolution of States and, in small and less developed countries like Timor-Leste, a bold effort, even risky, economic growth, democratization of institutions, as well as the need to go beyond the stage of mere survival with the adoption of rules that

¹ Cfr. *Do Estado de Direitos Fundamentais ao Estado de Direitos Humanos, Instituições Políticas e Constitucionais*, Volume I, Edições Almedina, 2.^a reimpressão da edição de setembro de 2007, p.528.

are strengthened within the framework of global and regional organizations that necessarily advocate human rights and human dignity.

The difficulties faced by small States in a long way to accompany the social, economic and political development of the most developed States are enormous and of a different nature that is not always possible to achieve, since, in order to respond to external challenges, it is urgent, simultaneously, address internal weaknesses. In the case of Timor-Leste, it means that the construction of the State must be carried out through the full respect of constitutional principles, respect for fundamental rights, together with the Timorese commitment to its inclusion in the modern, democratic and globalized world.

Due to the extension of the Labor Law, we confine ourselves to the articulated most substantially related to or derived from the fundamental rights enshrined in the Constitution of Timor-Leste, namely with the implementation in the Law of the principles of universality and equality, essential for the consolidation of the Rule of Law as a State of fundamental rights, with full respect for the dignity of the human person. Also taking into account the expansion of the concept of rights inherent to the human person to a vast and diverse panoply of rights - although alert to a "true weakening or adulteration of the ""fundamentality"" of the very concept of fundamental right" referred to by Paulo Otero - we register, in particular, with regard to work, the rights of certain categories of individuals and, in this context, we highlight the rights of women.

Introdução

O Direito do Trabalho em Timor-Leste tem-se desenvolvido de maneira a adaptar-se à transformação económica e social, ampliando o âmbito da valorização das condições salariais do trabalhador e dos seus direitos enquanto cidadão, o que significa que a conceção do trabalho deve observar os direitos reconhecidos constitucionalmente.

As relações laborais desenvolveram-se com o advento da globalização; da relevância que os Estados conferem à evolução económica e social resulta a resposta ao fenómeno que exige a internacionalização do Direito do Trabalho e impõe a todas as partes

intervenientes (empregador e trabalhador) uma atuação modelar sobre as relações laborais.

Os pequenos Estados, particularmente os Estados frágeis ou em vias de desenvolvimento, sobrevivem e apenas conseguirão enfrentar o fenómeno da globalização desde que a legislação laboral progrida a par da consolidação do Estado de direito e do desenvolvimento económico. Nesse sentido, urge que a condição económico-social do trabalhador não esteja na origem de desigualdades entre este e o empregador - pela normal superioridade económico-social porque é o empregador quem dispõe dos meios de produção indispensáveis ao exercício da atividade laboral do trabalhador - sendo desejável que as relações de trabalho entre ambos os intervenientes se desenvolvam considerando e respeitando os direitos de ambas as partes.

Relativamente a Timor-Leste, novo Estado do limiar do terceiro milénio, o entendimento do direito do/ao trabalho exige a adaptação ao necessário comprometimento com o modelo internacional alicerçado no respeito pelos direitos da pessoa humana a que não pode ser estranho a essencial consolidação do Estado de direito previsto, aliás, no artigo primeiro da Constituição timorense com a afirmação de que “a República Democrática de Timor-Leste é um Estado de direito democrático, soberano, independente e unitário, baseado na vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana”.

Todavia, a tarefa não se afigura simples, são evidentes e múltiplos os obstáculos, não só porque o novo Estado está a construir de novo o seu ordenamento jurídico como também pela ausência de

anterior vivência democrática devido ao longo período de ocupação estrangeira - com uma experiência dolorosa de sujeição e a consequente inexistência de respeito pelos direitos e princípios - e ainda pela interpretação muitas vezes incorreta dos direitos.

Interessa, por outro lado, realçar que a criação da nova ordem jurídica enferma das dificuldades inerentes ao facto de Timor-Leste ser um Estado novo com precedência de três administrações distintas, havendo, pois, que ter em consideração a influência e a herança de três sistemas jurídicos que foram sendo sucessivamente aplicados nos trinta anos anteriores a 2002: o português (até 1975), o indonésio (entre 1975 e 1999) e o criado pela UNTAET² (entre 1999 e 2002). Em 20 de maio de 2002, vigorava no país o Regulamento n.º 1999/1, de 27 de novembro, da UNTAET³.

Sendo embora manifesto o progresso na área socioeconómica - e apesar de em fins de Setembro de 2020 o país ter sido retirado da lista dos Estados considerados frágeis pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), no seu Relatório Estados de Fragilidade 2020, publicado no dia 17 setembro do ano transato, com o aparecimento da pandemia do Covid-19 - que obrigou a sucessivos estados de emergência, a cercas sanitárias e fecho de fronteiras -, é expectável o retrocesso nos “notáveis declínios na fragilidade económica e ambiental”⁴, que o relatório da

² Sigla da United Nations Transitional Administration in East Timor, a Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste.

³ Cfr. Regulamento n.º 1999/1, sobre os *Poderes da Administração Transitória em Timor-Leste*, <https://peacekeeping.un.org/en/mission/past/etimor/untaetR/reg1p.html>.

⁴ Cfr. *The state of fragility in 2020*, Timor-Leste: Fragility declined in all dimensions except security, which showed a slight increase in fragility. Notable declines in economic and environmental fragility contributed to Timor-Leste's

OCDE refere, e se observe um abrandamento no alcance dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), nomeadamente no que respeita ao trabalho digno e ao crescimento económico.

Antes de ascender formalmente à independência em 20 de Maio de 2002, Timor-Leste esteve sob administração das Nações Unidas através da UNTAET, a United Nations Transitional Administration in East Timor que, investida dos mais amplos poderes, legislativo, executivo e de administração do sistema judicial, se viu incumbida da missão de dotar o novo Estado de legislação fundamental para o seu crescimento e fortalecimento como Estado.

No período de transição para a restauração da independência foram criados vários diplomas legais necessários para a administração do território e, de entre estes, a legislação laboral ⁵.

Consultado o Conselho Nacional - órgão consultivo que precedeu a Assembleia Constituinte -, a UNTAET, no uso da faculdade que lhe foi conferida pela Resolução 1272 (1999) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 25 de Outubro de 1999, com base nos poderes conferidos pelo Regulamento N.º.1999/1 da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste, de 27 de Novembro de 1999, através do Regulamento n.º 2002/05, de 1 de Maio, aprovou o Código Laboral para Timor-Leste. O novo regulamento das relações

exit, in Box 1.3. Movements, deteriorations and improvements, 1. *The state of fragility in 2020 - OECD iLibrary*, <https://www.oecd-ilibrary.org>, 2020.

⁵ Em conformidade com o artigo 1.º,1.1 do Regulamento da UNTAET/REG//1999/1

27 de Novembro de 1999 “todos os poderes legislativos e executivos referentes a Timor-Leste, incluindo a administração do sistema judicial, estão investidos na UNTAET e são exercidos pelo Administrador Transitório. No exercício destas funções, o Administrador Transitório consultará o povo timorense e com ele cooperará estreitamente.”, <https://peacekeeping.un.org/en/mission/past/etimor/untaetR/reg1p.html>, 1999.

de trabalho estabelecia como objetivo a criação de condições mínimas de trabalho, de instituições de administração laboral, com observância dos princípios e procedimentos sobre sindicatos e relações laborais e incluía ainda regras substantivas e de procedimento pelas quais se deviam reger as rescisões de contratos de trabalho.

Mais tarde, já no período pós-independência, com a evolução económica e social do país e constatada a deficiente resposta do Código Laboral instituído pela UNTAET às necessidades do mercado laboral e empresarial, entendeu-se essencial aprovar um novo diploma regulador das relações do trabalho o que determinou a aprovação pelo Parlamento Nacional da Lei do Trabalho, (LEI N.º 4 /2012 de 21 de Fevereiro) que representa um contributo crucial para o processo de desenvolvimento da sociedade e economia timorenses e, como se lê no respetivo preâmbulo, permite “de forma harmoniosa, o investimento e desenvolvimento das atividades empresariais e a proteção e desenvolvimento profissional dos trabalhadores.”

I PARTE

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da universalidade e igualdade na Constituição da República Democrática de Timor-Leste

Visto que Timor-Leste é um Estado de direito fundamentado na “vontade popular e no respeito pela dignidade da pessoa humana” é

inevitável a inclusão constitucional de um conjunto de direitos fundamentais e de princípios corporizados em várias cláusulas.

A materialização constitucional dos princípios fundamentais procede também do comprometimento timorense ao direito internacional consubstanciado nos artigos 8.º e 9.º, nos quais as relações internacionais e a receção do direito internacional marcam a posição de Timor-Leste no mundo.

Assim, o artigo 8º, no número 1, declara que Timor-Leste se rege nas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da proteção dos direitos humanos. Por via desta previsão constitucional, garante-se a continuidade do papel do sistema de direitos fundamentais como uma das traves mestras do ordenamento jurídico timorense na ordem internacional e na conformação da política externa.

Do artigo 9.º, número 1, se infere que o direito internacional geral ou comum integra o direito interno sem necessidade de reconhecimento de um qualquer ato de fonte de direito; a exemplo, aliás, do que sucede nos sistemas jurídicos de família civilista, acrescentando - no número 2 do mesmo artigo 9.º - que as normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais vigoram na ordem jurídica interna mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respetivos órgãos competente(s). O número 3 do artigo em referência reforça a invalidade de todas as normas das Leis contrárias às disposições das convenções, tratados e acordos internacionais recebidos na ordem jurídica interna, não oferecendo dúvidas da natureza supralegal das disposições internacionais, se bem que não faça nenhuma menção explícita à sua superioridade hierárquica perante as disposições da Constituição.

Portanto, atendendo à imposição constitucional contida no artigo 9.º, número 2, a vigência das normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais na ordem jurídica interna, tendo em conta a vinculação do Estado timorense, efetiva-se mediante aprovação, ratificação ou adesão pelos respetivos órgãos competentes. O órgão competente timorense, o Parlamento Nacional, procedeu à ratificação de um conjunto de tratados e convenções internacionais⁶.

⁶ Destacamos, a propósito, as convenções que refletem os aspetos tratados neste artigo: a Resolução no Parlamento Nacional número 3/2003, de 23 de Maio ratifica o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, PIDCP; a Resolução do Parlamento Nacional número 15/2003, de 30 de Julho, ratifica o protocolo facultativo referente ao pacto internacional sobre direitos cívicos e políticos; a Resolução do Parlamento Nacional número 8/2003, de 3 de setembro ratifica o PIDESC (Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais), de 16 de dezembro de 1966; a Resolução no Parlamento Nacional número 10/ /2003, de 17 de Setembro, ratifica a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial; a Resolução no Parlamento Nacional número 11/2003, de 17 de Setembro, ratifica a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres; a Resolução do Parlamento Nacional número 12/2003, de 17 de Setembro, ratifica o protocolo opcional à convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres; a Resolução no Parlamento Nacional número 23/2003, de 26 de Setembro, ratifica a convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias.

No âmbito do trabalho: Resolução n.º 7/2009 de 25 de Março que ratifica, para Adesão, a Convenção número 87 da Organização Internacional do Trabalho, de 9 de julho de 1948, sobre a Liberdade Sindical e a Proteção dos Direitos Sindicais; Resolução do Parlamento Nacional número 8/2009, de 25 de março ratifica a Convenção número 98 da Organização Internacional do Trabalho, de 8 de junho de 1949, sobre a Aplicação dos Princípios do Direito de Sindicalização e de Negociação Coletivas; Resolução do Parlamento Nacional número 9/2009, de 8 de abril ratifica a Convenção número 182, de 17 de junho de 1999, da Organização Internacional do Trabalho Relativa à Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e à Ação Imediata com Vista à sua Eliminação; Resolução do Parlamento Nacional número 10/2009, de 8 de abril ratifica a Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho sobre o Trabalho Forçado, de 28 de junho de 1930; Resolução no Parlamento Nacional número 5/2015, de 13 de Maio, ratifica a Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

O que nos interessa aqui realçar é que, por imperativo constitucional, Timor-Leste assume e norteia-se pelos valores da comunidade internacional e determina, nessa medida, a integração entre o ordenamento jurídico nacional e o direito internacional no que concerne a proteção de direitos fundamentais/direitos humanos, reforçando o reconhecimento das normas de direitos e deveres fundamentais no artigo 23.º ao elucidar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes da Lei e devem ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (no artigo 17.º).

Neste contexto, face à definição de um regime jurídico de proteção dos Direitos Fundamentais, impõe-se salientar que a Constituição protege os direitos, deveres, liberdades e garantias e agrega no artigo 16.º dois princípios fundamentais, o princípio da universalidade e o princípio da igualdade que reconhece a todos os cidadãos direitos e deveres iguais.

No artigo 17.º consagra-se a igualdade entre mulheres e homens que têm os mesmos direitos e obrigações em todos os domínios da vida familiar, cultural, social, económica e política.

Os dois preceitos constitucionais em referência são de manifesta relevância no contexto da aplicabilidade da Lei e exigem total empenhamento do Estado, pelo que não será de somenos importância referir que a proteção dos direitos fundamentais que a Constituição timorense define é quase excecional uma vez que não constitui cuidado comum nesta zona geográfica onde pontuam as desigualdades socioeconómicas. Isso resulta do facto do Estado de Timor-Leste ser depositário de uma Constituição de matriz ocidental,

mais concretamente portuguesa, moderna e democrática que impõe o reconhecimento da igualdade a todo o ser humano.

Em relação ao princípio da universalidade, igualmente previsto no artigo 16.º, o seu campo de ação compreende todos os destinatários dos direitos, independentemente de serem ou não cidadãos timorenses. Nessa medida, Ricardo Cunha afirma que “Na sua dimensão de universalidade, este princípio significa que os Direitos Fundamentais são direitos de todos, resultado da condição humana e reconhecidos independentemente de qualquer outra qualidade”.⁷ Conforme o mesmo autor, não estando excluídos em geral, categorias de cidadãos desta proteção - relativa à universalidade da tutela dos direitos fundamentais - seria preferível uma opção mais clara na formulação adotada no artigo anteriormente mencionado. No mesmo sentido, sobre o mesmo artigo 16.º, explica Patrícia Jerónimo⁸ que o princípio da universalidade tem como destinatário todas as pessoas, pelo simples facto de serem pessoas, titulares de direitos e deveres e, tal como o princípio da igualdade, assenta no respeito pela dignidade da pessoa humana. Para a autora, apesar da fórmula utilizada “todos os cidadãos”, a titularidade de direitos e deveres destina-se a todas as pessoas, e não fere nenhuma suscetibilidade o facto de haver alguns direitos constitucionalmente consagrados para os cidadãos

⁷ Cfr. Ricardo Sousa da Cunha, *Apontamentos de Direito Constitucional Timorense*, NEDIP, Núcleo de Estudos de Direito Público, www.nedip.pt, junho 2019, p.193.

⁸ Cfr. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Democrática de Timor-Leste e na jurisprudência do Tribunal de Recurso*, in Marcelo Rebelo de Sousa et al. (orgs.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, Lisboa, Coimbra Editora, 2012, s/página.

timorenses. Assim também a universalidade dos direitos fundamentais não fica lesada mesmo quando a Constituição consagra certos direitos a determinados grupos de pessoas - pela sua vulnerabilidade - de que são exemplo as crianças (artigo 18.º), os idosos (artigo 20.º), os trabalhadores (artigos. 50.º a 52.º) e os consumidores (artigo 53.º).

Do princípio da universalidade e do princípio da igualdade estatuídos no referido artigo 16.º decorre a proibição de discriminações, admitindo-se, todavia, a discriminação positiva que vamos abordar no âmbito da proteção à maternidade e à paternidade inserta no diploma laboral.

Como consequência do princípio da igualdade, e com a imposição da proibição do arbítrio, a Constituição não admite desigualdade de tratamento a menos que justificada e em conformidade com os critérios objetivos que considere significativos, não impõe o tratamento igual para situações desiguais e proíbe a discriminação que advenham das dissemelhanças subjetivas previstas no n.º 2 do artigo 16.º⁹. Pelo contrário, a Constituição previne a discriminação positiva e, perante as desigualdades sociais de facto existentes na sociedade, obriga o Estado - o poder público - à adoção de mecanismos de compensação e de criação de oportunidades para os grupos mais desprotegidos.

Ou seja, o princípio da igualdade não proíbe a discriminação negativa, mas impõe, circunstancialmente, a discriminação positiva

⁹ O n.º 2 do artigo 16.º da Constituição determina que ninguém pode ser discriminado com base na cor, raça, estado civil, sexo, origem étnica, língua, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental.

de certas categorias de cidadão. Repare-se, no entanto, que a Constituição não proíbe expressamente a discriminação em função da orientação sexual, o que nos conduz ao entendimento de que incorre em inconstitucionalidade a discriminação arbitrária com este fundamento¹⁰. Por outro lado, assinala-se a omissão do conteúdo do artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (que a Constituição adota como linha orientadora do regime dos Direitos Fundamentais) segundo o qual “Todos os seres humanos têm os direitos e as liberdades proclamadas na presente declaração, sem distinção alguma, nomeadamente, raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de organização política, ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento e de qualquer outra situação”.

Em resumo, com a proibição do arbítrio qualquer tratamento favorável ou desfavorável por parte do Estado ou dos privados só será admissível desde que acompanhada de fundamentação adequada e, embora a sua proibição não seja total, qualquer conduta que vise a derrogação do princípio da igualdade obedece ao dever de fundamentação que constitui uma garantia dos particulares na defesa das exigências da tutela da igualdade.

O tratamento desigual apenas se justifica quando fundamentada no constitucional princípio da igualdade, o que significa dizer que,

¹⁰ A propósito, o Código Penal de Timor-Leste, aprovado pelo DL n.º 19/2009, de 8 de abril, considera circunstância agravante geral da responsabilidade do agente de um crime o facto de este ser motivado por razões racistas ou qualquer outro sentimento discriminatório por causa do género, ideologia, religião ou crenças da vítima, da etnia, da nacionalidade a que pertença, em razão do sexo ou das suas orientações sexuais, ou de enfermidade ou diminuição física de que sofra (artigo 52.º, alínea e)).

sem referência à Constituição, tal tratamento não pode constituir-se numa medida discriminatória negativa ou positiva.

Ainda no campo de ação do princípio da igualdade, e no que concerne à discriminação positiva, urge acrescentar que a Constituição obriga a este tipo de discriminação ao impor tratamento igual para os iguais e diferente para quem é diferente, em obediência ao princípio do Estado de Direito que o artigo 1.º prevê e cujo assentimento constitucional se orienta pelo princípio da proporcionalidade, concretizador do princípio do Estado de direito que, no entanto, a Constituição não refere, apesar de este ser um dos critérios essenciais da ideia de um Estado sujeito ao direito em que o parâmetro da proporcionalidade indica a ponderação entre os meios a usar e as finalidades a atingir e remete, por isso, em primeiro lugar, à proibição de excesso. “Este critério aplica-se a toda a atuação de qualquer órgão do Estado, que assim se deve limitar ao estritamente necessário para obter um determinado fim, causando sempre o mínimo dano possível na esfera jurídica dos seus cidadãos, cuja irredutível dignidade é o padrão orientador da própria convivência social e, conseqüentemente, da organização sob a forma de Estado, sujeito ao direito e à Constituição”¹¹. Porque é uma consequência do Estado de direito, “juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado ao seu respeito, proteção e promoção”¹², o princípio da proporcionalidade insta a

¹¹ Cfr. Ricardo Sousa da Cunha, *Apontamentos de Direito Constitucional Timorense*, NEDIP, Núcleo de Estudos de Direito Público, www.nedip.pt, junho 2019, p.198.

¹² Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Editora AAFDL, Lisboa, 2017, p. 65.

que a atuação do Estado, em particular, tenha de orientar-se pelo critério de justiça.

Em suma, cumprem-se a dimensão igualizadora (tratar de forma igual o que é igual) e a dimensão diferenciadora (tratar de forma diferente o que é desigual) do princípio da igualdade. Ora, esta última dimensão, por implicar uma discriminação (positiva) na reposição de uma desigualdade original, sujeita-se ao princípio da proporcionalidade que se impõe apenas na medida dessa diferença.¹³

Importa salientar que uma medida discriminatória positiva só terá aceitação quando cumpridos os pressupostos da necessidade - na busca do alcance de um fim constitucional legítimo -, da adequação ao fim designado e da proporcionalidade considerando que, em avaliação, os benefícios devem ser superiores aos custos. Finalmente, uma vez que as funções estaduais estão vinculadas ao princípio da igualdade, não surpreende que o legislador esteja proibido de instituir discriminações ilegítimas e obrigado a eliminar as desigualdades de facto impeditivas do exercício de direitos fundamentais.

Em suma, impõe-se que os subprincípios do princípio da proporcionalidade se verifiquem cumulativamente. O que significa que haverá inconstitucionalidade em caso de uma restrição não adequada não se impondo ao intérprete verificar se são respeitados os outros subprincípios; a Constituição será igualmente violada ainda que a restrição seja adequada mas não seja necessária. Neste caso, não será necessário ao intérprete avaliar se a restrição respeita o

¹³ Cfr. Ricardo Sousa da Cunha, *Apontamentos de Direito Constitucional Timorense*, NEDIP, Núcleo de Estudos de Direito Público, www.nedip.pt, junho 2019, p.199.

subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito. Ou seja, apenas em caso de uma restrição adequada e necessária se exige ao intérprete uma análise deste subprincípio em sentido restrito. Por outras palavras, o que interessa é que qualquer restrição não atinja o núcleo essencial devendo, ao invés, garantir a maior proteção possível ao direito fundamental.

Na sequência do que atrás mencionámos relativamente ao princípio da proporcionalidade segundo o qual qualquer intervenção estadual terá de obedecer a um princípio geral de direito que proíbe o excesso, importa também realçar a importância do direito costumeiro na ordem timorense, pelo que devemos considerar o facto de Timor-Leste ser um Estado onde a pluralidade jurídica é uma realidade e se impõe a necessária harmonização entre a ordem jurídica formal e o direito consuetudinário valorizado, mas delimitado pela determinação da Constituição contida no artigo 2.º, número 4, instando, pois, que a intervenção do Estado seja pautada pelo equilíbrio¹⁴, mesmo sabendo que a valorização constitucional do costume não se integra entre as classes que a Constituição acautela nos artigos 16.º e 17.º, suscetíveis de discriminação e de discriminação positiva. Na realidade, tendo como cenário a presença relevante do costume na sociedade timorense, se, tal como afirma Paulo Otero, “as normas jurídicas nunca podem ser vistas como ilhas

¹⁴ Ricardo Cunha considera que “ a observância do princípio da proporcionalidade significa que está vedada uma qualquer intervenção estadual de genérica proibição, limitação ou restrição da vigência dos usos ou norma costumeiras, devendo sempre promover-se a intervenção estadual menos gravosa para a normatividade consuetudinária de origem tradicional”, in *O pluralismo jurídico na Constituição timorense*, e-BLJ, Ano 2 (2019), n.º 3, www.networktimor.org, página 71.

isoladas, sem qualquer comunicação entre si”¹⁵, relacionando-se umas com as outras, mais premente se torna que haja concertação entre a Lei e o direito consuetudinário de maneira a tornar coerente a relação entre o formal e o informal, ou mesmo entre o que está escrito e que *atravessa o tempo* e, dessa forma, viabilizar a efetivação do direito.

O direito ao trabalho na constituição timorense

A Constituição defende a dignidade da pessoa humana no trabalho, compreende que o respeito e a observância dos direitos individuais constituem um meio fundamental para o desenvolvimento pessoal e moral do ser humano e, nesse sentido, designa o caminho para o articulado da Lei do Trabalho 4/2012 de 21 de Fevereiro em que ressalta o princípio da igualdade consagrado no artigo 6.º incluído no Capítulo II sobre os princípios fundamentais.

A Constituição consagra, nos artigos 50.º, 51.º e 52.º, o direito ao trabalho, o direito à greve e proibição do *lock-out* e a liberdade sindical que surgem em primeiro lugar no Título III sobre direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Estão garantidos constitucionalmente a todo o cidadão, independentemente do sexo, o direito e o dever de trabalhar -este dever indica a limitação da liberdade de trabalhar ou de não o fazer- e de escolher livremente a profissão, o direito à segurança e higiene no trabalho, à remuneração, ao descanso e às férias, a proibição do

¹⁵ Cfr. *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 3.ª reimpressão, Coimbra, Edições Almedina, setembro 2017, página 206.

despedimento sem justa causa ou por motivos políticos, religiosos e ideológicos e do trabalho compulsivo, sem prejuízo do disposto na legislação sobre a execução de penas. Com esta ressalva, salvaguarda-se que a liberdade de trabalho e a liberdade de escolha de profissão são incompatíveis com qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, acauteladas, naturalmente, as exceções do direito penitenciário. Não constitui, pois, estranheza que a Lei do Trabalho n.º 4/2012 tenha previsto no artigo 8.º a proibição do trabalho forçado ou compulsivo quando exigido de uma pessoa sob ameaça ou coerção e que não seja oferecido voluntariamente.

Os trabalhadores são dotados de direitos constitucionais relacionados com o conceito de cidadania no trabalho, essencial para a proteção na relação de poder/subordinação como é a laboral, a qual procede da garantia que a Constituição reconhece aos direitos ao trabalhador, de que resulta que a relação de trabalho esteja sujeita a restrições do poder do empregador e confere ao trabalhador necessária proteção nessa relação conflituante entre quem manda e quem se subordina ao poder. Importa todavia salientar que a Lei estabelece quais as situações em que não existe trabalho forçado e compulsivo, uma decorrência do artigo 2.º do Regulamento da UNTAET n.º 2002/05 de 1 de maio no âmbito do Código Laboral.

A proteção constitucional ao direito à renumeração é relevante, ainda que, sobre este ponto, se deva considerar a falta de confirmação dos respetivos direitos fundamentais. Todavia, a omissão é colmatada pela Lei no artigo 38.º ao defender o direito de todo o trabalhador a uma “remuneração justa que tenha em conta a quantidade, natureza e qualidade do trabalho prestado, observando-

se o princípio da igualdade retributiva de que para trabalho igual ou de mesmo valor é devido um salário igual, acolhendo desta forma o princípio da igualdade que a Constituição igualmente prevê nos artigos 16.º e 17.º, concretizando assim o empenho da unidade do sistema jurídico - em estreita conexão com o princípio da igualdade - na prossecução do valor da justiça.”¹⁶

Aliás, já anteriormente, no período de transição para a independência, a UNTAET prevenira no Código Laboral, de entre os princípios fundamentais, por via do n.º 4 do artigo 9.º, o princípio da igualdade retributiva com a proibição da discriminação no emprego e profissão, em particular no respeitante à igualdade de remuneração entre mulheres e homens por trabalho de igual valor.

A proibição do despedimento sem justa causa ou por motivos políticos, religiosos e ideológicos reveste-se de primordial importância se tivermos em conta que Timor-Leste é um Estado pós-conflito, onde, por razões de natureza económica, de índole social e até mesmo por motivos jurídicos, a estabilidade política e social depende, também, da estabilidade no emprego, pelo que é efetivamente relevante que a proteção do trabalhador em caso de cessação do contrato esteja consagrada constitucionalmente, afastando o risco de perda da paz social. Proíbe-se, dessa forma, o despedimento discricionário pelo empregador, sem fundamento e sem justa causa, mesmo que o trabalhador não concorde com estes pressupostos. Mas é necessário que a causa seja juridicamente relevante e que a perda do emprego seja justificada pela premência

¹⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, páginas 212 e seguintes.

da medida que deverá, pois, ser adequada e norteadada pelo princípio da proporcionalidade o que conduz forçosamente ao princípio da proibição do excesso.

Refira-se também que, na avaliação da causa de despedimento e da manutenção da indispensabilidade da medida, quer o Regulamento da UNTAET, quer a Lei do Trabalho preconizam a garantia de um procedimento justo.

Porém, e tendo em atenção que o direito à proibição dos despedimentos sem justa causa não pode impossibilitar a faculdade do empregador fazer cessar os contratos de trabalho por razões objetivas (como diz a Constituição em anotação), a Lei do Trabalho refere a possibilidade da causa externa de despedimento e imputável ou não ao trabalhador e ao empregador de que pode resultar a impossibilidade da manutenção da relação laboral. Considerando, por outro lado e desde que cumpridos os pressupostos legais, que as razões do trabalhador não devem opor-se à liberdade de iniciativa empresarial, deve, por isso mesmo, pugnar-se pela necessidade de concertação entre as partes. Igualmente significativa é a proibição do despedimento por motivos políticos, religiosos ou ideológicos, se tivermos em conta a realidade do Estado do Timor-Leste, ainda, em fase de construção jurídica e democrática - adicionando-se ainda a estruturação de uma sociedade fragmentada - a que não pode ser estranho o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais previstos no enunciado do Título II, forçando, pois, à concretização constitucional dos objetivos do Estado consignados no artigo 6.º, alínea b) em que este se obriga, entre outros pontos, a garantir e

promover os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático.

A proibição deriva da salvaguarda constitucional no artigo 45.º, ínsito no Título II sobre direitos, liberdades e garantias pessoais da liberdade de consciência, de religião e de culto e a certeza de que ninguém pode ser perseguido nem discriminado por causa das suas convicções religiosas.

O n.º 5 do artigo 50.º defende, por um lado, a iniciativa de criação de cooperativas que devem ser promovidas pelo Estado e, por outro lado, o apoio à criação de empresas familiares como fontes de emprego, um propósito que se constata não ter sido, na prática, totalmente alcançado.

Para as situações que afetam determinados interesses dos trabalhadores, a Constituição estatui o direito à greve e proibição do *lock-out*, inserindo o preceito no artigo 51.º protegendo o exercício de um direito que é exclusivo do trabalhador, a quem é outorgado, como uma forma de restabelecer o equilíbrio entre empregador e trabalhador cuja subordinação jurídica ao empregador o coloca numa posição enfraquecida.

O n.º 2 do artigo 51.º estipula que as condições de prestação de serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações, bem como de serviços mínimos indispensáveis para acorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis são definidas pela Lei, e o *lock-out* é proibido no n.º 3 do mesmo artigo.

A greve, um direito cujo exercício cabe por inteiro aos trabalhadores, é um direito individual de exercício coletivo. Coexiste com outros direitos e valores identicamente protegidos pela

Constituição, conhece limitações e o seu exercício deve coadunar-se com outros direitos de igual valor devendo, por isso, obedecer ao critério da proporcionalidade, aliando a máxima eficácia de todos ao menor sacrifício individual. Nesta medida, compreende-se a obrigação legal de serviços mínimos, ficando, contudo, por concretizar o que se entende ser os “serviços necessários à segurança e manutenção de equipamentos e instalações” e “os serviços mínimos indispensáveis para acorrer à satisfação de necessidades sociais impreteríveis” e qual o seu alcance.

O acolhimento do direito à liberdade sindical traduz o reconhecimento de um direito fundamental que confere ao trabalhador a liberdade de constituir, se associar e se integrar nos sindicatos, espaço coletivo de poder, de ação e de proteção dos direitos e deveres, sem margem para nenhum tipo de discriminação, uma consequência, aliás, da Convenção n.º 87.º da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se destina a impedir toda a discriminação baseada em fatores como o sexo, a religião, a raça, a cor e as opiniões políticas.

A Constituição conclui o articulado dos direitos do trabalhador com a consagração da liberdade sindical ao prever nos números 1, 2 e 3 do artigo 52.º que o seu direito a organizar-se em sindicatos e associações profissionais para defesa dos seus direitos e interesses, que a liberdade sindical desdobra-se, nomeadamente, na liberdade de constituição, liberdade de inscrição e liberdade de organização e regulamentação interna e, finalmente, que os sindicatos e as associações sindicais são independentes do Estado e do patronato. O n.º 3 determina o princípio da independência dos sindicatos perante

o Estado e as entidades empregadores, tratando-se de proteger através deste princípio a própria liberdade sindical.

A Constituição não prevê explicitamente o direito de exercício da atividade sindical nos locais de trabalho e o direito de proteção legal dos representantes eleitos dos trabalhadores; não obstante, esses direitos constam do dispositivo da Lei do Trabalho.¹⁷

II PARTE

Os Princípios Fundamentais da Lei do Trabalho N.º 4 /2012 de 21 de Fevereiro

Ao concretizar o que determina a Constituição sobre o direito ao trabalho que já aludimos, a Lei do Trabalho N.º 4 /2012 de 21 de Fevereiro estabelece o regime jurídico aplicável às relações individuais e às relações coletivas de trabalho e declara no artigo 1.º que as disposições desta Lei não podem ser afastadas por contrato individual ou acordo coletivo de trabalho, salvo para estabelecer condições mais favoráveis ao trabalhador.

¹⁷ Na Parte III da Lei sobre a relação coletiva de trabalho, dispõe-se sobre a liberdade de associação e liberdade sindical no capítulo II, em que são enunciados os princípios gerais (artigo 78.º), os objetivos (artigo 79.º), os direitos, (artigo 80.º), a liberdade e proteção sindical (artigo 81.º), direito de reunião e afixação (artigo 82.º), independência e autonomia (artigo 83.º), direito à autorregulamentação (artigo 84.º), registo, personalidade jurídica e responsabilidade (artigo 85.º), o conteúdo dos estatutos (artigo 86.º), o cancelamento do registo (artigo 87.º), legislação subsidiária (artigo 88.º), o sistema de cobrança de quotas (artigo 89.º) e o relatório anual (artigo 90.º). Ao trabalhador é reconhecido o direito de negociação coletiva que ganha espaço no capítulo II. Para além dos princípios gerais (artigo 91.º), a Lei define as partes na negociação coletiva (artigo 92.º), o processo negocial (artigo 93.º) e o acordo coletivo de trabalho (artigo 94.º).

Composta por Cinco Partes, a Lei do Parlamento 4/2012, Lei do Trabalho apresenta um catálogo de disposições e princípios fundamentais pertinentes para a sua efetividade e aplicabilidade.

Julgamos basilar a inclusão de um conjunto de princípios relativos à retribuição contidos no artigo 38.º do diploma laboral de que salientamos: o princípio da retribuição justa e suficiente com a adequação do salário à atividade prestada - seguindo o entendimento de que devem ser cumpridas as condições de trabalho bem como a sua complexidade, o nível de trabalho e de conhecimentos exigidos - e a garantia de condições de vida minimamente dignas o que pressupõe que o valor da retribuição seja fixado de maneira a permitir ao trabalhador (e à sua família) satisfazer um nível de necessidades superior às estritamente indispensáveis para sobreviver (o mínimo vital)¹⁸. Ao Estado - por proposta do Conselho Nacional do Trabalho (veja-se o artigo 100.º, alínea c)) - incumbe fixar o salário mínimo nacional e os acordos coletivos devem fixar a retribuição mínima por categoria ou por sector profissional conforme o respetivo âmbito de aplicação (art. 38º, n.º 2). No entanto, como observa Liberal Fernandes¹⁹, a concretização deste princípio depende de um conjunto de variáveis — designadamente, do nível de desenvolvimento, de riqueza e de produtividade de um país, ou do nível geral dos preços — que ultrapassa em boa medida a vontade das partes subjacente ao contrato de trabalho. Assim, no que respeita ao salário, ter-se em atenção as necessidades básicas, impondo que

¹⁸ Cfr. Francisco Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha, *Regime jurídico do contrato de trabalho em Timor-Leste (Employment Contract in East-Timor)*, Universidade do Porto. Reitoria, CIJE, 2.ª edição, 2017, página 187.

¹⁹ Cfr. Francisco Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha, *Regime jurídico do contrato de trabalho em Timor-Leste...*, página 187.

o mesmo seja pago com regularidade, em períodos certos e iguais, obedecendo desta forma ao princípio da certeza ou da regularidade da retribuição, como resultante da garantia inclusa no n.º 3 do artigo 38.º, e segundo a qual são consideradas nulas as cláusulas do contrato de trabalho em que se estabeleça que o pagamento da retribuição fica dependente de qualquer facto incerto. A retribuição beneficia ainda da garantia baseada no princípio da irredutibilidade da retribuição, o qual proíbe que a retribuição seja reduzida unilateralmente pelo empregador ou por acordo entre as partes (artigo 22º, alínea c)) - excluindo-se, naturalmente, os casos previstos na lei, como a mudança par categoria profissional inferior, sanções disciplinares - ou a redução do salário para níveis inferiores ao valor fixado na lei ou no acordo de trabalho. Em conformidade com o artigo 38º, n.º 3, tais cláusulas ou atos do empregador são considerados nulos. Importa também salientar o princípio da garantia de um rendimento mínimo pelo qual deve ser garantido ao trabalhador o recebimento de um rendimento mínimo que impõe a instituição do salário mínimo nacional, a limitação dos descontos, a proibição da compensação os créditos salariais com dívidas do trabalhador para com o empregador ou a proibição de renúncia ao direito à remuneração. Por fim, o princípio da não discriminação²⁰ proíbe a prática de diferenciações salariais baseadas em fatores objetivos que não tenham a ver estritamente com a quantidade,

²⁰ Em conformidade com o artigo 6.º, número 1, é garantido a todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, ou preferências pessoais. Por outro lado, preceitua o artigo 38.º, número 1, que todos os trabalhadores têm direito à retribuição pelo trabalho prestado, de acordo com a sua quantidade, natureza e qualidade, devendo observar-se o princípio de que, para trabalho igual ou de mesmo valor, salário igual.

natureza e qualidade da atividade em caus, representando a proibição de distinções salariais que não tenham por fundamento os critérios previstos na lei e não visa a realização de um igualitarismo salarial.

Sendo assim, consideramos a existência de fatores que justificam o estabelecimento de diferenciações salariais desde que devidamente fundamentadas e assinalamos a vertente positiva que provém da igualdade de tratamento salarial, uma vez que o empregador está obrigado a tratar de forma igual os trabalhadores que prestam o mesmo tipo de trabalho, nos termos da Lei. Todavia, embora conscientes da importância prática deste princípio, em bom rigor, cumpre-nos sublinhar as dificuldades relativas à sua concretização no contexto atual de Timor-Leste de que destacamos a exígua implantação geográfica das instituições estaduais e consequente dificuldade no controlo da Lei.

Não sendo esta a oportunidade para o tratamento pormenorizado do diploma na sua versão integral, mau grado a sua importância na evolução do respeito pelo direito ao trabalho e pelo desenvolvimento laboral em Timor-Leste, no contexto deste artigo avaliamos a atenção concedida pela Lei aos princípios fundamentais - em particular ao princípio da igualdade e, de forma mais sucinta, ao assédio e à proibição do trabalho forçado -, por julgarmos que estas cláusulas refletem problemas sociais e dificuldades com que o Estado timorense se depara na construção do Direito.

O esforço despendido pelo Estado para resolver os múltiplos desafios impostos pela sua própria organização e pela reestruturação da sociedade exige dos timorenses um corte total com o passado

marcado por conflitos de ordem interna e externa e a adaptação à existência dos seus direitos e dos seus deveres, em paralelo com o respeito pela dignidade da pessoa humana. É ao próprio Estado que incumbe pugnar pela edificação do Estado e, nessa ordem de ideias, o diploma laboral regista preocupação evidente com a inclusão de regras que demandam a resolução dos aspetos de maior sensibilidade e vulnerabilidade do trabalhador.

Referimo-nos, em especial, aos regimes especiais de proteção no trabalho com a consagração da proteção da maternidade e da paternidade²¹, a proteção ao trabalho de menores²², a proteção ao trabalhador portador de deficiência ou doença crónica²³, a proteção ao trabalhador estudante (um objetivo ainda não alcançado e quase sem aplicabilidade prática, não só devido à inexistência de regulamentação própria, mas também pelos obstáculos na resolução do conflito de interesses das partes opostas, empregador e trabalhador).²⁴

A proteção ao trabalhador estrangeiro assume particular relevância no contexto da estruturação sociocultural, educacional e

²¹ A Lei enuncia na secção I os princípios gerais (artigo 58.º), a licença por maternidade (artigo 59.º), a licença por paternidade (artigo 60.º), a responsabilidade (artigo 61.º), as dispensas para consulta médica e amamentação (artigo 62.º), a proteção da saúde e segurança (artigo 63.º), a falta para assistência a filhos (artigo 64.º) a proteção contra o despedimento (artigo 65.º).

²² O trabalho de menores consta da secção II em que se definem, entre os artigos 66.º a 69.º, os princípios gerais, a proteção especial, a idade mínima de admissão ao trabalho, o trabalho leve e o exame médico.

²³ A Lei garante a proteção ao trabalhador portador de deficiência ou doença crónica, instituindo na secção III, artigo 71.º, os princípios gerais e, entre os artigos 72.º a 75.º, estabelecendo condições como os exames médicos, a confidencialidade, as precauções no local de trabalho e a adequação do tipo de trabalho e horário.

²⁴ A Lei prevê, no artigo 76.º a proteção do trabalhador-estudante.

económica de Timor-Leste pela importância do reconhecimento do seu estatuto nos termos da Lei²⁵.

A este propósito, urge mencionar que, nos primeiros vinte anos do século XXI, se tem assistido a um incremento de manifestações de intolerância contra a existência de minorias, de pessoas de culturas e formas de vida diferentes e dos estrangeiros, com notória dificuldade na aceitação ou na integração do outro que, vindo do exterior, num país com nível elevado de desemprego, é sempre considerado culpado pelos males do cidadão nacional. Não sendo embora um fenómeno exclusivo de Timor-Leste - encontra-se cada vez mais espalhado em todo o Mundo globalizado -, é imperativo impedir as exteriorizações anti- estrangeiro, o que passa, necessariamente, pela materialização dos princípios da universalidade e igualdade estabelecidos constitucionalmente. Por isso se torna indispensável a elaboração de legislação consentânea com os direitos fundamentais, a essencial promoção do princípio da solidariedade nos aspetos constitucional e social com vista à prossecução do Estado de direitos humanos porquanto, citando Paulo Otero, é “no preciso contexto que insere cada ser humano no âmbito da grande família humana” que a solidariedade ganha projeção como concretização de um modelo de Estado de direitos humanos apostado na defesa e garantia da cultura da vida.”²⁶

²⁵ Segundo determina o artigo 77.º, nos números 1 e 2, o trabalhador estrangeiro a exercer atividade profissional goza dos mesmos direitos e está sujeito aos mesmos deveres aplicáveis aos trabalhadores nacionais, nos termos do presente Lei e das Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas por Timor-Leste e o contrato de trabalho celebrado com trabalhador estrangeiro deve ser escrito e ser autorizado pela autoridade competente, observando-se as regras previstas em legislação especial.

²⁶ Cfr. Sobre a *Solidariedade, Instituições Políticas e Constitucionais*, Volume I, Edições Almedina, 2.ª reimpressão da edição de setembro de 2007, p.586.

Relativamente ao âmbito de aplicação da Lei, o artigo 2.º identifica o território nacional e designa como destinatários os trabalhadores, os empregadores e respetivas organizações de todos os setores de atividade, sem abranger os funcionários públicos²⁷, os membros das Forças Armadas²⁸ e da Polícia²⁹, com legislação própria.

Nos números 3 e 4 do mesmo artigo, a Lei remete a regulação do trabalho doméstico para legislação especial e não se aplica às relações de trabalho desenvolvidas pelos membros da família, no âmbito da exploração de pequenas propriedades familiares, agrícolas ou industriais, e cujo resultado se destine à subsistência familiar. Naturalmente, a ausência de legislação laboral nessas áreas dificulta a efetividade da Lei, apesar da proposta do Estado de “apoiar as empresas familiares como fontes de emprego”, como estatuído no artigo 50.º, n.º 5, *in fine*.

Norteada pela consagração constitucional no artigo 16.º do princípio da universalidade e igualdade, a Lei em referência, no capítulo II, no artigo 6.º garante o direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que alude ao acesso ao emprego, à formação e capacitação profissionais, às condições de trabalho e à

²⁷ Os funcionários públicos são regidos pelo Estatuto da Função Pública aprovado pela Lei n.º 8/2004 de 16 de junho e alterado pela Lei 5/2009 de 15 de julho.

²⁸ Com a aprovação do decreto-lei n.º 33/2020 de 2 de setembro sobre o Novo Estatuto dos Militares das FALINTIL-Forças de Defesa de Timor-Leste (F-FDTL) regista-se a alteração do Decreto-Lei n.º 28/2016, 13 de julho, tendo sido feita através deste diploma a primeira alteração ao Estatuto aprovado através do Decreto-Lei n.º 7/2014, de 12 de março.

²⁹ A Polícia Nacional de Timor-Leste continua a reger-se pelo Estatuto da Função Pública porque ainda não possui Estatuto próprio. Registamos que o Decreto-Lei N.º 47 /2020 de 7 de Outubro procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 9/2009, de 18 de fevereiro da Lei Orgânica da Polícia Nacional de Timor-Leste (PNTL).

remuneração a todos os trabalhadores, independentemente de serem homens ou mulheres, clarificando de seguida no n.º 2 que “nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode se(r) beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de cor, raça, estado civil, sexo, nacionalidade, ascendência ou origem étnica, posição social ou situação económica, convicções políticas ou ideológicas, religião, instrução ou condição física ou mental, idade e estado de saúde.” Observe-se, contudo, que, embora não admita tal discriminação, não há qualquer referência à discriminação sexual.

Ao preceituar que qualquer distinção, exclusão ou preferência com base em qualificações exigidas para o acesso ou a execução de um determinado trabalho não constitui discriminação, a Lei elucida que não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário, concretamente definido, de natureza legislativa, que beneficiem certos grupos desfavorecidos, designadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida ou deficiência, com o objetivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos ali previstos. Assegura o direito do candidato ou do trabalhador de alegar a discriminação desde que fundamentada, mas incumbe o empregador do ónus de provar a justeza da sua preferência no acesso ao emprego.

Inclui-se ainda o entendimento de que não constituem discriminação as diferenças retributivas desde que assentes em critérios objetivos, “comuns a homens e mulheres, nomeadamente, distinção em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores.”

O diploma laboral expressa no artigo 7.º resposta adequada à inquietação com o assédio no local do trabalho, um fenómeno atual, melindroso, constrangedor na sociedade timorense com notória incidência sobre as mulheres trabalhadoras. Referimos neste artigo a relação entre os trabalhadores ou os candidatos a emprego e sublinhamos que, no entendimento de que constitui assédio todo o comportamento indesejado que afete a dignidade de mulheres e homens ou que seja considerado ofensivo, sob a forma verbal, não-verbal ou física, ou que crie um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, humilhante e desestabilizador à pessoa assediada, a Lei determina a proibição do assédio; ao mesmo tempo, elenca no número 3 do referido artigo 7.º as várias formas de assédio sexual que define como comportamento indesejado de carácter sexual em que é ferida a dignidade de mulheres e homens ou que seja considerado ofensivo sob várias formas. Ora, neste contexto, incumbe ao empregador tomar todas as medidas necessárias para prevenir casos de assédio, designadamente assédio sexual, no local de trabalho.

A concretizar o impedimento constitucional, a Lei proíbe (artigo 8.º) o trabalho forçado ou compulsivo aqui retratado como todo o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça ou coerção e que não seja oferecido voluntariamente, explicitando no número 3 o trabalho forçado quando desempenhado como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

O diploma laboral não abrange as Forças Armadas, mas estabelece que o trabalho ou serviço exigido em virtude de Leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza

puramente militar não constitui trabalho forçado ou compulsivo. Nesta linha, a Lei salvaguarda ainda o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns dos cidadãos, o trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judicial, o trabalho ou serviço exigido em situações de emergência e pequenos serviços comunitários no interesse da comunidade, desde que o trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e controlo de uma autoridade pública, a exemplo, aliás, do estipulado no artigo 2.º do Regulamento da UNTAET número 2002/05, de 1 de maio.

A nosso ver, face ao exposto anteriormente, justifica-se que nos debrucemos mais pormenorizadamente sobre o princípio da proporcionalidade assumindo-o como ponto de partida para a efetivação da discriminação positiva nos regimes especiais de proteção no trabalho, em que se inclui a proteção da maternidade e da paternidade que analisaremos de seguida.

O princípio da proporcionalidade como ponto de partida para a efetivação da discriminação positiva nos regimes especiais de proteção no trabalho

A proteção da maternidade e da paternidade

A ser assim, analisamos a proteção da maternidade e da paternidade inserta no artigo 58.º da Lei, partindo do princípio da proporcionalidade como fundamentação para a discriminação positiva estatuída no âmbito dos regimes especiais de proteção no trabalho, com indispensável subordinação a pressupostos como a

adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito. Ora, a obtenção do resultado que a lei determina exige que a atuação jurídico-pública se adeque ao fim pretendido desde que não haja outra atuação menos gravosa ou menos lesiva, indicando que a proporcionalidade é alcançada quando os efeitos escolhidos se apresentem equilibrados, devendo o benefício ser superior ao custo incorrido.

A consagração da proteção à maternidade e à paternidade decorre da efetivação do princípio da igualdade que a Constituição preceitua a par do princípio da universalidade.

Timor-Leste condescende com o tipo de sociedade cultural, económica e historicamente vincada pelo regime patriarcal em que a inferioridade da mulher não só é aceite como ainda é, para grande parte da comunidade timorense, considerada normal porque “é cultural” ou “é costume”. Entendemos, da nossa parte, que a insistência na aceitação da inferioridade da mulher como intrínseca à cultura timorense não se coaduna com a própria evolução do “ser timorense” porquanto é reveladora tão só da dificuldade de parte da sociedade mais conservadora em obedecer ao que determina a Constituição ou em perder os privilégios que o sistema patriarcal lhe traz. Assim, e tendo em conta a definição constitucional de Estado de Direito, fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana³⁰, no que respeita aos usos costumeiros, estes apenas têm reconhecimento e são valorizados na medida em que não contrariem

³⁰ Cfr. Artigo 1.º da Constituição sobre a República.

a Constituição³¹, devendo o Estado se agir em conformidade e subordinação à Constituição e às leis³².

Pois, não obstante estarmos em presença de um Estado fortemente marcado pelo costume e ainda que reconheçamos que “no caso de ordenamentos jurídicos plurais, o princípio do Estado de Direito implica também o respeito pelos ordenamentos jurídicos tradicionais”³³, a verdade é que o artigo 2.º, número 4 da Constituição é esclarecedor ao atender apenas o costume *secundum lege*; no mesmo sentido, a Lei n.º 2/2002, de 20 de Novembro, estabelece a Lei como a única fonte imediata de Direito. Mas, isto não significa e não obsta a que se ignorem ou se afastem os sistemas normativos tradicionais de reconhecida riqueza e diversidade e que seja forçoso o reconhecimento desta imperatividade que não se enquadra nas estruturas formais do Estado, porque ignorar essa componente normativa tradicional acarreta maior dificuldade nos sistemas de aplicação da Lei formal. O desejável é que haja total harmonização entre o ordenamento jurídico formal e o ordenamento costumeiro, desde que sempre pautados pelos princípios constitucionais, incluindo pela dignidade da pessoa humana. Mas isso é, sem dúvida, uma tarefa difícil pelo que expusemos e ainda porque não existe uniformização de costumes: há uma diversidade de costumes regionais e locais e não será fácil reconhecer ou identificar o costume a ser confirmado a par da Lei.

³¹ Cfr. Artigo 2.º, número 4 da Constituição sobre a Soberania e constitucionalidade

³² Cfr. Artigo 2.º, número 2 da Constituição...

³³ Cfr. Ricardo Sousa da Cunha, Apontamentos de Direito Constitucional Timorense, NEDIP, Núcleo de Estudos de Direito Público, www.nedip.pt, junho 2019, página 127.

A Lei do Trabalho estabelece regimes especiais de proteção no trabalho, com a previsão de condições específicas de trabalho relativamente a determinadas categorias de trabalhadores - referimo-nos aos trabalhadores com filhos, aos menores e aos trabalhadores com capacidade laboral reduzida³⁴ - pela óbvia vulnerabilidade destes perante a entidade empregadora e também pela circunstância de a relação de trabalho em que são parte afetar interesses considerados jurídica e socialmente relevantes.

A razão que nos move a abordar o tema da maternidade e da paternidade, no contexto do diploma laboral, prende-se, portanto, a um conjunto de questões que, no nosso entender, merecem destaque.

Primeiramente, porque é imperativo salientar que os princípios constitucionais têm de ser observados e, neste caso, referimo-nos aos da universalidade e da igualdade consagrado no artigo 16.º ao qual acrescentamos o da igualdade entre a mulher e o homem contemplado no artigo 17.º. Depois, porque a Constituição reconhece e valoriza a família como requisito fundamental para o harmonioso desenvolvimento da pessoa, determinando mesmo que cabe ao Estado protegê-la³⁵, salientando o direito de todos a constituírem, e ainda porque afirma que, assente no livre consentimento das partes, a chancela do casamento reside na plena igualdade de direitos entre os cônjuges. Neste âmbito, ao definir os requisitos e efeitos do casamento, a Lei tem de respeitar o contexto sociocultural, mas

³⁴ Cfr. Artigos 58.º a 75.º da Lei do Trabalho.

³⁵ Cfr. Artigo 39.º, números 1 a 3 sobre a Família, casamento e maternidade.

deve considerar, também, o que resulte do âmbito de atuação das demais normas e princípios constitucionais.

A previsão sobre a plena igualdade de direitos dos cônjuges na vivência matrimonial corresponde a uma concretização e reafirmação do princípio da igualdade entre homens e mulheres a que já nos referimos anteriormente. Justifica-se porque obriga à promoção e à garantia da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres (veja-se o conteúdo da alínea j) do artigo 6.º), um esforço que se entende, dada a situação de depreciação e subalternização da mulher, da sua situação de inferioridade seja na área económica, social ou cultural.

Ora, porque “não podemos esquecer o princípio da igualdade de tratamento entre homem e mulher, em que se procura eliminar o estatuto de objeto de discriminação negativa da mulher trabalhadora” como afirma Liberal Fernandes³⁶ a mulher é destinatária de um conjunto de garantias dos quais nomeamos, para além do acesso a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho, a igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso às ações de formação e de aperfeiçoamento profissional; o direito a que sejam comuns para os dois sexos as categorias e os critérios de classificação e de promoção, designadamente para efeito do cálculo da remuneração; o direito a salário igual para trabalho igual ou de valor igual e o direito à ausência de qualquer outra discriminação, direta ou indireta, fundada no sexo³⁷.

³⁶ Cfr. Francisco Liberal Fernandes e Maria Regina Redinha, *Regime jurídico do contrato de trabalho em Timor-Leste (Employment Contract in East-Timor)*, Universidade do Porto. Reitoria, CIJE, 2.ª edição, 2017, nota de rodapé, p. 214.

³⁷ *Idem*.

O número 4 do artigo 39.º consagra a maternidade à qual se garante proteção especial e a sua dignificação; é ainda assegurada a todas as mulheres proteção especial durante a gravidez e após o parto e às mulheres trabalhadoras direito a dispensa de trabalho por período adequado, antes e depois do parto, sem perda de retribuição e de quaisquer outras regalias.

Face ao exposto, na concretização do princípio da igualdade entre homens e mulheres, é natural que o legislador laboral se tenha preocupado com o “valor social eminente” reconhecido à maternidade e à paternidade no contexto da importância que a família assume na sociedade timorense, garantindo à mãe trabalhadora e ao pai trabalhador todos os direitos relacionados com a maternidade e paternidade³⁸. Assim, alicerçada na previsão constitucional contida no artigo 39.º sobre família, casamento e maternidade, a Lei laboral confere efetividade à relação de igualdade entre os cônjuges, reconhecendo a ambos uma direção conjunta da vida familiar em todos os seus domínios, sem transigir na criação ou na manutenção de relações de comando ou dependência entre os cônjuges. Outrossim, a Lei estabelece (artigo 60º) ao pai trabalhador o direito a uma licença remunerada por paternidade, a seguir ao nascimento do seu filho, sem perda do direito de antiguidade, de vencimento e do período de férias.

Por outro lado, por via da previsão constitucional sobre a igualdade de tratamento entre o homem e a mulher, a Lei laboral obriga à concretização desse princípio e, para além das garantias jurídicas reconhecidas à mãe trabalhadora, protege também o pai

³⁸ Cfr. Artigo 58.º da Lei do Trabalho 4/2012.

trabalhador a quem reconhece os mesmos direitos como, por exemplo, o da licença de paternidade. Nessa medida, em qualquer dos casos, a licença é remunerada e, antes da criação do regime de segurança social³⁹, era da responsabilidade do empregador o pagamento do salário. Destaque-se igualmente que o gozo da licença de paternidade, do mesmo modo que sucede com a licença da maternidade, não está dependente do consentimento do empregador⁴⁰ e, quer no período de licença de maternidade, quer no de licença da paternidade, o vencimento e a duração do período de férias não são afetados. O pai trabalhador não perderá a remuneração e o direito de antiguidade em caso de nascimento do filho seguido da morte do cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto, no momento ou até duas semanas após o parto, mantendo o direito à licença prevista no número 1 do artigo 59.º.

Porém, verificando-se uma disparidade no período de licença de paternidade relativamente ao da maternidade, aquando do nascimento de criança, será pertinente colocar-se a questão de discriminação, embora se trate, efetivamente, de uma diferença com base no sexo? Em nosso entender, não há discriminação. Justifica-se a desigualdade de tratamento uma vez que pertence à

³⁹ A Lei nº12/2016 de 14 de novembro cria o Regime Contributivo da Segurança Social e vem complementar o conjunto de programas e medidas de proteção social desenvolvidos ao longo do tempo por Timor-Leste e contempla, entre outros pontos, a licença de maternidade e paternidade. A Lei aplica-se obrigatoriamente a todos os trabalhadores que exercem atividade profissional remunerada ao abrigo de contrato de trabalho por tempo indeterminado e por tempo determinado, nos termos da Lei do Trabalho, bem como as pessoas que exerçam funções remuneradas no Estado. O regime geral de segurança social substitui o regime transitório aprovado pela anterior Lei n.º 6/2012, de 29 de Fevereiro e concretiza o determinado no artigo 56º da Constituição.

⁴⁰ Cfr. Artigo 60.º da Lei do Trabalho.

mãe o papel singular que lhe é inerente pelas suas características biológicas como a exclusividade da gravidez, o parto e a amamentação que determinam as razões justificativas dessa diferença, sendo evidente que, no momento imediato ao nascimento da criança, o pai e a mãe se encontram numa situação diferente. A Lei é, porém, clara ao determinar a igualdade e a semelhança no que toca à titularidade do benefício de maternidade ou paternidade, questão que já tratámos.

No âmbito da responsabilidade que é requerida aos progenitores, ressalta o reconhecimento de condições idênticas no dever de prestar assistência aos filhos menores (artigo 64.º) independentemente de serem casados ou não⁴¹ que revela o afastamento da discriminação negativa e visa não só a proteção da mãe trabalhadora como também protege a criança nos seus primeiros tempos de vida a despeito do inegável valor que a Constituição confere ao casamento. Outro aspeto igualmente relevante para que as mulheres não sejam vítimas de discriminação por motivos relacionados com a maternidade prende-se com a proibição de despedimento da trabalhadora grávida ou lactante (artigo 65.º).

A igualdade salarial entre o homem e a mulher

O reconhecimento da igualdade salarial entre a mulher e o homem expressa a preocupação do legislador na criação indispensável de mecanismos jurídicos próprios que obstem ao

⁴¹ Sobre a proteção à criança, o artigo 18.º, número 3 preceitua que todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimónio gozam dos mesmos direitos e da mesma proteção social.

persistente consentimento social da inferioridade da mulher, pelo que a promoção da igualdade retributiva também constitui um fator relevante para a integração plena da mulher na sociedade, cuja previsível consequência será a da redução da pobreza e a obtenção da consolidação da paz social por via do seu contributo para um desenvolvimento sustentável. Ora, como Timor-Leste é um Estado pós-conflito e frágil, parece-nos adequado referir a Resolução 1325(2000) adotada pelo Conselho de Segurança na sua 4213^a sessão, celebrada em 31 de outubro de 2000, cuja implementação foi revista em 2015, que sublinha a importância de que as mulheres participem em pé de igualdade e se envolvam plenamente em todos os esforços para a manutenção e a promoção da paz e da segurança, e a necessidade de aumentar sua participação no processo decisório em relação à prevenção e à resolução de conflitos e reafirma a necessidade de aplicar plenamente as disposições do direito internacional humanitário e dos direitos humanos que protejam os direitos das mulheres e meninas durante e após os conflitos. Atente-se ainda que o Conselho de Segurança “insta os Estados Membros a assegurarem um aumento da representação das mulheres em todos os níveis dos processos decisórios em instituições e mecanismos nacionais, regionais e internacionais e mecanismos de prevenção, gestão e resolução de conflitos.”⁴²

Por seu lado, a OIT constata que “as mulheres são forças motrizes da recuperação pós-conflito e desastre e a sua inclusão nas operações de reconstrução dos Estados fornece a base para

⁴² Cfr. *Resolução 1325 (2000)*, aprovada pelo Conselho de Segurança na sua 4213^a reunião, em 31 de Outubro de 2000, [https://plataformamulheres.org.pt > docs](https://plataformamulheres.org.pt/docs), acedida na Internet em 21 de abril de 2021.

estratégias inclusivas de desenvolvimento.”⁴³ A partir deste reconhecimento, a intervenção significativa da mulher na construção do Estado afigura-se como ponto de partida imprescindível para o desenvolvimento sustentável e a consolidação da paz social em Timor-Leste, Estado em construção que padece, ainda e como temos sublinhado, das fragilidades de um Estado pós-conflito.

O reconhecimento internacional do importante papel da mulher no desenvolvimento sustentável do Estado constitui um excelente ponto de partida para a dignificação da mulher no trabalho e, focando-nos no aspeto particular da igualdade retributiva, compreendemos assim que seria inaceitável que à mulher, face ao homem, fosse tão-somente reconhecido o direito ao trabalho sem a respetiva igualdade retributiva.

Como é natural, não nos referimos às diferenças retributivas assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, distinção em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores que, obviamente, não constituem discriminação, como, aliás, determina o artigo 6.º, número 4 da Lei do trabalho sobre o princípio da igualdade. Mas, a natureza categórica das determinações constitucionais no que respeita ao princípio da igualdade de género em vários aspetos fundamentais da vida da comunidade - de que destacamos a família (artigo 39.º, número 3), o trabalho (artigo 50.º, número 1), a participação política (artigo 63.º) - obriga a atuação por parte dos

⁴³ Cfr. *Emprego e trabalho digno em situações de fragilidade, conflito e desastre*, OIT/Organização Internacional do Trabalho, Lisboa, 2018, https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_702152/lang-pt/index.htm, Página 28.

poderes públicos em prol da igualdade de género, designadamente do legislador, o que pode envolver medidas de discriminação positiva em benefício das mulheres e pode representar o início do fim de uma sociedade tradicionalmente moldada às desigualdades entre a mulher e o homem⁴⁴. As medidas jurídicas que vêm sendo tomadas desde a restauração da independência materializam os compromissos internacionais do Estado com a ratificação de convenções que visam, justamente, a erradicação de discriminações como é o caso da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁴⁵. Nesse contexto, mediante Resolução do Governo número 4/2008, de 27 de fevereiro, Timor-Leste submeteu o seu relatório inicial ao Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, em que identifica o “sistema patriarcal dominante que delega responsabilidades e funções diferentes a homens e mulheres” que explica, entre outros pontos, “uma menor participação no mercado de trabalho, a tradicional exclusão das mulheres dos processos de tomada de decisão e a frequência com que as mulheres são vítimas de violência doméstica.”⁴⁶ Ora, num tal contexto, como consequência da existência de um poder político democrático ao serviço da pessoa humana, é relevante clarificar que

⁴⁴ É nesse sentido que a Resolução do Parlamento Nacional n.º 16/2007, de 24 de outubro, aprova a criação do Grupo das Mulheres Parlamentares Timorenses, atribuindo ao Estado a obrigação de proteger as mulheres contra qualquer tipo de discriminação. O Governo, por sua vez, na sua Resolução número 11/2008, de 19 de junho, aprova a Constituição de Pontos Focais para as Questões de Género, e anuncia o desenvolvimento de “ações concertadas de promoção da igualdade e afirmação do papel da mulher timorense na sociedade”.

⁴⁵ Ratificada por Resolução no Parlamento Nacional número 11/2003, de 17 de Setembro.

⁴⁶ Cfr. *Constituição Anotada*, artigo 17.º, Edição Direitos Humanos-Centro de Investigação Interdisciplinar Escola de Direito da Universidade do Minho, Campus de Gualtar, Braga, 2011.

a efetivação das matérias impostas constitucionalmente concernentes à igualdade entre a mulher e o homem exige que a Administração elabore regulamentos tendentes à execução da Lei sob pena de tudo não passar de um bom propósito ou de simples proclamação constitucional sem resultado prático.

Considerações finais

Em conclusão, afigura-se-nos oportuno elucidar que Timor-Leste está no bom caminho, não obstante a situação laboral no país, qualquer que seja a perspetiva pela qual pretendamos analisar, se encontrar ainda numa fase de incipiente materialização de objetivos. Assim, compete ao Estado a obrigação de minorar ou procurar soluções “quando os particulares afetados por especiais debilidades não dispõem dos recursos e dos meios próprios para a eles acederem”.⁴⁷ O que acontece é justamente uma procura realizada no sentido de minorar as dificuldades desses grupos mais débeis, ainda que se tenha a perceção de que isso representa uma luta demorada.

Efetivamente, quando ponderamos sobre o objetivo constitucional de consecução de um Estado de direito, concluímos que Timor-Leste persegue um modelo democrático, com respeito pela dignidade humana e obriga-se, por isso mesmo, a promover o

⁴⁷ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Editora AAFDL, Lisboa, 2017, página 68.

acesso igualitário dos particulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais. E, nesse contexto, citamos Paulo Otero⁴⁸, para quem “a Constituição formal está sempre subordinada a uma ordem de princípios fundamentais resultantes da “consciência jurídica geral” em torno da dignidade da pessoa humana e da inerente ideia de um Direito justo”.

⁴⁸ Cfr. *Legalidade e Administração Pública, O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 3.^a reimpressão, Coimbra, Edições Almedina, setembro 2017, página 24.





REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

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